

Université Montesquieu Bordeaux IV
Ecole doctorale de droit ED 41

Doctorat en Droit

Marc BODIN

Les notions relatives en droit civil

Thèse dirigée par M. Jean-Francis OVERSTAKE, professeur émérite

soutenue le lundi 28 novembre 2011

M. **Bernard BEIGNIER**, professeur, Doyen de la Faculté des sciences juridiques de l'Université Toulouse I Capitole, Centre de droit privé CDP EA 1920

M. **Jean HAUSER**, professeur émérite de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, directeur honoraire de l'Ecole doctorale de droit ED 41, directeur honoraire du Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes CERFAP EA 4600

M. **Nicolas MOLFESSIS**, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Laboratoire de sociologie juridique EA 3381, **rapporteur**

M. **Jean-Francis OVERSTAKE**, professeur émérite de l'Université Montesquieu Bordeaux IV, directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires, directeur de recherches

M. **Emmanuel PUTMAN**, professeur à la Faculté de droit et de science politique de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, directeur du Centre Pierre Kayser, **rapporteur**

M. **Guillaume WICKER**, professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine IRDAP EA 4191

Résumé

Une notion relative (formée d'un concept de base et d'un qualificatif) pourrait apparaître comme une disposition équivoque. Le principe de légalité impose cependant de fonder toute décision sur une norme de référence ; la saisine d'une juridiction laisse d'ailleurs supposer que le justiciable en a une connaissance spontanée, ni le contexte législatif ni des mesures d'instruction ne suffisant à corriger l'imprécision linguistique de la loi. Si la coutume permet d'explicitier le concept de base, elle ne circonscrit pas pour autant le seuil induit par le qualificatif législatif. La marge d'appréciation prétorienne en découlant ne rend alors la sanction concevable qu'en fonction d'une flagrante factuelle. Cette dernière conduit à renverser la charge probatoire, en faisant peser sur le défendeur la preuve de la normalité des faits au regard de la norme socialement acceptée. Elle exclut aussi du champ judiciaire les situations insuffisamment caractérisées, suggérant que le Code civil tolère une part d'anomalie dans la société et impliquant une personnalisation circonstancielle de la décision. En somme, la disproportion des faits est seule sanctionnée et implique une pondération des droits en conflit. Ainsi comprise, la relativité procure au droit quelque souplesse, sans entraîner d'arbitraire judiciaire : elle permet d'englober des situations marginales dans une même finalité politique. Le recours aux notions relatives participe donc de l'idée de ne pas réglementer par un droit imposé *de plano* et révèle le recul de l'ordre public de direction. Le danger réside alors dans l'instrumentalisation de la relativité pour en faire un outil légistique d'exaltation des droits subjectifs.

Title

Relative notions in civil law

Abstract

A relative notion (consisting of a basic concept and a qualifier) could appear as an equivocal provision. However the principle of legality imposes to base every decision on a reference norm ; referral to a court implies moreover that the person subject to trial has a spontaneous knowledge of it, neither the legislative context nor investigative measures being sufficient to correct the linguistic imprecision of the law. If custom allows to make explicit the basic concept, it doesn't for all that delimit the threshold inferred by the legislative qualifier. The margin of praetorian appreciation following from it renders then the sanction conceivable only according to factual obviousness. The latter leads to reverse the onus of proof by loading the defendant with the proof of the normality of the facts with regard to the socially accepted norm. It also excludes from the judicial field the insufficiently characterized situations, suggesting that the civil code tolerates a share of anomaly in society and entailing a personalization of the decision for the occasion. In short, only the disproportion of facts is sanctioned and involves a balancing of the rights in dispute. Understood like this, relativity gives to the law some flexibility without leading to judicial arbitrary : it affords to include marginal situations into a same political finality. The recourse to relative notions is akin to the idea to not regulate by a law imposed *ipso jure* and reveals the retreat of directional public order. The danger lies then in the instrumentalization of relativity in order to make of it a logistics tool paving the way for an ill-considered flourishing of one's rights.

Mots-clefs

Relativité - Interprétation - Autorité judiciaire - Principe de légalité - Coutume - Normalité - Finalité institutionnelle - Appréciation contextuelle - Preuve - Réparation proportionnée

Keywords

Relativity - Interpretation - Judicial authority - Principle of legality - Custom - Normality - Institutional finality - Contextual appreciation - Proof - Proportionate compensation

Centre européen d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes CERFAP EA 4600
Directrice : Mme le professeur Adeline GOUTTENOIRE
Université Montesquieu Bordeaux IV - Avenue Léon Duguit - 33608 PESSAC CEDEX
<http://cerfap.u-bordeaux4.fr> – cerfap@u-bordeaux4.fr

SOMMAIRE

Les folios entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphe,
ceux dans la colonne de droite à la pagination.

Introduction (1-37).....	11
Section 1 : Banale réalité des notions relatives (2-26).....	12
Section 2 : Incidence de la relativité sur les notions (27-30).....	32
Section 3 : Nécessité d'une abstraction (31-37).....	37
Livre I : Implication circonscrite du prétoire (38-195).....	43
Titre I : Persistance formelle du principe de légalité (42-128).....	49
Chapitre premier : La relativité comme objet de l'implication (46-100).....	55
Section 1 : Office du juge favorisé par la loi (50-79).....	58
Section 2 : Office du juge suscité par les parties (80-100).....	112
Chapitre second : Le droit procédural comme moyen de l'implication (101-128).....	157
Section 1 : Prohibition du déni de justice (105-118).....	161
Section 2 : Conformité à la règle de droit (119-128).....	182
Titre II : Modification au fond du principe de légalité (129-195).....	207
Chapitre premier : Une norme subsidiairement rationnelle (133-160).....	215
Section 1 : Recours aux mesures d'instruction (137-147).....	218
Section 2 : Contexte législatif (148-160).....	234
Chapitre second : Une norme essentiellement empirique (161-195).....	255
Section 1 : Une source coutumière (165-182).....	261
Section 2 : Une finalité institutionnelle (183-195).....	283
Livre II : Application modulée de la coutume (196-319).....	301
Titre I : Acceptation de l'anomalie (200-261).....	307
Chapitre premier : Adéquation normative (204-234).....	311
Section 1 : Détermination <i>in casu</i> de la norme (208-221).....	315
Section 2 : Appréciation <i>in abstracto</i> des faits (222-234).....	339
Chapitre second : Seuils normatifs (235-261).....	361
Section 1 : Flagrance de l'assomption (239-249).....	364
Section 2 : Modulation de la conclusion (250-261).....	385
Titre II : Sanction de l'anormalité (262-319).....	413
Chapitre premier : Renversement du risque probatoire (266-292).....	419
Section 1 : L'évidence factuelle comme présomption (270-281).....	422
Section 2 : La coutume comme moyen de défense (282-291).....	441
Chapitre second : Normalisation du rapport juridique (292-320).....	457
Section 1 : Une causalité pondératrice (296-313).....	460
Section 2 : <i>Restitutio in... tolerabilem</i> (314-319).....	493
Conclusion (320-323).....	513
Bibliographie.....	521
Index alphabétique.....	597
Table des matières.....	605

« La morale est une convention privée ;
la décence est affaire publique. »
Marguerite YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien*¹.

INTRODUCTION

I. - Les notions relatives innervant le droit civil ne résulteraient-elles que de la pudeur ou de la matoiserie du législateur ? Que valent, en comparaison, les « amitiés particulières » que l'abbé de Pradts reproche au jeune Sevais dans la tragédie de Montherlant, *La ville dont le prince est un enfant* ! Les circonvolutions utilisées pour parler des relations entre deux collégiens ne sont en fait qu'une ellipse pour évoquer une autre réalité² ; bien que chacun comprenne ce que soupçonne et reproche le préfet des études, nul n'ignore qu'il se réfère, pour blâmer un tel comportement, à une camaraderie virile, seule acceptable à ses yeux. Le droit n'est pas en reste d'expressions aussi allusives. A ceux qui récriminent contre leur prolifération, un minimum de neutralité impose de seulement

¹ Paris, Gallimard, 1974, coll. Folio n° 921, *Tellus stabilita*, p. 119-120. – Comp. D. Vivant Denon, *Point de lendemain*, conte érotique écrit en 1812, Paris, Gallimard, 1995, coll. folio classique n° 2739, édition Michel Delon, p. 35 et note 2 p. 166. - Rappr. R. Boudon et F. Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 2000, coll. Quadrige n° 303, v° Dialectique, spéc. p. 177 à propos du théorème de Mandeville d'après lequel « ce sont les vices privés qui font la vertu publique ; l'envie, la vanité, l'inconstance sont les moteurs du commerce et entretiennent l'esprit d'invention », en réponse à la question de savoir si les sociétés humaines impliquent que chaque individu soit soucieux de l'intérêt général.

² Paris, Gallimard, 1967, coll. Folio n° 293, spéc. acte III scène 3, p. 117-129. - Adde *Le Petit Robert*, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2002, dir. J. Rey-Debove et A. Rey, v° Amitié, I in fine.

considérer la banale réalité des notions relatives (*Section 1*). De façon symptomatique, l'allusion prenait d'ailleurs originairement le sens d'un « jeu de mots », avant de désigner, à la fin du XVII^e siècle, la manière d'éveiller une idée sans en faire expressément mention¹ comme si la phraséologie législative consistait, en l'occurrence, à susciter uniquement des images. Le Doyen Gérard Cornu note ainsi que le propre des notions-cadres est « d'être seulement un commencement non de preuve mais de représentation, c'est-à-dire (...) de creuser par intention un vide à remplir par le juge »². Le phénomène n'est pourtant guère l'apanage des législations modernes³ ; le Droit romain évoquait déjà notamment le bon père de famille, la bonne foi ou les bonnes mœurs. Or, l'incidence de cette relativité sur les notions elles-mêmes (*Section 2*) ne peut se justifier qu'en reconnaissant que ce vocabulaire spécifique, de plus en plus couramment usité au Parlement comme au Palais, requiert la nécessité d'une abstraction (*Section 3*).

Section 1 : Banale réalité des notions relatives

2. - Plus qu'à quantifier ou qualifier une norme sous-entendue, les notions relatives serviraient seulement à éluder les termes d'un langage que les pouvoirs exécutif et parlementaire souhaitent probablement éviter, en le rendant sciemment imprécis, incertain, réalisant parfois un compromis politique qui permet de débloquer des situations autrement sans issue⁴. Le professeur Verhaegen convient même trivialement que, rendues confuses à dessein, elles ont pour fonction première de « noyer le poisson », en enserrant dans leurs « termes pour les régir effectivement, une notion qu'il serait impossible d'appréhender

¹ O. Bloch et W. von Wartburg, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 11^e éd. 1996, v^o Allusion.

² *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires, Rapport de synthèse* : RRJ 1987, p. 1182.

³ Pour quelques exemples contemporains, cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil, Etudes des lacunes intra-legem* : Petites affiches 30 juill. 1986 n^o 91, p. 40-41.

⁴ A. Pizzorusso, *Standards et contrôle de constitutionnalité des lois* : RRJ 1988, p. 987. - Au temps de la Guerre froide, la signature des traités internationaux ne s'obtenait qu'au travers de termes consensuels ; le professeur Orlic, de l'Université de Belgrade, enseignait ainsi avec humour que l'opposition d'un bloc soutenant obstinément que « les chiens aboient » à l'autre prétendant que seuls « les chats miaulent », se résolvait par une stipulation aussi vague que « tous les animaux poussent un cri particulier » ! : in E. Agostini, *Droit international privé*, Cours DEA dr. priv., Université Montesquieu, Bordeaux, 1996. - Comp. l'article 17 alinéa premier de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne retenant finalement qu'« une juste indemnité » versée « en temps utile » en matière d'expropriation, beaucoup d'Etats membres n'exigeant pas un caractère préalable en droit interne : Charte n^o 2000/C 634/01 du 18 déc. 2000 : JOCE n^o C 364, 18 déc. 2000, p. 1 ; D. 2001, légis. p. 184.

intégralement par le procédé de la définition précise et rigide »¹ ! Les raisons qui conduisent le législateur à recourir fréquemment à de telles métaphores s'éloignent des préoccupations du droit civil, et soulèvent bien davantage un débat de sociologie et d'épistémologie juridiques. Bien qu'aucune de ces matières ne soit négligeable², la réponse à une telle question dépasse même largement la théorie générale du droit. Aussi cet apparent flou terminologique du droit (§ 1) appelle-t-il à circonscrire plus précisément les domaines d'investigation (§ 2).

§ I : L'apparent flou terminologique du droit³

3. - *A priori*, l'utilisation de concepts hermétiques semble plutôt permettre au législateur d'esquiver le réalisme (I), comme s'il rechignait à déployer un langage trop choquant, voire cynique. Mais une brève étude épistémologique montre au contraire qu'elle lui permet surtout de systématiquement rallier l'hétérogénéité sociale (II).

I - Esquiver le réalisme

4. - Le public conçoit parfaitement que le monde scientifique use de termes ésotériques⁴, ignorés du langage courant, pour désigner des objets de recherche inconnus du non-spécialiste. Beaucoup réclament néanmoins une modernisation du langage juridique, pour des causes faciles à déterminer : l'obligation de connaître et de respecter le droit appelle un vocabulaire compréhensible de tous. Ce légitime souci de vulgarisation ne devrait toutefois pas occulter son caractère essentiellement normatif ; Batiffol soulignait ainsi que

¹ *Notions floues et droit pénal*, in Etudes publiées par Ch. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 7-8.

² Dans un bref exposé sur les différentes écoles positivistes, Michel Troper se montre beaucoup plus circonspect en affirmant que l'idéologie ayant conduit à l'énoncé d'une règle « n'ajoute rien à la connaissance de la règle elle-même. Elle peut intéresser la sociologie ou la psychologie, pas la science juridique » : *La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, journées d'études sur *Les usages sociaux du droit* qui s'est tenue le vendredi 12 mai 1989, Paris, PUF, 1989, n° 3 p. 289 s., spéc. p. 290.

³ Cette expression assez péjorative, due à la plume de Madame Delmas-Marty, signifie le passage d'un droit simple et impératif (fondé sur le devoir) à un droit complexe et flexible (reposant sur des facultés), c'est-à-dire à une certaine souplesse dans l'application de la règle ; malgré les risques d'incohérences et de dérives, autoritaires ou libertaires, la logique du flou offrirait ainsi un instrument pour ordonner la diversité : *Le flou du droit, Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige Essais Débats, 388 p. - Rappr. C. Thibierge, *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599 s., spéc. p. 610 s. la distinction des droits flou, doux et mou, par la souplesse de leur contenu ou de leur force obligatoire et contraignante.

⁴ *Petit Robert*, préc., v° Ésotérique, 2.

seul un certain degré de précision permet d'assigner aux règles de droit un domaine aux frontières définies¹. Le phénomène ne paraissant guère nouveau², la tentation est alors grande de prendre l'euphémisme pour de la clarté conceptuelle, comme si les autorités publiques cherchaient à masquer la contrainte juridique pour ne pas heurter la sensibilité du justiciable ! Ce véritable « antinomialisme »³ ôte en effet toute connotation défavorable à certaines dénominations trop brutales⁴ ; désigner sans nommer, tel est le propre de la prétérition, procédé grammatical qui permet ainsi au législateur « de conférer une réalité à l'objet signifié sans l'identifier par un signifiant formel »⁵.

5. - Cependant, pareil artifice terminologique ne doit pas leurrer⁶. Tout d'abord, la plupart des tournures vire purement et simplement à l'hypocrisie, quitte à reconnaître une qualité inexistante mais valorisante : l'interruption volontaire de grossesse remplace l'avortement dans la loi du 17 janvier 1975 ; l'ancien article 334 alinéa 3 s'offusqua moins d'un enfant dont « le père ou la mère était engagé dans les liens du mariage avec une autre personne » au temps de la conception, que d'une filiation adultérine pour en réduire les droits successoraux (art. 759 s. et 908 s. anciens) ; le chômeur est qualifié de « demandeur d'emploi » dans la cinquième partie du livre IV du Code du travail⁷ (art. L. 5411-1). La volonté délibérée de ne pas institutionnaliser juridiquement conduit souvent le législateur à

¹ *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35 & 40 s.

² La récurrence de cette aspiration a conduit l'Université de Paris II à y consacrer un séminaire de philosophie du droit : Arch. philo. dr. 1974, t. XIX : *Le langage du droit*, spéc. p. 1-313.

³ Cf. G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Cours polycopiés de droit civil, Doctorat 1970-1971 p. 73, cité par M.-Ch. Manigne, *La communauté de vie* : JCP 1976, éd. G, I, 2803 notes I & 62.

⁴ Comp. *Petit Robert*, v° Euphémisme, étymologiquement « bonne parole », ce qui rejoint *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Euphémisme : « emploi d'un mot favorable au lieu d'un mot de mauvais augure ». - Egalement *Dictionnaire du Trésor de la langue française*, art. Euphémisme, cité par J.-L. Souriou et P. Lerat, *L'euphémisme dans la législation récente* : D. 1983, chron. p. 221 note 3, & p. 222 n° 4 *in limine*.

⁵ D. Grillet-Ponton, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle* : D. 2000, chron. p. 335 n° 9, & p. 331 n° 1 où l'auteur explique que l'innommé remédie à l'embarras de qualification qu'entraîne le débordement des nomenclatures par de nouvelles techniques. - Cf. aussi *Les mots de la loi*, Paris, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques n° 5, dir. N. Molfessis, 110 p.

⁶ Quelles que soient d'ailleurs les causes de l'indétermination : option législative, esprit de la règle, etc., in Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 30 juill. 1986 n°91, p. 45-46.

⁷ Alors même que de nombreuses tables continuent de renvoyer cette expression à l'article « chômage » : cf. notamment B. Lardy-Pélissier et al., *Le Nouveau Code du travail annoté*, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 31^e éd. 2011, coll. Les codes RF. - Sur ces exemples, cf. aussi J.-L. Souriou et P. Lerat, *L'euphémisme*, préc. p. 222.

ne pas nommer certains faits et à se contenter de sanctionner la violation de l'état opposé¹. Ensuite, un choix terminologique – apparemment plus neutre – peut contredire un autre dessein législatif : lorsque la loi du 5 mars 2007² substitue aux « motifs graves » faisant obstacle aux relations du mineur avec ses ascendants le seul « intérêt de l'enfant », elle atténue insidieusement le droit aux relations personnelles posé dans l'article 371-4 alinéa premier *in limine*³ ; la protection de l'enfant devrait effectivement jouer dès avant des circonstances préoccupantes ou alarmantes. Enfin, nombre d'expressions n'éclairent pas davantage que leurs devancières sur la teneur des prescriptions⁴. En quoi le désintéret manifeste des parents (C. civ., art. 350) serait-il plus explicite que l'abandon (art. 231 ancien)⁵ ? En quoi les faits imputables à l'autre époux, dans l'actuel divorce pour faute (art. 242), seraient-ils plus pertinents que les excès, sévices et injures (art. 231 ancien)⁶, puisqu'ils doivent toujours constituer une violation grave ou renouvelée des obligations conjugales⁷ ? En quoi les « soins prudents, diligents et avisés » (art. 496 al. 2) issus de la réforme du 5 mars 2007 sur la protection juridiques des majeurs éclairent-ils l'antique notion de bon père de famille⁸ (art. 450 al. 2 ancien) qui persiste cependant par ailleurs¹ ? Alors que l'intérêt de

¹ M.-Ch. Manigne, *La communauté de vie*, préc. n° 15, montre que la loi pénalise la rupture de la vie commune, en ignorant superbement la séparation de fait, comme contraire à l'institution matrimoniale (C. civ., art. 215).

² N° 2007-293, réformant la protection de l'enfance, art. 8 : JO 6 mars 2007, texte 7.

³ Droit confirmé, par ailleurs, entre frères et sœurs, *in art. 371-5 ou 375-7*. – Le recours au qualificatif prévu dans la Convention internationale des droits de l'enfant - « *the best interest* » - aurait sans doute permis de préserver la logique du texte initial.

⁴ Comp., cependant, sur le plan strictement procédural, CJA art. L. 521-1 en matière de sursis à exécution des décisions administratives : la substitution de la condition de « moyen propre à créer (...) un doute sérieux » sur leur légalité à « l'existence d'un moyen sérieux de nature à » en justifier l'annulation, éviterait que le juge des référés n'ait à effectuer un examen approfondi de la requête principale, ce qui entraînerait jusqu'à la loi du 30 juin 2000, un non-lieu à statuer. - Spéc. CE, 19 janv. 2001 (*Confédération nationale des radios libres*) : D. 2001, p. 1414 s., note B. Seiller ; *adde* R. Vandermeeren, obs. sous CE, 16 mai 2001 (*Epx Duffaut*) : *ibid.* 2002, somm. spéc. p. 2224.

⁵ Encore que ce terme demeure expressément utilisé par le Code de procédure civile (art. 1158 s., jusque dans l'énoncé du chapitre).

⁶ Pour sa part, certes, l'adultère (cause péremptoire des articles 229 et 230 anciens) avait un champ sensiblement plus restreint que le texte contemporain. - *Adde* le phénomène d'inclusion décrit par J.-L. Sourieux et P. Lerat, *in L'euphémisme dans la législation récente*, préc., p. 221 *in fine*.

⁷ Le régime de Vichy ajouta cette condition à la loi Naquet, avec celle de maintien intolérable de la vie commune, pour freiner les ardeurs de l'interprétation jurisprudentielle de la faute : L. 2 avr. 1941 sur le divorce et la séparation de corps : DC 1941, législ. p. 61 s., comm. J. Carbonnier, spéc. p. 63 s. ; DA 1941, législ. p. 200-201, art. 1^{er}.

⁸ A moins que cette manière de désigner un comportement avisé et humain ait succombé au modernisme et au féminisme ! Cf. St. Darmain, *A la recherche du bon père de famille*, *in Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297 s., spéc. p. 301 s.

la justice est de parvenir à crever l'abcès d'une situation douloureuse dans des conditions convenables, la législation actuelle refoule le conflit hors du prétoire², grâce à des notions souples. La conséquence n'est pas mince pour un pays de tradition légaliste³ : les magistrats reçoivent, en effet, la mission de conférer une valeur juridique à des idiomes issus du langage sociologique⁴. Nul n'ignore plus, par exemple, que l'interprétation de la législation consumériste devient toujours plus étriquée. Cette branche du droit a fini par se retourner contre le consommateur qu'elle tend pourtant à protéger ; la prolifération des réglementations entraîne cet effet pervers⁵ que des concepts plus larges éviteraient. Mais une partie de la doctrine estimera alors que ces derniers rendent le droit toujours plus flou, tandis que d'autres mettront en avant un gain en nombre de textes. Définir les notions relatives peut alors sembler regrettable, car l'utilisation de métaphores suggère la flexibilité du sens donné à l'objet examiné⁶. Certes, un droit non défini est dépourvu de toute efficacité⁷ ; seulement, l'absence de frontières strictes permet sans doute de pouvoir plus facilement tout englober, assurant donc systématiquement une protection aux titulaires du droit en cause.

6. - Toutes ces expressions analogiques recèlent finalement une double vocation⁸ : non seulement, elles laissent une marge de manœuvre au juge en lui accordant une faculté d'adaptation à l'espèce considérée ; mais cette liberté prétorienne en fait encore un procédé

¹ Art. 1728, 1^o et 1729, 1766 al. 1^{er} et 1806 (dans les baux) ; art. 601 pour les obligations de l'usufruitier ; art. 627 (usage et droit d'habitation) ; art. 1137 al. 1^{er} (conservation de la chose dans l'obligation de donner) ; art. 1374 al. 1^{er}, dans les quasi-contrats ; art. 1880 en matière d'emprunt et 1962 pour le séquestre.

² Le doyen Carbonnier ne souhaitait-il pas « dédramatiser » le divorce par son projet de réforme en 1975 ?, in *La question du divorce, mémoire à consulter* : D. 1975, chron. p. 115 s.

³ Ph. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre* : RTD civ. 1996, p. 310, qui pressent dans la loi et le juge deux pôles interactifs pour émettre du droit.

⁴ F. Jacques, *Interpréter, prototype ou simple ressemblance de famille ?*, in *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant et PU d'Aix-Marseille, 1995, p. 27 & 44. - Le professeur Philippe Jestaz conçoit ainsi le procès comme un exercice de traduction, thème et version constamment imbriqués, pour passer du droit au fait et inversement, in *La qualification en droit civil* : Droits n^o 18/1993, p. 46-47.

⁵ Ph. Malaurie, *L'effet pervers des lois*, in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 311 n^o 7.

⁶ S. Laulom : D. 1990, p. 405 in fine, note sous Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (*SNC Prisma Presse c/ Mme Grimaldi*) à propos du droit au respect de la vie privée. - V. Petev, *L'interprétation des faits et l'interprétation du droit*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 54.

⁷ Damien Roets affirme même qu'en certaines matières, « le flou du droit n'est autre que la négation du droit », in *Les droits discrétionnaires : une catégorie en voie de disparition ?* : D. 1997, chron. p. 96.

⁸ Comp. D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés* : RRJ 1988, p. 1102, à propos de la notion de société libre et démocratique.

rhétorique certain, au travers duquel se forge un consensus sur les principes majeurs qu'elles sous-tendent auprès des justiciables.

II - Rallier l'hétérogénéité sociale

7. - Les mouvements - rapides et puissants - de l'économie moderne et l'apparition corrélative de l'opulence¹, les révolutions techniques successives et leur incidence sur les modes de vie ou de travail, les découvertes scientifiques et leurs implications philosophiques ébranlent nombre d'équilibres traditionnels. Au regard de ces mutations permanentes, l'inadéquation guette rapidement le droit ; l'importance sociale d'un problème obligerait ainsi sa prise en charge par le législateur². Que les textes en vigueur obtiennent alors la plus large approbation suppose un droit pluraliste : « l'emploi de formules imprécises (...) s'explique tout simplement *commoditatis causa* »³, en raison de l'incessante altération, temporelle et spatiale, des critères habituellement retenus dans l'appréciation des faits ou actes juridiques. Face aux incertitudes sociales, l'autorité publique se trouve contrainte de produire des normes malléables, c'est-à-dire suffisamment larges pour demeurer adoptées par tous. Du même coup, sont évitées de perpétuelles modifications des textes, comme ce fut le cas en droit de la famille dans la seconde moitié du XX^e siècle⁴. Dans le sillage du professeur Chenot⁵, se pose finalement la question de savoir si l'évolution sociale suit le droit ou le commande ! Toute source de droit serait donc du fait⁶ ! Et, pour une fois, il n'y a pas loin de la coupe aux lèvres pour penser que le législateur devrait forcément s'incliner devant chaque métamorphose de la société, quand ce n'est pas devant la

¹ Tout au moins dans le monde occidental et pour une majeure partie de sa population.

² Cf. Patrick Lehingue qui esquisse une relation entre codification et résultat des sondages d'opinion : *Usages et effets politiques de la codification : La réglementation des sondages d'opinion en France*, in *Les usages sociaux du droit*, préc., spéc. p. 47-51.

³ J. C. Barbosa Moreira, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour Suprême brésilienne* : RRJ 1988, p. 1150 n° 3.

⁴ Cf. déjà, en 1990, l'impressionnante liste dressée par Philippe Rémy pour le seul droit patrimonial de la famille : *Rapport français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, 1988, Paris, Economica, 1990, t. 39, n° 2 et les réf. p. 251-252.

⁵ *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, Etudes et documents, 1950, p. 77-83.

⁶ Cf. notamment la position péremptoire du professeur Djuvara qui affirme que « toute source du droit a un caractère social, elle est avant tout un fait social » : *Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif*, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 219 & p. 223-224 où l'auteur explique l'influence des usages et de la pratique sur l'élaboration des lois.

simple expérience concrète d'une partie de sa population¹. La faillite civile illustre parfaitement ce point de vue : la réalité économique s'est chargée de rattraper la Commission des lois et de multiplier les adaptations d'une procédure à un environnement évolutif². En somme, la crise d'une civilisation emporterait celle de son système juridique, au point que « ce qui est normal, et non pas normatif, est rapidement considéré comme méritant de devenir la règle »³. S'en trouveraient légitimées toutes les lois dites expérimentales qui ouvrent insidieusement la voie à leur propre amendement⁴. Voici qui permet d'en tirer un argument majeur au profit d'une sociologie du droit, comme si le postulat était de « légiférer en accord avec l'opinion publique »⁵ ; le doyen Carbonnier est resté fidèle à sa parole puisqu'il n'a pas hésité à s'enquérir d'une enquête de terrain approfondie pour étayer la réforme du divorce de 1975⁶. Cette adaptation du droit au fait n'est d'ailleurs pas sans incidence sur le rôle du juge et plus encore sur le mécanisme jurisprudentiel. D'un côté, en effet, la plupart des auteurs estime que la médiation (qu'elle soit familiale ou pénale) s'inscrit dans le besoin d'une justice pragmatique et plus humaine⁷. De l'autre côté surtout, certains textes paraissent à ce point vagues qu'ils demandent

¹ Cf. la « proposition de loi » déposée par des élèves du Val de Marne visant à limiter la scission des fratries, ayant abouti à l'article 371-5 du Code civil. - J. Massip, *La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs* : Defrénois 1997, art. 36616, n° 1 p. 897-898. - *Loi n° 96-1238 du 30 déc. 1996* : JO 1^{er} janv. 1997 p. 21-22 ; D. 1997, législat. p. 107.

² P.-L. Chatain et F. Ferrière, *Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions* : D. 1999, chron. p. 287 & concl. p. 294.

³ P. Roubier, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946 p. 277. - Adde R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui - Structures matérielles et structures juridiques*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. 1 : études générales, droit de la famille, Paris, LGDJ, 1950, p. 79-80 & 91. - Comp., in *Cass. ass. plén., 31 mai 1991* : Bull. ass. plén. 1991, n° 4 p. 5-6, les motifs de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 15 juin 1990 (« l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs »).

⁴ Comp. Circ. Prem. min., 9 nov. 1998 relative à la procédure de suivi de la transposition des directives communautaires en droit interne, qui prône une véritable « étude d'impact juridique » du droit dérivé en droit interne : JO 9-10 nov. 1998 p. 16948-16949 ; JCP 1998, éd. G., III, 20178 p. 2185-2186.

⁵ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige manuel, p. 273 et 298. - Adde, en faveur d'une critique du droit positif à partir d'une sociologie raisonnée, M.-Th. Calais-Auloy, *De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif)* : D. 1999, dernière actualité n° 13 du 1^{er} avr. p. 1-2.

⁶ A. Boigeol, J. Comaille, M.-L. Lamy et A. Girard, Ministère de la Justice – Service de coordination de la Recherche, Université Panthéon-Assas Paris, Laboratoire de sociologie juridique, Institut national d'études démographiques, *Le divorce et les Français*, Paris, PUF, 1974, I *Enquête d'opinion*, coll. Travaux et documents – INED 69, 194 p. ; et M.-F. Valetas, Paris, PUF, 1975, II *L'expérience des divorcés*, coll. Travaux et documents – INED 72, 256 p.

⁷ M. Cevaer-Jourdain, *Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996, relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaires* : Gaz. Pal. 1997, 2, doctr. p. 1590.

l'interprétation du juge ; d'autres dispositions, au contraire, sont pourvues d'une signification si claire et incontestable qu'aucun doute n'existe sur le régime juridique des faits ou actes entrant dans leur domaine. Bien sûr, la conséquence est identique : saisir la norme applicable. Mais le raisonnement passe de la déduction à l'induction¹ : quand l'exercice exégétique est rendu nécessaire, le flou textuel devient l'enjeu du procès², le juge finissant par apprécier au moins autant la règle que les éléments factuels qui lui sont soumis³. Ces derniers s'imposent⁴ et rendent bien compte que la norme dépendrait donc strictement de facteurs internes agissant sur la situation socio-économique d'un pays⁵ : la société précéderait ainsi le droit par les équilibres qu'elle atteint à chaque période de son évolution.

8. - « Tout coule. Rien ne demeure ». Certes, cette phrase prêtée à Héraclite⁶ exprime bien le risque d'un décalage entre lois et sujets de droit. Le juriste n'est-il pas réputé pour son conservatisme et ses travaux pour leur rigidité⁷ ? Maintes fois, le Conseil d'Etat n'a pu ainsi que constater la rupture entre l'état des mœurs et différentes dispositions en matière de visa d'exploitation cinématographique ; une œuvre a même présenté l'originalité d'avoir reçu un prix du Ministre de la Jeunesse et des Sports, l'année de son interdiction aux mineurs par celui en charge de la Culture⁸ ! S'est-on cependant jamais

¹ Bien que la philosophie émette quelques réserves sur les qualités du raisonnement inductif : P. Foulquié, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 6^e éd. 1992, v^{js} Déduction & Induction, spéc. *in fine*.

² R. Guastini, *Interprétation et description de normes*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 91 & 99-100.

³ Cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 15 août 1986 n° 98, p. 33, quoique les conséquences qu'en tire l'auteur soient discutables (*ibid.* 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 4 s.).

⁴ Roscoe Pound oppose clairement le mouvement réaliste américain de la *sociological jurisprudence* à la *mechanical jurisprudence* qui tente de prévenir toute initiative de la part du juge, mais dont les solutions formalistes suscitent le mécontentement en raison de l'inadaptation aux conditions de vie : F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit* : RID comp. 1987, p. 346-347 & 354 ; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société - du XIX^e siècle à nos jours*, Paris PUF, 1975, coll. SUP - Le juriste n° 7, p. 164 s.

⁵ Ce que les jurisconsultes classiques avaient déjà perçu : I. de Koschembahr-Lyskowski, *Le rôle du droit pour le droit comparé*, in *Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, Sirey-LGDJ, 1938, t. I : première partie : *les aspects, les fonctions et les sources du droit comparé* ; deuxième partie : *instruments d'études du droit comparé*, p. 257-260.

⁶ En épigraphe d'une leçon d'agrégation par G. Lebreton, *Y a-t-il un progrès du droit ?* : D. 1991, chron. p. 99.

⁷ Geneviève Pignarre remarque cependant que toute technique juridique comporte quelque rigidité temporelle, in *L'effet pervers des lois* : RRJ 1994, p. 1099-1100 n° 4 et les notes.

⁸ A. Riou, *L'évolution de la « censure » cinématographique* : Petites affiches 21 juill. 1995 n° 97, p. 32 et la jurisprudence.

demandé pourquoi le droit devrait systématiquement entériner toute aspiration sociale¹ ? L'autorité législative allègue souvent un prétendu vide juridique ou une demande de droit pour motiver son intervention². Que les pouvoirs réglementaires et législatifs mettent à jour périodiquement le droit est compréhensible, si ce n'est souhaitable, sous peine d'être invariablement violé ou détourné. Mais, au prétexte notamment que cela se fait déjà ailleurs (*sic*)³, prendre acte de toute évolution nierait totalement la vocation principale de la norme : organiser la société, c'est-à-dire offrir des repères. Quand bien même l'adaptation du droit au fait accède quasiment au rang de mythe⁴, certains auteurs osent encore accorder à cette fonction au moins une valeur supplétive⁵. Les notions relatives apportent probablement quelque souplesse au droit mais n'ont certainement pas pour objet de le rendre inconsistant⁶ : la loi conserve donc son rôle d'intendant de la cohésion sociale. Pour reprendre une distinction du doyen Duguit, toute loi civile recèle finalement une volonté politique⁷ ; si la première se borne à constater des pratiques individuelles, la seconde contribue à contenir l'intérêt collectif⁸. Bien que la consommation de cannabis soit devenue

¹ Spéc. les réflexions du professeur Bernard Beignier sur l'indisponibilité de l'état face aux progrès de la recherche biomédicale : *L'ordre public et les personnes*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, avec la coordination de Th. Revet, Paris, Dalloz, 1996, coll. Thèmes et commentaires, p. 20 s.

² D. Memmi, « Demande de droit » ou « vide juridique » ? *Les juristes aux prises avec la construction de leur propre légitimité*, in *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 13 s. *passim*, à propos de la procréation artificielle. - Adde C. Spanou, *Le droit instrument de la contestation sociale ? Les nouveaux mouvements sociaux face au droit*, *ibid.*, p. 33-34 & 36 s. sur le rôle de diverses organisations.

³ F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* : RTD civ. 1995, p. 253 & 270, sur le développement du droit de la famille hors mariage.

⁴ Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* : D. 1977, chron. p. 251 s.

⁵ D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, publ. avec le concours du C.N.R.S., Paris, Dalloz, 1965, p. 891.

⁶ Dans un billet assez provocateur, le professeur Hervé Lécuyer montre (à propos de l'arrêt *Bertrand* rendu par la Cour de cassation le 19 février 1997) que l'indexation de la jurisprudence sur les conceptions sociales dominantes risque d'aboutir, en matière d'autorité parentale, à une responsabilité... « déresponsabilisante » : Dr. fam. 1997, Repères.

⁷ *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789* : Rev. éco. politique 1893, spéc. p. 567 s.

⁸ Selon le professeur Hugues Fulchiron, le Parlement n'entend pas se contenter de suivre les mœurs, il prétend encore orienter les évolutions de l'autorité parentale, in *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale - Commentaires de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi « Malhuret »* : D. 1993, chron. p. 117.

courante dans une partie de la population, les actes qu'elle suppose ne doivent pas pour autant être dépénalisés¹ !

9. - Lutter en vue d'une parfaite adéquation du droit à la réalité sociale, telle pourrait être la justification du recours à un droit flou². Mais croire qu'un tel pragmatisme trahisse une législation sans idéal social, qui ne prétendrait plus dresser les mœurs³, se révèle assez difficilement concevable. Aussi se révèle la nécessité de comprendre autrement les notions relatives en droit civil.

§ 2 : Domaines d'investigation

10. - Si la définition des termes de notion (I) et de droit civil (III) ne soulève guère de difficulté, celui de relativité (II) est en revanche susceptible d'appréhensions fort diverses. L'enjeu est pourtant de taille : la relativité présente indéniablement un caractère de souplesse et d'adaptabilité à des circonstances changeantes, mais aussi corrélativement d'imprévisibilité⁴. L'innombrable littérature théorique les traite unanimement comme un moyen d'élasticité de tout acte juridique⁵. Mais, délibérément utilisées pour la formation de règles de droit, les notions relatives ne peuvent, à ce titre, que prétendre à l'universalité.

I - Notion

II. - Sans verser avec provocation dans la notion de notion comme a pu le faire très sérieusement le professeur Charles Jarrosson⁶, une place doit être réservée à l'étude de généralités philosophiques et linguistiques concernant ce substantif aussi abscons que

¹ Cf. aussi l'authentique catilinaire d'A. Bolo au Palais-Bourbon contre l'instauration du divorce pour rupture de la vie commune : JOAN, 5^e lég., séance du 28 mai 1975, p. 3320.

² Cf. Gény et Saleilles, cités par A. Raynouard, *Cent ans de méthode... d'interprétation du droit privé positif* : D. 2000, point de vue du 6 janv. 2000 p. VII. - Adde N. J. Mazen, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain* : RRJ 1988, p. 1158 & 1179.

³ Contra, J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?* : D. 1997, chron. p. 134.

⁴ D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés*, préc., p. 1071.

⁵ Loi, convention ou décision juridictionnelle. - Spéc. J. Wróblewski, *Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit* : RRJ 1988, p. 848 & 849.

⁶ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 198, n^{os} 451 s. p. 216 s. - Adde C. Nourissat, *La notion de « notion » dans le règlement (CE) n^o 2201/2003, in Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, coll. Thèmes et commentaires Actes, p. 139 s.

courant. Ce vocable apparaît, en effet, quelque peu hermétique puisqu'il est l'outil de sa propre compréhension ; et sa vulgarisation tient essentiellement au fait qu'il est parfois préféré à un grand nombre de mots à la signification très voisine.

12. - S'il ne désigne pas, en l'occurrence, un savoir rudimentaire, ni même un *a priori* intuitif, assez imprécis, que le béotien peut avoir d'une chose, c'est l'objet abstrait de connaissance qui paraît l'acception la plus appropriée¹. La notion est « le résultat d'une démarche intellectuelle qui consiste en un passage de la réalité sensible à la représentation de cette réalité grâce à l'"idée" »² que le scientifique a de cette dernière. Cependant, cette approche requiert de souligner que le concept, strict synonyme de la notion pour la plupart des auteurs³, est plus objectif que l'idée qui revêt un caractère plus ou moins personnalisé⁴ ; l'un relève d'une représentation raisonnée, l'autre d'une perception réelle.

13. - Indubitablement, toute notion infère un travail d'abstraction. Conformément à une lecture purement étymologique, négliger ainsi quelques propriétés particulières permet bien de tirer l'esprit hors de futiles éléments stochastiques⁵. C'est pourquoi une telle signification est susceptible de retentir sur la relativité qui la caractérise, et invite donc à s'interroger aussi sur le sens à en donner.

II - Relativité

14. - Sans doute le flou doctrinal ou jurisprudentiel qui entoure souvent une notion laisse-t-il entendre que tout le contenu du Code civil pourrait être relatif⁶. En conséquence, le législateur doit parfois intervenir pour éclairer une matière, lui conférer un certain

¹ *Petit Robert*, préc. v° Notion.

² Ch. Jarrosson, *op. cit.* n° 452 p. 216.

³ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. I : introduction ; première partie : position actuelle du problème du droit positif, éléments de sa solution, Paris, Sirey, 1915, n° 50 p. 146 s., spéc. p. 147 où l'auteur les définit comme une « entité, qui n'est autre que l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit ». - J. Brethe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, n° 181 p. 146 s. - P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, LGDJ, éd. Panthéon-Assas, 1999, coll. Droit privé, préface J.-L. Souriou, n° 69 p. 64-65, spéc. note 264. - Ph. Mozas, *La notion de dette en droit privé*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 1996, n°s 1 & 2. - C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris-Budapest-Turin, L'Harmattan, 2003, note 18 p. 12-13.

⁴ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Notion et Concept. - Rappr. C. Puigelier, *L'idée en droit* : RRJ 2003, p. 2369 s.

⁵ *Ibid.*, v° Abstraction. - *Adde Dictionnaire étymologique*, préc., v° Abstraire.

⁶ Cf. R. David cité par Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 30 juill. 1986 n° 91, note 18 p. 41.

équilibre. En ce sens, ce sont principalement les définitions qui sont sujettes à discussion, les exégètes étant davantage confrontés à la science ou à la métaphysique¹, qu'au seul droit. Seulement, ce concept semble aussi faire corps avec un modèle de référence auquel (implicitement du moins) il renvoie. De façon plutôt déconcertante, le terme même de relativité recèle donc deux techniques législatives fort différentes : quand le flou du droit ferait craindre une absence de volonté politique déterminée et témoignerait « de l'usage de la règle de droit à des fins étrangères à celle qui est normalement la sienne, c'est-à-dire la consécration d'une norme », d'autres expressions apparemment aussi imprécises expriment, au contraire, « une souplesse normative contrôlée » impliquant une interprétation, certes conjoncturelle, mais non discrétionnaire de la part de l'autorité judiciaire². Selon le doyen Cornu (d'ailleurs l'un des rares à opérer une discrimination), la différence réside essentiellement dans la faible intensité de l'imprécision des notions indéterminées : elle est davantage le résultat d'une polémique jurisprudentielle ou doctrinale que le fruit d'une intention législative³. De ces deux approches (généralement indistinctes pour une grande partie de la doctrine⁴) ressort toute l'amphibologie de la relativité : elle peut ainsi être endogène (1) et qualifier tout terme juridique ; mais elle peut surtout s'entendre de façon exogène (2), nécessitant alors une confrontation.

I. Relativité endogène

15. - A la proue d'un droit naviguant à vue de mouvements sociaux surgissent rapidement de nombreux écueils⁵. D'un côté, le flou textuel encourage le subjectivisme du juge ; au contraire, afin de respecter sa seule fonction de dire le droit, l'autorité judiciaire

¹ Dans le sens que d'antiques bibliothécaires donnèrent à ce terme lorsqu'il leur fallut répertorier de nouveaux incunables ne traitant plus de physique pure, et qui regroupent aujourd'hui aussi bien la sociologie que la philosophie.

² C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., nos 125-126 p. 213-214, n° 129 p. 217 & n° 296 p. 439-440.

³ *In Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, préc., n° 188, note 6.

⁴ Cf. les listes fournies in St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., nos 96 s. p. 125 s. ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., nos 49 s. p. 108 s. - Contra, P. Hénaff, *L'unité des notions-cadres* : JCP 2005, éd. G, I, 189 p. 221 I s. ; comp. M. Maffesoli, *La Transfiguration du politique - La tribalisation du monde*, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, coll. Le livre de poche - biblio essais n° 4207, chap. V, I, p. 177-178, notant spécialement que « l'individu est une réalité relative, et ce dans les deux sens du terme ; réalité relativisée par d'autres, et réalité qui met en relation avec d'autres ».

⁵ En ce sens, Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 10 s. - Rapp. B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, coll. Doctrine juridique, p. 11 s. *Les incertaines frontières de l'illicite*, & p. 129 s. *La découverte du sens en droit positif*.

peut opposer sa passivité au comblement des lacunes législatives. De l'autre en conséquence, le justiciable se trouve confronté à une totale imprévisibilité des sanctions, la loi ne procurant ainsi plus aucune sécurité. C'est donc l'ambiguïté même des notions qui est ici en cause, leurs caractères matériels (a) laissant poindre ce que de multiples auteurs renferment habituellement sous l'expression de concepts mous (b).

a. Caractères matériels

16. - La relativité est tout d'abord temporelle. L'évolution peut ainsi s'opérer au fil de l'histoire : la conception des bonnes mœurs en 1804 n'équivaut certainement plus à celle admise à l'aube du XXI^e siècle. De même, dès les débuts de la Révolution, un décret des 3-12 octobre 1789 autorisa le prêt à intérêt¹, marquant une rupture avec le Droit canonique et l'Ancien Régime qui l'interdisaient formellement à la chrétienté, et plus particulièrement au clergé². Seulement, un tel constat pousse légitimement à se demander si ce renversement ne fait que constater une pratique devenue courante³, ou s'il résulte d'une adéquation à des mœurs juridiquement qualifiées⁴. Par ailleurs, l'âge d'une personne permet aussi d'adapter une même notion : si, pour un enfant, le juge doit déterminer l'absence ou l'existence de discernement, il apprécie exclusivement son degré pour un adulte, ce qui correspond en fait à une présomption de capacité pour ce dernier. L'article 414 du Code civil pose en principe que « chacun est capable d'exercer les droits civils dont il a la jouissance », une fois acquise la majorité ; cette fiction est d'ailleurs confortée par le deuxième alinéa qui n'évoque qu'une

¹ E. Géraud-Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 63 note 6. - J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances et Réglements, Avis du Conseil-d'Etat*, Paris, A. Guyot et Scribe, t. 1^{er}, 2^e éd. 1834, p. 44-45. - *Adde*, pour les débats parlementaires : *Le Moniteur universel*, n° 67 du 1^{er} au 5 oct. 1789, Réimpression de l'Ancien Moniteur, Paris, Imprimerie A. René & C^{ie}, 1840, t. 2, séance du samedi 3 oct., p. 4-7.

² Spécialement pendant la Renaissance : J. Guyader, *Les bonnes mœurs du clergé au XV^e siècle d'après les statuts synodaux de Bernard de Rosier, archevêque de Toulouse (Pâques 1452)*, *ibid.*, spéc. p. 98-102.

³ Le prêt est tout simplement entré dans les mœurs, sans que se pose la question de savoir si la convention est ou non vertueuse.

⁴ Comp. la justification, par l'évolution des mœurs, de certains sports violents considérés autrefois comme contraires à l'ordre public : J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, 1993, v° Ordre public et bonnes mœurs, p. 13 n° 96 et les illustrations jurisprudentielles.

possible « altération », sans entrer dans la dichotomie absence-existence dont la résolution est nécessaire pour le mineur avant d'évaluer s'il est ou non suffisant en cas d'existence¹.

17. - La relativité est ensuite spatiale. Mêlée de sociologie², la géographie influence probablement l'interprétation à faire d'une notion : les tribunaux n'attendent pas la même gestion d'un père selon qu'il exploite un domaine vinicole à titre indépendant ou que sa famille réside dans une grande conurbation régionale, les risques financiers n'étant pas comparables.

18. - La relativité est enfin catégorielle et la jurisprudence a démontré ce caractère en n'exigeant pas une même bonne foi suivant qu'elle s'adresse à un commerçant bonimenteur ou au consommateur trop crédule. Observer, au travers d'un même fondement (l'article 1116 du Code civil), les limites données au *bonus dolus* par différentes juridictions suffit pour s'en convaincre. Puisqu' « il convient d'apprécier les allégations mensongères selon la qualité de celui de qui elles émanent et de celui à qui elles s'adressent », le contractant réputé expert dans la matière litigieuse doit alors faire face à des exagérations commercialement permises³, tandis qu'un simple particulier emprunteur est protégé du silence gardé par un établissement de crédit qui s'est pourtant conformé aux exigences légales⁴.

19. - De ces caractères au contenu variable naît souvent un vocabulaire juridique indéterminable. Sans doute la préférence doit-elle finalement amener à parler de signifiants aléatoires⁵.

¹ A titre exceptionnel toutefois, la condition disparaît lorsque les intérêts de l'enfant sont, *lato sensu*, compromis ; à l'opposé, l'article 388-1, alinéa 2, tire de la demande du mineur à être auditionné en justice une véritable présomption de discernement : F. Alt-Maes, *Le discernement et la parole du mineur en justice* : JCP 1996, éd. G., I, 3913, spéc. n° 11 s. p. 120 s. & n° 7 p. 118-119.

² *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Comte Auguste, p. 86-90.

³ *TGI Avesne-sur-Helpe*, 5 févr. 1964 (*Willame c/ Bavière et a.*) : Gaz. Pal. 1964, I, p. 421-424 et la note, à propos de dommages visibles à l'œil nu sur des bois de coupe achetés par un professionnel.

⁴ *Cass. 1^{re} civ.*, 27 juin 1995 (*Crédit foncier de France c/ Epx Garcia et a.*) : Bull. civ. I, n° 287 p. 200 ; D. 1995, p. 621-623, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996, p. 385, obs. J. Mestre ; Defrénois 1996, art. 36352, p. 689-706, étude E. Scholastique sur *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur* ; *ibid.* 1995, art. 36210, p. 1416 s. n° 149, obs. D. Mazeaud.

⁵ Le professeur Legros évoque un « contenant variable » à propos de ces dénominations qui restent constantes mais dont le signifié est mouvant : *Les notions à contenu variable en droit pénal*, in Ch. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 21 n° 2 & p. 23 n° 6.

b. Concepts mous

20. - Les notions relatives ainsi entendues constitueraient-elles donc le maillon faible du droit ? Certes, elles semblent échapper à toute définition stable¹ et, malgré la panoplie des règles cantonnant le pouvoir judiciaire, se jouent de la prévisibilité juridique, de l'égalité des justiciables et de la prohibition de l'arbitraire, trois piliers majeurs du système révolutionnaire. Pourtant, cette variabilité n'existe pas forcément *ab initio* : la jurisprudence parvient souvent à affecter la législation d'une indétermination, partielle ou totale² ; aussi bien, un concept parfaitement clair d'un point de vue lexicologique peut-il progressivement être marqué d'un flou éthique³. La vertu première de notions devenues aussi molles serait de permettre à l'interprète de s'extraire du seul droit⁴, pour se borner à des approches extra juridiques, d'ordre psychologique, économique, génétique⁵...

21. - L'appréciation d'une notion peut certainement changer dans le temps et l'espace ou en fonction des acteurs juridiques, mais le principe devient parfaitement contestable quand la règle demeure obscure même pour le juriste. Les concepts mous n'engendrent que controverses doctrinales, multiplicité d'hypothèses, aboutissant à quelque scepticisme, pareil à celui qui mettait sur les lèvres du gouverneur romain Ponce Pilate, lors du procès du Christ, cette interrogation dubitative : « Qu'est-ce que la vérité ? »⁶. En

¹ Le professeur Oriane conclut à l'impossibilité de supprimer leur part d'indétermination, in *Les standards et les pouvoirs du juge* : RRJ 1988, p. 1067. - Sur les notions floues comme « dérive de l'application des notions-cadres », cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, spéc. n° 88 p. 157-158.

² L'exemple topique demeure l'article 1384 alinéa 1^{er} qui n'en finit plus d'être torturé, en contemplation de sa vocation originelle.

³ Cf. les dérives douteuses dans l'utilisation des articles 3 (traitements inhumains et dégradants) ou 6 (procès équitable) de la Convention européenne des droits de l'Homme. - Pour le texte des différents traités du Conseil de l'Europe, cf. : <http://www.echr.coe.int> ; spéc., pour la Conv. EDH : <http://conventions.coe.int/treaty/FR/Treaties/html/005.htm> - Adde J.-F. Perrin, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique de l'article 4 du code civil suisse)*, in *Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, p. 212-213.

⁴ La relativité venant alors plus de l'interprétation du texte que de son contenu. - Comp. Ph. Conte, *L'article 389-4 du Code civil* : JCP 1992, éd. N., I, 141 n° 1.

⁵ N. J. Mazen, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain*, préc., p. 1158-1160 ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 227 p. 356. - Adde le professeur Philippe Jestaz pour qui les standards renvoient à un système normatif extra ou parajuridique, in *Rapport de synthèse du premier congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique* : RRJ 1988, p. 1188.

⁶ Spéc. dans les chapitres de la Passion dans l'Évangile spirituel : Jn 18, 38. - Rapp. une brève critique du relativisme social, par un appel à la recherche de la vérité et de la rationalité, in J.-L. Marion, *Ce que Benoît XVI nous demande* : Le Monde vendredi 12 sept. 2008, p. 18, dernière col.

somme, les notions relatives donnent l'impression d'être un nouveau synonyme complétant une liste déjà longue¹ pour désigner un vocabulaire juridique qui semble inquiéter la doctrine par l'inextricable multiplicité des sens qu'il suscite². Que la signification des termes légaux varie au gré de l'éminence des auteurs qui s'y attellent laisse le néophyte plutôt perplexe ! Or, prétendre associer ainsi les termes de relativité - traduisant pour la plupart quelque incertitude - et de notion - qui exprime au contraire une constance abstraite - peut sembler étrange. Cette assertion invite donc à rechercher une relativité proprement juridique et à se tourner vers une définition plus normative, la relativité permettant d'apporter une nuance inexistante au regard des approches classiques. Au demeurant, les critiques que renferme la relativité endogène devraient s'estomper et trouver une explication positive, davantage en adéquation avec différents principes fondamentaux du droit.

2. Relativité exogène

22. - Dans le langage courant, la relativité s'entend souvent de ce qui est imparfait ou limité. Cette conception vulgaire n'est toutefois pas sans évoquer une acception plus technique, généralement opposée à l'absoluité. En ce sens, la notion relative réclame un point de repère, une unité de mesure³. En effet, quiconque estime un silence, une fortune, un succès relatifs, juge en fonction d'un idéal ; car nul ne conçoit un événement en lui-même, hors de quelque autre connaissance : la comparaison est sous-jacente à toute appréciation. Celle-ci ne saurait en effet exister indépendamment d'une condition, d'un critère ou de tout rapport à un étalon (globalement admis dans la société)⁴. C'est pourquoi semble s'évincer l'idée que les notions relatives nécessitent un jugement de valeur, en tant qu'elles

¹ Du standard aux lacunes *intra-legem*, en passant par les directives, les termes irréguliers, les formules générales ou élastiques (voire les paragraphes caoutchouc), les notions cadres, soupape, confuses, floues, imprécises ou encore à contenu variable ! - Pour la liste des auteurs correspondant à ces différentes expressions, cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 30 juill. 1986 n° 91, p. 43 s. ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 4 p. 19 s.

² J. Becquart, *Les mots à sens multiple en Droit civil français ; contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1928, 336 p. - Rappr. les réflexions de Rhitha Boustia sur la définition du Droit, et plus spécialement la place à conférer au droit souple, in *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Logiques juridiques, préface G. Marcou, avant-propos J. Caillousse, n°s 33 s. p. 35 s. et n°s 67 s. p. 56 s.

³ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Relation et spéc. in C de Relatif. - *Adde ibid.*, v° Absolu, B & D I ; *Petit Robert*, préc., v° Absoluité & Absolu, I 4 & II 1.

⁴ Au sens du *Petit Robert*, *op. cit.*, v° Relatif, I, 2^e : qui n'est tel que par rapport à une autre chose et par extension, qui ne se suffit pas à soi-même, n'est ni absolu, ni indépendant. - *Adde ibid.*, v° Relativité (I, 2^e) et Relation (II).

comportent une dimension axiologique certaine¹, véhiculant une idéologie juridique fondée sur une norme².

23. - Dans cette acception de la relativité³, se dégage donc un impératif : celui de déterminer un modèle de référence dont la quasi-intangibilité permet d'y comparer les éléments singularisant une espèce. Finalement, les notions sont relatives parce qu'elles font appel à une norme, et non du fait qu'elles sont juridiquement indéfinissables ; la relativité de tout concept doit alors être distinguée des notions relatives à telle norme⁴. Si, par exemple, la possession ou les mœurs ne sont que des notions floues, elles deviennent relatives dès l'instant que le Code civil les qualifie la première de paisible ou les secondes de bonnes.

III - Droit civil

24. - Toute législation serait susceptible de contenir des notions relatives ainsi définies. Pourquoi donc se cantonner au droit civil, alors qu'un point de vue pluridisciplinaire semble parfaitement intéressant et envisageable ? Force est de constater, tout d'abord, que cette discipline recouvre à elle seule des domaines aussi vastes que variés, surtout si y sont incluses toutes les branches dérivées ayant acquis quelque autonomie, et qui vont de la procédure aux droits civils spéciaux⁵. Cette limitation au sein du droit privé paraît ensuite la plus significative car envisager la présence de telles notions est difficilement concevable dans

¹ V. Fortier, *La fonction normative des notions floues* : RRJ 1991, p. 768 n° 25 ; S. Néron, Le standard, un instrument juridique complexe : JCP 2011, éd. G, I, 1003, n°s 10-11 p. 1665. - Comp. Th. Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties* : JCP 1981, éd. G., I, 3023 n° 3. - Rappr. Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse*, préc., p. 1188, opposant standards et concepts du langage courant qui renvoie seulement à un jugement de fait en fonction du dictionnaire.

² Comp. St. Rials, *Les standards, notions critiques du Droit*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., p. 43.

³ Le professeur Ziembinski soulève cependant le danger d'une récupération politique partisane, comme en Union soviétique où les « clauses générales » devinrent les vecteurs d'une théorie marxiste-stalinienne du droit, in *Les règles de la vie en société en tant que standard des droits socialistes (L'exemple polonais)* : RRJ 1988, p. 896-897 & p. 905, pour l'ancien article 5 du Code civil polonais qui disposait que « nul ne peut faire usage de son droit d'une manière contraire au but social et économique de ce droit ou contraire aux règles de la vie en société en vigueur dans la République Populaire de Pologne ».

⁴ Comp. le professeur Henri Batiffol qui oppose clarté intrinsèque et extrinsèque : *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, préc., p. 43-44.

⁵ Droit du travail (issu du seul article 1780 du Code civil dont il s'est définitivement émancipé depuis la loi du 10 juillet 1928) ou des assurances (développé à partir du titre douzième concernant les contrats aléatoires comme manière d'acquérir la propriété, in art. 1964 s.), de la consommation (conjuguant différents textes du droit des obligations, et spécialement l'article 1134) et des baux à loyer (découlant des articles 1713 et suivants à propos du louage des choses, qui demeurent tout de même supplétifs), propriété intellectuelle (émanation de l'article 543 du Code civil).

certaines disciplines juridiques ayant un caractère technique prononcé¹, laissant *a priori* peu de place à une quelconque interprétation : autorisation de mise sur le marché des produits pharmaceutiques nouveaux, droits du crédit, droit des transports... Leur soubassement, scientifique ou pratique, devrait empêcher d'octroyer quelques franges de liberté à ceux qui y sont soumis². En droit pénal surtout, la conjugaison du célèbre adage « *nullum crimen, nulla poena sine lege* »³ et de son corollaire, l'interprétation stricte (inscrits d'ailleurs au titre des principes généraux du Code pénal aux articles 111-3 et 111-4), devrait proscrire tout recours à la relativité⁴, sans quoi la sanction judiciaire serait taxable d'imprévisibilité, voire d'arbitraire, puisque la norme de référence sous-tendue n'apparaît pas explicitement dans les textes⁵. Le droit pénal n'est pas pour autant statique ; le principe légaliste ne signifie pas, en effet, paralysie de la matière : elle peut évoluer avec le contexte dans lequel elle vit pour remplir son office, lorsque l'esprit de l'incrimination le permet et que sa lettre ne l'interdit pas⁶. Le droit public, enfin, est lui aussi capable de fournir quelque souplesse au droit¹. Mais

¹ Comp. H. Batiffol, *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, préc., p. 41.

² Selon le professeur Malaurie, « dans les matières de droit strict », la technicité interdit que l'évolution des règles puisse intervenir autrement que par une réforme législative : *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 615. - Adde le doyen Maury qui propose de faire un choix « entre la certitude du droit et sa faculté d'adaptation », c'est-à-dire de déterminer les domaines pour lesquels le besoin de sécurité et de stabilité l'emporte : *Observations sur les modes d'expression du droit : règles et directives*, in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, préc., t. I, p. 425-426 n°s 9 & 12.

³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e éd. 1992, n° 123 s. p. 75 s.

⁴ Ce code retient certes des fautes qualifiées - simple ou délibérée, et désormais caractérisée dans l'article 121-3 - mais en les définissant, ne serait-ce qu'en leur imprimant des régimes particuliers : Y. Mayaud, *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal...* (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) : D. 2000, chron. p. 604-605 sur la pénalisation des fautes les plus graves. - *Contra*, le professeur Jean-Louis Bergel relativise l'idée que le principe de légalité impose au législateur une obligation de définir : *Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires* : RRJ 1987, p. 1122 n° 3 et la référence à l'article de R. Gassin, et p. 1129-1130 n° 18, encore que ces auteurs n'étudient que des concepts mous.

⁵ « La possibilité pour chacun d'apprécier par avance la légalité de son comportement (...) implique une formulation particulièrement rigoureuse des incriminations et ne saurait résulter que de définitions légales claires et précises » : par ce motif décisive fondé sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Chambre criminelle approuve les conseillers à la cour de Paris d'avoir écarté une disposition trop évasive de la loi du 29 juillet 1881, in *Cass. crim.*, 20 févr. 2001 : D. 2001, inf. rap. p. 907-908 et la note. - Rappr. *Cons. const.* 27 juill. 2000, déc. n° 2000-433 DC, affirmant que la notion de « diligences appropriées » contrevient au principe de légalité des délits et des peines : JO 2 août 2000, p. 11926 ; Petites affiches 31 juill. 2000 n° 151, p. 12 s, note J.-E. Schoettl, *La nouvelle modification de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication : dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel*. - Adde D. Mayer, *Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ?* : D. 2001, chron. p. 1643 s.

⁶ Cf. spéc. *Cass. crim.*, 14 nov. 2000, pour l'application de l'abus de confiance aux biens incorporels : D. 2001, p. 1423 s., note B. de Lamy.

les institutions et les pouvoirs y sont « des créations juridiques portant la marque de préoccupations sociales qui ont conduit à les organiser »² dans le prolongement d'un même esprit. Dès lors, la création et l'utilisation des notions relatives que le droit public renferme, révèlent deux étapes d'un même processus : d'un côté, le législateur, l'Administration et, de l'autre, le juge administratif sont *in fine* dans une parfaite symbiose que le droit privé ignore puisque le destinataire final des notions relatives n'y est pas celui qui les instaure ou les apprécie. Autrement dit, à la différence du droit civil, l'instigateur du droit public est aussi celui qui l'exploite, les risques de conflit s'en trouvant ainsi amoindris³, procédant d'un point de vue identique.

25. - Néanmoins, les notions relatives ont fini par envahir l'ensemble de la législation⁴. En droit civil spécifiquement, l'esprit et le contexte de la loi suffisent rarement à expliciter une notion pour pouvoir l'appliquer concrètement. Ce vide législatif impose alors de résoudre une autre interrogation : comment l'homme de loi doit-il procéder en présence d'une notion relative ? D'aucuns songeraient au soutien de fondements extra juridiques, telles l'économie, la religion, la biologie, la sociologie... Leur intellection ne doit pas pour autant constituer une finalité en soi, ces disciplines n'étant qu'un matériau à disposition du juge pour dissiper un doute sur le contenu de la loi ; le doyen Ripert n'y voit lui-même que « des sciences auxiliaires » pour les juristes⁵. Bien que certains retiennent finalement que tout facteur contribue à formuler des mécanismes juridiques⁶, l'objectif ne saurait être de

¹ Des études ont déjà été menées à ce propos : St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1980, coll. Bibliothèque de droit public, t. CXXXV, préface M. Waline, 564 p.

² P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, préc., p. 585 n°4.

³ Ce qui explique sans doute leur foisonnement en droit administratif : M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit, à propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise, et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon* : RTD civ. 1926, p. 276-277.

⁴ Rapp. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 6 p. 30 s. - Même en matière pénale, avec l'apparition de locutions telles que les « diligences normales » (C. pén., art. 121-3 al. 3) ou le « motif légitime » à propos de la mise en péril d'un mineur (art. 227-17) qui reprend les « motifs graves » de l'article 357-1 du Code pénal ancien. - *Adde Cass. crim., 17 juin 1997 (Assoc. FNDIR et a.)* qui sanctionne une « minoration outrancière » du nombre des victimes d'un camp de concentration, sur le fondement de l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 : D. 1998, p. 50-53 note J.-Ph. Feldman, et la note 10 pour le droit helvétique. - P. Legros apprécie la variabilité quand elle est la source possible d'une politique pénale fructueuse mais n'y perçoit qu'« un mal lorsqu'elle est source de confusion, d'ambiguïté ou d'erreur » : *Les notions à contenu variable en droit pénal*, préc., concl. p. 36.

⁵ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1955, n° 10 p. 30.

⁶ Comp. J. Vanderlinden, *Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate* : RTD civ. 1995, p. 80-81 et Ph. Jestaz, *Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit)* : *ibid.* 1993, p. 73-85.

déceler pourquoi le droit civil reposerait en partie sur des fondations éminemment sociologiques. Apparaît plus modestement le besoin d'observer comment cette source parallèle permet d'éclairer une notion relative, en la comparant éventuellement aux solutions retenues pour la même notion dans d'autres branches du droit¹.

26. - Cependant, ne serait alors résolu qu'un problème de définition des notions relatives, quelle que soit leur source. Leurs créateurs sont effectivement multiples ; les magistrats, déjà chargés d'appliquer celles édictées par le législateur ou l'Administration, en sont eux-mêmes parfois promoteurs, mais se trouvent aussi confrontés à celles d'origine contractuelle². Bien davantage surgit la nécessité de saisir l'incidence que la relativité entraîne pratiquement sur la mise en œuvre d'une notion. Le propos n'est pas ici, en effet, l'exhaustivité ni l'analyse de notions sélectionnées en droit civil, mais de formaliser les prolégomènes d'une théorie générale de ces notions³, en se fondant essentiellement sur le droit civil. Une méthode purement analytique présenterait l'inconvénient majeur d'occulter d'éventuelles analogies. D'ailleurs, établir des connexions entre différentes notions relatives n'aboutit en aucun cas à leur fusion, chacune conservant ses particularismes. Pourtant, à juxtaposer les « services exceptionnels » rendus à la France par un candidat à la naturalisation (C. civ., art. 21-19, 6°), la « partie considérable » de terre arrachée par un fleuve à un fonds riverain (art. 559) ou le « mal considérable » qu'inspire la violence exercée sur une « personne raisonnable » (art. 1112), le doute est permis de penser que le Parlement ait eu la volonté d'instituer un régime propre aux notions relatives. Or, ce n'est que de la confrontation de ces expressions hétérogènes que peut surgir leur originalité juridique. La démarche systémique « laisse entrevoir l'ordre ou la logique derrière le chaos » apparent⁴, et confirme ainsi l'impossibilité « de connaître les parties sans connaître le tout,

¹ L'article 6 du Code civil ne peut qu'être rapproché de la définition des bonnes mœurs en matière répressive, ou en droit administratif dans la police des spectacles.

² Quelque étude statistique serait vaine pour en saisir l'ampleur, mais leur analyse ne devient intéressante qu'au moment où ces notions conventionnelles entrent au Palais à l'occasion d'un litige portant sur leur définition. - Rapp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 240 p. 199 s. ; Ph. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts, Eléments de Métajuridique amusante* : RTD civ. 1979, spéc. p. 484 s.

³ Comp., critiquant l'absence de recherche synthétique sur un phénomène d'ampleur incontestée, C. Thibierge, *Le droit souple*, préc., p. 600.

⁴ A. Derrien, *Les juges français de la constitutionnalité, Etude sur la construction d'un système contentieux*, Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2000, p. 30, et p. 23 s. les nombreuses références bibliographiques.

non plus que de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties »¹ : elle ne se limite pas, en effet, à la seule agrégation d'éléments disparates, mais révèle leur relations spécifiques. Au final, se présente donc une unité complexe, composée de multiples notions relatives mais dont les convergences sont agencées de telle manière qu'elles forment un véritable système² : « c'est à leur point de jonction et dans la mesure où il en existe un »³ que se singularise un régime juridique transversal.

Section 2 : Incidence de la relativité sur les notions

27. - L'adjonction d'un qualificatif à une notion entraîne nécessairement des effets spécifiques. Traditionnellement, le juge procède par syllogisme : des prémisses de fait et de droit se déduit la sanction. Or, les notions relatives posent une nuance dans la mineure en exigeant une qualification particulière des faits. La relativité impliquerait donc, pour le rétablissement de la légalité, de constater une inadéquation spécifiquement caractérisée par rapport à la notion de base. Seulement, il appert de cette imprécision que l'autorité judiciaire passe insensiblement du seul pouvoir de contraindre à celui d'apprécier préalablement la règle applicable⁴ : les notions relatives modifieraient ainsi le raisonnement judiciaire, en laissant à la magistrature « des réserves d'imagination »⁵ non sans incidences quant à sa mission de dire le droit. Néanmoins, à travers une éventuelle modification du pouvoir judiciaire (§ 1), se profile plutôt une inévitable gradation des transgressions (§ 2) lorsqu'une notion relative entre en jeu.

§ 1 : Eventuelle modification du pouvoir judiciaire

28. - Quelques exemples permettent de démontrer combien un qualificatif (adjectif, adverbe ou superlatif) suffit à ôter la neutralité des termes juridiques auxquels il est associé⁶.

¹ B. Pascal, *Pensées*, texte établi par L. Brunschwig, Paris, Garnier-Flammarion, 1986, p. 72.

² Comp. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Système, B. - *Adde Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Système.

³ Cf., bien qu'il n'utilise pas le terme de système, J. Hauser, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ, R. Pichon & R. Durand-Auzias, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXVII, 1971, p. 15 n° 6, et p. 15-18 n° 7-11 pour les développements sur la dialectique.

⁴ B. Petit, *L'évidence* : RTD civ. 1986, p. 498 n° 27-28. - Comp. P. Ricœur, *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 186-187.

⁵ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd. 1995, p. 285.

⁶ Rappr. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 45 s. p. 45 s.

D'après l'article 1109 du Code civil, une convention n'est point valable « si le consentement n'a été donné que par erreur » ; ainsi, l'erreur, vice du consentement, rend nul tout contrat et l'empêche d'engendrer les effets escomptés. Au contraire, « *error communis facit jus* »¹ ! Lorsque l'erreur est collective, l'adage latin estime qu'elle devient créatrice de droit - ou du moins n'invalide pas les actes passés sous son empire - et leur fait produire tous effets de droit adéquats. La célèbre affaire des mariages de Montrouge en est la plus pure illustration². De la même manière, un simple préfixe oblige l'autorité judiciaire à moduler l'appréhension des faits. Par comparaison aux cas de « surendettement » des particuliers et des familles, les dispositions du Code de commerce relatives au redressement des entreprises ne réclament pas une qualification particulière de l'état de cessation des paiements : l'article L. 631-1 requiert seulement l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, quoique l'article L. 640-1 alinéa 1^{er} permette immédiatement la liquidation lorsque « le redressement est manifestement impossible ». Malgré une rédaction quasi similaire, le premier alinéa de l'article L. 330-1 du Code de la consommation impose pour sa part, en effet, dans la mise en œuvre du traitement des situations de surendettement, qu'elles soient caractérisées « par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Plus techniquement encore, l'intensité de la relativité n'est point sans incidence sur les voies de recours, notamment en matière de divorce : les juridictions de fond encourraient la cassation, pour ajout d'une condition à l'article 242 du Code civil, en refusant de retenir l'existence d'une faute cause de divorce au seul motif que la situation alléguée ne constitue pas un fait grave et renouvelé³ ; la conjonction de coordination légalement retenue peut cependant aboutir à la non-admission d'un pourvoi prétextant un cumul au lieu d'une alternative dans les conditions du divorce, les faits pouvant être à la fois graves et renouvelés⁴. A suivre cette

¹ *Adages du droit français*, préc., p. 229 s. n° 116. - H. Mazeaud, *La maxime « error communis facit jus »* : RTD civ. 1924, p. 929-964. - J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1971, coll. bibl. dr. priv., t. XLI, n°s 137 s. p. 166 s.

² *Cass. civ.*, 7 août 1883 (*Engel et Pélissier*) : DP 1884, I, p. 5 s. note Th. Ducroq et concl. Barbier, qui précise ainsi, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, qu'« une irrégularité dans la délégation ne saurait avoir pour effet d'enlever aux membres de la municipalité désignés par le maire pour le remplacer, la capacité nécessaire pour remplir les fonctions d'officier de l'état civil et qu'elle ne saurait entraîner la nullité des actes auxquels il a concouru en cette qualité », malgré les exigences législatives.

³ *Cass. 2^e civ.*, 25 oct. 1995 : Bull. civ. II, n° 256 p. 150-151 ; RTD civ. 1996, p. 134 n° 7, obs. J. Hauser ; & 8 juill. 1999 : Dr. fam. 1999, comm. 113, note H. Lécuyer.

⁴ Sur quoi, cf. spéc. L. Poulet, *Quelques observations sur le pourvoi en cassation en matière de divorce* : D. 2005, p. 2636 n°s 7-8.

interprétation, si des motifs surabondants ne sont pas de nature à vicier le raisonnement suivi par les juges, un unique manquement grave exclurait le divorce pour faute, atténuant d'autant le devoir matrimonial violé¹. La logique législative en souffrirait ! Indéniablement donc, la relativité est susceptible de métamorphoser radicalement l'appréhension du droit : elle modifie le contenu de vocabulaires *a priori* sensiblement équivalents. Toutefois, le Code civil omet le plus souvent de conférer aux notions relatives une définition précise, contraignante pour le justiciable autant que pour le juge.

29. - Mais, sous peine de se rendre coupable de déni de justice (C. civ., art. 4), ce dernier ne peut prétexter « du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance » des notions relatives pour ne pas statuer. Or, la règle de droit se caractérise notamment par la valeur coercitive des sanctions prononcées par l'autorité étatique sous son empire². En conséquence de lois civiles insuffisamment précises, chaque juridiction serait amenée à déterminer elle-même le contenu des notions relatives. Se trouvent alors en cause les rôles du juge et de la jurisprudence car, légalement tenu de confronter les faits litigieux qui lui sont soumis aux textes appropriés du Code civil, le premier ne pourra que progressivement faire jaillir par le biais de la seconde une référence, au risque de verser dans l'arrêt de règlement³ pourtant prohibé par l'article 5 du Code civil. Parmi les résultats auxquels conduisent les notions relatives (les opposant à ceux auxquels aboutissent les textes clairs), la doctrine fait généralement état « de l'arbitraire du juge et de l'atteinte à la séparation des pouvoirs »⁴. Le caractère obligatoire fluctuerait-il donc au gré du qualificatif affublant un même terme juridique ? Le Conseil constitutionnel ne le pense pas et estime, dans une décision du 13 janvier 2011, que l'environnement législatif ou jurisprudentiel permet « au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire »⁵.

¹ Rappr. J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, préc., n° 579 p. 1293, 1° ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille : dissolution de la famille*, Paris, LGDJ, 1991, dir. J. Ghestin, nos 218-219 p. 200-201.

² J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd. 1994, p. 26 n° 30. -G. Cornu, *Droit civil, introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8^e éd. 1997, p. 16 s. nos 11 s. -B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 4^e éd. 1996, p. 7 n° 6 & p. 34 s. nos 72 s. - Pour quelques réserves, cf. cependant : F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 4^e éd. 1998, p. 16-17 n° 14 & p. 31-34 nos 27 à 29.

³ Ch. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé* : JCP 1984, éd. G., I, 3145.

⁴ En ce sens, bien que l'auteur insinue que les standards ne constituent pas des règles de droit, cf. J.-S. Navarro, *Standards et règles de droit* : RRJ 1988, p. 843 n° 31.

⁵ Déc. n° 2010-85 QPC, *Ets Darty et fils*, à propos du « déséquilibre significatif » dans le partenariat commercial : D. 2011, p. 415 s., note Y. Picod. - Adde M. Chagny, *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations* : *ibid.*, chron. p. 392 s.

Pourtant, les magistrats semblent ne pouvoir qu'intervenir différemment selon que, en matière de propriété par exemple, le bailleur n'a pas garanti son preneur contre le « trouble » qu'un tiers aurait porté à sa jouissance (C. civ., art. 1725), qu'un « trouble anormal » de voisinage ait été causé, ou encore que l'exercice d'une servitude de passage occasionne un « trouble manifestement illicite »¹ ! Le même raisonnement vaut pour un acte grave ou d'une particulière gravité. Bien sûr, l'ambiguïté n'est pas l'apanage du seul langage juridique², mais, nul n'étant censé ignorer la loi, affirmer qu'il convient de pouvoir en saisir *a priori* la teneur relève du truisme³. Or, même si la maxime évite « que le justiciable ne se cache derrière le voile de l'ignorance »⁴, la dispersion des textes anéantit déjà le principe, aucun citoyen ne maîtrisant désormais convenablement le flux du Journal officiel⁵ ; mais cette nécessité devient encore plus inique si les notions relatives empêchent le justiciable de découvrir une règle intangible. En définitive, le fait que la relativité appelle une référence, modifie la substance de la loi. Tandis que l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 souligne que seule la loi est habile à imposer des limites à l'action de l'homme en société⁶, le législateur ne semble au contraire cesser de déléguer au pouvoir judiciaire la faculté d'éclairer les notions relatives qu'il édicte. Cette carence des textes ne peut corrélativement que retentir sur la fonction du juge qui paraît ainsi obtenir toute latitude dans le déclenchement de la répression.

¹ R. Martin, *Référé - Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage* : Ann. loyers 1997, p. 144-151, comm. à propos de *Cass. ass. plén., 28 juin 1996 (Mme Daverio c/ Cts Lasserre)* ; D. 1996, p. 497-502 concl. J.-F. Weber et note J.-M. Coulon ; Rev. huissiers 1996, p. 1386 s., concl. J.-F. Weber et note M. le conseiller Séné ; JCP 1996, éd. G., II, 22712, p. 405 s., note G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1996, 2, p. 398-399 note A. Perdriau.

² Th. Ivainer, *L'ambiguïté dans les contrats* : D. 1976, chron. p. 154 n° 6 et les exemples législatifs *in* n° 8.

³ Non que chacun ait à connaître l'ensemble de la législation en vigueur, mais qu'il sache déterminer, par soi-même ou avec l'assistance d'un professionnel, les textes applicables à une situation donnée.

⁴ N. Dion, *Le juge et le désir du juste* : D. 1999, chron. p. 196 n° 6.

⁵ Cf. le regard désolé de R. Guillien sur « le morcellement des retouches, la fragmentation des textes » qui découragent tellement de connaître l'ensemble que le concept de loi « se perd dans d'innombrables méandres », au point de se donner « l'illusion grave de prendre pour droit ce qui n'est que technique passagère dans un domaine spécialisé » : *Nul n'est censé ignorer la loi*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. I : théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 259-260.

⁶ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

§ 2 : Inévitable gradation des transgressions

30. - Affirmer que la relativité suppose un référent comparatif, c'est admettre dans le même temps qu'une notion qualifiée autorise une marge de tolérance autour de celui-ci. Par contrecoup, ce n'est qu'au-delà de cette orbite normative qu'une sanction juridique est susceptible d'intervenir. Du moment qu'une notion relative est en cause, les comportements du sujet de droits pourraient alors ne pas correspondre de façon strictement adéquate à la référence de base. Autant dire que le législateur¹ se résigne à en admettre certaines transgressions. A titre d'exemple significatif², un prix bas est tolérable par rapport à celui habituellement pratiqué dans le commerce, dès l'instant qu'il n'est pas économiquement prédateur (c'est-à-dire inférieur aux coûts de production, transformation et distribution) ; en-deçà de cette situation critique, le droit estime qu'un abus est caractérisé, devenant condamnable au regard d'une référence (le tarif normal, courant) et d'une limite minimum acceptable (le prix bas). Loin d'être explétif, le qualificatif apporté à une notion en modifie substantiellement le sens, en révélant des seuils au-delà desquels leur violation requiert la restauration de la légalité. Par là se manifeste le caractère statique des notions relatives, en cela qu'elles fixent une image restrictive de ce qui devrait être. Evoquer seulement cette rigidité occulterait toutefois un aspect plus dynamique : aucun comportement ne pouvant en effet satisfaire un tel idéal, un glissement s'opère insensiblement vers ce qui est simplement possible. Les frontières de la règle de droit sont ainsi repoussées à ce qui est réalisable, offrant quelque liberté d'agir au sein de ces limites comparables aux extremums³ d'une fonction algébrique, qui, bien que s'écartant du modèle, y restent tout de même fidèles. Finalement, les notions relatives laissent l'impression d'une législation bicéphale : non seulement elle détermine un impératif, mais elle exprime aussi ce qui est plus largement satisfaisant. En exergue de toute répression pointe donc l'idée d'une disproportion de l'acte litigieux par rapport à ce que la société a coutume d'avaliser en pareil cas. L'autorité

¹ Mais aussi, d'une certaine manière, l'opprobre publique à travers l'expression latine : « *errare humanum est, et diabolicum perseverare* ».

² Cf. M. Malaurie-Vignal, *Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* : D. 1996, chron. p. 364 n° 19. - Adde Ord. n° 86-1243, 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, art. 10-1, telle que modifiée par la L. n° 96-588, 1^{er} juill. 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, art. 5 : JO 3 juill. 1996, p. 9983 ; D. 1996, législ. p. 295.

³ En mathématiques, points qui correspondent aux valeurs maximale et minimale d'une fonction. Ce n'est que si le nombre n'appartient pas à cet intervalle que la fonction aboutit à un résultat incohérent, impossible.

judiciaire est ainsi contrainte de pallier l'absence de définition légale précise des notions relatives, sans pour autant pouvoir porter atteinte à des comportements socialement admis, c'est-à-dire participant de ce qui est normalement acceptable.

Section 3 : Nécessité d'une abstraction

31. - Les notions relatives imposent d'abstraire une norme. Seulement, les parlementaires étant par hypothèse en dehors du débat, une dialectique semble devoir se nouer entre l'autorité judiciaire et les plaideurs, voire plus largement la société dans son ensemble. Quel rôle chacun d'eux est-il amené à tenir face aux notions relatives ? L'insuffisance de ces dernières laisse certainement augurer un ordonnancement juridique dérogeant aux conceptions les plus traditionnelles, mais sans pouvoir, à l'évidence, tomber dans un arbitraire ou un subjectivisme nocif à l'idée même de justice. Aussi la nécessaire interaction de la loi, du juge et des parties (§ 1) contribue-t-elle à dégager un régime juridique conditionné par un principe de légalité amendé (§ 2).

§ 1 : La loi, le juge et les parties

32. - Monsieur de La Fontaine aurait pu broder quelques fabuleux alexandrins¹, mais cette trilogie renvoie plutôt à une réalité juridique très sensible. Le juge et la loi ! Alors que beaucoup songeraient à quelque pouvoir exorbitant en présence de notions imprécises, force est de constater que ses décisions ne peuvent que demeurer soumises au principe de légalité². Les justiciables et la législation ! Alors que beaucoup percevraient le retour du droit naturel au travers des notions relatives, seul leur régime juridique présente une certaine spécificité. Dès lors, en effet, qu'est retenue la normalité comme critère³ (I), elle sous-tend infailliblement une évaluation qui reflète le passage de la sociologie au Droit (II).

¹ Cf., toutefois, *Les frelons et les mouches à miel*, in *Fables*, Paris, Gallimard, 1991, coll. Folio classique n° 2246, p. 73-74 : « Le simple sens commun nous tiendrait lieu de Code, Il ne faudrait point tant de frais : Au lieu qu'on nous mange, on nous gruge, On nous mine par des longueurs ; On fait tant à la fin que l'huître est pour le Juge, Les écailles pour les plaideurs. ».

² Expression propre à la procédure civile et non relative aux droits constitutionnel et administratif, en cela que jugements et arrêts ne sauraient être pris qu'en vertu et en conformité de règles de droit préétablies, la légalité étant donc entendue dans un registre plus large que la seule législation au sens organique et formel. - Cf. aussi *Vocabulaire juridique*, préc., v° Légalité.

³ Sur quoi, cf. spéc. S. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse Droit, dactyl., Toulouse, 2000, dir. B. Beignier, 916 p.

I - La normalité comme critère

33. - Le Code civil a force et valeur de loi : il s'impose donc aux magistrats comme aux plaideurs¹. Cette assertion, pourtant logique², en vertu de laquelle les notions relatives participent du droit positif puisqu'elles constituent un ensemble de règles effectivement en vigueur, suppose résolu un antagonisme entre deux arguments irréductibles en apparence. D'une part, l'article 12 du Code de procédure civile³ exclut par principe l'arbitraire pour fonder juridiquement les décisions de justice : arbitraire non seulement dans le choix de la règle parmi celles existantes, mais aussi dans la création d'une disposition imaginaire ; dès lors, « le juge saisi de la connaissance d'une contestation ne peut la juger que conformément aux lois qui régissent la matière » en cause⁴. D'autre part, les juridictions ne peuvent user d'aucun cadre législatif précis puisque le Parlement omet quasi systématiquement de spécifier la teneur à donner à ces notions. Afin de résorber une telle opposition, se fait jour l'impérieuse nécessité de révéler⁵ une norme de référence. Ce terme relève des deux acceptions concevables à son égard : à la fois règle de droit puisque opposable *erga omnes*, et manifestation de l'idée de normalité, dépourvue donc de tout caractère exceptionnel⁶. Cette conception de la norme permet en effet de réaliser un double objectif. Non seulement, l'étalon qu'elle instaure devient pour le juge un point de comparaison pour n'importe quelle situation factuelle entrant dans son champ d'application : son assimilation à la loi atteint alors la perfection. Mais aussi, pour que ce standard soit effectivement respecté, malgré l'absence

¹ C. civ., art. 1^{er} al. 1 & 2. - Peut-être les notions relatives renvoient-elles le droit au fait, elles n'en conservent pas moins un statut législatif : Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse*, préc., p. 1190 ; E. Pattaro, *Les dimensions éthiques de la notion de standard*, *ibid.*, p. 818.

² Car purement syllogistique : le Code civil constitue une règle de droit ; or, les notions relatives sont insérées dans ce dernier ; elles forment donc en partie la loi (au moins au sens matériel, si ce n'est organique).

³ Spécialement son alinéa premier qui dispose que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

⁴ *Cass. civ.*, 20 févr. 1854 (*Voisin et Cts c/ Gouin*) : DP 1854, I, p. 62-64.

⁵ C'est à dessein que le verbe « créer » n'est pas employé, car ce dernier suppose une invention *ex nihilo* (*Petit Robert*, préc., v^o Création, 3^e), tandis que la révélation (étymologiquement d'ailleurs : *ibid.*, v^o Révélation ; *Dictionnaire étymologique*, préc., v^o Révéler) ne fait que manifester ce qui est latent mais existe donc déjà.

⁶ *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Norme.

de définition légale coercitive¹, celle qui lui sera finalement attribuée s'imposera seulement s'il est socialement connu et accepté². Autrement dit, si la définition des notions relatives permet *in fine* de sanctionner les contrevenants, c'est qu'elle dépasse la simple explication lexicale ; elle emporte de pleins effets juridiques, constituant celles-ci comme authentiques règles de droit³.

II - De la sociologie au Droit

34. - Bien qu'œuvrant à combler la carence législative, sans heurter un principe procédural majeur, la solution d'une norme ne résout pas pour autant la question de son contenu exact, ni surtout celle de savoir qui est habile à le lui conférer. Au demeurant, la normalité ajoute inéluctablement du normatif⁴ au descriptif car, si elle emprunte à la fois au *sollen* et au *sein*⁵, elle ne penche pas tout entier du côté de ce qui est. En cela, chaque notion relative suppose nécessairement, implicitement au moins, la référence à une valeur, à ce qui devrait être ; la seule observation de la réalité, c'est-à-dire un constat purement objectif, ne suffirait aucunement à décrire la validité d'un acte ou d'un fait. Aussi, pour conclure, ce concept conduit-il à rejeter dans les sphères de l'anormalité tout ce qui dévie de la norme. C'est par ce biais que les notions relatives glissent de la simple description d'ordre sociologique à l'appréciation proprement juridique : par confrontation à un modèle préétabli,

¹ A de rares exceptions près telles que les « grosses réparations » (C. civ., art. 605) incombant au nu-propriétaire, expliquées à l'article suivant ; en matière de sûretés, à propos des causes légitimes de préférence entre créanciers (art. 2285) ou d'inscriptions excessives (art. 2444), développées subséquemment de façon respective. Parfois cependant, le contexte légal ne suffit pas à éclairer un terme hermétique : les précisions fournies aux différents alinéas de l'article 350 n'éclaircissent en rien le désintérêt manifeste des parents (al. 1^{er}) susceptible d'entraîner la déclaration d'abandon, tant elles sont elles-mêmes relatives (« grande détresse des parents » dans la version de la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, « marque d'intérêt suffisante », etc.).

² En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n°s 43-44 p. 98 s. ; St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n°s 26-27 p. 31-32.

³ De même, le professeur Jacques Héron reprend la distinction du doyen Cornu entre définitions pragmatiques et systématiques, in *L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires* : RRJ 1987, p. 1154 n°s 5 & 6. - G. Cornu, *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77-92. - Adde le professeur Stéphane Rials qui voit dans la « juridicité » des standards une question majeure : *Les standards, notions critiques du droit*, *op. cit.*, p. 44.

⁴ Dans le sens, ici, de règle de droit contraignante, selon la formule dominante en doctrine : *Vocabulaire juridique*, préc., v^s Normatif et Norme (1^e) ; R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 12^e éd. 1999, v^o Norme.

⁵ De l'allemand « devoir » et « être », d'où son équivocité qui naît essentiellement « de ce que ce terme désigne à la fois un fait et une valeur attribuée à ce fait » : D. Lochak, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1993, ouvrage conçu et entrepris par le Cercle de sociologie et nomologie juridiques et réalisé dans le cadre des activités du Réseau européen droit et société (groupement de recherche I036 du CNRS), dir. A.-J. Arnaud, v^o Normalité.

tout comportement est susceptible d'être qualifié de licite ou d'illégal, et d'engendrer alors une sanction. Vides *a priori* de tout contenu juridique, les notions relatives font référence à une idée de ce qui est acceptable. Leur flou illusoire se trouve donc tempéré par la technique de la normalité ; celle-ci, nonobstant le silence des textes, permet au juge de légitimer ses décisions par un effort de cohérence, de généralisation, fondé par référence à une conduite normale¹. Quand le législateur inscrit dans le Code civil des locutions telles que la bonne foi, le bon père de famille, l'exceptionnelle gravité² ou les bonnes mœurs, il invite les acteurs du procès qui les mettent en œuvre, à évaluer (et au besoin réprimer) le degré de non-conformité d'actes ou de faits en fonction d'un idéal.

35. - Au fond, la détermination d'une norme pourrait être pressentie comme une simple commodité pratique et préconstituée, favorisant la célérité de la justice ; bien plus, elle assure le respect du principe de légalité. Si ce dernier constitue bien une contrainte pour le juge, il intéresse surtout le justiciable : d'une part, en effet, il connaît ainsi le fondement objectif d'après lequel la décision est rendue ; d'autre part, son origine permet d'esquiver toute controverse sur le contenu des textes applicables³.

§ 2 : Un principe de légalité amendé

36. - Alors qu'aucun texte de droit positif ne paraît, le plus souvent, susceptible de définir la notion relative se rapportant à une cause litigieuse, leur profusion au sein du droit civil fait redouter une dérive de l'office des tribunaux. Invariablement pourtant, le spectre de l'arbitraire judiciaire continue de supporter un contrepoids majeur. Le doute peut en effet légitimement s'installer quant à la réelle capacité du juge de s'affranchir directement du contexte législatif, sous peine d'encourir la censure de la cour régulatrice. Foin donc d'un gouvernement des juges, car c'est le Parlement lui-même qui octroie aux juridictions un certain pouvoir d'appréciation et d'interprétation ! Si le législateur se décharge, au moins partiellement, sur la magistrature pour adapter concrètement la règle de droit, cette dernière ne saurait outrepasser cette simple faculté. Malgré l'itérative interdiction faite à

¹ En ce sens, cf. H. Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., p. 269 n° 1.

² C. civ., art. 273 ancien, avant la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 (JO 1^{er} juil. 2000, p. 9946-9948 ; D. 2000, législat., p. 302-303, spéc. art. 3), réformant la prestation compensatoire en matière de divorce.

³ Le professeur Jean-François Perrin note bien que le Tribunal fédéral suisse ne cesse de clamer que, malgré l'indétermination de certaines notions, « il n'y a qu'une seule interprétation qui est correcte », in *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions à contenu variable*, préc., p. 218.

l'autorité judiciaire de statuer par quelque fondement subjectif, force est cependant de reconnaître que le principe de légalité est modifié dans sa substance, puisque toute notion relative suppose un modèle. D'aucuns pourraient se récrier que la menace de partialité n'est alors que déplacée vers la détermination de cette norme. Or, seule la poursuite d'un ordre public minimal permet au droit de conserver ses caractères de sécurité et de prévisibilité. Mais, si l'intérêt général organise le territoire des notions relatives, il n'en livre pas pour autant les frontières. Aussi, le standard, à l'aune duquel sont évalués les faits soumis au juge, ne peut-il donc relever que d'un véritable consensus social qui, d'ailleurs, le garantit durablement de modes passagères et volatiles. Il ne peut qu'être le fruit d'une sorte de tradition populaire, une pratique courante et constante, que la collectivité adopte par habitude¹, mais toujours dans la conviction que cette norme est nécessaire à la pérennité sociale² (*opinio necessitatis*³).

37. - La relativité apparaît ainsi largement mise en œuvre non seulement par les assemblées démocratiques ou les parties à un acte juridique, mais aussi et surtout par le biais de la jurisprudence. Malgré l'imperfection technique voulue par le Parlement ou les cocontractants, elle cantonne tout de même l'interprétation des juridictions, au point de révéler finalement l'implication circonscrite du prétoire (*Livre 1^{er}*). Mais cette même impéritie du Code civil⁴ n'est cependant qu'une contrainte formelle pour parvenir à prendre systématiquement en considération le contexte⁵ : l'application modulée de la coutume (*Livre 2*) manifeste alors toute la spécificité des notions relatives.

¹ H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines du droit français*, Paris, Litec, 4^e éd. 1998, v^o *Diuturnus usus*, p. 118, expression selon laquelle le temps et l'usage conduisent, sous certaines conditions, à transformer une situation de fait en situation de droit.

² J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige Manuels Droit Science politique, vol. I : *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, n^o 6 p. 16 s. - *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Coutume.

³ *Locutions latines du droit français*, préc., v^o *Opinio necessitatis*, p. 335.

⁴ Ou d'un contrat.

⁵ Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 4^e éd. 1998, n^{os} 364 s. p. 364 s.

LIVRE I :

IMPLICATION CIRCONSCRITE DU PRETOIRE

38. - « *Interpretatio cessat in claris* », prévient l'adage¹. A l'aune de cette maxime prophylactique, l'implication ne laisse percevoir que son aspect péjoratif, cette idée de mal qui innerve la compromission². L'interprétation œuvrant à l'intelligence d'un texte, encore faut-il donc que cela soit nécessaire ! Souvent, le législateur entre dans le détail³, les lois n'offrant alors aucune difficulté pratique ; seul le temps oblige parfois à quelques concessions pour que des cas nouveaux bénéficient de dispositions anciennes. De manière plus fondamentale, aux textes initialement peu explicites se mêle l'habitude de recourir aux notions relatives. Au petit jeu du sondage, les bonnes mœurs ou la faute grave ressortissent à l'évidence ; mais, à fouiller plus avant, la perplexité s'installe rapidement. *A fortiori* en droit, les notions relatives ne sont pas d'application immédiate et requièrent forcément d'en préciser la portée⁴. Le soin méticuleux du Parlement à laisser indéterminées les notions relatives dont il use, oblige donc à en rechercher la signification.

¹ Rappr. le brocard « *clara non sunt interpretenda* » cité par H. Kenfack : D. 1998, p. 349 n° 5, note sous *Cass. com.*, 3 juin 1997 (*Cts Viterbo c/ Lacroix et autre*). - Adde J. Carbonnier, note sous *CA Riom*, 21 oct. 1946 (*Dame Fournet épouse Chevalon c/ Chevalon*) : D. 1947, p. 91 et les références, pour le cas où l'intention du législateur est contredite par une loi finalement adoptée parfaitement claire.

² Cf. le sens originel usité au XV^e siècle, in *Petit Robert*, préc., v° Implication : « fait d'être embrouillé ».

³ Cela est particulièrement vrai dans les domaines techniques (Code électoral, etc.) ou ceux dont l'objet est d'aménager une protection spécifique (droit de la consommation, etc.).

⁴ F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 465 p. 467-469. - Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. I : *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, coll. Droit civil, série Enseignement, 3^e éd. 1998, n° 278 p. 169.

39. - En toute logique, le pouvoir d'interpréter la loi devrait revenir à celui qui l'a édictée¹. Aboutissement de la loi des 16-24 août 1790 séparant les fonctions administrative et judiciaire, le référé législatif a vécu². Bien sûr, le législateur conserve la faculté de voter une loi interprétative pour éclairer des dispositions antérieures obscures ; de même, par les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires, le pouvoir exécutif contribue à influencer l'application concrète de textes incertains. Abstraction faite de ces deux hypothèses secondaires, la seule interprétation ayant valeur contraignante est donc légalement celle qui émane de la juridiction suprême, depuis la loi du 1^{er} avril 1837³. Dès l'époque révolutionnaire d'ailleurs, Portalis avait conscience que « le cours de la justice serait interrompu s'il n'était permis au juge de prononcer que lorsque la loi a parlé. Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après un texte précis : c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances, au contraire il les suppose »⁴. Que naisse alors un doute à propos d'une notion relative et un litige investira forcément le prétoire⁵. Ainsi l'implication des juridictions n'est-elle pas si négative, puisqu'elle découle d'exigences légales, sans que les juges débordent *a priori* abusivement de leurs attributions traditionnelles. Ce terme s'entend naturellement de l'autorité judiciaire,

¹ *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^e éd. 1999, n° 108 p. 194-197 : « *Ejus est interpretari legem cujus est condere* » (A celui qui a le pouvoir de faire la loi, le pouvoir de l'interpréter). - *Vocabulaire juridique*, préc., p. 919.

² Pour un historique des autorités compétentes pour ôter l'obscurité des textes : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, n° 279 p. 114-115. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, n° 413 p. 372-373, n°s 451 s. p. 414 s. & n°s 466 s. p. 434 s.

³ Loi relative à l'autorité des arrêts rendus par la cour de cassation après deux renvois : D 1837, législat., p. 152-154. - Sur la prééminence de l'interprétation des juges, cf. H. Batiffol, *Questions de l'interprétation juridique* : Arch. philo. dr. 1972, t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, p. 9 s.

⁴ P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, Paris, Videcoq, 1836, p. 23, et plus généralement la discussion des articles 5 et 6, *ibid.* p. 20 s.

⁵ Comp., depuis l'arrêt *Sté des pétroles Shell-Berre* rendu en assemblée par le Conseil d'Etat le 19 juin 1964 (Rec. CE, p. 344 s. ; RD publ. 1964, p. 1019 s., concl. Mme Questiaux ; AJDA 1964, p. 438 s., note A. de Laubadère), la théorie de l'acte clair en droit communautaire qui prohibe le renvoi pour question préjudicielle devant la Cour de Justice des Communautés Européennes : J.-Cl. Gautron, *Droit européen*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos droit public science politique, 9^e éd. 1999, p. 195 & 173 s. ; J. Boulouis, M. Darmon et J.-G. Huglo, *Contentieux communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, n°s 46-47 p. 22-23 ; J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 6^e éd. 1999, n°s 519-520 p. 317-318 ; G. Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Dalloz Armand Colin, coll. U, 6^e éd. 1998, p. 312-313. - *Adde* l'affaire *Synacomex* pour le premier renvoi préjudiciel effectué par le Conseil d'Etat, dans une décision du 10 juillet 1970 : Rec. CE, p. 477 s. ; JCP 1971, éd. G., II, 16701, concl. Mme Questiaux et obs. D. Ruzié (et l'arrêt définitif rendu après interprétation, CE 27 janv. 1971 : Rec. CE, p. 69-70 ; JCP 1971, éd. G., II, 16703).

telle qu'abordée par la norme suprême¹, comprenant à la fois le ministère public et les juges eux-mêmes². Pourtant, alors que la Cour de Strasbourg rappelle fréquemment qu' « une interprétation restrictive de l'article 6 § 1 ne cadrerait pas avec l'objet et le but de cette disposition, vu la place éminente que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique »³, la Cour de cassation estime que la garantie du droit à un tribunal indépendant et impartial vise les seuls magistrats du siège ; l'exclusion du parquet se justifierait par son rôle de partie au procès⁴. Néanmoins, le Ministère public est censé donner son opinion sur l'interprétation des lois et contribue, avec d'autres (experts, avocats...), à la définition des notions relatives ; qu'un manque total d'objectivité de sa part, dans la recherche d'une solution à un litige, n'ait aucun retentissement, semble d'ailleurs pour le moins difficilement concevable. Au demeurant, toute situation litigieuse ne déclenche pas nécessairement l'intervention de magistrats⁵. Transaction⁶, médiation⁷ ou conciliation⁸ demeurent certes soumises aux principes cadres du droit, mais autorisent une certaine marge de liberté ; ces modes volontaires d'apurement des conflits interviennent davantage, en effet, sur la seule loi des parties⁹ que sur des textes d'origine institutionnelle¹. Ces

¹ Const. 4 oct. 1958, art. 64 à 66 du titre VIII. - *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Autorité judiciaire.

² Est essentiellement prise en compte la magistrature civile de droit commun, même si une approche comparative présente quelque utilité, avec notamment la doctrine des chambres criminelle, sociale et commerciale de la Cour de cassation, mais aussi celle du Conseil d'Etat.

³ Par ex., *CEDH*, 26 oct. 1984 & 17 sept. 1987, de *Cubber c/ Belgique*, série A n°s 86 et 124-B, pour l'exercice successif des fonctions de juge d'instruction et de première instance par un même magistrat dans une affaire correctionnelle.

⁴ *Cass. crim.*, 6 janv. 1998 : D. 1998, p. 246 s., note critique G. Yildirim, bien que la décision concerne un procès pénal et une impartialité subjective (parenté canonique de l'avocat général avec le fils d'un prévenu). - Rapp. *CEDH*, 7 juin 2001, *Kress c/ France* : D. 2001, inf. rap. p. 1998, et la note. - *Adde CEDH*, 29 mars 2010 et 23 nov. 2010, affirmant clairement que le procureur français n'est pas un magistrat en raison de sa dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, au sens de l'article 5 § 3 de la Convention

⁵ Comp., en droit public, les recours gracieux et hiérarchiques contre les actes administratifs faisant grief : J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit public science politique, 17^e éd. 1998, n°s 206-207 p. 201 s. ; J. Morand-Deville, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 5^e éd. 1997, p. 48. - *Adde* J.-M. Auby, *Les recours administratifs préalables* : AJDA 1997, p. 10 s., in *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, dossier, *ibid.* p. 3-63.

⁶ C. civ., art. 2044 s. - G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 3^e éd. 1996, n° 8 p. 47-48.

⁷ *Ibid.* n° 9 p. 50 s. ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 25^e éd. 1999, n° 762-I p. 605 s.

⁸ *Ibid.* ; G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, n°s 8 s. p. 48 s. ; G. Couchez, *Procédure civile*, Paris, Armand Colin, coll. U, 11^e éd. 2000, n° 148 p. 116-117.

⁹ Au sens de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil.

procédés, alternatifs à la justice d'Etat², n'empêchent nullement le besoin de clarifier des notions relatives potentiellement en cause ; seulement, les actes juridiques auxquels ils aboutissent ne sont connus que des parties³, rendant impossible toute étude systématique.

40. - Bien évidemment, le risque majeur, induit des notions relatives, réside dans le développement d'un pouvoir judiciaire parfaitement exorbitant, au-delà du strict nécessaire pour remédier aux différends. Si leur imprécision semble ériger les magistrats comme pseudo-législateurs⁴, elle pose en filigrane la question de l'étendue des fonctions juridictionnelles. Elle revient donc à se demander s'ils peuvent s'arroger toute latitude pour leur donner contenu. Or, l'exigence de signifier les termes légaux n'a d'autre finalité que de garantir la prévisibilité de la sanction : en vertu de principes démocratiques élémentaires, aucune décision ne peut prétendre à la légitimité si elle ne repose sur une règle préexistante. Le professeur Stéphane Rials souligne ainsi que « le contrôle par le juge de la mise en œuvre de règles à standard (...) ne constitue jamais pour lui l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire » mais reflète plutôt l'expression d'un pouvoir normatif⁵. La relativité implique donc, malgré tout, que le justiciable connaisse la substance du droit, préalablement à tout contentieux. Il en appert finalement une stricte conformité des pouvoirs prétoriens au rôle dévolu par les textes fondamentaux qui le restreignent à seulement dire le droit. Personne ne doute plus, en effet, « qu'il soit fatal et heureux que la jurisprudence,

¹ Pour l'arbitrage, les parties doivent avoir donné mission à leurs juges privés de statuer en amiable composition (C. proc. civ., art. 1478 & 1512), sous réserve de respecter l'article 1464 alinéa 2 du Code de procédure civile. - G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n^{os} 10 s. p. 58 s. & n^{os} 195 s. p. 749 s., spéc. p. 755 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n^{os} 1629 s. p. 1093 s., spéc. p. 1121. - Adde Th. Clay, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses vol. 2, n^{os} 51 s. p. 33 s. & n^{os} 239 s. p. 196 s.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 613-618 p. 247-249. - Comp. M. Cevaer-Jourdain, *Remarques à propos de la médiation familiale*, préc., introduction p. 1587-1588. - Adde Cl. Etrillard, *Les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et pénale : état des lieux* : RRJ 2003, p. 1927 s. - B. Oppetit, *Arbitrage, médiation et conciliation* : Rev. arb. 1984, p. 307 s.

³ Sauf à solliciter de l'autorité judiciaire qu'elle y confère force exécutoire : C. proc. civ., art. 1487 pour l'arbitrage, art. 131 pour la conciliation, art. 131-12 pour la médiation et art. 1441-4 pour la transaction. - Sur les conséquences de l'homologation, cf. I. Balensi, *L'homologation judiciaire des actes juridiques* : RTD civ. 1978, p. 42 s. et 233 s.

⁴ Non que leurs travaux aient une valeur intellectuelle ou technique inférieure à ceux du Parlement, mais leur intervention se révèle conditionnée par la présence d'une disposition floue et suspendue à toute invalidation par une loi ultérieure.

⁵ *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 48-49. - Adde S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc., n^o 13 p. 1666. - Rapp. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle - Droit du travail et théorie du droit dans la perspective d'un dialogisme*, Paris, LGDJ-Fondation Varenne, 2009, « collection des Thèses » n^o 24, t. I vol. I, n^{os} 106 s. p. 215 s., sur l'absence de particularisme dans l'exercice herméneutique du seul fait qu'il serait développé dans une branche particulière du droit.

essentiellement appelée à interpréter, soit conduite pour accomplir sa mission de “diseuse de droit” à procéder à l’achèvement du droit »¹.

41. - Point d’orgue de cette sécurité juridique primordiale, l’article 12 du Code de procédure civile recèle cependant une autre clef. Si l’autorité judiciaire n’est pas entièrement libre envers la loi, l’expérience montre ainsi que le législateur n’est pas tout puissant à l’égard des sources du droit : l’existence d’expressions légales aux contours flous impose d’interpréter hors les textes institutionnellement et matériellement formalisés². Naturellement donc, la magistrature doit demeurer sous l’emprise de la légalité³ ; mais, à l’intérieur de cette frontière, un certain réalisme rend souhaitable qu’elle jouisse de l’indépendance lui permettant d’ajuster constamment la règle commune aux cas particuliers soumis à son appréciation. Une dialectique ambiguë s’est toujours nouée, en droit français, entre la méfiance à l’égard de l’arbitraire judiciaire et l’incurie parlementaire à protéger efficacement le citoyen⁴. C’est alors reconnaître au prétoire la faculté de puiser, par-delà la loi, dans l’ensemble des « règles de droit (...) applicables »⁵. Qu’il continue d’être contraint à statuer selon le droit en vigueur réaffirme, sans aucun doute, la persistance formelle du principe de légalité (*Titre 1^{er}*). Mais le mutisme de la loi pour définir les notions relatives oblige à considérer une modification au fond du principe de légalité (*Titre 2*), tendant, selon le doyen Carbonnier, vers un « principe de normativité »⁶.

¹ P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, préc., n° 24 p. 598-599.

² Comp. la critique de la *summa divisio* entre sources formelles et matérielles du droit, vulgarisée par F. Géný, in Ph. Jestaz, *Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit)*, préc., p. 78-79. - Sur la théorie elle-même, cf. F. Géný, *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1932, t. I n°s 12 s. p. 28 s. & t. II n°s 155 s. p. 74 s.

³ Comp., dans le prolongement de l’Ecole de Lyon d’Al Sanhoury, M. Hauriou, in *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 312 : « le pouvoir discrétionnaire des juges (...) se résout en des standards et directives qui sont les éléments caractérisés d’une espèce de droit, différent du droit légal, mais qui est tout de même du droit. Cela confirme l’énergique affirmation de Géný : “Tout le droit n’est pas dans la légalité” ».

⁴ Cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 4 août 1986 n° 93, p. 35, spéc. le renvoi à la thèse de Lucien-Brun, & Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 19 avec les réf. à Montesquieu et Portalis (notes 404 & 406).

⁵ C. proc. civ., art. 12 al. 1^{er}. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v° Règle, I ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Règle de droit.

⁶ *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, coll. Champs n° 715, p. 39.

TITRE I :

PERSISTANCE FORMELLE DU PRINCIPE DE LEGALITE

42. - La Cour de cassation « n'a pas droit à la présomption d'innocence et peut être prise d'emblée, au pied ou par l'esprit de sa lettre, en flagrant délit de génie créatif »¹. Dans bien des cas, en effet, la loi ne saurait être détachée de son application juridictionnelle² : au travers d'arrêts de principe, de revirements ou de jurisprudence constante, la haute juridiction, mais aussi parfois les juges du fond, innove. L'enjeu n'est pourtant pas mince : admettre la jurisprudence comme source à part entière, véritable « force créatrice du droit » selon l'expression du doyen Ripert³, alimentant la politique législative malgré l'absence de légitimité démocratique de ses auteurs⁴. Mais, quelle que puisse devenir l'importance de cette influence, elle ne doit sa valeur qu'à une condition : le respect par toute juridiction de l'article 455 du Code de procédure civile qui prévoit que « le jugement doit être motivé » ; même si elle a désormais valeur constitutionnelle⁵ depuis

¹ D. R. Martin, note laudative sous *Cass. com.*, 2 déc. 1997 (*Sté Descamps c/ Banque Scalbert Dupont*), admettant la télécopie comme preuve parfaite avant même la réforme du 13 mars 2000 (L. n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : JO 14 mars 2000, p. 3968 ; D. 2000, législat., p. 187-188) : D. 1998, p. 193.

² Comment justifier sinon la collection des *Grands arrêts* publiée par les éditions Dalloz ? De même, sans la jurisprudence, les responsabilités du fait d'autrui ou des choses n'ont plus aucune signification !

³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., spéc. nos 159 s. p. 381 s.

⁴ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 147 p. 279 s.

⁵ Implicitement du moins, pourvu que la motivation soit admise parmi les droits de la défense. - En ce sens, cf. N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, coll. Bibliothèque dr. priv., t. 287, n° 291 p. 233. - Adde J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1232 p. 854 s., avec une décision du Conseil constitutionnel du 3 novembre 1977, en matière de propriété (n° 77-101 L : Rec. Cons. const., p. 70-71). - *Contra*, Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997, coll. Bibliothèque dr. priv., t. 270, n° 48 p. 37-38.

une décision du Conseil du 18 janvier 1985¹, cette obligation date seulement de la période révolutionnaire avec la loi des 16-24 août 1790².

43. - Dans le procès civil, une même logique unit le rôle des parties et l'office du juge au devoir de motivation. Certes, la paix des familles requiert quelquefois une certaine discrétion³. Cette dispense légale de motifs ne saurait cependant porter que sur les éléments factuels dont les parties ont la disposition⁴. Jamais, en revanche⁵, le fondement juridique ne souffre une dérogation⁶ ; car, outre qu'elle facilite la tâche des juridictions supérieures, l'exigence de motivation – jusque devant la cour d'assises⁷ – contraint le juge à faire preuve d'impartialité envers le justiciable, contribuant ainsi à écarter le risque d'arbitraire par l'élaboration d'un véritable raisonnement logique⁸. Or, ce fondement juridique est loin d'être assuré et indiscutable dès l'instant que se trouvent en cause des notions relatives. Puisque les textes leur donnent rarement un contenu, le pouvoir judiciaire semble seul en mesure de leur conférer une signification juridique⁹. Là est le nœud gordien ! Doit-il, à l'instar d'Alexandre, trancher par le glaive emblématique de la Justice ou tirer chacune des ficelles

¹ Déc. n° 84-182 DC : Rec. Cons. const., p. 27 s., à propos de la loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise.

² Spéc. art. 15 : J.-B. Duvergier, *Collection complète*, préc., t. 1^{er}, p. 59. - Pour un historique récapitulatif, adde Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préc., nos 9 s. p. 11 s.

³ Particulièrement en matière d'adoption (C. civ., art. 353 al. 5) et de divorce, pour faute (art. 245-1) ou accepté (C. proc. civ., art. 1124).

⁴ C. proc. civ., art. 4 al. 1^{er}, 5 & 7 al. 1^{er}. - *Vocabulaire juridique*, préc., v° Dispositif (principe) ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Dispositif. - J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., nos 546 s. p. 486 s. ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., nos 98-100 p. 442 s.

⁵ L'équité n'est certes pas absente du pouvoir modérateur (C. civ., art. 1152 & 1579) et de l'amiable composition (C. proc. civ., art. 12 al. 4).

⁶ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, op. cit. eod. loc., p. 451, avec un titre évocateur : « le principe : l'obligation de statuer en droit ». - *Vocabulaire juridique*, préc. v° Motif (3).

⁷ Projet de loi A N, 13 avr. 2011. – Adde, à propos de la motivation des arrêts des cours d'assises, *Cons. const.*, 1^{er} avr. 2011, déc. n° 2011-113/115 QPC, considérant que la motivation est une garantie suffisante pour éviter l'arbitraire : JO 2 avr. 2011, p. 5893.

⁸ Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préc., n° 5 p. 4 s. - J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1232 p. 855 (2 & 3).

⁹ C. proc. civ., art. 12. - Comp. « *da mihi factum, dabo tibi jus* » : *Adages du droit français*, préc., n° 74 p. 135-138.

qui s'offrent à lui¹ ? Plus prosaïquement, l'impératif de justice permettrait à l'autorité judiciaire de s'abstraire totalement du reste de la législation : parmi les différentes données, elle pourrait ainsi recourir à la philosophie, la théologie, la biologie ou la physique, l'économie ou la sociologie pour statuer, afin que chaque notion corresponde à l'idée que les parties en conflit s'en font. Autrement dit, se pose la question de savoir si le juge demeure encadré alors que les notions relatives semblent laisser la porte largement ouverte à des débordements à cause de leur insuffisante normativité. A la différence du droit pénal², le Code civil ne prescrit aucune méthode d'interprétation des lois : de l'Ecole de l'exégèse à la doctrine de la finalité sociale en passant par la libre recherche scientifique³, l'herméneutique n'a cessé de proposer aux tribunaux un complément indispensable aux textes parfois obscurs⁴. La décision de justice pourrait alors s'accommoder d'être simplement légitime, le juge se contentant finalement d'appliquer une règle ressentie comme moralement fondamentale par la collectivité⁵. Cependant, un tel retrait du cadre législatif et réglementaire est parfaitement contraire à la sécurité juridique qui suggère que toute notion relative soit prévisible⁶, attribut classique d'un droit détaillé, encore que la précision ne soit guère synonyme de clarté, ni même de simplicité⁷. Le juge, chargé de sanctionner la règle de droit, ne peut se référer à sa fantaisie en invoquant un souci d'apaisement ni invoquer son

¹ Comp. E. Kant, *Projet de paix perpétuelle, Esquisse philosophique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1947, traduction par J. Gibelin, p. 50-51 : « Le juriste qui a pris pour symbole la *balance* du droit et de plus le *glaive* de la justice use communément de ce dernier, non, à vrai dire, pour écarter seulement du droit (*des ersteren*) toutes les influences étrangères, mais, pour jeter dans le plateau qui ne penche pas, le glaive (*vae victis*) ; ce qui tente fort le juriste qui n'est pas en même temps philosophe (pour la moralité même), parce que sa fonction exige seulement qu'il emploie les lois existantes, mais non qu'il recherche si celles-ci n'auraient pas besoin de quelque amélioration, et il estime que le rang en fait inférieur de sa Faculté est cependant le plus élevé parce que le pouvoir s'y trouve adjoint ».

² C. pén., art 111-4 : « La loi pénale est d'interprétation stricte ».

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 152 p. 288 s. & n°s 158 s. p. 302 s. - Comp. Ph. Raynaud, *La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française* : Arch. philo. dr. 1985, t. 30 : *La jurisprudence*, p. 61 s., montrant que le rôle actuel n'est que la continuité de l'Ancien Droit.

⁴ Y. Paclot, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse Paris II, 1988, 482 p. – Sur la difficulté de définir l'interprétation en elle-même, cf. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, préc., t. I vol. I, n°s 11-12 p. 32 s.

⁵ Avec l'idée de juste et d'équitable : *Petit Robert*, préc., v° Légitimité, 2 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Légitime, I, 3 & 4. - Comp. en droit constitutionnel, *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Légitimité.

⁶ Comp. l'évolution de la jurisprudence relative à l'indétermination du prix.

⁷ Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 21 p. 16.

impuissance à démêler l'affaire¹ ! De fait, c'est uniquement la conformité de toute sanction au droit positif qui remplit cet impératif ; l'impossibilité pour les magistrats de sortir de la loi (*lato sensu*) se traduit par l'exigence de légalité dans leurs décisions. En droit administratif, ce principe, en vertu duquel les autorités publiques doivent respect et sont subordonnées à la loi², se trouve bien rapidement limité - pour des causes inhérentes à la souveraineté de l'Etat - par la théorie des actes de gouvernement³ et des circonstances exceptionnelles⁴, ou encore par les décisions résultant de son pouvoir discrétionnaire⁵. Ce principe même signifie que chaque Administration est tenue de se conformer, dans les décisions réglementaires et individuelles qu'elle prend, aux directives établies par d'autres qui lui sont hiérarchiquement supérieures, en vertu d'une « formation du droit par degrés » (selon la théorie de Carré de Malberg⁶), engendrant une stratification pyramidale des règles de droit⁷. En un certain sens, le professeur Eisenmann⁸ avait raison d'y percevoir la limitation de l'Administration par les

¹ Comp. Cass. 2^e civ., 19 janv. 1983 (*Ets Vanhæacker c/ Epx Mortier*) : Bull. civ. II, n° 10 p. 7 ; Gaz. Pal. 1983, I, pan., p. 177-178 note S. Guinchard.

² *Vocabulaire juridique*, préc., v° Légalité (principe de la).

³ Dont la caractéristique est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue, longtemps justifiée par la théorie du mobile politique (depuis l'arrêt *duc d'Aumale* du 9 mai 1867 : Rec., p. 472-476 ; DP 1867, 3, p. 49 s., concl. Ancoc et la note ; S. 67, 2, p. 124 s., note A. Choppin) mais exprimant désormais les seuls actes intéressant les relations du Gouvernement et du Parlement, ou se rattachant à l'exercice du pouvoir dans les rapports avec les Etats étrangers. Dans les rares cas où ils demeurent non sanctionnés, le principe de la légalité administrative est donc complètement nié par l'autorité compétente pour les prendre. - *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Acte de gouvernement ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Acte, III ; A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. I : *l'organisation administrative, la juridiction administrative, les actes et l'objet de l'action administrative*, Paris, LGDJ, 15^e éd. 1999, n°s 909 s. p. 703 s. ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis dr. publ., 17^e éd. 1998, n° 84 p. 92, adoptant une position plus nuancée en cela que les actes de gouvernement constitueraient une exception à la compétence du juge et non au principe de la légalité.

⁴ Situations de fait définies par la jurisprudence pour permettre la continuité des services publics, plaçant l'Etat dans le besoin d'agir sur le fondement d'une « légalité de crise » substituée aux compétences normales de l'administration, révélant pleinement combien la puissance publique peut souverainement aménager le principe de la légalité. - *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Circonstances exceptionnelles ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Circonstances, I ; A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, préc., n°s 902 s. p. 699 s. ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, préc., n°s 84 s. p. 92 s.

⁵ C'est-à-dire lorsque la compétence de l'autorité administrative n'est pas liée *ab initio* par une règle de droit, ce qui constitue un frein sérieux au respect des lois et règlements. - *Ibid.*, n°s 80 s. p. 88 s. ; A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, préc., n° 892 p. 691

⁶ *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés, avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Dalloz-Sirey, 2007, coll. Bibliothèque Dalloz, (réimpression Paris, Librairie du Recueil Sirey 1933), 174 p.

⁷ A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, préc., n° 814 p. 637 ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, préc., n°s 76 à 79 s. p. 86 s.

⁸ Ch. Eisenmann, *Le droit administratif et le principe de la légalité* : EDCE 1957, p. 25 s.

lois formelles, ce qui rejoindrait sensiblement la conception privatiste dans laquelle le principe joue comme une restriction à quelque omnipotence. En droit public, en effet, exception est portée au principe de légalité au travers des nécessités du pouvoir ou des événements ; en droit privé, au contraire, il cantonne les pouvoirs du juge. Ainsi, en droit civil, cette exigence met-elle obstacle à la potentielle hégémonie des instances judiciaires. Le point de vue est similaire en matière pénale où le principe de la légalité des délits et des peines circonscrit le juge dans la mise en œuvre de sa mission répressive : l'article 111-3 du code pénal empêche cours et tribunaux de « frapper arbitrairement tout fait qu'ils estiment moralement ou socialement répréhensibles » pour les contraindre à n'agir que dans le champ des lois et des règlements ; ils n'ont pas la faculté de « créer des incriminations, ni de choisir à leur gré des sanctions »¹. Là encore, le principe tempère le pouvoir judiciaire.

44. - Pour autant, ces deux impératifs contradictoires (que sont la justice et la sécurité) ne sont pas inconciliables : ils révèlent, au contraire, leur parfaite compatibilité du moment que l'adaptation sociale des notions relatives est conçue dans les limites de la légalité. Les magistrats, contraints de motiver leurs décisions en fait et en droit, ne sauraient prétexter l'application des notions relatives pour statuer *extra legem*. Nonobstant leur apparente imprécision, elles continuent de claustrer le spectre d'un absolutisme judiciaire exorbitant par de stricts mécanismes procéduraux² ; le juge n'opère donc qu'un travail de recreation du droit dans le respect de règles préexistantes. Rempart contre l'arbitraire et la subjectivité, le principe de légalité n'a d'autre finalité que de permettre aux justiciables de connaître préalablement à tout litige le fondement de la sanction étatique.

45. - D'aucuns craignent l'avènement d'un exécrationnel gouvernement des juges. Pourtant, c'est le Parlement lui-même qui favorise l'expansion des pouvoirs juridictionnels, en refusant aux magistrats la faculté de se dérober à leur propre fonction sous prétexte de lacunes législatives (C. civ., art. 4). Toutefois, si l'obscurité des notions relatives réclame quelque interprétation, leur nature légale force à ne pas enfreindre les principes directeurs du procès. Aussi, puisque le juge est obligé de rendre chaque notion intelligible, la définition finalement retenue doit-elle être prévisible. C'est pourquoi, dans la mesure où la relativité

¹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. I : *problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd. 1997, n^{os} 151 s. p. 223 s., spéc. n^o 151 p. 224. - Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n^{os} 86 s. p. 58 s., spéc. n^{os} 95-100 p. 64 s.

² *Petit Robert*, préc., v^o *Persistant* : « qui se maintient sans faiblir ou qui dure malgré les obstacles ».

constitue l'objet même de l'implication du prétoire (*Chapitre 1^{er}*), le droit procédural demeure le seul moyen de son implication (*Chapitre 2*).

Chapitre premier : La relativité comme objet de l'implication

46. - Implicitement ou non, les magistrats recourent souvent à la *ratio legis* qui exprime l'idée que l'initiateur d'un texte n'a pu vouloir rechercher un résultat inconsistant¹; dès lors toute notion relative doit être interprétée de telle sorte qu'elle puisse faire l'objet d'une mise en œuvre pratique. C'est ainsi qu'au titre des fondements généraux communs à l'ordre juridique interne des Etats membres, la Cour de justice des communautés européennes a incorporé dans le droit communautaire un certain nombre de principes, dont celui de l'effet utile comme méthode interprétative²; l'examen des pouvoirs de la Haute autorité de la communauté européenne du charbon et de l'acier conduisit ainsi la juridiction à préciser qu'il est permis, sans se livrer à une glose trop extensive, « d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise, tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile »³. Cette doctrine invite donc à déterminer les éléments de nature à procurer sa pleine efficacité à la norme en cause⁴.

47. - Pourtant, une simple lecture du Code civil rend palpables toutes les scories du droit positif⁵, soulignant en contrepoint le risque d'absence d'effet de diverses dispositions. Intrinsèquement déjà, bon nombre d'entre elles se révèlent assez imprécises; d'autres, par

¹ Cf. v° *Ratio legis*, in *Vocabulaire juridique et Lexique des termes juridiques*, préc.

² Sur l'ensemble hétéroclite de ces principes, cf. J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, t. I : *Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 1994, p. 82, obs. sous CJCE, 12 juill. 1957, *Algera et a. c/ Assemblée commune de la CECA*, aff. 7/56-3 & 7/57.

³ CJCE, 29 nov. 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 8/55 : Rec. CJCE 1955-1956, I, p. 291 s., concl. M. Lagrange; J. Boulouis et R.-M. Chevallier, *Grands arrêts*, préc., n° 21 p. 98 s.

⁴ Cf., spéc. en droit communautaire, J. Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, 6^e éd. 1997, n°s 210-211 p. 146-147. - *Adde Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, dir. R. Cabrillac, coll. Objectif droit, v° Effet utile (principe de l').

⁵ Pour un florilège critique, cf. Ch. Radé, *Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile. I - L'impasse* : D. 1999, chron. n°s 1 & 2 p. 313-314.

ailleurs, sans pouvoir matériellement tomber en désuétude¹, ne sont appliquées qu'avec force critiques doctrinales au regard de leur inadéquation temporelle. Or, tributaire de la lettre, l'exégèse pure trouve en elle-même ses propres limites. Le juge serait-il alors acculé à devoir suppléer ces carences, quand sa réserve l'exposerait au déni de justice, en conférant au texte une signification suffisamment certaine ? Cette perspective recèle cependant de réels dangers : justifiée lorsqu'elle s'appuie sur la pensée des auteurs, elle peut conduire à des erreurs qui, faute d'être évitées, obligent à des revirements de jurisprudence. C'est pourquoi, finalement, les notions relatives n'ont d'utilité que si leur application demeure en parfaite congruence avec la finalité poursuivie par le législateur² ; leur effet doit donc systématiquement résulter non seulement de leur énoncé même, mais aussi de l'« économie générale » du cadre législatif dans lequel elles s'insèrent³.

48. - Fruit d'une limitation de la souveraineté parlementaire, les notions relatives élargissent ainsi le champ de l'interprétation jusqu'aux retranchements extrêmes du texte : les lacunes du droit ou bien, encore, l'incompréhension sociale des lois conduisent à ne plus faire de la justice une simple autorité mais à la voir s'affirmer comme un troisième pouvoir, complémentaire de l'exécutif et du législatif. Les assemblées, conscientes de ne pouvoir tout prévoir, n'en continuent certainement pas moins de souhaiter saisir le plus grand nombre de situations factuelles. Le phénomène de l'empiétement des juges sur les prérogatives parlementaires serait ainsi étroitement lié à la dégénérescence du mythe de la loi. Profitant d'une décadence formelle de la démocratie⁴, ils assument en conséquence une véritable

¹ En droit, le professeur François Terré se fonde sur le parallélisme des compétences, in *Introduction générale au droit*, préc., n° 422 p. 431-432. - Dans le même sens, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction au droit*, préc., n° 462 p. 187 & n° 938 s. p. 355-357. - Comp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 127 p. 227 & n° 130 p. 231-232 sur l'abrogation sociologique, la désuétude paraissant toutefois « un des rares moyens qui restent au peuple » pour contrôler une législation devenue largement technocratique (n° 138 p. 255-256).

² Dans la tradition des sciences économiques pareillement, une notion est dite rationnelle quand elle est objectivement bien adaptée au but souhaité par l'acteur concerné. - Spéc. V. Pareto, *Traité de sociologie générale*, Genève, Droz, 1968 (réimpression Lausanne-Paris, Librairie Payot et C^{ie}, 1918), coll. Travaux de droit, d'économie, préface R. Aron, *passim*. - Adde R. Boudon et F. Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v^{is} Utilitarisme p. 651 s. & Rationalité p. 479 s.

³ Comp. CJCE, 17 juill. 1960, *Gouv. de la Rép. italienne c/ Haute autorité de la CECA*, aff. 20/59 : Rec. CJCE, I, p. 663 s., concl. K. Roemer.

⁴ Dans le plus pur sens de l'étymologie grecque, puissance (*kratos*) du peuple (*dêmos*) : *Petit Robert*, préc., v^{is} Démocratie & -Crate ; *Dictionnaire étymologique*, préc., v^o Démocratie.

responsabilité politique, derrière le paravent de considérations exclusivement techniques¹. Sont-ils pour autant totalement libres d'interpréter les notions relatives ? Pour reprendre une opposition formulée par Kelsen², certaines théories soutiennent que tout texte possède une signification unique que le juriste doit méthodiquement découvrir, tandis que d'autres admettent qu'il n'a de contenu que celui subjectivement déterminé ! Si les tribunaux ne faisaient qu'exprimer leur volonté, ils pourraient modifier leurs interprétations au gré de leur caprice ; pourtant, la jurisprudence présente une cohérence suffisante pour que les décisions ne soient pas complètement imprévisibles. Comme l'explique le doyen Vedel³, la fonction sociale du droit et la crédibilité de l'ordre juridique sont beaucoup mieux assurées par un juge qui croit au maximum de contrainte dans l'accomplissement de son devoir, que par celui qui croirait au maximum de liberté. A considérer que « les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁴, la fonction juridictionnelle devient seconde au sein de l'Etat ; jamais les constituants n'ont d'ailleurs pensé à la justice comme un pouvoir⁵, ni même comme contre-pouvoir⁶. Cependant, la seule question pertinente pour la théorie du droit est celle de la validité du contenu donné aux notions relatives : « ce n'est donc pas le sens véritable qui permet de dire qu'une interprétation est vraie, c'est au contraire l'interprétation émanant d'un organe habilité qui permet de dire quel est le sens véritable »⁷. Au demeurant, la magistrature dispose d'une légitimité suffisante pour devenir un pilier de la République : la Constitution assure son indépendance institutionnelle par le

¹ Cf., pour un article rédigé au lendemain de la Constitution instaurant la V^e République, O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. III : *droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 374 s. - Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : *Petites affiches* 6 août 1986 n° 94, p. 18 s. - *Contra*, pour quelques nuances, M. Dobkine, *La question judiciaire : un enjeu pour la justice ou pour le politique* : D. 1998, n° 15 du 16 avr., dernière actualité p. 2.

² *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, coll. Philosophie du droit, 1962, traduction française de la 2^e éd. de la « *reine Rechtslehre* » par Ch. Eisenmann, n°s 45 s. p. 453 s.

³ Propos rapportés par M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 236.

⁴ Ch.-L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, coll. Folio-essai n° 275, livre XI, chap. VI, t. I, p. 337.

⁵ Sur la genèse de l'expression « autorité judiciaire », cf. Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, vol. III : du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, Doc. fr., Paris, 1991, p. 379 s.

⁶ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, préface Sl. Milacic, 678 p.

⁷ M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, préc., n° 2 p. 237. - *Adde ibid.* p. 235-237 & n° 7 p. 242.

biais du chef de l'Etat, le principe du recrutement par concours garantit l'égalité d'accès à la profession¹. Dans cette ligne, la *juris dictio* ne renvoie donc plus à la conception classique de l'acte juridictionnel, mais plutôt à l'idée que la mission du juge est moins de dire rigoureusement le droit que d'apaiser les conflits pour assurer la paix sociale². Dans la théorie kelsénienne prévaut le droit objectif, l'effet des règles édictées étant parfaitement indifférent à la normativité. Mais, si le système juridique repose avant tout, comme l'estime le Conseil constitutionnel, sur le pouvoir du citoyen de saisir une juridiction pour la reconnaissance de ses droits subjectifs, l'effectivité de la norme est érigée en un souci primordial ; aussi un tel système, visant plus les effets que la source de la règle, cesse-t-il d'être formaliste pour devenir pragmatique³.

49. - De façon fort compréhensible, la relativité n'apparaît finalement pas comme l'apanage du seul législateur ; le juge est susceptible d'introduire lui-même une variable⁴. Si les notions relatives ont pour unique fonction de stimuler le pouvoir jurisprudentiel, elles présentent une double nature : à la marge légale d'appréciation s'ajoute un certain opportunisme quant à l'application de la règle de droit. Ainsi l'office du juge est-il non seulement favorisé par la loi (*Section 1*), mais aussi suscité par les parties au litige (*Section 2*).

Section I : Office du juge favorisé par la loi

50. - D'un côté, la doctrine ne cesse d'asséner que le flou des notions relatives favorise à outrance le magistère des tribunaux⁵, fût-ce « en cachette, sans le dire, au moyen

¹ Const. 4 oct. 1958, art. 13 & 64 al 1^{er}. - Adde le plaidoyer de J.-F. Kriegk, in *L'indépendance du parquet, condition de sa légitimité* : Le Monde, jeudi 23 janv. 1997, p. 17. - Sur l'objet de cette réplique, cf. *contra* R. Bêteille, *Le risque d'une puissante erreur* : *ibid.*, mardi 7 janv. 1997, p. 22, décrivant le projet de « séparation de la justice et de l'Etat » comme une absurdité.

² Comp. M.-Cl. Rondeau-Rivier, *L'évidence et la Notion de Contestation Sérieuse devant le Juge des Référé* : Gaz. Pal. 1991, 2, doct. p. 357 avec les références à H. Motulsky et P. Hébraud.

³ *Cons. const.*, 9 avr. 1996, déc. n° 96-374 DC, *Statut de la Polynésie française*, in W. Baranès et M.- A. Frison-Roche, *Le souci de l'effectivité du droit* : D. 1996, chron. n° 14 s. p. 302-303. - Pour Ph. Coët, cette évolution illustre aussi « le passage de la justice-gendarme à la justice-providence », l'intervention du juge dans les rapports de droit privé laissant poindre l'intérêt social derrière les intérêts particuliers, in *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 24-25.

⁴ Comp. R. Legros, *Les notions à contenu variable en droit pénal*, préc., n° 10 p. 25, bien que l'auteur parle de concepts mous.

⁵ Spéc. M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit, à propos du livre d'Al Sanhoury*, préc., p. 309, critiquant « l'arme préférée des juristes » : les principes, concoctés au Palais sous la houlette de l'Ecole. - Comp. les efforts déployés par la doctrine pour appréhender l'ordre public : L. Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, préc., p. 381 & 387.

de l'interprétation »¹ : au prix d'une incertitude sur la teneur du droit et puisqu' « il n'appartient pas au juge de fausser la loi, (...) c'est au législateur qu'il appartient de donner au juge un instrument qui permette que le droit, de lui-même, s'adapte constamment aux circonstances sociales variables »². Derrière cette imprécision délibérée transparaît néanmoins une véritable volonté politique de créer une norme juridique dont le sens s'affinera avec l'interprétation jurisprudentielle³. Sans doute les constituants ont-ils trop rapidement considéré comme acquise la séparation des compétences⁴ : trop philosophiques, les notions relatives confèreraient, cependant, à l'autorité judiciaire le pouvoir exorbitant de les rendre juridiques⁵ ! D'un autre côté, pourtant, peu d'auteurs s'intéressent à l'incidence d'un qualificatif⁶, comme si le contenu juridique des notions relatives allait de soi, quand elles ne sont pas tout bonnement déclarées indéfinissables⁷ : ainsi pour le trouble manifestement illicite⁸, le consentement libre et exprès du patient⁹...

51. - D'aucuns ont alors tenté d'écarter les notions relatives de certaines branches du droit civil ; la raison voudrait ainsi que « le degré de précision possible ou souhaitable

¹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, t. I : Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 2^e éd. 1994, n° 40 p. 37.

² A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit* : RID comp. 1970, p. 249 & 251.

³ En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 28 p. 78, remarquant que cette démarche, pour volontaire qu'elle soit, ressort plus du conscient que de l'intentionnel.

⁴ En ce sens, O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : *droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 349-351 et les réf., ainsi que les titres évocateurs de chaque partie p. 353 & 367.

⁵ R. Drago, *La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste*, in *De l'injuste au juste* sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, Paris, Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires, p. 74. - Comp. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. II, n°s 201-204 p. 308 s., sur les pouvoirs du juge au regard du Code civil suisse de 1907.

⁶ Notamment, le constat de G. Khairallah à propos de la notion de raisonnable, malgré l'importance du rationalisme dans la construction du droit dès le XVII^e siècle, in *Le « raisonnable » en droit privé français, développements récents* : RTD civ. 1984, n° 1 p. 439-440 et les réf.

⁷ J. Chevallier, en présentation du colloque proposé par le Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, sur les bonnes mœurs, préc., p. 6.

⁸ G. Mémeteau, *L'honneur d'un président* : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 755. - Toujours dans l'affaire *Mitterrand*, cf. Th. Massis, *Le secret du président et le juge des référés* : D. 1997, chron. p. 293, commentant le fond de multiples notions relatives sans s'inquiéter de la forme du droit employée.

⁹ Simplement rapproché de façon implicite du dol par I. Roujou de Boubée : D. 1999, p. 606-607 (I-B), note sous *CA Paris 1^{er} mars 1996 (Mme B c/ Dr R et a.)*.

varie selon les domaines »¹. Face à l'impossibilité de cerner correctement les bonnes mœurs, nombre d'auteurs ont voulu fixer le cadre par lequel pourrait être ceinturée cette notion : les uns dans celui de la loi (Baudry-Lacantinerie²), d'autres dans celui de l'intérêt général (Demolombe³, Aubry et Rau⁴), d'autres encore dans le contrat⁵. Pourvu que les notions relatives soient gouvernées par l'équité, elles auraient en tout cas pour domaine de prédilection les conflits impliquant des rapports personnels⁶. De telles propositions démontrent l'absence d'exclusivité ; notamment, les notions relatives ne sont pas absentes des questions patrimoniales⁷. Elles ne reposent donc que sur des préférences se réclamant d'une certaine logique. Cependant, aucune justification n'est véritablement avancée ; Batiffol relève seulement qu'existent des matières « où une liberté du juge est bienfaisante, d'autres où elle doit être exclue »⁸ ! Naturellement, la solution pourrait venir de la distinction des prérogatives dont le sujet de droit a la libre disposition. Ceci laisse entendre que le juge n'aurait plus aucune faculté d'appréciation là où le protectionnisme social est particulièrement accentué. En d'autres termes, toute situation relevant de lois impératives, *a fortiori* d'ordre public⁹, restreindrait l'autorité judiciaire au simple constat. Comment alors découvrir le critère sinon par tautologie¹⁰ ? Force est de constater que toute systématisation doctrinale se heurte à de trop nombreuses exceptions pour que les principes susceptibles

¹ H. Batiffol, *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, préc., p. 40. - Comp. J. N. Mazen, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain*, préc., p. 1158, pour qui « cela est inévitable lorsque le droit s'insinue dans les moindres méandres du jeu social », même si l'opposition entre flexibilité et formalisme de la règle de droit est historiquement fallacieux.

² *Précis de droit civil contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième les questions de détail et les controverses*, Paris, Larose et Forcel, 4^e éd. 1891, t. 1^{er}, n^{os} 95-96 p. 48-49.

³ *Cours de Code Napoléon*, t. 1 : *de la publication, des effets et de l'application des lois en général ; de la jouissance et de la privation des droits civils ; des actes de l'état civil ; du domicile*, Paris, Durand-Hachette, 2^e éd. 1860, n^o 17 p. 16.

⁴ *Droit civil français*, Paris, Librairies techniques, 7^e éd. 1964, t. 1^{er} par A. Ponsard, § 36 bis n^o 154 p. 280 s.

⁵ Cf., pour une vue d'ensemble de la doctrine classique, Z. Oprea, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en Droit civil allemand*, Paris, Rousseau et C^{ie}, 1935, 341 p., cité par J. Bonnet, *La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français*, in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, préc., p. 96 s.

⁶ Comp. E. Agostini, *L'équité* : D. 1978, chron. n^o 10 p. 11.

⁷ En cas d'accession mobilière, par exemple, un propriétaire peut récupérer son bien « quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale » (C. civ., art. 568).

⁸ *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, préc., p. 41.

⁹ Pour la distinction, cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 426 p. 435-436. - Adde G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. 1 : *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1972, n^o 99 p. 174 s.

¹⁰ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Tautologie, A.

d'interdire le recours aux notions relatives soient valables. D'ailleurs, alors que les mesures relatives à l'obligation alimentaire n'ont aucun caractère supplétif, le législateur a bien su introduire une notion relative dans l'article 207 alinéa 2 du Code civil, en déchargeant le débiteur « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations »¹. Que penser, de même, du droit de la consommation, particulièrement coercitif, lorsqu'il empêche un créancier professionnel ou un établissement de crédit de se prévaloir de sa garantie si l'engagement de la caution est « manifestement disproportionné à ses biens et revenus »² ?

52. - A l'évidence, le législateur ne paraît guère influencé par ces différentes doctrines, les notions relatives proliférant dans tous les domaines du droit civil. Dès lors, un simple catalogue s'avérant assez fastidieux, de multiples classifications ont pu être proposées. Toutes s'accordent à souligner le rôle prééminent du juge³, voire sa confortable marge de liberté⁴. Certains distinguent les notions classiques - déjà connues à Rome (*bonus pater familias, boni mores...*) - des contemporaines (intérêt supérieur de l'enfant, exceptionnelle dureté du divorce...), tandis que d'autres juxtaposent plus souvent quantité et qualité⁵, ce qui pourrait aisément rejoindre les caractères objectif (matériellement observable) ou subjectif (lié à l'état de la personne). Doutant de l'efficacité de telles taxinomies, quelques auteurs affirment ne pouvoir classer les faits qu'en fonction de leur nature, de leurs circonstances ou

¹ Comp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 126 p. 226.

² C. consom., art. L. 341-4 & L. 313-10. - Comp. le régime matrimonial primaire, impératif (C. civ., art. 226) mais aménageable « si l'un des époux manque gravement à ses devoirs » (art. 220-1 al. 1^{er}).

³ « Pourquoi le juge plutôt que la loi (dans les pays de *common law*), pourquoi la loi plutôt que le juge (dans les pays de droit civil) ? C'est une question à poser d'une manière générale, au regard des données actuelles et sans se contenter d'invoquer le poids de l'histoire », conclut Ph. Jestaz in *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, préc., p. 312. - Egalement J.-L. Bergel, *Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires*, préc., n°s 1 p. 1119, 12 p. 112-1126 & 26 in fine p. 1135.

⁴ J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, n°s 50 p. 40 & 53 in limine p. 44. - Cf. le large pouvoir laissé aux tribunaux pour déterminer le caractère disproportionné de l'engagement des cautions au regard de leur faculté patrimoniale, in *Cass. 1^{re} civ.*, 22 oct. 1996 (*Caisse d'épargne de Lunéville c/ Mme Catteau et a.*) : D. 1997, p. 515-517 note M. Wacongne ; JCP 1997, éd. G, II, 22826 p. 189-190 note St. Piedelièvre ; *ibid.*, I, 3991 p. 22 obs. Ph. Simler.

⁵ St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n°s 69-70 p. 59-60, percevant dans les standards une « technique de régulation du droit » (à la hausse comme à la baisse), « permettant de rompre dans une certaine mesure avec les solutions automatiques ». - Adde H. Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, préc., p. 282 s. sur la notion de proportionnalité.

de leurs conséquences¹. Seulement, quelque peu statiques, ces typologies ne révèlent aucunement que l'interprétation des notions relatives doive être finalisée. Une certaine dynamique semble, en effet, animer le Parlement², selon qu'il permet la gestion juridictionnelle d'une crise (§ 1) ou l'octroi judiciaire d'une faveur légale (§ 2).

§ 1 : Gestion juridictionnelle d'une crise

53. - Une crise représente une irrégularité dans le fonctionnement habituel d'un système³, l'idée de gravité à laquelle elle est souvent associée justifiant alors des mesures d'exception⁴. Deux voies s'ouvrent alors au Parlement pour enrayer cette perturbation quand elle atteint un événement juridiquement encadré : soit qualifier le statut de base pour en octroyer le plus large bénéfice possible, soit poser des conditions particulières pour protéger au maximum ce statut. Cette recherche d'élasticité⁵ du droit montre bien qu'« il faut quelque chose de plus que la démonstration qu'une conduite à punir est considérée comme ostensiblement immorale au regard des standards en vigueur dans une société donnée »⁶. Les notions relatives permettent effectivement de pallier la difficulté de formaliser des règles pour des situations atypiques⁷, en autorisant le pouvoir judiciaire à tempérer les

¹ Spéc. Ch. Guéry, critiquant le contenu de l'article 144 du Code de procédure pénale relatif à la détention provisoire (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes) : D. 1997, n° 14 p. 595-596, note sous *CA Douai 17 juin 1997*.

² Comp. les mobiles conjoncturels retenus par Ph. Coët, in *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} août 1986 n° 92, p. 30 s. Aux difficultés d'expression conceptuelle (p. 31 s.) s'ajoute la traduction des aspirations humaines (p. 37 s.).

³ *Petit Robert*, préc., v° Crise ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Crise. - Sur l'origine médicale grecque du terme, cf. *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Crise.

⁴ Comp. C. pén., art. 122-7 sur l'exception d'état de nécessité. - J.-Y. Chevallier, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif)*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, éd. A Pedone, 1980, p. 117-134. - Adde, antérieurement à la révision du Code pénal, par rapport à la contrainte morale, A. Vitu : *Rev. sc. crim.* 1986, p. 87-93, obs. sous *CA Dijon, 19 déc. 1984* et *T. corr. Agen, 22 mai 1985 (Dame Moreno)*.

⁵ Du grec « *elatos* », ductile : qui peut être étendu sans se rompre : *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Élastique & Ductile, emprunté du latin « *ductilis* », malléable ; *Petit Larousse illustré*, préc., v° Élastique & Ductile ; *Petit Robert*, préc., v° Ductile. - Adde *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Anomie, sur les vœux de Durkheim en réponse à la complexification des systèmes sociaux.

⁶ Cf. in H. L. A. Hart, *La moralité du droit* : Droits 1994, p. 109, l'appréciation critique de la pensée de John Stuart Mill à propos de l'usage du droit pénal.

⁷ Comp. P. Ricœur, *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, préc., p. 187-188, sur la valeur de l'interprétation au regard de l'argumentation. - Rapp. S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc.

effets trop bruts que produirait une règle rigide. Aussi ces dérogations à un statut de droit commun sont-elles forcément graduelles : la situation peut effectivement consister en une simple crise quant à la pérennité d'un régime juridique (II), mais elle peut parfois affecter l'existence même (I) de ce dernier.

I - Crise quant à l'existence d'un régime juridique

54. - Le droit est généralement défini comme un ensemble de règles destinées à régir les hommes vivant en société¹. S'il ne cherche pas la perfection pour assurer l'ordre et la paix², le Code civil ne saurait donc avoir une finalité contraire aux nécessités de la vie en commun. Aussi, à partir du moment où certains comportements sont culturellement ressentis comme contraires à la sécurité publique et à l'équilibre social, le Parlement se doit d'empêcher, ou à l'opposé de faciliter, l'application d'un régime juridique déterminé. La loi doit réserver le bénéfice de certains dispositifs par des modalités particulières : étroites si la protection souhaitée justifie l'exclusion, larges lorsque le bénéfice escompté nécessite l'intégration, quand bien même la situation se révélerait donc différente des conditions normalement requises. Dans la mise en œuvre de ces droits subjectifs, le pouvoir judiciaire est alors conduit à exercer un véritable bilan coût-avantage, bien connu du juge administratif³. Les notions relatives lui ménagent, en effet, la possibilité de rejeter les prétentions d'un plaideur en raison de leur caractère moralement subversif. Cette méthode législative tend finalement à sauvegarder un intérêt particulier (2), voire plus globalement l'ordre social (I).

¹ Petit Robert, préc., v° Droit, II B ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Droit ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Droit, I a.

² Encore que la morale pénètre en de nombreux points la règle juridique : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I^{er} : *Principes généraux-Personnes-Biens*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1946, revu et complété par G. Ripert avec le concours de J. Boulanger, n° 1 p. 1 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I : *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1972, n° 2 s. p. 3 s. et n° 30 s. p. 53 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 16 p. 35 s. & n° 18 p. 43 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 30 p. 26 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 20 p. 12-13 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 10 s. p. 11 s.

³ Rappr. la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, d'après laquelle la légalité d'un acte administratif devient douteuse quant à son utilité lorsque la comparaison des inconvénients et des avantages de l'opération projetée fait apparaître que les premiers seraient excessifs par rapport aux seconds. - R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit public, t. I, n° 1264 s. p. 1051 s. ; A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. I, préc., n° 740 s. p. 590 s. & n° 900 s. p. 696 s. ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, préc., n° 264 s. p. 250 s.

I. Sauvegarder l'ordre social

55. - Tout travail méritant salaire¹, le Code civil considère comme immorale toute rémunération qui ne découlerait pas d'une prestation, pour ne puiser sa source que dans la spéculation². A dire vrai, la jurisprudence ne fustige pas les opérations de Bourse³, sans doute parce que le gain recherché ne ressort plus au divertissement mais à un intérêt économique réciproque entre les protagonistes⁴. Mais, aux termes de l'article 1965 du Code civil, nul ne peut réclamer en justice le règlement d'une dette de jeu ou le payement d'un pari. S'il a bien dû se résoudre à certaines dérogations⁵, le législateur demande alors au tribunal saisi de se montrer d'autant plus sévère que la somme engagée « lui paraît excessive » (art. 1966 al. 2). C'est dire que la loi, quand bien même elle accepte d'enregistrer l'état des mœurs, exige un comportement suffisamment probe pour déclencher la protection juridique. Le même souci d'un « maintien de l'ordre social »⁶ guide les restrictions à la libre expression de la volonté individuelle. Malgré leur omniprésence doctrinale, les bonnes mœurs ne figurent pourtant au Code civil qu'en matière conventionnelle⁷, là même où la Révolution avait gagné au profit du sujet de droits les plus larges prérogatives. Dès lors, se pose la question de savoir si cette restriction, à laquelle la justice prête sa force de contrainte, n'est que l'œuvre des mœurs elles-mêmes ou si, au contraire, elle instille, plus ou moins parfaitement selon les époques et les circonstances, des principes de nature

¹ Comp. l'envoi en mission des douze Apôtres par le Christ leur déclarant que « l'ouvrier mérite sa nourriture » (Mt 10, 10), précepte appuyé par Saint Paul dans sa première épître à Timothée (I Tm 5, 21) : « Je t'en conjure devant Dieu (...), observe ces règles avec impartialité sans rien faire par favoritisme ».

² Défiance législative assez hétérogène pour faire douter de la pertinence de son fondement : validité des rentes viagères (C. civ., art. 1968 s.) et des contrats d'assurance sur la vie (C. assur., art. L. 132-1 s.), mais prohibition des pactes sur succession future (répétée aux articles 722, 1130 et 1389 du Code civil). - En ce sens, J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, 1993, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, n°s 136-137 p. 17.

³ *CA Paris*, 4 juill. 1967 (*Bastard c/ Audrain*) : D. 1967, p. 721-722 et la note. - Cf. déjà *Cass. civ.*, 19 déc. 1939 (*Comptoir du commerce agricole c/ V^e Gautrand*) : DH 1940, p. 37 et les obs., pour le paiement d'effets de commerce, malgré l'ignorance de la débitrice en matière de marché à terme. - *Adde* L. 28 mars-8 avr. 1885 sur les marchés à terme : JO 8 avr. 1885, p. 1849 ; DP 1885, 4, p. 25-32.

⁴ Le pur hasard pourrait aussi être opposé à l'aléa inhérent au négoce.

⁵ H. Mayer, *Jeux et exception de jeu* : JCP 1984, éd. G, I, 3141, spéc. n°s 14 s. avec les réf.

⁶ J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, préc., n° 128 p. 16.

⁷ Dans la formation du contrat (art. 6 pour l'objet et 1133 pour la cause) ou ses modalités d'exécution (art. 1172 sur la condition, spécialement pour les actes à titre gratuit visés à l'art. 900), *a fortiori* pour les conventions matrimoniales où l'état des personnes est aussi en balance (art. 1387).

philosophique¹. En fait, la qualification légale des mœurs trouve son fondement dans leur conjonction traditionnelle à l'ordre public, à la finalité identique : « traduire la suprématie de la société sur l'individu »². Brutes, elles ne renverraient qu'à un état social donné ; en effet, « les mœurs sont la façon de vivre ou d'agir, bonne ou mauvaise »³. Bonnes, elles visent un idéal politique⁴. Ripert note d'ailleurs que, « si le juge peut se renseigner par l'étude des pratiques usuelles, il reste pourtant au-dessus de l'opinion, il doit la diriger et non la subir, et quand l'idéal s'obscurcit, il élève sa fonction en exerçant le pouvoir de censure qu'il tient de la loi »⁵. Un exégète libéral comme Toullier considérait même que « les obligations conventionnelles doivent si peu leur naissance à la loi, qu'il est au-dessus de son pouvoir de leur enlever leur force obligatoire ; elle peut seulement ne leur accorder sa garantie que sous certaines conditions »⁶. Autrement dit, en posant la conformité aux bonnes mœurs comme critérium de validité, le Parlement tend à vouloir empêcher l'accès au régime des actes juridiques (à titre onéreux ou gratuit), chaque fois que l'engagement concerné contrarierait l'équilibre social. Cependant, « ramener purement et simplement la notion de bonnes mœurs à une notion de morale » semble assez spécieux⁷ : plutôt d'ordre personnel,

¹ Comp. F. Senn, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, I. *Aspects historiques et philosophiques*, Paris, Sirey, p. 54. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v° Bonnes mœurs, 2 ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Bonnes mœurs.

² J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, préc., n° 8 p. 3 & n°s 127 s. p. 16 s. - J. Flour et J.-L. Aubert, *Les obligations*, I. *L'acte juridique, le contrat-formation-effets-actes unilatéraux-actes collectifs*, Paris, Armand Colin, 8^e éd. 1998, n° 285 p. 196. - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. *Précis droit privé*, 7^e éd. 1999, n° 348 p. 345.

³ Définition des mœurs proposée par Durand de Maillane dans son *Dictionnaire de droit canonique* datant du siècle des Lumières, citée in J. Guyader, *Les mœurs du clergé au XV^e siècle d'après les statuts synodaux de Bernard de Rosier, archevêque de Toulouse (Pâques 1452)*, préc., note I p. 81 - Comp. *Petit Robert*, préc., v° *Mœurs*, I.

⁴ Comp. J. Guyader, *Les mœurs du clergé au XV^e siècle*, préc., p. 92 & note 34 p. 90 : au milieu du XV^e siècle, un synode de l'évêché tolosan recommandait aux gens d'Eglise d'être « pleinement équilibrés » et leur prescrivait ainsi « d'être sobres dans la nourriture, honnêtes dans les paroles, calmes dans la démarche, modestes dans les vêtements et les autres ornements, soucieux de la cure qui leur a été confiée, pacifiques et tranquilles » !

⁵ *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 39 p. 73. - *Adde* J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, préc., n° 130 p. 16.

⁶ *Droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. II, Paris, Warée, 4^e éd. 1824, n° 5 p. 4, qui n'affranchit donc pas le contrat de la puissance légale mais réduit son rôle à celui d'assurer le respect de la volonté individuelle.

⁷ J. Bonnacase, *La notion juridique de bonnes mœurs*, préc., p. 93, critiquant Ripert en raison de l'imprécision des directives d'appréciation des bonnes mœurs pour engendrer la nullité d'un contrat, et du subjectivisme reconnu au juge. - *Adde* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 362 p. 357.

la morale en arriverait à ne reposer que sur l'opinion du magistrat¹, tandis que les bonnes mœurs constituent davantage une sublimation de comportements sociologiques potentiellement divergents ; pour Ulpien, les bonnes mœurs ne devaient pas s'entendre en fonction de la personne incriminée mais au regard des intérêts de la cité². Alors que le droit, au moins depuis Rome, se préoccupe ainsi d'une certaine moralité sociale en contraignant la volonté individuelle par l'exigence de mœurs satisfaisantes, il ne s'est curieusement soucié de protéger la vie que beaucoup plus récemment.

56. - La maxime « *infans conceptus* »³ s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance, tout en ne suffisant pas à fonder la personnalité juridique⁴. Cependant, les articles 16 et 16-9 du Code civil, issus des lois bioéthiques de 1994⁵, parachèvent l'article premier de la loi Veil⁶ qui disposait déjà que « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie ». Véritable principe matriciel en matière de droits de l'Homme⁷, le droit à la vie ne saurait donc connaître de restriction qu'en cas de nécessité (sous peine, généralement, de sanction pénale⁸). Déjà, la loi permet

¹ En ce sens, J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 8^e éd. 1995, p. 313-314. - J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1993, n° 125 p. 106-107.

² D. 47, 10, *De injuriis et famosis libellis*, 15, 6 : « Idem ait, Adversus bonos mores, sic accipiendum, non ejus qui fecit ; sed generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis ».

³ « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur* » : *Adages du droit français*, préc., n° 172 p. 327 s. ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. - Rapp. G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1996, Bibliothèque dr. priv. t. 253, préface J. Amiel-Donat, n°s 182 s. p. 179, récusant l'idée de fiction.

⁴ Cf. P. Murat, *Réflexions sur la distinction être humain / personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997)* : Dr. fam. 1997, chron. 9. - Adde l'analyse de l'arrêt rendu dans la même affaire au niveau européen, in E. Serverin, *Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 2004, chron. p. 2801 s. - Rapp. concl. J. Sainte-Rose faisant prévaloir l'être humain sur la personne juridique, sur *Cass. ass. plén., 29 juin 2001* : Bull. inf. C. cass. 1^{er} août 2001, n° 540, p. 1 s. ; D. 2001, inf. rap. p. 2179 et la note. - Adde R. Encinas de Munagorri, note sous *Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2004* (quatre arrêts) : RTD civ. 2005, p. 88 s. n° 1.

⁵ Spéc. L. n° 94-653, 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain : JO 30 juill. 1994, p. 11056-11059 ; D. 1994, légis. p. 406 s. ; JCP 1994, éd. G, III, 66973, p. 361 s.

⁶ L. n° 75-17, 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : JO 18 janv. 1975, p. 739-741 ; D. 1975, légis. p. 48 s. - Compléter par L. n° 79-1204, 31 déc. 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse : JO 1^{er} janv. 1980, p. 3-4 ; D. 1980, légis. p. 71-72.

⁷ Selon la formule de B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme* : D. 1995, chron. p. 211-212. - Egalement Conv. EDH, art. 2 § 1, Décl. univ. DH, art 3 et Pacte int. relatif aux dr. civ. et politiques, art. 6.

⁸ Spéc. C. pén., Livre II : Des crimes et délits contre les personnes, art. 211-1 s.

l'interruption volontaire d'une grossesse jusqu'à la douzième semaine d'aménorrhée¹. Aussi, l'article L. 2213-1 du Code de la santé publique ne peut-il accepter d'autre atteinte, sans limitation de durée, qu'à des conditions particulièrement strictes² : l'avortement pour motif médical n'est, en effet, licite que si une équipe de praticiens atteste que la poursuite de la grossesse met en « péril grave la santé de la femme » ou qu' une « forte probabilité » existe pour que le fœtus soit atteint d'une « affection d'une particulière gravité », incurable au moment du diagnostic. Pratiquement, toutefois, les médecins obstétriciens ou échographistes pourraient bouleverser ces exceptions légales par suite de l'arrêt *Perruche* qui, malgré l'article 16-4 alinéa 2 du Code civil prohibant « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes », reconnaît à l'enfant affligé des séquelles d'une rubéole maternelle un droit à réparation pour avoir perdu une chance de mourir par avortement³. Finalement, « le respect de la vie en droit civil »⁴ empêche la volonté individuelle de pouvoir remettre en cause l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, l'avortement révélant alors un privilège de maternité relativement à la fécondité du couple⁵. D'ailleurs, lorsque la femme enceinte est mineure⁶, la question du consentement des représentants légaux prouve bien que des conditions trop laxistes seraient choquantes car, en ce cas, le respect dû à la vie autant que les prérogatives d'autorité parentale sont en cause ; alors qu'une proposition de loi déposée en 2001 par M. Ayrault⁷, définissant l'autorité parentale comme un « ensemble de droits et de devoirs ayant pour fondement et finalité l'intérêt de l'enfant », aurait plutôt prôner l'intervention des parents, l'article 371-1 du Code

¹ L. n° 2001-588, 4 juill. 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, art. 1^{er} : JO 7 juill. 2001, p. 10823 ; D. 2001, législ. p. 2253. - Adde la note particulièrement critique de B. Mathieu sous *Cons. const.*, 27 juin 2001, déc. n° 2001-446 DC : D. 2001, p. 2533 s.

² Cf. P. Sargos, *Réflexions « médico-légales » sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique* : JCP 2001, éd. G, I, 322 p. 1041 s.

³ *Cass. ass. plén.*, 17 nov. 2000 : Bull. ass. plén., n° 9 p. 16. - Cf. déjà J. Hauser, obs. critiques sous *Cass. 1^{re} civ.* 26 mars 1996 (*Epx P. c/ Ponoussamy et a.*) : RTD civ. 1996, p. 871-872, et P. Murat : JCP 1996, éd. G, I, 3946, n° 6 p. 282. - Pour l'arrêt, cf. *ibid.*, IV, 1214 p. 156-157. - Adde B. Teyssié, *Droit civil, Les personnes*, Paris, Litec, 4^e éd. 1999, n° 35 p. 38-39. - Cf. L. n° 2002-303, 4 mars 2002, relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé, titre 1^{er} : JO 5 mars 2002, p. 4118 ; D. 2002, législ. p. 1022.

⁴ Ph. Malaurie, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1996, p. 429-441.

⁵ Pour les époux, cf. G. Cornu, *Droit civil, La famille*, préc., n° 63 p. 115-116.

⁶ Sur quoi, D. Duval-Arnould, *Minorité et interruption volontaire de grossesse* : D. 1999, chron. p. 471 s., spéc. I-B p. 472-473 & III-B p. 475.

⁷ Proposition de loi AN n° 3074 : D. 2001, p. 1959.

civil tend *in fine* à associer l'incapable aux décisions qui le concernent, selon son âge ou son degré de maturité¹ ! Plus globalement, malgré des fins légitimes motivant quelques dérogations à des règles d'ordre public, le législateur continue tout de même de veiller à ce que des comportements isolés ne nuisent pas à la société dans son ensemble.

57. - Vache folle, sang contaminé, isolants à l'amiante... voilà autant d'affaires médiatisées par lesquelles la population a pourtant découvert certains risques liés à des produits assez courants. Faute pour la France d'avoir transposé dans les délais la directive du 25 juillet 1985², la Cour de cassation se fit précurseur en la matière pour imposer aux professionnels une obligation de garantie sensiblement comparable au texte communautaire³, en sanctionnant un défaut de sécurité des produits qu'ils mettent en circulation. Consacrant cette évolution, la loi du 19 mai 1998⁴ reprend le schéma de la responsabilité pour faute, dans l'article 1386-9 du Code civil, en exigeant la preuve d'un dommage, d'un défaut et d'un lien causal : le défaut se substitue à la faute parmi les conditions d'indemnisation de la victime, fût-elle *penitus extranei* (art. 1386-1) comme l'avait déjà admis la première Chambre civile⁵. Toutefois, malgré la sévérité de la charge probatoire pesant sur le demandeur, le souci particulier de protection se révèle pleinement à l'article 1386-4 : sous réserve d'un risque de développement⁶, la responsabilité est engagée au moindre préjudice, encore que la

¹ Cf. al. 1^{er} & 3, tels qu'issus de L. n° 2002-305, 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale : JO 5 mars 2002, p. 4161 ; D. 2002, législ. p. 1016 et les réf. p. 1021. - *Adde* C. santé publ., art. L. 2212-7, modifié par L. n° 2001-588, 4 juill. 2001, p. 10823 ; D. 2001, législ. p. 2254. - Sur quoi, B. Mathieu et M. Verpeaux, note critique sous *Cons. const.*, 4 juill. 2001, déc. n° 2001-449 DC, où les requérants rattachaient l'autorité parentale à la protection constitutionnelle de la famille affirmée par le dixième alinéa du Préambule de 1946 : D. 2001, p. 3377.

² Dir. Cons. n° 85-374, 25 juill. 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux : JOCE n° L 210, 7 août 1985, p. 29 s. - Y. Markovits, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990, coll. bibl. dr. priv., t. 211, 415 p.

³ *Cass. 1^{re} civ.*, 20 mars 1989 (*Sté Thomson-Brandt c/ Groupe des Assur. mutuelles de France et a.*) : Bull. civ. I, n° 137 p. 90-91 ; D. 1989, p. 381-383, note Ph. Malaurie ; RTD civ. 1989, p. 756-758, obs. P. Jourdain.

⁴ L. n° 98-389, relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : JO 21 mai 1998, p. 7744-7746 ; D. 1998, législ. p. 184-186 ; JCP 1998, éd. G, III, 20090 p. 1058-1060. - Cf. cependant la condamnation d'une transposition trop extensive selon CJCE, 25 avr. 2002, *Comm. CE c/ France*, aff. C-52/00 : D. 2002, p. 2462 s., note Ch. Larroumet (1^{re} esp.) ; *ibid.*, chron. p. 2458 s., in J. Calais-Auloy, *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel (CJCE, 25 avril 2002)* ; *ibid.*, somm. p. 2935 s., obs. critiques J.-P. Pizzio, situation aggravée, d'après l'annotateur, par un avis du même jour (*Mme Gonzales Sanchez c/ Sté Medicina Asturiana*, aff. C-183/00 : *ibid.* p. 2937-2938).

⁵ *Cass. 1^{re} civ.*, 17 janv. 1995 (*SA Planet Watthom c/ CPAM du Morbihan*) : D. 1995, p. 350 s. note P. Jourdain, spéc. I B 3 p. 353-354 ; D. 1996, somm. p. 15-16 comm. G. Paisant ; RTD civ. 1995, n° 4 p. 631 s. obs. P. Jourdain.

⁶ Défaut existant certes au moment de la mise en circulation du produit, mais que l'état des connaissances scientifiques et techniques ne permettait pas de déceler (art. 1386-11 et -12).

loi ne se contente pas de la preuve d'un dommage et de l'intervention causale d'un produit, sur le modèle de ce qui est admis pour le principe de la responsabilité du fait des choses, fondé sur l'article 1384 alinéa premier¹. Cette disposition souligne, en effet, que le consommateur n'a pas à s'assurer de la qualité initiale du produit : le caractère anormalement dangereux suffit à caractériser le fait générateur², peu important l'existence d'une autorisation administrative ou le respect des règles de l'art (art. 1386-10). Le législateur n'a donc pas choisi le mécanisme de la faute présumée³, car « seule une responsabilité de plein droit du fabricant (...) peut être génératrice d'une sécurité juridique souhaitable non seulement pour la victime mais également pour le fabricant lui-même qui saura d'une façon nette à quoi il est tenu »⁴. Cette absence de défaut à laquelle le consommateur « peut légitimement s'attendre » ne met pas en exergue l'atteinte à une utilité subjective du bien, mais plutôt l'idée de sécurité, véritable enjeu social qui sort du champ contractuel négociable⁵ pour pénétrer le noyau dur, intangible, du contrat⁶ : les magistrats protègent là moins l'objet d'une convention que la cause de la loi. En comparaison, la modification « d'un élément essentiel » du contrat de travail (C. trav., art. L. 1233-3 al. 1^{er}, L. 1222-6 al. 1^{er} et L. 1233-25) toucherait les éléments contractuels par nature, intangibles (salaire, qualification...), et non ceux simplement contractualisés par la volonté des

¹ En ce sens, Ch. Larroumet, *La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998* : D. 1998, chron. p. 315 n° 22.

² Cf. déjà les suggestions de définition in P. Voirin, *La notion de chose dangereuse* : DH 1929, chron. p. 1-4, spéc. p. 2 : « le danger, ce n'est pas le dommage réalisé, mais le dommage menaçant, une chose est dangereuse avant d'être dommageable ».

³ G. Viney, *L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux* : D. 1998, chron. p. 294 n° 12.

⁴ J.-F. Overstake, *La responsabilité du fabricant de produits dangereux* : RTD civ. 1972, n°s 75-97 p. 515 s., spéc. n° 75 p. 515-516.

⁵ Sur quoi, cf. spéc. S. Baraké, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2007, dir. G. Wicker, 566 p. - Rappr. S. Le Gac-Pech, *La figure contractuelle en droit du travail* : D. 2005, chron. p. 2250 s.

⁶ Rappr. Ph. Jestaz, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges Pierre Raynaud*, p. 282. - Comp. M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection judiciaire du lien contractuel*, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 1996, coll. Institut de droit des affaires, 439 p., qui démontre que les tribunaux contribuent largement à la défense du rapport contractuel ; B. Mélin-Soucramanien, *Le juge des référés et le contrat*, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 2000, coll. Institut de droit des affaires, 428 p., soutenant que le juge du provisoire tend à devenir le juge naturel du contrat grâce à des solutions novatrices permettant de préserver les relations conventionnelles. - Adde J.-F. Overstake, *La responsabilité du fabricant de produits dangereux*, préc., n°s 10-11 p. 489-490.

parties (lieu de travail...)¹ et donc, à ce titre, dignes d'une protection seulement accessoire, par rapport à celle de la loi, plus essentielle. Telle est probablement la justification, pour les produits défectueux, d'une exonération particulièrement restreinte en faveur du producteur² (art. 1386-11), voire réputée non écrite quand elle serait stipulée dans une clause limitative de responsabilité, sauf entre professionnels jugés plus aptes à détecter les dangers potentiels (art. 1386-15 al. 2). Mais, logiquement, la relativité recouvre un empire inverse pour bloquer l'indemnisation, dès que l'utilisation du produit n'est pas conforme à un usage normal, puisque l'aspect extérieur renseigne suffisamment sur son degré patent de dangerosité : le concept de raisonnable utilisé par l'article 1386-4 alinéa 2 renvoie évidemment à celui de bon père de famille³, notion relative ayant toujours tenu le justiciable de se comporter avec diligence dans la conduite de ses intérêts personnels.

2. Sauvegarder un intérêt particulier

58. - Pourquoi le Code civil soumet-il à une obligation de prudence, de soin et de diligence celui qui a la conservation, l'administration ou la jouissance du bien d'autrui⁴ ? Formes, procédures, délais précis... auraient garanti aux particuliers une sécurité absolue. Mais cette manière de procéder occulte complètement les incertitudes inhérentes à la détention d'un patrimoine. Par le biais d'une règle plus souple, la loi laisse triompher l'adaptation casuistique, en concédant à l'autorité judiciaire un pouvoir d'appréciation d'ordre moral⁵. Inévitablement, le *bonus pater familias* doit être rapproché de l'homme

¹ En ce sens, S. Koleck-Desautel, *La notion de modification du contrat de travail*, thèse Dr. priv., dactyl., Bordeaux IV, 2000, 385 p.

² Auquel sont assimilés, au-delà des exigences européennes et toujours dans l'obsession d'une sûreté généralisée, de nombreux professionnels : importateur, titulaire d'un signe distinctif, tout membre du circuit de distribution. - Adde G. Viney, *L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985*, préc., n^{os} 7-8 p. 292-293.

³ *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Bon père de famille.

⁴ C. civ., art. 1137 quant à la chose objet du *dare*, 1880 dans le prêt, & 1962 pour le séquestre ou le dépôt judiciaire. - Art. 450 pour les biens tutélares, & 1374 dans les quasi-contrats. - Art. 601 pour l'usufruit, 1728 pour le preneur de bail rural ou d'habitation, & 1806 quant au cheptel donné à bail ; adde art. 627 en matière d'usage et d'habitation. - Comp. la formule de l'article 496 alinéa 2, issue de la loi n^o 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

⁵ Sur l'opposition des droits rigide et flexible, cf. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 343-345 p. 136-137. - Adde, sur la « marque de confiance du législatif au judiciaire » pour régler les affaires par des notions plutôt que par une législation étroite, Y. Bot, *Variations sur « l'Honnête Homme »*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyér, L'honnête homme et le droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 41.

raisonnable¹, d'emploi beaucoup plus varié dans les pays de *common law*² ; Gilbert Tixier relève, en effet, que la règle du *reasonableness* est concevable uniquement pour un système dans lequel les juges disposent d'une latitude suffisante pour élaborer un *case law*³. Au regard des devoirs pesant habituellement sur lui, la référence au simple père de famille devrait donc suffire pour défendre les intérêts d'un tiers : l'obligation d'entretien des enfants (art. 203), la contribution aux charges ménagères (art. 214 et 515-4)... contraignent déjà à quelque précaution ! Pourtant, le fait que le législateur attende un comportement simplement basique semble assez douteux : « l'homme moral ne peut être confondu (...) avec le citoyen consciencieux qui obéit aux lois » ; il se définit par sa bonne volonté, « non au sens affaibli d'une disposition moyennement bien orientée, mais au sens fort de la droiture »⁴. En somme, la loi exige davantage que les réactions d'un homme banal⁵, dont l'expérience montre qu'il n'est pas forcément bon et raisonnable⁶. Cette philosophie semble d'autant plus logique quand le patrimoine d'un tiers est en jeu : l'individu ne doit plus agir selon ses convenances personnelles mais avoir une gestion avisée⁷. En comparaison, le comportement

¹ G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français, Développements récents*, préc., n° 4 p. 442.

² Cf., cependant, en dehors du droit patrimonial, la tentative de F. Debove de déceler dans l'époux et le parent le parangon du bon père de famille (*sic*) : *Libres propos sur l'Honnête Homme en famille*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer*, préc., p. 87 s. & p. 96 s.

³ Droit jurisprudentiel opposé au *statute law*, droit écrit, in *La règle du « reasonableness » dans la jurisprudence anglo-américaine* : RD publ. 1956, p. 295-296.

⁴ J. Etienne, *La morale formelle et le droit positif face à l'humainement inacceptable*, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs - Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XIV, X^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par l'Unité de droit pénal, p. 24.

⁵ Comp. C. civ., art. 1112 d'après lequel le vice de violence n'est retenu que si elle a été déterminante du consentement. - *Contra* la définition de l'*homo juridicus*, « citoyen moyen ayant des idées saines », par F. Ost et M. van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, préc., p. 123.

⁶ J. P. Leyens, *Un homme profondément bon et raisonnable ?*, in X^e journées d'études juridiques Jean Dabin, préc., p. 35-46. - Comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 922 p. 351 à propos de la coutume *secundum legem* qui ne peut que renvoyer au « comportement habituel des honnêtes gens » et non à celui des plus médiocres. - Rappr. *Petit Robert*, préc., v° *Pater familias*, 2^o, où l'absence du qualificatif le rend « tyran domestique » !

⁷ Condition nécessaire, elle n'est pas toujours suffisante ; cf. le cas d'une société s'assurant de la solvabilité de ses preneurs à bail, acte volontaire contraire aux critères d'obtention d'une décharge d'imposition, in *CAA Nantes*, 30 juill. 1992 (SA d'H.L.M. « Le foyer du fonctionnaire et de la famille ») : Lexilaser CE-CAA, n° 90NT00551.

du prodigue apparaissait comme l'image négative du bon père de famille¹ : il relevait plus de l'immoralité que de la psychiatrie traditionnellement attachée à l'incapacité, parce que ses dépenses consistaient en un désordre d'administration caractérisé par la futilité². Convient-il, pour autant, de faire prévaloir le droit abstrait sur la réalité humaine, en n'accordant au bon père de famille aucune mansuétude³ ? Dans cette optique, en effet, l'établissement de l'inexécution de son obligation par le débiteur suffit pour engager sa responsabilité⁴. Que reste-t-il, toutefois, de la souplesse jurisprudentielle quand le bon père de famille est progressivement remplacé par « une créature dont la maturité est retardée par une masse de textes » protecteurs et contraignants⁵ ?

59. - Au sommet de la hiérarchie des preuves⁶, l'écrit est considéré comme preuve parfaite contre laquelle aucune autre ne peut être admise, à l'exception d'un titre similaire (C. civ., art. 1341)⁷ : le juge ne peut que s'incliner sans pouvoir faire état de son intime conviction. Aussi l'étroite liaison entre le régime probatoire et le fond du droit explique-t-elle l'existence de textes restreignant les modes de preuve admissibles en certaines matières. Naissance et décès, bien que constituant des faits juridiques, sont soumis à une constatation

¹ En ce sens, B. Fillion-Dufouleur : D. 1997, p. 23 n° 4, note sous Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 1995. – Rapp. art. 488 al. 3 ancien : « peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales ».

² Cf. une jurisprudence constante depuis *CA Besançon*, 2 févr. 1865 (*Dame Bolut c/ Bolut*) : DP 1865, 2, p. 94-95 et la note.

³ Comp. la critique de la péremption du pourvoi en cassation, M. Santa-Croce, *Le droit, l'honnête homme et l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile* : D. 1997, chron. p. 239-240.

⁴ Comp. H. Lécuyer, à propos de la faute dans l'obligation de moyens, *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 35. - *Adde*, C. civ., art. 1766 permettant au bailleur de résilier le bail à ferme si le preneur « ne cultive pas en bon père de famille ».

⁵ Cf. le « *statutory man* », un homme secrété par la réglementation, évoqué par le professeur Glanville Williams, cité par G. Texier, *La règle du « reasonableness » dans la jurisprudence anglo-américaine*, préc., p. 298. – Comp., cependant, la substitution terminologique in art. 496 al. 2, conférant encore une part de subjectivité.

⁶ Principe tout à fait révisable, puisqu'il ne date que de l'ordonnance de Moulins de 1566 qui abandonnait la règle opposée d'après laquelle « témoins passent lettre », citée in J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 659 p. 635 note 165. - *Adde* J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle* : Ann. Université Lyon 1939, 3^e série Droit fasc. 5, section 2 p. 84 s. ; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du Droit privé, I/ Les Obligations*, Paris, PUF, 2^e éd. 1969, n° 100 p. 120. - Rapp. *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XVII : *la preuve*, 2^e partie : *moyen âge et temps modernes*, Bruxelles, éd. de la Librairie encyclopédique, 1965, 833 p.

⁷ Encore que, depuis Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1952 (*Bourdin c/ Simon*), une jurisprudence constante n'y voit pas une règle d'ordre public : Bull. civ. I, n° 286 p. 235-236. - Comp., implicitement, l'article 1316-2 du Code civil sur les conflits de preuve littérale.

écrite (art. 55 s. & 78 s.¹) ; la reconnaissance d'enfant naturel suppose nécessairement un acte authentique (art. 316 al. 3) ; surtout, « il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées » pour tout *negotium* excédant mille cinq cents euros². Le maître mot est la sécurité juridique des différentes parties. Des raisons de commodité pratique dictent cependant de pouvoir recourir à de simples copies³ : impossibilité de fournir indéfiniment des justificatifs originaux, conservation réglementée de documents, destruction fortuite... D'un côté, la qualité reconnue aux officiers publics confère aux copies qu'ils effectuent d'un acte authentique la même force probante⁴ : grosse ou expédition notariale, extrait des actes de l'état civil, etc., font foi jusqu'à inscription de faux⁵. De l'autre, de multiples procédés peuvent légitimement laisser craindre qu'une copie obtenue à titre particulier ne déjoue aisément le contenu de l'acte sous seing privé initial. Le Code civil n'accorde donc à cette copie qu'une force probante relative⁶ : soit elle fait pleine foi, seulement parce qu'elle demeure comparable au titre (art. 1334) ; soit elle est acceptée comme l'original si celui-ci a disparu. En ce dernier cas, la loi du 12 juillet 1980 requiert une qualité supplémentaire : le demandeur doit présenter une « reproduction non seulement fidèle mais aussi durable » (art. 1348 al. 2)⁷. Une telle exigence repose uniquement sur un problème d'imputabilité de l'*instrumentum*, la signature étant l'élément clef de la validité des actes sous seing privé. La condition est encore plus remarquable au regard des doubles sur lesquels figure bien la

¹ Adde art. 34 s. pour les modalités de rédaction.

² C. civ., art. 1341 al. 1^{er}. - D. n° 2004-836, 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, art. 56 : JO 22 août 2004.

³ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 668 s. p. 647 s. & n°s 711 s. p. 691 s. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 580 p. 357 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1588 s. p. 607 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 542 s. p. 531 s.

⁴ Sur le fondement de cette vigueur, comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1552 s. p. 595 s.

⁵ C. civ., art. 1335, 1° lorsque le titre n'existe plus. - D. n° 62-921, 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, art. 13 modifié par D. n° 68-148, 15 févr. 1968 portant réforme du décret n° 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, art. 8 : JO 17 févr. 1968, p. 1780 ; D. 1968, légis. p. 108.

⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, n° 670 p. 650-651 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1591 p. 608.

⁷ Sur quoi, cf. F. Chamoux, *La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve* : JCP 1981, éd. G, I, 3008, spéc. n°s 22 s.

signature originelle¹ ; elle constitue aussi le point d'orgue pour l'admission de la signature électronique (art. 1316-4 al. 2²). Comme le souligne le professeur Gilles Goubeaux, « il ne suffit pas, en effet, que le procédé de copie soit de nature à fournir une image exacte du document reproduit »³. C'est pourquoi, si l'original n'a pas été conservé, la Cour de cassation admet la télécopie comme preuve, dès lors qu'elle n'est pas discutée ou que « son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées » par expertise en cas de contestation⁴. Ainsi, lorsque l'original a disparu, la photocopie ne vaut plus comme commencement de preuve et n'a donc pas besoin d'être étayée par d'autres éléments pour faire foi⁵ : du moment que la copie satisfait aux critères spécifiques de l'article 1348 alinéa 2, elle constitue une preuve parfaite. Elle se distingue toutefois du titre par le fait qu'elle peut être attaquée par tout moyen⁶ ; cet aspect laisse entendre que l'imputabilité souverainement déclarée par le tribunal n'est qu'une présomption réfragable. Un tel mécanisme évite surtout à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans le *negotium* pour déceler la volonté réelle des protagonistes.

60. - Le principe de la liberté contractuelle voudrait, d'ailleurs, que le juge ne se soucie pas davantage d'un défaut d'équivalence pécuniaire (C. civ., art. 1118), à moins que ce préjudice n'ait été rendu possible que par l'exploitation excessive d'une partie par l'autre. L'action en rescision supposerait, alors, que soit établi un vice du consentement⁷. Telle n'est

¹ Sur la nuance, cf. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1588 p. 607. - Adde le « titre novel » reconnaissant un droit déjà constaté dans un acte antérieur : C. civ., art. 1337 al 1^{er} *in fine* & 3 ; *ibid.*, n° 1611 p. 614 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 706 p. 685-686 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII : *Obligations, Deuxième partie*, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1954, n°s 1501 s. p. 948-949.

² Adde D. n° 2001-272, 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique : JO 31 mars 2001, p. 5070-5072 ; D. 2001, législ. p. 1221-1222.

³ *Introduction générale*, n° 671 p. 651.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000 (*Mme Baret c/ Mme Brichon et a.*) et l'arrêt querellé CA Paris 17 mars 1998 : JCP 2001, éd. G, II, 10505 p. 709 s. note F. Nizard, éclairant la formule générale posée par Cass. com., 2 déc. 1997 (*SA Descamps c/ Banque Scalbert-Dupont*), préc. - J.-F. Overstake, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Bordeaux, Librairie Montaigne, 2002, p. 288-289.

⁵ Comp. art. 1335, 2° et 3° pour des copies de minute délivrées en dehors des circonstances assurant la conformité à l'original.

⁶ F. Chamoux, *La loi du 12 juillet 1980*, préc., n° 15 *in fine*.

⁷ Sur le débat, cf. J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1993, n°s 787 s. p. 789 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, Paris, Litec, 6^e éd. 1998, n°s 972 s. p. 343 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 291 p. 284.

pas la position de la jurisprudence¹ qui retient une conception objective de la lésion² : la preuve d'une disproportion suffit, en considération d'une idée de justice commutative exceptionnellement imposée à l'accord des volontés ; critiquable est cependant la doctrine thomiste du juste prix sur laquelle se fonde cette approche, car elle se heurte à l'incertitude de la notion de valeur, irréductiblement subjective³. L'essence du commerce demeure tout de même la recherche d'un bénéfice (C. civ., art. 1832 al. 1^{er}). Puisqu'une stricte égalité des obligations ne peut jamais être exigée, le Code civil pose comme condition à la rescision une différence suffisamment révélatrice⁴. Les actes du mineur - par principe incapable⁵ - sont, en revanche, rescindables sans que la lésion satisfasse aucune qualification particulière (C. civ., art. 1305). Fidèle en cela aux conquêtes révolutionnaires et à la tradition romaine, le droit civil protège surtout la propriété foncière⁶ et l'égalité successorale, mais en réclamant que le vendeur ait stipulé un prix inférieur de plus de sept douzièmes à la valeur vénale de l'immeuble (art. 1674) ou que le lot de l'héritier soit inférieur de plus du quart à celui auquel il avait droit (art. 889). Pareillement, d'après l'article 1112, le consentement n'est réputé extorqué par violence que dans la mesure où celle-ci est susceptible de faire craindre un « mal considérable » à l'un des contractants ou à ses biens⁷ ; et l'article 1114 insiste en précisant que la simple crainte révérencielle envers un ascendant ne suffit point à annuler un

¹ Cass. req., 28 déc. 1932 (*Sté économique de Rennes c/ Pailleret et a.*) : DP 1933, I, p. 87-89 rapp. P. Dumas. - Cass. req., 21 mars 1933 (*Rouff et SA dite C^e industrielle d'Uriage c/ de Féligonde*) : DH 1933, p. 285 ; S. 1933, I, p. 136. - Cass. civ., 21 avr. 1950 (*Cts Gas c/ D^{lle} de Queylar*) : JCP 1950, éd. G, II, 5800, rapp. R. Cavaroc et note R. C. ; S. 1951, I, p. 57-58 et la note. - *Contra* H., L. & J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II vol. I : *Obligations, théorie générale*, Paris, Montchrestien, 9^e éd. 1998, n° 219 p. 215-216, pour qui la lésion constitue forcément un dol, s'autorisant d'une déclaration de Portalis, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, Paris, Videcoq, 1827, p. 128 s.

² Nettement en ce sens, CA Rouen, 28 sept. 1976 (*Cts Fleury c/ Cne d'Elbeuf-sur-Seine*) : Gaz. Pal. 1977, I, p. 123-125 note G. Raymond. - Adde Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. VI : *Les obligations*, Paris, Cujas, 10^e éd. 1999, n° 423 p. 253 : « La lésion n'est pas un vice du consentement ».

³ J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc., n° 257 p. 175 & n° 249 p. 169. - Comp. toutefois le titre de la section où B. Starck, H. Roland et L. Boyer étudient la lésion : « exigence d'un juste prix contractuel », *Le contrat*, préc., p. 322 et nos 914-917 p. 327.

⁴ *Dictionnaire de droit*, préc., v° Lésion : « grave déséquilibre entre les avantages réciproques stipulés dans un contrat (...) ».

⁵ C. civ., art. 388 & 414 *a contrario*.

⁶ « *Res mobilis, res vilis* » (chose mobilière, chose sans valeur) ! - H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n° 397 p. 796-800.

⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 241 p. 229-230. - Cf. aussi la référence au « *constantissimus vir* » (homme très courageux) en droit romain, in J. Ghestin, *La formation du contrat*, préc., n° 288 p. 570. - Comp. A. Rieg, *Rép. civ. Dalloz*, 1976, v° Violence, n° 6 p. I, qui ne se préoccupe pas de définir le qualificatif.

contrat. L'esprit de ces causes d'annulation est bien de favoriser rapidement un minimum de stabilité contractuelle, en ne sanctionnant pas des attitudes manifestement raisonnables¹. Dans cette perspective, l'action en nullité pour vice du consentement se prescrivait, antérieurement à la réforme de la loi du 17 juillet 2008², dans des délais beaucoup plus brefs que l'action en nullité absolue dont l'objet, différent, était de pouvoir préserver durablement des droits essentiels³ : une comparaison pouvait s'imposer entre la prescription trentenaire de l'ancien article 2262 au délai quinquennal de l'article 1304 alinéa premier ; mais l'affadissement de l'ordre public contraindrait désormais de réviser cette économie générale si quelques scories législatives ne continuaient de sauvegarder des intérêts fondamentaux⁴. Certes, l'économie rurale et artisanale de 1804 a disparu au profit d'entreprises dont la puissance économique ne permet plus de présumer l'égalité des contractants ; le professeur Testu soulignait déjà que l'« avantage excessif » retenu dans la loi Scrivener du 10 janvier 1978 « correspond à ces clauses qu'on a présentées comme n'ayant d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire »⁵. De plus, la généralisation d'un tel mécanisme de contrôle de l'équilibre des prestations à l'ensemble des actes juridiques serait un facteur d'insécurité inopportune⁶. Sous couvert d'étendre largement le domaine de la lésion par le biais des clauses abusives⁷, le législateur ne peut donc requérir qu'un « déséquilibre significatif » (C. consom., art. L. 132-1), conformément à la directive européenne du 5 avril 1993 qui dispose, en son article 3-1, que la « clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de

¹ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., n° 423 p. 253.

² L. n° 2008-561, portant réforme de la prescription en matière civile : JO 18 juin 2008, p. 9856 s.

³ Cf. , même, sa prétendue imprescriptibilité, obs. J. Mestre sous *Cass. com.*, 28 avr. 1987 (SARL Bréthome) : RTD civ. 1987, n° 4 p. 746 s.

⁴ Spéc. C. civ., art. 184 pour la nullité du mariage, art. 2226 pour les dommages corporels en cas de responsabilité délictuelle. – Sur quoi, A.-M. Leroyer, propos critiques *in* RTD civ. 2008, p. 563. – Cf. aussi l'incidence du point de départ du délai de prescription, *in* art. 2225 s. ; *adde* J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, thèse Droit, dactyl., Paris 2 Panthéon-Assas, 2010, dir. N. Molfessis, 664 p.

⁵ *Le juge et le contrat d'adhésion* : JCP 1993, éd. G, I, 3673, n° 32 p. 203 & n° 9 p. 198. - L. n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, art. 35 al. 1^{er} : JO 11 janv. 1978, p. 305 ; D. 1978, légis. p. 89.

⁶ En ce sens, cf. J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?* : D. 1997, chron. p.264 n° 21. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Le contrat*, préc., nos 918 s. p. 327-328. - J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc. n° 250 p. 169-170.

⁷ Cf., en outre, l'extension aux majeurs protégés (C. civ., art. 435 et 465) et à différents contrats depuis l'instauration du Code civil : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 296 p. 287 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Le contrat*, préc., nos 961 s. p. 340 s.

bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »¹. Au demeurant, l'expression ne présente pas de risque d'interprétation arbitraire, selon le Conseil constitutionnel². La relativité ainsi introduite élude indirectement le champ restrictif initialement accordé à la lésion par le Code Napoléon³. D'ailleurs, les clauses abusives ne forment pas l'unique domaine consacrant « un appel inavoué au concept de lésion »⁴ : malgré la proclamation d'une liberté des prix, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 organise un contrôle gouvernemental des variations « excessives de prix » (art. 1^{er} al. 3 ; C. com., art. L. 410-2 al. 3) ; l'article 1152 du Code civil permet au juge de modifier une clause pénale « manifestement excessive ou dérisoire ». Bien que d'ordre public, ces dernières mesures n'affectent pas l'existence de la convention dans sa globalité ; elles visent, au contraire, l'assainissement des actes juridiques pour assurer, autant que possible, leur continuité, tout en protégeant certaines catégories de personnes en situation d'infériorité⁵.

II - Crise quant à la pérennité d'un régime juridique

61. - Que soient neutralisées les conséquences de certains faits n'a rien d'extraordinaire au plan juridique ; tel est même l'objet de multiples branches du droit, comme le droit pénal lorsque survient une infraction, ou la responsabilité civile délictuelle quand se révèle un dommage. Seulement, s'agissant notamment de la capacité des personnes, du mariage ou de la propriété, le Code civil recherche souvent quelque permanence⁶ ; les différents statuts qu'il propose, voire impose, visent, en effet, une protection particulière ou une cohérence d'ensemble. La survenance d'une crise signifie alors que l'autorité judiciaire

¹ Dir. CEE n° 93-13, 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : JOCE n° L. 95, 21 avr. 1993, p. 29 ; D. 1993, législ. p. 361. - Sur les critères d'une définition générale des clauses abusives, cf. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives*, préc., n° 59 p. 50 s., spéc. note 290.

² *In Cons. const.*, 13 janv. 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *Ets Darty et fils*, préc., à propos de C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

³ Comp. I. de Lamberterie, A. Rieg et D. Tallon, *Rapport général*, in *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la C.E.E.* : RID comp. 1982, n° 17 p. 1066-1067.

⁴ P. de Fontbressin, *De l'influence de l'acceptation du concept de prix dans l'évolution du droit des contrats* : RTD civ. 1986, p. 671. - Comp. la réfaction jurisprudentielle de certains contrats par adjonction d'obligations ayant une incidence économique non négligeable : J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?*, préc., n° 23 p. 264-265.

⁵ D'où le vœu doctrinal d'une disposition de portée générale : J. Ghestin, *La formation du contrat*, préc., n° 794 p. 796. - Relativiser par J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc., n° 258 p. 176.

⁶ Là n'est pas en cause l'instabilité législative par la prolifération des textes et autres amendements incessants.

doit pourvoir à l'aménagement de ces dispositions. Le véritable anéantissement de ces règles suppose forcément plus qu'un simple déséquilibre. Que le trouble présente un caractère persistant (1) ou simplement temporaire (2), la qualification requise par la loi à travers les notions relatives tente donc, autant que possible, de sauver certains droits subjectifs ayant initialement vocation à durer.

I. Trouble persistant

62. - La minorité constitue une situation de crise juridique puisque le titulaire des droits n'en a pas l'exercice¹. En conséquence, le mineur non émancipé n'est habile à aucun acte sur son patrimoine² ; la gestion en est dévolue à son représentant légal (parents³ ou organes tutélaires⁴). Une stricte immobilité garantirait la consistance de l'actif. Mais l'importance croissante de facteurs financiers interdit de confondre sécurité et fixité. De ce constat, le Code civil en déduit l'intérêt que le tuteur administre les biens du pupille en assurant une gestion comparable à celle de son propre patrimoine, c'est-à-dire en bon père de famille⁵ (art. 408 al. 3) : il a tout avantage à s'inspirer de la parabole des talents en n'enfouissant pas le denier qui lui a été confié⁶ ! Le tuteur du majeur (art. 496 al. 2) doit pareillement agir avec raison⁷. Cependant, la préservation du patrimoine se double, ici, d'un autre aspect : à l'incapacité exceptionnelle d'une personne répond l'obligation d'administrer

¹ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Minorité, I b ; *Dictionnaire de droit*, préc., v° Mineur.

² Exceptés ceux les plus courants qui ne mettent en jeu qu'un faible montant pécuniaire : C. civ., art. 389-3 al. 1^{er} & 408 al. 1^{er} ; B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 246 p. 185 ; G. Cornu, *La famille*, préc., n° 90 p. 155. - Exclut encore ceux qui requièrent son consentement ou sa consultation, essentiellement en matière d'état des personnes : *ibid.*, p. 155-156.

³ Art. 382 s. & 389 s.

⁴ Tuteur ou conseil de famille selon les cas : art. 394 s.

⁵ B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 325 p. 226-227.

⁶ Mt 25, 14-30 ; Lc 19, 12-27. - Comp., en droit romain, les pouvoirs ambigus du tuteur sur le patrimoine de l'impubère, évoluant entre la gestion dans son intérêt personnel (avant l'*oratio Severi* du II^e siècle) et la prohibition toujours plus étendue d'aliéner certains biens (notamment par Constantin au IV^e siècle), qui l'incite à rester dangereusement passif, malgré d'éventuelles dépréciations : P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. III : *le droit familial*, Paris, PUF, coll. Thémis droit, 1968, p. 93-95.

⁷ Rappr. art. 509-2 ancien, disposition alors critiquable au regard de la mission de simple assistance du curateur. Une double remarque s'impose toutefois, malgré le resserrement apparent des pouvoirs du curateur depuis la réforme du 5 mars 2007 : l'assistance elle-même suppose sans doute d'y apporter des « soins prudents, diligents et avisés » ; l'appréciation de la tenue des comptes par le curateur en cas de curatelle renforcée (art. 472) suggère un raisonnement analogique, le troisième alinéa renvoyant aux articles 510 à 515 y incitant fortement. La lecture de l'article 495-9 (relatif aux mesures d'accompagnement judiciaire) aboutirait à la même conclusion.

ses intérêts avec la vigilance du *bonus pater familias*. Curieusement, aucune disposition identique n'existe à l'encontre des parents dans l'administration légale pure et simple ou sous contrôle judiciaire ; mais la jouissance légale qui y est attachée (art. 383 al. 2) les enjoint tout de même de donner caution de jouir en bon père de famille, certes sans obligation absolue¹. Concernant le majeur, le législateur attend à l'évidence une gestion rigoureuse, étant donné que le majeur subit déjà un aménagement de ses droits et devoirs, fût-ce de façon proportionnée au degré d'altération de ses facultés (art. 428 al. 2) ; l'article 425 permet de restreindre la capacité d'exercice du majeur même en l'absence d'une grave altération de ses facultés ; les mesures d'accompagnement social (CASF, art. L. 271-I s.) ou judiciaire (C. civ., art. 495 s.) ne sont pas non plus conditionnées par des difficultés sérieuses de gestion des prestations sociales. De même, en dehors de tout régime de protection, l'article 414-I du Code civil prévoit la nullité des actes juridiques dès qu'est prouvé un simple trouble mental² : son degré importe peu, seule compte sa réalité ou son absence³.

63. - Des considérations économiques similaires⁴ ont fait que le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire ne pouvait être absolu⁵. Dans les années 1970, le projet du doyen Carbonnier avait cependant pour pierre angulaire la concentration des effets patrimoniaux du divorce au moment de son prononcé⁶. Aussi, afin de sauvegarder l'aspect indemnitaire, l'article 273 ancien réservait-il toute correction au cas où l'absence de révision aurait eu « pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité ». La Cour de cassation décernait même valeur d'ordre public à cette exception, en l'appliquant

¹ Art. 385, 1^o, ensemble l'art. 601.

² Sur cette innovation de la loi du 3 janvier 1968, cf. O. Simon, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental* : RTD civ. 1974, p. 707 & 713 s., spéc. p. 719-722 où l'auteur soutient qu'« à un défaut de consentement s'est substitué un défaut de capacité » : autant un vice a pu être plus ou moins déterminant de l'accord des volontés, autant l'atteinte psychique existe ou pas. - Cf. aussi l'opinion critique de J.-Cl. Montanier, *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités* : JCP 1982, éd. G, I, 3076, quant à la faculté pour les majeurs sous tutelle d'effectuer seuls certains actes.

³ Si un verre d'alcool provoque biologiquement l'éthylisme, il ne perturbe pas la raison ! - *Contra* B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n^o 357 p. 242.

⁴ La haute juridiction retient qu'une cour d'appel n'a pas à rechercher les conséquences morales qu'aurait l'absence de révision *in Cass. 2^e civ., 27 oct. 1993* : Bull. civ. II, n^o 296 p. 164.

⁵ A. Bénabent, *Droit civil, La famille*, Paris, Litec, 9^e éd., 1998, n^o 369 p. 312 ; G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 6^e éd. 1998, n^o 411, 2^o, p. 595-596. - *Adde* J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce* : D. 2004, chron. p. 1834-1835, introduction au II B.

⁶ *Ibid.*, 6^e éd. 1998, n^o 409 p. 592 & n^o 411 p. 595. - *Adde* J. Carbonnier, *La question du divorce*, préc., I B c, p. 118.

aux divorces gracieux¹. Les lois du 30 juin 2000 et 26 mai 2004² n'ont pas complètement abandonné cette « disposition de sauvegarde »³ ; la modification de la prestation porte, désormais, sur les seules modalités de paiement, au lieu du montant lui-même⁴, « en cas de changement important » dans la situation du débiteur (art. 275 al. 2)⁵. La nouvelle terminologie ne devrait pas engendrer de bouleversements jurisprudentiels ; elle semblerait, en revanche, inviter les magistrats à prendre davantage en compte la situation professionnelle du débiteur au regard du marché de l'emploi⁶. Le professeur Alain Bénabent appelle de ses vœux un alignement sur le régime des pensions alimentaires ; sa justification est implacable : capital et forfait étant le principe, « il est contestable de demeurer inflexible sur le chapitre de la révision » quand la rente subit l'œuvre du temps⁷ ; la dernière évolution sémantique aligne, d'ailleurs, les possibilités de remanier les modalités de paiement du capital sur celles d'un versement sous forme de rente viagère (art. 276-3 al 1^{er} ⁸). Comme une situation de crise rend inexécutable des obligations initialement convenues, la relativité retenue par le législateur permet, en quelque sorte, d'adapter au divorce l'esprit de loyauté qui devrait animer l'exercice des droits et devoirs.

¹ Cass. 2^e civ., 6 fév. 1985 (L. c/ Mme C.) : JCP 1986, éd. G, II, 20580, obs. R. Lindon ; D. 1986, p. 452 s., note G. Potiron.

² L. n° 2000-596, 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce : JO 1^{er} juill. 2000, p. 9946 s. ; D. 2000, législ. p. 302-303. - L. n° 2004-439, 26 mai 2004 relative au divorce : D. 2004, législ. p. 1565 s.

³ J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 582. - Adde J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, préc., II B p. 1834 s.

⁴ Cf., cependant, art 276-3 al. 1^{er}, en cas de rente viagère lorsque survient un « changement important dans les ressources ou les besoins » des parties.

⁵ La loi du 30 juin 2000 requérait, quant à elle, un « changement notable », art. 6 (C. civ., art. 275-1 ancien) : JO 1^{er} juill. 2000, p. 9246 ; D. 2000, législ. p. 302. - Comp., sur le fondement de l'ancien article 273, Cass. 2^e civ., 19 fév. 1992 : D 1992, p. 397 s., note J. Hauser et Ph. Delmas-Saint-Hilaire, considérant que la demande de report d'échéance du versement de la dernière annuité du capital, qui vise à modifier un des éléments intrinsèques de la prestation fixée, correspond à une demande de révision, même si aucune modification de son montant n'est sollicitée.

⁶ En ce sens, Ch. Willmann : D. 1998, somm. p. 242-243, comm. sous Cass. 2^e civ., 12 mars 1997, et D. 2000, somm. p. 355, obs. sous Cass. 2^e civ., 21 oct. 1999.

⁷ Rapp. C. civ., art. 276-1. - A. Bénabent, *La famille*, préc., 9^e éd., n° 373 p. 319. - Adde *Plaidoyer pour quelques réformes du divorce, I - Sur les effets* : D. 1997, chron. p. 225 s. ; *Assainir l'après-divorce (de quelques réflexions propres à...)*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, PU Strasbourg-LGDJ, 1994, p. 16-20 (avec les propositions de modifications législatives, *in fine*). - Comp. J. Hauser : RTD civ. 1997, n° 13 p. 106.

⁸ Cette même disposition prévoit, néanmoins, une suppression complète de la prestation compensatoire, alors que le capital, pour sa part, demeure systématiquement intangible.

64. - Dans une formule empruntée à Domat¹, l'article 1134 alinéa premier du Code civil énonce que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La fidélité au consentement valablement donné devrait alors suffire à garantir l'exécution des obligations contractées². Pothier, en traitant de la vente, retenait cependant que souscrire un engagement impliquait forcément celui de le remplir utilement³. Aussi, pour marquer l'abandon de la distinction romaine des contrats de droit strict (dont le contenu était déterminé par le sens littéral des termes employés) et de bonne foi (d'acceptation moins rigide), le Code civil pose-t-il en principe que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi » (art. 1134 al. 3)⁴. « Auxiliaire de la force obligatoire » du contrat, le devoir de bonne foi « impose aux parties de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour assurer la pérennité de l'acte prévisionnel initial »⁵, au-delà de ce qui y est exprimé (art. 1135⁶ et 1156 s.)⁷ : il permet de déceler les « signes révélateurs d'une volonté probable »⁸, dans l'unique dessein de préserver le contrat obscur. Les rédacteurs du Code enjoignaient, certes, d'interpréter les conventions, mais essentiellement pour en sauvegarder l'exécution⁹. Longtemps timorée, la jurisprudence ne conféra une portée à cette disposition qu'avec les

¹ *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Librairie ordinaire du Roy, 1689, L. 1, t. 1, s. 2 art. 7, p. 72. - Comp. D. 50, 17, *De diversis regularis juris antiqui*, 23 & D. 50, 16, *De verborum significatione*, 6, 1 : « Verbum ex legibus, sic accipiendum est : tam ex legum sententia, quam ex verbis ».

² *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Fidèle, du latin *fidelis* (de *fides*, foi) & v° Foi : « confiance, croyance, loyauté, etc. » ; *Petit Robert*, préc., v° Fidèle, 1, 3° & 1° : « qui ne manque pas (...) aux engagements pris (envers quelqu'un) ». - *Adde Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Foi.

³ Cité in B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Le contrat*, préc., n° 1382 p. 477.

⁴ La doctrine y décèlera même ultérieurement un principe d'interprétation. - En ce sens, J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc., n° 378 p. 277. - Comp. F.-X. Testu, *Le juge et le contrat d'adhésion*, préc. n° 36 p. 204 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. 4 : Les obligations*, Paris, PUF, 19^e éd. 1995, n° 113 p. 226. - *Adde* Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989, coll. bibl. dr. priv., t. 208, 254 p.

⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., n° 622 p. 359-360.

⁶ Comp., en droit germanique, *BürgerlicherGesetzBuch*, § 242 : « Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires ».

⁷ Comp. *Cass. com.*, 31 mars 1992 (*SA Bayardon frères c/ Sté IC entreprise*) rejetant un pourvoi invoquant une application littérale au motif que les juges du fond n'ont pas méconnu la loi contractuelle en appréciant les conditions dans lesquelles elle devait être exécutée de bonne foi : *RJDA* 1992, p. 447 n° 552 et les obs. ; *RTD civ.* 1992, n° 5 p. 760-761, obs. J. Mestre.

⁸ J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc., n° 405 p. 292. - *Adde*, sur les controverses relatives aux rôles respectifs des volontés réelle et déclarée, G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi* : *RTD civ.* 1946, n° 1 p. 75-76, et les réf.

⁹ En ce sens, F. Terré, *Les obligations*, préc., n° 414 p. 403, qui y perçoit deux questions différentes : le contenu des obligations et la manière de les remplir.

travaux de René Demogue qui voyait dans le contrat, non un compromis d'intérêts antagonistes, mais un microcosme « où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels »¹ ; cette approche a trouvé une certaine traduction dans la théorie du contrat relationnel élaboré par le juriste américain Ian McNeil². En ce sens, l'autonomie de la volonté ne prend de valeur qu'à condition de respecter un principe général de bonne foi³ : loyauté⁴ et coopération⁵ deviennent la devise de toute matière contractuelle⁶. Sans doute un peu exagéré à l'heure de rapports économiques déséquilibrés⁷, ce véritable « *affectio contractus* » n'est point sans rejoindre l'autre aspect de cette notion : si la bonne foi suppose de s'abstenir de tout comportement douteux, force est de comprendre que la prévarication conduit systématiquement à un régime de défaveur contre son instigateur⁸.

¹ *Traité des obligations en général, II : Effets des obligations, t. VI*, Paris, Librairie A. Rousseau, 1931, n° 3 p. 8-10. - Adde A. Sériaux, *Droit civil, Droit des obligations*, préc., n° 55 *in fine* ; C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* : RTD civ. 1997, conclusion n° 33 p. 384-385.

² Sur quoi, C. Boismain, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, préface M. Fabre-Magnan, 526 p. - Adde H. Muir Watt, *Du contrat « relationnel ». Réponse à François Ost*, in *La relativité du contrat*, Paris, LGDJ, 2000, p. 169 ; in *Travaux de l'association Henri Capitant, journées nationales*, t. IV, p. 169s. ; H. Bouthinon-Dumas, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* : RIDE 2001, p. 339 s. - Pour un aperçu général, spéc. Y.-M. Laithier, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français* : D. 2006, chron. p. 1003 s. avec les réf., et les critiques p. 1007, 1^{re} col. *in fine*.

³ Cf. le projet de code européen des obligations, in B. Fages, *Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando* : D. 2003, chron. p. 2387-2388, II 1 ; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, thèse dr. priv., dactyl., Paris II, 1992, qui propose de faire dépendre la force obligatoire du contrat de la bonne foi. - Comp. F. Osman, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* : Defrénois 1993, art. 35433 p. 67. - P. Hébraud : JCP 1950, éd. G, II, 5285, note sous *CA Paris, 16 juin 1949 (Remplir, syndic de faillite Sté industrie parisienne de confection cl Goumy)*. - Contra R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939, *in fine* p. 457-458.

⁴ L. Aynès, *L'obligation de loyauté* : Arch. philo. dr., t. 44, Paris, Sirey, 2000, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 195 s. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Le contrat*, préc., n° 1386 p. 480-481. - A. Leborgne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe* : RTD civ. 1996, p. 535-536.

⁵ Y. Picod, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* : JCP 1988, éd. G, I, 3318. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Le contrat*, préc., n° 1387 p. 481.

⁶ Comp. D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s.

⁷ Comp. la confusion des genres dénoncée par F. Terré, *Les obligations*, préc., n° 40-1 p. 41, entre la solidarité ambiante et les nécessités commerciales. - Adde Ph. Le Tourneau, ironisant sur le fait que la bonne foi se trouve magnifiée au moment où l'amoralisme domine le monde des affaires, in *Rép. civ. Dalloz*, 1995, v° Bonne foi, n° 31 p. 5. - H., L. & J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1^{er} : Obligations : théorie générale*, Paris, Montchrestien, 7^e éd. 1985, n° 736 p. 847 à propos de l'imprévision.

⁸ *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Mauvaise foi.

2. Trouble temporaire

65. - Bien sûr, l'anthropologie rend compte d'une multitude de modèles éducatifs¹ : le rattachement d'un enfant à ses auteurs n'a donc rien d'absolu. Seulement, si le droit français retient cette solution², c'est vraisemblablement qu'il estime que l'intimité affective découlant des liens du sang forge une aptitude naturelle à la protection et à la socialisation des enfants³. Cela ressort clairement de l'article 350 alinéa 2 du Code civil qui considère comme abandonné l'enfant dont les parents « n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien des liens affectifs »⁴. Cette base biologique du droit parental est l'une des clefs de son régime, et motive, à la différence du mariage, son caractère indissoluble⁵ ; c'est pourquoi la loi du 22 décembre 1976 n'a pu que limiter l'anéantissement de la filiation initiale aux cas de désintérêt manifeste (art. 350 al. 1^{er} 6), c'est-à-dire à « une situation de vide familial »⁷, pour permettre l'établissement d'une autre, artificielle cette fois (art. 347, 3°) ; dans un arrêt du 29 mai 2001, la cour d'appel de Poitiers se rallie à cette logique dans l'appréciation des « motifs graves » visés par l'article 360 alinéa 2, pour prononcer l'adoption

¹ *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Famille, spéc. p. 252-253 & 258-259 et les réf.

² En ce sens, G. Cornu, *La famille*, préc., n° 73 p. 129-130 : « L'autorité parentale est fondée sur la vocation naturelle des parents à protéger leur enfant ». - Comp. A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 11 p. 9-10 sur le « dépérissement du lignage au profit du foyer ».

³ Cf. spéc. J. Carbonnier, *Droit civil, 2/ La famille, L'enfant, le couple*, Paris, PUF, 20^e éd. 1999, coll. Thémis droit privé, p. 180. - A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 604 p. 516 & n° 395-1 p. 341 sur l'unité des droits de la filiation et de l'éducation. - G. Cornu, *La famille*, préc., n° 59 p. 110 & n° 73 p. 129 s., pour qui le droit parental « régit un rapport de nature ».

⁴ *Id.*, par renvoi, C. civ., art 361 pour l'adoption simple. - Comp. M. Pagnol, *César*, Paris, éd. de Fallois, 1988, coll. Fortunio n° 9, p. 140, où Marius rétorque amèrement à Césariot, : « On m'a prouvé que le vrai père (...) c'était celui qui aimait l'enfant » ; rappr. l'altercation entre César et son fils où il reproche à ce dernier son absence durant l'enfance de Césariot, in M. Pagnol, *Fanny*, Paris, éd. de Fallois, 1988, coll. Fortunio n° 8, Acte III scène VI, p. 216.

⁵ Rappr. le délai raccourci à dix ou cinq ans, in art. 321 et 333, par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, sous réserve de l'article 333 alinéa 2 *in limine* en faveur du Ministère public.

⁶ L. n° 76-1119 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, art. 8 : JO 23 déc. 1976, p. 7364 ; D. 1977, législ. p. 12 ; reprise par L. n° 96-604, 5 juill. 1996 relative à l'adoption, art. 8 : JO 6 juill. 1996, p. 10208 ; D. 1996, législ. p. 330.

⁷ A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 581 p. 491 & n° 583 p. 491-492. - Adde Y. Patureau, *Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné* : D. 1978, chron. p. 167 s. ; D. Huet-Weiller, *La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350, alinéa 3, du Code civil (Loi du 11 juillet 1966)* : JCP 1969, éd. G, I, 2259 ; A.-M. Fournié, *De l'abandon à l'adoption plénière, le contentieux de l'adoption* : JCP 1974, éd. G, I, 2640. - Comp. C. civ., art. 345-1, 3° pour l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, in F. Boulanger, *Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption* : D. 1996, chron. p. 309 n° 7.

simple d'enfants déjà adoptés en la forme plénière¹. De même, toute modification dans l'exercice de l'autorité parentale suppose des faits suffisamment significatifs pour qu'intervienne un magistrat. Ne perdent effectivement leur autorité que les parents constituant une menace pour l'enfant², et non ceux qui se révèlent simplement incapables d'assumer les devoirs dont ils sont dépositaires ; la même idée préside au premier alinéa de l'article 371-4³, spécialement au regard de l'article 9 § 3 de la Convention de New-York⁴. L'adverbe utilisé par l'article 378-1 alinéa premier souligne que la déchéance ne doit être prononcée qu'en ultime recours⁵, les mesures d'assistance éducative permettant d'appliquer plus rarement cette disposition (art. 375 s.). En cas d'exercice unilatéral, d'ailleurs, le droit de visite et d'hébergement du parent non-titulaire ne peut être refusé que pour « motif grave » (art. 373-2-1 al. 2)⁶. Autrement dit, le droit cherche à fixer le rattachement du mineur, en présumant que l'éducation nécessite un maximum de stabilité ; se noue alors une relation entre un danger potentiel pour l'enfant et les causes de mutation de l'autorité. Ainsi se comprend que le retrait de l'autorité soit devenu facultatif avec la réforme du 4 juin 1970 : il ne tend pas à sanctionner l'impéritie des ascendants mais à la protection de l'enfant,

¹ D. 2002, somm. p. 1874-1875, obs. S. Henneron. - *Contra TGI Paris, 15 mars 2000* : *ibid.* 2001, somm. p. 2799-2800, obs. S. Henneron ; RTD civ. 2001, n° 20 p. 122 s., obs. J. Hauser.

² Comp., à propos de la puissance paternelle, C. Demolombe, *Cours de code Napoléon, t. VI, Traité de l'adoption et de la tutelle officieuse ; de la puissance paternelle*, Paris, A. Durand & L. Hachette et C^{ie}, 2^e éd. 1861, n° 367 p. 289 : elle ne saurait devenir « un moyen de tyrannie ou de démoralisation ». - Adde A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 629 p. 531 qui parle d'un « comportement fautif envers l'enfant ».

³ Concernant un parent détenu, cf. *Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2005* : D. 2006, p. 2149 s., note approbative M. Herzog-Evans. - Sur les relations des grands-parents avec leurs petits-enfants, D. Autem : *ibid.* 1996, somm. p. 238-239, comm. sous *Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 (proc. gén. CA Toulouse c/ Fabian)*. - Adde les tentatives de définitions de l'expression proposées par M. Thierry Garé, in *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Paris, éd. C.N.R.S., 1989, n°s 305 s. p. 220, & S. Digard, *Les droits de visite et d'hébergement des grands-parents et les motifs graves de nature à y faire obstacle* : JCP 1990, éd. N., I, p. 128-130.

⁴ Conv. relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989 : « Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ». - Sur quoi, *Article 9 : Maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents*, in *La Convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après - Commentaire article par article* : Dr. fam. 2009, dossier 22, p. 15-16.

⁵ En ce sens, H. Fulchiron, *Rép. civ. Dalloz*, 1991, v° Autorité parentale, n° 393 p. 49. - Comp., en matière d'assistance éducative, le maintien du mineur dans son milieu actuel, la séparation apparaissant désormais comme une règle secondaire (art. 375-3), M. Gobert, *L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970)* : JCP 1971, éd. G, I, 2421 n° 10.

⁶ *Cass. 1^{re} civ., 25 mars 2009* : RJPF 2009-9/42, obs. V. Eudier. - Adde *Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000* : Bull. civ. I, n° 262 ; RD sanit. soc. 2001, p. 151, obs. J. Monéger ; RTD civ. 2001, p. 126, obs. J. Hauser (suspension du droit de visite et d'hébergement ne portant pas atteinte à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme).

afin surtout de pouvoir continuer à combler autrement une « faiblesse temporaire de fait »¹. En matière de divorce sur demande conjointe², la force attachée à tout accord et l'autorité de chose jugée liée au prononcé du divorce ne justifient plus quelque gravité pour modifier la convention définitive (art. 373-2-13)³, comme sous l'empire de l'article 292 ancien⁴. Eu égard à l'intérêt de l'enfant (aux plans éducatif, psychologique...), d'ailleurs, le Code civil ne laisse pas de surprendre quand il attend une certitude pour déchoir les parents de leurs prérogatives⁵. Le désintérêt comme la mise en danger devrait suffire ; ils existent ou non, mais ne peuvent être plus ou moins importants⁶, à moins que la relativité ne permette d'optimiser la protection du mineur comme en matière d'assistance éducative où le juge doit se prononcer « en stricte considération » de l'intérêt de l'enfant (art. 375-1 al. 2 *in fine*). Ni l'article 348-6 ni l'article 377, alinéa 2, ne devrait, au contraire, requérir pareille qualification. Pour le second, elle paraît effectivement inutile, puisque la déchéance laisse place à une simple délégation de l'autorité parentale⁷ ; dans le premier, elle est relayée par l'abus

¹ G. Cornu, *La famille*, préc., n° 72 p. 127 avec la note 2 sur l'étymologie du terme « autorité ». - Adde H. Fulchiron, *Rép. civ.*, v° Autorité parentale, préc., n° 396 p. 50. - Comp. la préférence de M. Gobert pour la libre appréciation du juge quant à l'opportunité d'établir une liaison entre une condamnation pénale des parents et la déchéance, in *L'enfant et les adultes*, *op. cit. loc. cit.*

² Comp. J. Massip sur l'incidence des pactes entre père et mère dans les divorces contentieux : D. 1997, p. 146, note sous *Cass. 2° civ.*, 2 avr. 1996.

³ Cf., déjà, la tendance jurisprudentielle à atténuer la portée des motifs graves comme condition qui pouvait se déduire de l'article 232 du Code civil qui permet au Juge aux affaires familiales de refuser l'homologation initiale s'il constate que les intérêts des enfants sont imparfaitement préservés. - En ce sens, cf. la première décision rendue sur le fondement de l'ancien article 292, *Cass. 2° civ.*, 18 juin 1981 (*Dame C c/ Cts A*) : D. 1982, IR p. 37, obs. A. Bénabent ; *Gaz. Pal.* 1982, I, p. 44 note J. Viatte ; *RTD civ.* 1983, p. 524-526, obs. J. Rubellin-Devichi et R. Nerson. - *Contra* le premier moyen in *Cass. 2° civ.*, 20 juill. 1983 (*Mme Cloetta c/ M. Guy*) : *Bull. civ. II*, n° 154 p. 107, et *Cass. 2° civ.*, 16 févr. 1994 : *Bull. civ. II*, n° 60 p. 34 ; D. 1995, somm. p. 133-134, comm. Th. Dubaele ; *RTD civ.* 1994, p. 328-329, obs. J. Hauser.

⁴ « En cas de divorce sur demande conjointe, les dispositions de la convention homologuée par le juge relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être révisées, pour des motifs graves, à la demande de l'un des époux ou du ministère public ». - L'ancien article 291 n'en exigeait pas tant pour les autres cas de divorce : « Les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge (...) » ! - J. Hauser et D. Huet-Weiller : *RTD civ.* 1992, n° 31, II, p. 77.

⁵ Pour une décision fort contestable, en ce qu'elle considère le présent sans évaluer les risques futurs sur un enfant éduqué par une secte, cf. *Cass. crim.*, 17 oct. 2001 : D 2002, p. 751 s., note critique M. Huyette. - Comp. toutefois l'assimilation de l'intérêt de l'enfant au motif grave par *Cass. 2° civ.*, 17 déc. 1984 (*M. C. c/ Mme P.*) : *Bull. civ. II*, n° 197 p. 139-140.

⁶ Comp., avec une critique acerbe, B. Petit, *L'évidence*, préc., nos 13-14 p. 491-492.

⁷ *Contra*, sur l'art. 377 al. 3 ancien (dans sa rédaction antérieure à L. n° 2002-305, 4 mars 2002 : « la même délégation peut être décidée, à la seule requête du délégataire, lorsque les parents se sont désintéressés de l'enfant depuis plus d'un an »), Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 18 août 1986 n° 99, p. 7. - Comp. *Cass. 1° civ.*, 23 oct. 1973 (*Epx D. c/ Assoc. La famille adoptive française et Epx F.*) : D. 1974, p. 616 s., note P. Raynaud.

caractérisant le refus des parents à l'adoption de leur enfant¹. A l'opposé, d'ailleurs, la possession d'état ne s'établit que par « une réunion suffisante de faits » (art. 311-1). Sans doute le législateur ne veut-il modifier l'état des personnes qu'en cas de nécessité, encore que le juge ne puisse renverser sa conviction en contemplation d'actes isolés marquant un intérêt mineur (art. 350 al. 3). Autant dire que la volonté parentale n'a aucun rôle à jouer² : la cellule familiale n'existe qu'en considération de l'intérêt de l'enfant.

66. - Institution fondamentale, la famille représente l'un des piliers de l'ordre social³ ; le mariage en est le reflet juridique par excellence⁴. La loi tente donc d'en assurer la plus grande stabilité, notamment en ne rendant possible le divorce qu'à des conditions étroites. L'Ancien Droit (et la Restauration), directement sous l'emprise ecclésiastique, proclamait même l'indissolubilité du lien⁵. Cette faveur pour le mariage se retrouve actuellement dans la défense de l'union assignée au juge aux affaires familiales⁶, comme dans le rôle du pardon entre époux⁷. Ainsi se comprend le fait que la cause et les effets doivent être qualifiés pour entraîner un divorce-sanction. Une logique comparable guide l'article 220-I du Code civil pour dessaisir un époux de ses pouvoirs : au regard de la conquête d'égalité entre époux⁸, seul un manquement grave aux devoirs de l'un des conjoints justifie l'intervention urgente du juge⁹. La Cour de cassation ne peut donc que censurer une cour d'appel « qui prononce le divorce des époux à leurs torts partagés en relevant de simples

¹ Comp A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 602 p. 505-506.

² En ce sens, A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 602 p. 506-507. - *Contra* Y. Patureau, *Le désintérêt de l'enfant judiciairement abandonné*, préc., p. 169. - Sur le fondement de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, cf. *Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1998* : D. 1999, IR p. 23.

³ G. Cornu, *La famille*, préc., nos 1-3 p. 7 s. - A. Bénabent, *La famille*, préc., nos 1-4 p. 3-4. - J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 255 s. sur « les trois piliers du droit » que sont la famille, le contrat et la propriété. - Un socle en perdition selon F. Debove, *Libres propos sur l'Honnête Homme en famille*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, L'Honnête Homme et le droit*, Paris, LGDJ, 2000, p. 81 s.

⁴ G. Cornu, *La famille*, préc., n° 14 p. 29. - Là réside la source du débat sur la nature juridique du mariage : *ibid.*, n° 160 p. 243 ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 56 p. 55.

⁵ Sur les tergiversations historiques, cf. A. Bénabent, *La famille*, préc., nos 223 s. p. 189 s.

⁶ Cependant, aux termes de l'article 252 alinéa 2, la conciliation porte désormais sur le principe du divorce ou sur ses conséquences, et ne consiste plus à éviter la rupture (art. 251 ancien).

⁷ C. civ., art. 252 s. & art. 244. - G. Cornu, *La famille*, préc., n° 319 p. 448-449 sur la conciliation. - A. Bénabent, *La famille*, préc., nos 253 s. p. 216 s. sur la réconciliation dans le divorce pour faute.

⁸ G. Cornu, *La famille*, préc., n° 21 p. 41-42 pour l'égalité des conjoints & n° 62 p. 114 entre les parents ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 156 p. 135-136.

⁹ *Ibid.*, n° 193 p. 164-165 ; A. Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 9^e éd. 1998, nos 136 s. p. 71 s.

incidents »¹ ! L'article 242 exige, en effet, une « violation grave » des obligations matrimoniales², rendant « intolérable » le maintien d'une vie commune. Erigeant la procréation en devoir conjugal³, la cour de Bordeaux retint comme injure le refus persistant d'une femme de consulter un gynécologue, ne permettant plus à son conjoint d'envisager d'avoir une descendance⁴. Cette conception traduit bien l'idée, déjà acquise dans les lois antérieures à 1975⁵, que les seules fautes acceptables sont celles qui rendent la vie conjugale absolument impossible : la demande des époux doit refléter moins un pur caprice qu'un mariage devenu une « coquille vide »⁶. De même, l'ancien article 238 du Code civil imposait que l'altération des facultés mentales fût suffisamment grave pour impliquer la cessation définitive de toute communauté de vie réelle⁷. D'aucuns rétorqueraient facilement que ces restrictions visent deux types de divorce uniquement ; mais les autres cas subissent des mesures d'effet équivalent⁸, par l'exigence de délais⁹, de préservation suffisante des intérêts

¹ Cass. 2^e civ., 22 janv. 1997 : D. 1997, IR p. 44.

² La faute peut aussi résulter du renouvellement d'actes plus anodins.

³ Sur quoi, L. Pécaut-Rivolier, *La procréation dans le mariage*, thèse dr. priv., dactyl., Paris II, 1994, soutenant que le lien entre mariage et procréation dépasse la volonté des époux et le droit, et ne peut s'expliquer que par l'évidence ! - Adde G. Cornu, *La famille*, préc., n° 159 p. 242-243 ; Ph. Malaurie, *La famille*, préc., n° 104 p. 46-47.

⁴ CA Bordeaux, 7 juin 1994 : JCP 1996, éd. G, II, 22590 p. 89-92 note J. Vassaux ; D. 1999, somm. p. 63-64, comm. E. Blary-Clément (2^e esp.). - Adde la décision initiatrice, CA Lyon, 28 mai 1956 : D. 1956, p. 646 note A. Breton.

⁵ Pour le droit intermédiaire, cf. Portalis, *Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de loi de la commission du gouvernement* : P. A. Fenet, préc., t. I, Paris, Videcoq, 1827, p. 487 s. - Sur la loi Naquet, cf. l'intervention de Labiche au Sénat le 7 février 1884 : S. 1884, législ. p. 655 s., III.

⁶ Selon l'expression du doyen Carbonnier, in *La question du divorce*, préc., p. 117.

⁷ Al. 1^{er} : « Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis, six ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir ».

⁸ Notion du droit communautaire de la concurrence correspondant à des réglementations entravant la libre circulation des marchandises : *Vocabulaire juridique*, préc., v° Effet, I ; *Lamy droit économique, Concurrence, Distribution, Consommation*, Paris, Lamy, 2000, n°s 1902 s. p. 769 s. & n°s 1892 s. p. 764 s. sur les taxes d'effet équivalent au droit de douane.

⁹ Deux années pour le divorce pour altération définitive du lien conjugal (C. civ., art. 238 al. 1^{er}). - En revanche, la réforme survenue en 2004 a supprimé le délai de six mois avant l'introduction d'une requête en divorce par consentement mutuel (comp. art. 230 actuel et ancien, al. 3 : « le divorce par consentement mutuel ne peut être demandé au cours des six premiers mois de mariage ») ; sur quoi, cf. J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, préc., I B I p. 1827. - Rapp. art. 237 ancien, prévoyant un délai de six années dans le divorce pour rupture de la vie commune : « Un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans ».

d'un époux ou des enfants¹, d'une conciliation (art. 252 al. 1^{er}), de sujétion pécuniaire²... Avant tout, le divorce est systématiquement sous contrôle judiciaire³ : autant le divorce doit être facilité quand les époux reconnaissent l'échec du mariage⁴, autant des garde-fous sont nécessaires en cas de désaccord. Sous l'influence des idées prédominantes de liberté individuelle⁵, le divorce devient une prérogative d'ordre public, pourvu que ces différentes précautions soient remplies. Le professeur Alain Bénabent souligne ainsi que « le mariage traditionnel conçu comme un engagement définitif d'adhérer à un modèle social régresse au profit d'une union où priorité est donnée aux sentiments et à la souplesse des choix individuels »⁶. Aussi, dans l'ancien divorce pour rupture de la vie commune⁷, l'« exceptionnelle dureté » traduisait-elle « la volonté du législateur de donner à la clause un caractère tout à fait restrictif »⁸. Le mariage ne pouvait subsister que si la dissolution du lien conjugal était susceptible d'entraîner des conséquences rigoureuses (pour l'époux abandonné ou les enfants communs). Alors que beaucoup n'ont voulu y voir qu'une mesure d'équité contre une répudiation déguisée⁹, l'ancien article 240 visait des situations suffisamment singulières pour ne pas empêcher systématiquement l'exercice du droit au divorce. De même, un conjoint ne saurait hésiter à divorcer pour de simples raisons

¹ Art. 232 al. 2, pour le divorce par consentement mutuel ; et art. 250-2 al. 1^{er} *in fine*, à l'égard des enfants en cas de ratification des seules mesures provisoires lorsque le Juge aux affaires familiales refuse d'homologuer la convention de divorce.

² Dommages-intérêts si la dissolution du mariage devait avoir « des conséquences d'une particulière gravité » (art. 266 al. 1^{er}). - Rappr. art. 239 ancien : « L'époux qui demande le divorce pour rupture de la vie commune en supporte toutes les charges (...) ».

³ Cf. l'hérésie, selon J. Thierry, que constitue la proposition de transférer à l'officier d'état civil la prérogative de prononcer certains divorces, *in Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine* : D. 1998, chron. p. 166. - Adde A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 229 p. 195-196.

⁴ Rappr. art. 252 al. 2.

⁵ G. Cornu, *La famille*, préc., n° 7 p. 14 & n° 7 bis p. 19. - J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 121 s. faisant ressortir la place conquise par la psychologie, individualiste, aux dépens de la sociologie, plus institutionnelle.

⁶ *In La famille*, préc., n° 58 p. 58 & n° 12 p. 10 s. - Sur la consécration d'un véritable droit subjectif au divorce, cf. J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, préc., spéc. p. 1828 *in fine*.

⁷ Art. 240 ancien : « Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge ou de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande. // Il peut même la rejeter d'office dans le cas prévu à l'article 238 » (divorce pour altération des facultés mentales).

⁸ F. Furkel, *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?* : D. 1977, chron. n° 7 p. 84.

⁹ *Ibid.*, n°s 1-2 p. 83 & n° 7 p. 84 et les réf. - P. Barbier, *Le divorce, la religion et l'« exceptionnelle dureté » au sens de l'article 240 du Code civil* : Gaz. Pal. 1987, I, doct. p. 273.

financières : l'article 266 du Code civil restreint donc l'allocation de dommages-intérêts à la condition que la dissolution du mariage entraîne « des conséquences d'une particulière gravité »¹ ; l'article 270 alinéa 3 ne lui fait perdre le bénéfice d'une prestation compensatoire qu'au regard de « circonstances particulières » dans la rupture². Toute interprétation extensive de ces formules conduirait à réduire l'application du principe : en matière de divorce pour rupture de la vie commune, les juridictions estimaient déjà que « la notion d'exceptionnalité, qui implique ce qui est extraordinaire, rarissime ou anormal, a été retenue à dessein par le législateur pour limiter le jeu de la clause de dureté à des cas manifestement dérogatoires, aux conséquences toujours pénibles, mais généralement inéluctables au double point de vue moral et matériel, de la dissolution d'une union conjugale »³ ; les articles 266 et 270 alinéa 3 se mueraient en une véritable condition insidieuse au lieu de rester un effet potentiel du divorce. Quelle est, pourtant, l'utilité de maintenir une union morte⁴ ? Le risque est de prendre en compte les causes de la séparation et non ses conséquences⁵. Une fois surmonté cet écueil, bien peu reste alors à la disposition de l'époux abandonné ou bénéficiaire de la réparation : la doctrine est réservée quant au rôle de la religion dans un Etat laïque⁶ ; les solidarités sociales amoindrissent les effets matériels⁷. En revanche, l'abaissement significatif du délai de séparation de fait dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal par rapport à l'ancien divorce pour rupture de la vie commune pourrait bien conduire à une interprétation élargie de la gravité requise dans l'article 266 du

¹ Pour l'époux divorcé aux torts exclusifs de l'autre ou pour le défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal (al. 1^{er}).

² Comp. J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, préc., 2 a p. 1836.

³ *TGI Grasse*, 5 janv. 1977 : *Gaz. Pal.* 1997, I, somm. p. 208 ; D. 1978, inf. rap. p. 170-171 comm. A. Breton. - *Adde TGI Toulouse*, 18 nov. 1976 : *ibid.* p. 12 comm. A. Breton p. 15-17 ; *JCP* 1977, éd. G, II, 18679 & *ibid.*, I, 2865, in chron. R. Lindon : *L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune*.

⁴ Pour une franche hostilité à l'ancien article 240 : F. Furkel, *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?*, préc., n^{os} 13 s. p. 85 s. - Pour des comparaisons historiques, cf. V. Demars-Sion, *Libéralisation du divorce : l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792* : *RTD civ.* 1980, p. 231-265.

⁵ B. Monsallier, *Le divorce pour rupture de la vie commune (loi du 11 juillet 1975)* : *RTD civ.* 1980, p. 283.

⁶ F. Terré et D. Fenouillet, *La famille*, préc., n^o 614 p. 495 s. - P. Barbier note qu'elle s'impose au moins comme un fait dont la connaissance ne peut échapper aux juridictions, in *Le divorce, la religion et l'« exceptionnelle dureté »*, préc., p. 278. - *Adde Ch. Atias, Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce* : *JCP* 1984, éd. G, I, 3151.

⁷ Spéc. pour l'assurance maladie, cf. *Cass. 2^e civ.*, 24 juin 1998 : D. 1998, p. 595-596 note Y. Saint-Jours, encore que la décision était contestable sur le terrain de l'ancien article 239 du Code civil. - La question pourrait rejaillir avec la loi n^o 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle (*JO* 28 juill. 1999 p. 11229 s. ; D. 1999, légis. p. 439 s.).

Code civil¹ ; d'ailleurs, c'était bien la brièveté de ce délai qui justifiait la clause de dureté dans les législations étrangères². Seulement, cette option obligerait alors les juges à sonder encore plus profondément l'intimité des couples. Or, la tolérance du caractère impératif des règles du mariage suppose « la préservation d'un espace de liberté » au profit de chaque personne³ : en matière familiale, le droit ne reprend son empire qu'en cas de défaillance au regard des objectifs politiques poursuivis⁴. Une législation trop stricte heurterait rapidement d'autres principes. Comment, en effet, sanctionner l'adultère sans atteindre la vie privée de l'époux fautif ? Une conciliation doit donc s'opérer entre devoirs matrimoniaux et libertés individuelles, les uns infligeant nécessairement la réduction des autres, et réciproquement⁵. Les notions relatives apparaissent ainsi comme le moyen offert au pouvoir judiciaire de moduler la sanction en fonction des intérêts en présence, c'est-à-dire une manière de légiférer contre une conduite anormale sans pour autant que la répression soit systématique⁶.

67. - L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial »⁷ ; l'accès au prétoire ne peut cependant qu'être encadré, notamment au regard de l'écoulement du temps, pour éviter le double écueil de lenteur et d'insécurité juridiques. Le « délai raisonnable »⁸, visé par les articles 5-3° et 6-1° de la Convention européenne des droits de l'homme⁹, tend à assurer une réelle application des droits garantis, conformément au vœu de

¹ Rappr. J.-J. Lemouland, *La loi du 26 mai 2004 relative au divorce*, préc., II A 3 p. 1834.

² F. Furkel, *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?*, préc., n° 35 p. 89.

³ O. Playoust, *Normativité et légitimité du droit* : RRJ 1993, p. 207. - Adde A. Bénabent, *La famille*, préc., n°s 171 s. p. 145 s. - Rappr. Cass. 2° civ., 3 juin 2004 : D. 2004, p. 2069-2070, note J. Ravanas.

⁴ Sinon, une grande liberté règne dans le choix des prénoms (C. civ., art. 57 al. 2), de la résidence (art. 215), du régime matrimonial (art. 1387), voire du nom de famille (art. 311-21), etc. - O. Playoust, *Normativité et légitimité du droit*, préc., p. 210.

⁵ Cf. J. Vassaux, note sous CA Bordeaux, 7 juin 1994, préc., II A, p. 91. - Adde A. Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage* : RTD civ. 1973, p. 440-495.

⁶ Comp. L. A. Hart, *La moralité du droit*, préc., p. 109.

⁷ N° 2000/C 634/01, 18 déc. 2000, préc. : D. 2001, législ. p. 186. - Adde *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Le Seuil, 2001, coll. Points - Essais n° 469, témoignage et comm. G. Braibant, p. 233 s.

⁸ Rappr. les deux étymologies : *Petit Larousse illustré*, préc., v° Délai (de l'ancien français *deslaier*, « différer ») ; *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Raison (du latin *ratio*, « calcul » ou « justification »).

⁹ Comp. l'introduction d'un article préliminaire au Code de procédure pénale, spéc. III al. 4, in L. n° 2000-516, 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 1^{er} : JO 16 juin 2000, p. 9038 ; D. 2000, législ. p. 253.

son préambule¹. A l'opposé, la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a modifié le régime de la responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales, en imposant au fournisseur un « délai minimum de préavis » afin que le distributeur puisse rechercher une solution de substitution². La relativité permet ainsi au législateur d'adapter cette obligation de promptitude en fonction des circonstances³ et d'atteindre plus globalement, du même coup, un principe général de bonne administration de la justice⁴. « Célérité ne signifie donc pas précipitation ; la rapidité n'est pas toujours gage de qualité (...), notent les professeurs Jean et Pauliat⁵. Le délai raisonnable n'est pas aisé à déterminer *a priori* ; il vise plus le temps nécessaire à l'attente d'un résultat que le délai au sens procédural du terme ». Parfois, en effet, la reconnaissance d'un droit subjectif n'a plus aucune pertinence lorsque la décision de justice intervient tardivement : « *justice delayed, justice denied* », disent les Anglais⁶ ! Le professeur François Terré relève, d'ailleurs, que « les délais de procédure (...) permettent d'éviter (...) une excessive lenteur »⁷, souvent injustifiée⁸, voire aggravant le préjudice déjà subi par la victime : la haute juridiction européenne estime ainsi que, « compte tenu de l'enjeu pécuniaire et moral du procès, à savoir l'indemnisation du dommage issu d'une contamination par le virus VIH à la suite d'une transfusion, (...) il

¹ En ce sens, P. Lambert, *Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : RTDH 1991, p. 4 n° 1 *in fine*. - Sur la distinction au fond des deux articles, *ibid.*, n° 3 p. 6 s.

² C. com., art. L. 442-6, 5°. - L. n° 2001-420, art. 56 : JO 16 mai 2001, p. 7786 ; D. 2001, législ. p. 1680. - Comp. Cass. com., 19 juin 2001 (*Banque de l'Orléanais c/ Sté Garage Jusselin*) : D. 2001, AJ p. 2407-2408, obs. V. Avena-Robardet, à propos d'une rupture de crédit.

³ Adde C. pr. pén., art. 144-1 pour la détention provisoire, et art. 175-2 al. 1^{er} en matière d'instruction, fonction de la gravité des faits reprochés et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité.

⁴ Rapp. CEDH, 12 oct. 1992, *Boddaert c/ Belgique*, § 39 : « l'article 6 prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice » ; 22 juin 2000, *Coëme c/ Belgique*, § 140.

⁵ J.-P. Jean et H. Pauliat, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité* : D. 2005, chron. p. 600, a *in fine*.

⁶ Notamment CEDH, 30 oct. 1998, *Podbielski c/ Pologne*, pour une demande en paiement de pénalités alors que la Pologne subissait de profonds bouleversements économiques et législatifs : D. 1999, somm. p. 271, comm. N. Fricero (1^{re} esp.). - Sur quoi, cf. N. Fricero, *in Droit et pratique de la procédure civile*, dir. S. Guinchard, Paris, Dalloz, 2000, coll. Dalloz action, n°s 2201 s. p. 527 s.

⁷ *Introduction générale au droit*, préc., n° 633 p. 593.

⁸ Par exemple, CEDH, 18 févr. 1999, *Laino c/ Italie*, dans une affaire de séparation de corps ne présentant aucune difficulté, alors que l'enjeu familial aurait dû susciter une « diligence particulière » : D. 1999, somm. p. 271, comm. N. Fricero (2^e esp.). - Pour des expertises médicales s'étalant sur plus de sept ans après un accident de la circulation, cf. CEDH, 23 nov. 1999, *Marques Gomes Galo c/ Portugal & Galinho Carvalho Matos c/ Portugal* : D. 2000, somm. p. 181-182, obs. N. Fricero.

incombait aux autorités judiciaires de témoigner d'une diligence exceptionnelle, et que la durée de la procédure devant la Cour de cassation (deux ans et trois mois) n'est donc pas raisonnable »¹. Pour autant, la loi attend du justiciable quelque empressement dans la préservation de ses intérêts. Tel était bien l'objet du « bref délai », obligeant l'acquéreur à agir rapidement en garantie. Cette notion, anciennement énoncée dans l'article 1648 du Code civil², « si elle n'indique pas une durée précise, n'en est pas moins claire dans son objectif »³ : le risque réside dans la disqualification d'une détérioration par l'usage normal en un vice caché. Autrement dit, « le bref délai repose sur une présomption d'exécution de l'obligation du vendeur de livrer un bien apte à son utilisation »⁴. Seulement, ce laps de temps assez court (comparé à l'article 2224 du Code civil) qui imprime à la justice une certaine rapidité, permet de tarir rapidement les sources de conflits⁵. En effet, comme le souligne le doyen Carbonnier, « le paradoxe du délai, c'est qu'il est donné au titulaire du droit comme une liberté dont il n'a pas à rendre compte, et que, rétrospectivement, un blâme pourra être porté sur l'usage qu'il a fait de cette liberté »⁶. Par une même notion, la loi protège aussi le débiteur contre la négligence durable de son créancier ; elle lui accorde donc une faveur malgré l'exigence d'une forte obligation de garantie.

§ 2 : Octroi judiciaire d'une faveur légale

68. - Le Code civil organise une multitude de statuts ayant tous une fonction essentiellement prophylactique. Aussi ne faudrait-il pas que le justiciable puisse trop aisément

¹ CEDH, 30 oct. 1998, France : D. 1999, somm. p. 269-270, comm. N. Fricero et S. Perez.

² Al. 1^{er} : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage des lieux où la vente a été faite ». – Comp. le délai de deux ans à compter de la découverte du vice (actuel art. 1648 al. 1^{er}, depuis Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, art. 3 : JO 18 févr. 2005, p. 2780).

³ Cf. le rejet par la première Chambre civile d'un pourvoi soutenant que l'imprécision de cette mesure aurait eu pour effet de priver le requérant d'un accès effectif à la justice, in Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000 (*Le Collinet c/ C^{ie} assur. Rhin & Moselle*) : D. 2000, p. 593-595, note Ch. Atias.

⁴ M. Bruschi : D. 1998, p. 410 n° 8, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1997 (*Sté SOMAF c/ Beauvarlet et a.*). - Comp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 172 p. 331-332 : « du long repos que les intéressés ont donné à leurs droits, la loi tire les conséquences, et de ce qui n'était qu'un fait (le non-exercice des droits), elle fait sortir un état de droit qui le consolide ».

⁵ Comp. la critique de Cl. Mouloungui qui perçoit dans l'interversion de délai, en matière de garantie des vices rédhibitoires, « un rallongement de l'insécurité juridique » : JCP 1998, éd. G, II, 10063 p. 713, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1997, préc. - Rapp., à propos de la même décision, O. Tournafond : D. 1999, somm. p. 17-18.

⁶ *Introduction*, préc., n° 173 p. 334.

les dévoyer. A partir du moment où la volonté joue un rôle dans la mise en œuvre d'un mécanisme juridique, les possibles abus doivent être sanctionnés ; l'autorité des lois se trouverait, en effet, singulièrement diminuée si les textes offraient aux particuliers un moyen de se placer délibérément sous l'empire de ceux dont le contenu correspond le mieux à leur dessein. De ce conflit traditionnel entre la recherche de stabilité juridique et la liberté individuelle, la relativité permet de poser des conditions spécifiques pour bénéficier ou s'écarter d'un statut¹. En somme, la loi rend ainsi régulier - et inattaquable - un acte accompli dans l'intention d'éluder un régime juridique particulier. L'autorité judiciaire reçoit donc la charge d'apprécier l'opportunité de concéder un droit, alors qu'une notion stricte, non qualifiée, l'empêcherait. Ce n'est autre qu'une fraude à la loi légalement admise² ! Elle ne consiste pas dans le seul désir d'obtenir le résultat généralement défendu ; elle réside surtout dans le fait d'altérer les éléments dont dépendrait logiquement la jouissance d'un droit, sans accepter les conséquences attachées à ce changement³. Aucune dérogation à l'ordre public n'est pour autant envisageable ; ce serait s'attacher au contenu de la modification apportée, alors que la fraude biaise simplement la règle adéquate⁴. En effet, à l'instar du conflit de lois en droit international privé⁵, les notions relatives assurent l'aménagement d'un régime juridique théoriquement pertinent ; l'adaptabilité des conditions de ce dernier permet de le rendre différemment contraignant⁶. Ici toutefois, le recours à la relativité impose aux plaideurs une corrélation suffisante entre l'objet de leur demande et

¹ Comp. *Petit Larousse illustré*, préc., v° Faveur, 2 : « décision indulgente qui avantage quelqu'un » ; *Petit Robert*, préc., v° Faveur, 4.

² *Vocabulaire juridique*, préc., v° Fraude à la loi ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Fraude.

³ Comp. P. Mayer, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 5^e éd. 1994, coll. Domat droit privé, n° 269 p. 179.

⁴ Comp. H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé, t. I : Sources-Nationalité-Condition des étrangers-Conflits de lois (théorie générale)*, Paris, LGDJ, 8^e éd. 1993, n° 372 p. 597 & n° 374 p. 599-600. - Cf. aussi Y. Loussouarn et P. Bourrel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 1999, coll. Précis droit privé, n° 267 p. 322 & n° 252 p. 302.

⁵ Depuis l'affaire *Princesse de Bauffremont*, *Cass. civ.*, 18 mars 1878 : S. 78, I, p. 193-199 note J.-E. Labbé ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1998, n° 6 p. 41-51.

⁶ Sur l'exception de fraude à la loi en droit international privé, cf. : H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé, t. I*, préc., n°s 370 s. p. 594 s. ; D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, coll. Droit-sciences économiques, n°s 447 s. p. 231 s. ; Y. Loussouarn et P. Bourrel, *Droit international privé*, préc., n°s 264 s. p. 319 s. ; P. Mayer, *Droit international privé*, préc., n°s 266 s. p. 177 s. & n° 710 p. 468-469.

celui de la loi¹ : le régime juridique ainsi conçu permet soit de conditionner l'intégration à un statut (II), soit d'amplifier son immutabilité (I).

I - Amplifier l'immutabilité d'un statut

69. - Un certain nombre de marqueurs juridiques servent à distinguer chaque homme de ses semblables pour en faire un sujet spécifique de droits. Les relations économiques ou sociales justifient, en effet, l'individualisation de chaque personne et parfois son assistance². A ce titre, les pouvoirs publics ne pouvant se satisfaire d'approximations, l'état des personnes est globalement frappé d'intangibilité³. La volonté individuelle ne saurait alors brouiller trop librement l'attribution des droits et obligations⁴. Aussi le Code civil cantonne-t-il la plupart des modifications possibles aux cas de nécessité, plus sociale que personnelle d'ailleurs. Les restrictions ainsi apportées par la relativité conduisent le pouvoir judiciaire à déceler les simples convenances derrière un motif supérieur prétendument allégué. En conséquence, seule la qualité des intérêts en cause peut venir bouleverser l'individualisation par le nom (I) et la protection assurée au mineur par le lien de filiation (2) : la loi n'accorde ses faveurs qu'à titre exceptionnel !

I. Individualisation par le nom

70. - La personnalité représente la faculté d'accéder au commerce juridique⁵. Ce ne peut donc être qu'à titre psychologique que l'article 79-I du Code civil reconnaît l'existence

¹ Ou, entre l'objet de cette demande et la cause de leur convention.

² Cf. la définition de l'état des personnes, in *Vocabulaire juridique*, préc., p. 350 ; *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 233 - Adde notamment J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 27 p. 59 sur le rôle et la preuve de l'identité.

³ Comp. *Petit Robert*, préc., v° Immutabilité ; *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Muer, du latin *mutare* « changer ».

⁴ Comp. le caractère imprescriptible de l'état des personnes, in B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 5 p. 16.

⁵ Comp. *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Personne juridique ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Personnalité, I.

d'enfants sans vie¹. Cette même finalité devrait conduire à favoriser l'enregistrement de toutes les fantaisies imaginables. En retournant à l'immutabilité du nom², la loi du 6 fructidor an II comprenait bien cependant le bénéfice, au moins pour l'Etat, de distinguer les individus³. Comme le remarque le professeur Gilles Goubeaux, la technique des droits subjectifs le réclame tout particulièrement : une identification précise de chaque sujet est nécessaire, au-delà de la pétition de principe que tout homme est titulaire de droits⁴. Le Code pénal renforce cette assertion à l'article 433-19. D'aucuns feront valoir que l'emploi illicite du nom doit avoir lieu dans un acte public ou authentique, ou dans un document administratif ; mais la liberté que cette incrimination semble dégager dans le cercle privé n'ôte rien à la responsabilité civile qu'engagerait le débiteur si la transformation intempestive de son état civil causait dommage à un tiers. En tout état de cause, jamais il ne pourrait aussi aisément la constituer en nom de famille héréditaire⁵. Pour autant, toute modification n'est pas impossible ; les mécanismes d'attribution du nom de famille le commandent même parfois, comme conséquence d'un changement d'état de l'intéressé⁶. Hormis cette hypothèse, toute prétention ne correspondant à aucune idée de rattachement familial se trouve réduite à la portion congrue. Puisque le respect scrupuleux du principe risque, en revanche, d'engendrer parfois un trouble social inopportun, le législateur de 1993 abandonne la rigidité révolutionnaire, tout en soumettant le changement à la preuve d'un « intérêt légitime » (C. civ., art. 61). Cette restriction n'est point sans rejoindre le débat entourant la nature du

¹ Sur quoi, cf. spéc. V. Balestrieri, *La situation de l'enfant mort-né* : D. 1999, chron. p. 81 soulignant que « la souffrance des parents peut être aggravée par la difficulté qu'ils rencontrent pour faire coïncider l'objet de leur deuil (...) avec l'image que leur en renvoie la société » ; P. Murat, *Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression* : Dr. fam. 1999, comm. 112, à propos de l'exclusion de toute reconnaissance par l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999. - Rappr. G. Farjat, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt - Prolégomènes pour une recherche* : RTD civ. 2002, introduction p. 221 s. & p. 228 s. - Adde A. 26 juill. 2002, portant modification de l'arrêté du 16 mai 1974 modifié fixant les modèles de livret de famille, art. 1^{er} : JO 6 août 2002, p. 13387 ; J.-Y. Nau, *Un enfant mort-né peut désormais figurer sur le livret de famille* : Le Monde, mercredi 4 sept. 2002, p. 10.

² Art. 1^{er} : « Aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance : ceux qui les auraient quittés seront tenus de les reprendre ».

³ L'éphémère décret du 24 brumaire an II, autorisant tout citoyen à choisir un nom à son gré par simple déclaration en mairie, réagissait surtout au principe établi sous l'Ancien Régime visant à ériger une barrière contre les prétentions nobiliaires formulées par les « nouveaux riches » que constituait la bourgeoisie commerçante. - J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 39 p. 79 & n° 42 p. 84.

⁴ *Les personnes*, préc., nos 109 s. p. 116 s. & n° 153 p. 149.

⁵ Sur quoi, cf. J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 34 p. 69.

⁶ C. civ., art. 357 et 363 pour l'adoption, & art. 311-23 al. 2 pour l'enfant né hors mariage. - Adde L. n° 72-964, 25 oct. 1972, modifiée, relative à la francisation des noms et prénoms des personnes qui acquièrent ou recouvrent la nationalité française.

droit au nom. D'un côté¹, si conférer de la valeur à une possession prolongée d'un nom appuie l'idée qu'il « ressemble à un droit de propriété »² (parce qu'il constitue une zone d'exclusivité opposable à tous³), un intérêt quelconque devrait suffire pour modifier le nom de famille ; or, au contraire de la propriété, aucune plainte n'est recevable sans la démonstration d'un préjudice⁴. De l'autre, non seulement cette solution ne vaut que pour défendre le nom contre d'éventuelles usurpations ; mais surtout, elle heurte l'indisponibilité attachée à tous les attributs de la personnalité⁵, quand bien même ils sont dignes de protection. En conséquence, la volonté est à elle-seule impuissante⁶, du moins quant au changement ; l'intérêt doit être qualifié. D'ailleurs, relève le Conseil d'Etat, le motif doit apparaître si remarquable que « l'exercice exclusif de l'autorité parentale ne peut à lui seul (...) permettre à son titulaire de solliciter le changement de nom des enfants mineurs du couple, sans recueillir l'accord de l'autre parent »⁷. Pareillement, nonobstant le rôle de la volonté dans la dévolution du nom (C. civ., art. 311-21 al. 1^{er}), le choix initial est définitif (art. 311-21 al. 3 & art. 311-23). L'autorité publique refuse ainsi de se prêter à des manipulations de l'état civil motivées par de simples convenances personnelles⁸. Comme le relevait la cour de Paris sous l'empire de la loi du 12 novembre 1955, « toute autre interprétation conduirait à porter atteinte à la règle essentielle de la permanence de l'état civil, que commande l'intérêt général »⁹. D'ailleurs, ce principe confère aussi une simple qualité d'usage au nom de

¹ Spéc., pour le patronyme, *TA Paris*, 26 mai 2000 : D. 2000, IR p. 269, et *CA Nancy*, 6 oct. 2000 : Bull. inf. C. cass. n° 526, 15 déc. 2000, p. 44 n° 1409, pour l'usage constant d'un prénom depuis la naissance. - Comp. C. civ., art. 2219 : « La prescription est un moyen d'acquérir (...) par un certain laps de temps (...) ».

² M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, *Traité pratique de droit civil français*, t. I : *les personnes, état et capacité*, Paris, LGDJ, 1925, n° 114 p. 124.

³ Comp. les réserves de G. Goubeaux, in *Les personnes*, préc., n° 157 p. 154.

⁴ J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 44 p. 85-86. - Adde M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, t. I : *les personnes*, préc., n° 116 p. 125 s.

⁵ En ce sens, les propos critiques d'E. Agostini, in *La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom* : D. 1973, chron. p. 313 s.

⁶ M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, t. I : *les personnes*, préc., n° 107 p. 113.

⁷ *CE*, 27 juill. 2005 : D. 2005, inf. rap. p. 2244.

⁸ Pour le prénom, cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 22 févr. 1972 (*Mansard c/ proc. gén. CA Bordeaux*) : D. 1972, p. 317-318, note R. Lindon ; *RTD civ.* 1972, n° 6 p. 593-594, note R. Nerson. - Adde *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Légitime*, 3 : « digne d'être pris en considération (...), non seulement comme conforme aux exigences de la légalité ou aux règles de droit, mais comme fondé sur des données (besoins, aspirations, etc.) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social ».

⁹ *CA Paris*, 12 oct. 1957 (*Prud'homme*) : D. 1957, p. 720-721 et la note, à propos d'une modification de prénom.

la femme mariée¹ : en cas de dissolution du mariage, elle doit arguer d'un « intérêt particulier » pour conserver le nom de son conjoint (art. 264 al. 2)². Tout en assouplissant le droit antérieur par abrogation de la loi de l'an XI, l'article 61 du Code civil ne pose pas la mutabilité du nom comme un droit absolu. Au demeurant, même dans le *common law* qui laisse le nom à la discrétion des individus, la liberté du nom est affirmée pourvu qu'il n'y ait ni fraude ni intention de nuire³. Finalement, l'intérêt général appert comme la clef de voûte de l'état des personnes, ce qui explique un régime comparable pour le changement de prénom⁴ (art. 60). A cet égard, la jurisprudence relative à un souci d'intégration dans la communauté française est assez symptomatique⁵. Seulement, la compétence revient alors au Tribunal de grande instance, non au pouvoir exécutif. Cette nuance découle sans doute du fait que le prénom est à mi-chemin entre l'intérêt social et les intérêts particuliers⁶, permettant à la loi de graduer le contrôle. Effectivement, si la volonté prime dans l'attribution des éléments d'identification individuelle⁷ depuis la loi du 4 mars 2002⁸, l'article 311-21 propose un choix beaucoup plus restrictif que l'article 57 qui fixe comme seule limite

¹ Cf., cependant, le débat autour de l'article 264, alinéa premier, d'après lequel, « à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », ce qui supposerait qu'ils l'aient perdu à l'occasion du mariage. Si les mots ont un sens, cette disposition n'induit qu'une perte de l'usage, non une modification matérielle des actes de l'état civil.

² J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 47 p. 90-91. - G. Goubeaux, *Les personnes*, préc., n° 135 p. 132 & n° 137 p. 134-135.

³ G. Sutton, *Le nom aux Etats-Unis*, Rapport présenté aux Journées 1986 de l'Association Famille et droit sur le nom patronymique : RTD civ. 1990, p. 427 & 429. - Comp., pour une défense de la mutabilité, Ph. Jestaz, *A propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic* : *ibid.* 1989, p. 269 s., spéc. p. 275-276.

⁴ L'un est administratif, l'autre juridictionnel.

⁵ Sous réserve de *Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999 (T. cl/proc. gén. CA Aix-en-Provence)* : JCP 1999, éd. G, II, 10089 p. 975-976, note Th. Garé ; Defrénois 1999, art. 37031, n° 63 p. 934-935, obs. J. Massip ; RTD civ. 1999, n° 4 p. 358, obs. J. Hauser. - Cf. aussi, sur la fondement de l'article 57 alinéa 3 ancien (« Les prénoms de l'enfant, figurant dans son acte de naissance, peuvent, en cas d'intérêt légitime, être modifiés par jugement du tribunal de grande instance [...] »), *CA Colmar, 13 févr. 1957 (Lacotte cl Min. publ.)* : D. 1957, p. 331-332 et la note, rejetant une requête en modification au motif que l'origine hébraïque d'un prénom n'a rien de déshonorant.

⁶ Cf. les commentaires du professeur Frédérique Granet à propos d'une espèce topique où l'adjonction d'un prénom était, certes, mal fondée, mais la suppression d'un autre plus discutable au regard des difficultés de prononciation de la mère, *in CA Paris, 17 sept. 1996* : D. 1996, somm. p. 384. - Comp. la critique du doyen Carbonnier sur la conciliation des intérêts public, des parents et de l'enfant, *in Les personnes*, préc., n° 42 p. 84-85.

⁷ Sauf suppléance de l'officier d'état civil en cas d'accouchement anonyme ou d'enfant trouvé (C. civ., art. 58). - *Adde* art. 57 al. 2 & art. 311-21 al. 1^{er} *in fine*. - Pour quelques réserves d'ordre sociologique, cf. *Révolution dans la transmission des patronymes (sic) - Aux noms de la loi*, propos d'A. Fine recueillis par P. Krémer : *Le Monde* 2 n° 45, suppl. *Le Monde* vendredi 24 déc. 2004, p. 50-51.

⁸ Art. 4 & 25 modifiés.

l'intérêt de l'enfant¹. Bien sûr, la modification ne saurait être purement volontaire parce que le prénom fait office de discriminant individuel ; l'intervention d'un juge suffit, toutefois, à préserver les intérêts en cause là où la législation laisse une liberté initiale plus importante.

71. - En comparaison, le contraste devient flagrant lorsque l'état des personnes n'entre pas en ligne de compte : la loi ne qualifie plus, ainsi, l'intérêt dans le changement de régime matrimonial. Pourtant, jusqu'à la loi du 13 juillet 1965², seule la séparation judiciaire de biens portait exception à l'immutabilité. « Depuis la réforme (...), cette brèche a été profondément élargie, sans que l'on puisse encore penser qu'il y a eu renversement du principe »³. Bien qu'en totale opposition avec le droit commun des obligations⁴, l'article 1397 circonscrit, tout de même, les possibilités de modification du régime matrimonial ; favoriser l'instabilité en serait la plus pure négation, en raison notamment des incidences et de la crédibilité patrimoniales qu'il implique⁵. En conséquence, la référence à la famille ne signifie pas tant que l'intérêt n'a pas à être légitime⁶, mais que le changement projeté ne doit surtout pas être guidé par la volonté de flouer des créanciers : parce qu'il assure aux tiers la lisibilité de leurs droits, « jamais le ménage ne peut utiliser un changement de régime pour organiser son insolvabilité »⁷. Or, la bonne foi se présument, la Cour de cassation estime que la

¹ Pour une critique de la libre volonté dans le choix du prénom, cf. X. Labbé, *Mélanie chez les Grecs*, note sous *TGI Lille*, 18 déc. 2003 : D. 2004, p. 2675 s., spéc. A p. 2676-2677.

² C. civ., art 1395 ancien : « Les conventions ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage ».

³ F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2001, coll. précis droit privé, n° 228 p. 166. - Comp. Ph. Malaurie, avec le concours en droit fiscal de P.-J. Claux et de N. Couzigou-Suhas, *Cours de droit civil, t. VII : Les régimes matrimoniaux*, Paris, Cujas, 4^e éd. 1999, n° 246 p. 120 & n° 240 p. 117, qui se fondent, d'ailleurs, sur l'art. 1396 al. 3. - Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1973 (*Dame Pallut c/ Proust*) : D. 1973, somm. p. 86 et la note. - *Contra* G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, 9^e éd. 1997, coll. Thémis droit privé, n° 30 p. 191.

⁴ Cf. C. civ., art. 1134 al. 2. - Ph. Malaurie, *Les régimes matrimoniaux*, préc., p. 117. - Adde A. Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 9^e éd. 1998, n° 336 p. 156.

⁵ Cf. les définitions du régime matrimonial comme le statut patrimonial des époux dans leurs rapports mutuels et avec les tiers, *in* F. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 1 p. 1 ; A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, préc., n° 2 p. 2. - Plus restrictif, G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 2 p. 24.

⁶ En ce sens, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Régimes matrimoniaux*, préc., p. 124 *in limine*. - Cette qualité est requise pour toute action en justice : C. proc. civ., art. 31, ce qui renforce d'autant la valeur du même terme dans les articles 60 et 61 du Code civil : le législateur élève la légitimité au carré !

⁷ G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 30 p. 195.

mutation qui aggraverait la situation des créanciers ne révèle pas, à elle seule, la fraude¹. Voilà posée la question du contenu de l'intérêt familial² ! Le principe de l'immutabilité naquit dans les pays de coutume à la fin du XVI^e siècle, quand l'adoption d'un régime conventionnel lors du mariage fut possible³. Bien entendu, son fondement premier a disparu : le contrat de mariage ne reflète plus un pacte entre deux familles⁴. Mais ce resserrement sur le lien conjugal évince (à la différence du droit successoral) la dimension linéaire du statut matrimonial, et devrait alors exclure les descendants comme élément d'appréciation ; ils sont d'ailleurs dans une simple expectative... Toute la difficulté consiste finalement à faire la part respective des intérêts individuels et de l'intérêt collectif dans la détermination de l'intérêt familial⁵. La jurisprudence adopte, depuis l'arrêt *Alessandri* de 1976, une voie médiane⁶ : « l'existence et la légitimité d'un tel intérêt doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, le seul fait que l'un des membres de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdisant pas nécessairement la modification ou le changement envisagé » ; car le refus d'une transformation lorsque les intérêts de chacun sont divergents reviendrait à enfermer la mutabilité dans un cercle trop étroit⁷. La relativité conduit à établir une hiérarchie et,

¹ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1977 (*Epx Saer et a. c/ Sté générale*), dans le cas du passage d'une communauté à une séparation de biens : Bull. civ. I, n° 5 p. 3-4 ; RTD civ. 1978, p. 127 s., note R. Nerson. - Sur les difficultés de technique juridique pour pallier les fraudes, cf. Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000 (*Mme F. épouse V. P. c/ Mme T. épouse F.*) : JCP 2001, éd. G, II, 10478 p. 435-437, note J. Casey ; RTD civ. 2001, n° 18 p. 120-121, obs. J. Hauser ; D. 2001, p. 1496, note Th. Garé. - Comme solution, le professeur Gérard Champenois préconise l'inopposabilité, en lieu de l'annulation du changement qui engendre un risque excessif d'instabilité, in obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997 (*Cts de Jacobet de Nombel c/ Ph. de Jacobet de Nombel*) : Defrénois 1997, art. 36526, n° 59 p. 420-424.

² Le professeur Gérard Cornu y reconnaît une notion cadre intentionnellement vague, une lacune *intra legem*, in *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 30 p. 194. - Adde Ph. Malaurie, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 250 p. 124. - Pour une synthèse jurisprudentielle, cf. S. Digard, *L'appréciation de l'intérêt de la famille par les juges du fond lors de l'homologation de changement de régime matrimonial* (C. civ., art. 1397) : JCP 1990, éd. N., I, p. 213 s.

³ P. Ourliac et J. de Malafosse, t. III : *le droit familial*, préc., p. 261 s. - Adde Ph. Malaurie et L. Aynès, *Régimes matrimoniaux*, préc., n° 240 p. 117-118.

⁴ Ph. Malaurie, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 250 p. 124. - G. Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 30 p. 194.

⁵ Spéc. Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 1989 (*Philippakis*) : Bull. civ. I, n° 279 p. 185-186. ; Defrénois, 1989, art 34595, n° 105 p. 1143 s., note G. Champenois ; JCP 1991, éd. N, II, p. 59-61, obs. Ph. Simler.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1976 : Bull. civ. I, n° 4 p. 5 ; D. 1976, p. 253 s. note A. Ponsard ; RTD civ. 1976, p. 538, obs. R. Nerson ; JCP 1976, éd. G, II, 18461, obs. J. Patarin. - Sur la critique des différentes opinions exprimées pour cerner la notion, cf. F. Terré et Ph. Simler, *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 249 p. 182. - Adde M. Henry, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1986 (*Cts Hercot*) : JCP 1987, éd. G, II, 20809, I A.

⁷ En ce sens, A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, préc., n° 353 p. 165.

globalement, à donner priorité aux époux¹, essentiellement au regard des bénéficiaires du régime projeté², tout simplement parce qu'il est le corrélatif nécessaire de l'état de mariage. A ce titre, le contrôle judiciaire demeure primordial³, au moins dans la protection des droits des tiers⁴ ; entre époux, la réforme du 5 mars 2007⁵ semble transférer *ipso facto* au notaire. Dans leur choix, les conjoints doivent, d'ailleurs, au minimum, se conformer aux bonnes mœurs (C. civ., art. 1387). L'intérêt de la famille ne se définit donc pas forcément comme celui d'un groupe ; il peut servir l'un de ses membres seulement, pourvu que l'avantage retenu fédère les intérêts en présence⁶. Cette méthode est topique de la fonction protectrice de la famille⁷, comme en matière de filiation où, là encore, toute modification est légalement restreinte.

¹ Sur la situation des enfants en cas d'adoption d'une communauté universelle, cf. J. Thierry, *La communauté universelle, à la lumière des récents arrêts de la Cour de cassation* : D. 1998, chron., I p. 233-234 et les renvois.

² Le projet de loi, au contraire, se focalisait davantage sur le passé en autorisant la mutation comme remède à un régime existant contraire aux intérêts de la famille : JO Sénat CR, 7 mai 1965, p. 195-196. - Comp. Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1982 (*Epx Jacquart c/ proc. gén. CA Bourges*) : Bull. n° 192 p. 167-168. - *Adde Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1986*, préc. : JCP 1986, éd. N, II, p. 250-251, obs. Ph. Simler.

³ Contra J.-P. Langlade O'Sughrue, *Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial. A propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 1991* : JCP 1992, éd. N, I, n°s 14 & 17 p. 253. - *Adde 75^e Congrès des notaires de France, La Baule 1978, Le statut matrimonial du Français, 2 t.*, et, plus récemment, le rapport de la commission présidée par Mme Fr. Dekeuwer-Defossez, *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, Paris, Doc. fr., 1999, coll. rapports officiels, p. 163-164. - Comp. Ph. Malaurie, *Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire* : Defrénois 1998, art. 36845, p. 913 s. - A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, préc., n° 259 p. 168-169. - En droit comparé, cf. J.-M. Grossens, *Notes de droit comparé sur le thème de la mutabilité contrôlée du régime matrimonial*, Et. Zajtay, 1982, cité in Ph. Malaurie, P.-J. Claux et N. Couzigou-Suhas, *Les régimes matrimoniaux*, préc., p. 117 note I.

⁴ E. Naudin, *Du Code civil au Code de procédure civile : la procédure de changement de régime matrimonial et les tiers*, in *Mélanges Guillaume Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 561 s.

⁵ L. n° 2007-308, art. : JO . - J. Revel, *Le changement de régime matrimonial : quelle déjudiciarisation ?* : D. 2006, chron. p. 2591 s. ; E. Jeamin-Petit, *La libéralisation du changement de régime matrimonial* : JCP 2007, éd. G, I, 108 ; M. Beaubrun, *Le nouvel article 1397 du Code civil : un texte transitoire ? (Réflexions autour de la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial)* : Defrénois 2007, art. 38519, p. 95 s. ; B. Beignier, J. Combret, E. Frémont, *Le changement de régime matrimonial depuis la 1^{er} janvier 2007 – Questions diverses – Eléments de réponse* : JCP 2007, éd. N, I 163.

⁶ En ce sens, O. Playoust, *Normativité et légitimité du droit*, préc., p. 214-215 et la note 142. - Comp. le juge pénal qui s'est départi de la notion d'intérêt social, pourtant déterminante dans le délit d'abus de biens sociaux (C. com., art. L. 241-3, 4° & L. 242-6, 3°), au profit du « risque excessif », in Cass. crim., 27 oct. 1997 (*Carignon et a.*) : Dr. pénal 1998, comm. n° 21 p. 14-15, note J.-H. Robert ; Petites affiches 7 nov. 1997 n° 134, p. 6 s., note Cl. Ducouloux-Favard.

⁷ Contra Ph. Malaurie qui comprend plutôt cette conclusion comme la marque de l'individualisme dans la famille contemporaine, in *Les régimes matrimoniaux*, préc., n° 250 p. 125.

2. Protection par la filiation

72. - Longtemps, le droit n'a pu avoir qu'une approche minimaliste de la biologie en matière de filiation¹ : seule la mère paraissait certaine². S'accommodant de présomptions³, le Code civil recherche, coûte que coûte, l'établissement d'un lien, fût-il une pure fiction⁴. Spécialement, l'action à fins de subsides représente un succédané de paternité à finalité essentiellement alimentaire (art. 342 s.). Les progrès spectaculaires de la science au XX^e siècle ont profondément bouleversé cette vision. Pourtant, le Code civil demeure attaché au principe d'indisponibilité de l'état des personnes et n'accorde une modification du lien filial que selon des critères restrictifs⁵ : *quieta non movere*⁶ ! Le droit de la filiation n'est, en effet, qu'une application de cet adage qui s'oppose à la remise en cause des situations établies, afin

¹ Hormis les visées eugéniques par la prohibition du mariage incestueux (C. civ., art. 161 s.). - Comp., bien qu'il s'affiche comme contrat d'organisation de la vie commune des partenaires, le pacte civil de solidarité connaît des restrictions comparables (art. 515-2) ! - Adde C. pén., art. 222-24, 4^o (viol), art. 222-28, 2^o & 222-30, 2^o (agression sexuelle) et art. 227-26, 1^o & 227-27, 1^o (atteinte sexuelle sans violence sur mineur).

² Selon le Digeste (II, 4, 4 § 3 & 5, *De injus vocando*), le fait physique de l'accouchement désigne la mère avec certitude (Rappr. C. civ., art. 311-25) : G. Cornu, *La famille*, préc., note 65 p. 381 et n^o 246 p. 353-354 ; Ph. Malaurie, *Cours de droit civil, t. III : La famille*, Paris, Cujas, 6^e éd. 1998, n^o 462 p. 267-268 et n^{os} 590 s. p. 345 s. - Comp. J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 186. - Cf., cependant, les propositions du rapport *Rénover le droit de la famille*, préc., p. 55-58. - Adde TGI Brive, 30 juin 2000 : D. 2001, somm. p. 2872, obs. F. Le Doujet-Thomas.

³ C. civ., art. 312 al. 1^{er} pour la paternité légitime (*Pater is est quem nuptiæ demonstrant*), art. 311 al. 1^{er} pour le délai légal de conception et al. 2 pour la date de conception (présomption *Omni meliore momento*). - J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 223 s. & p. 187 s. ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n^{os} 432 s. p. 382 s. & n^{os} 405-1 s. p. 354 s.

⁴ Sur quoi, cf. *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Fiction ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^o Fiction ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 408 p. 421. - Pour une distinction entre fiction et présomption, cf. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 348 p. 138 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n^o 3.2 p. 12-13. - Comp. Ph. Malaurie, *La famille*, préc., n^{os} 450 s. p. 255 s. - A. Bénabent, *La famille*, préc., n^o 403 p. 346-347.

⁵ Cf. les « motifs graves » pour justifier la transformation de l'adoption (art. 360 & 370) (spéc. TGI Paris, 15 mars 2000, préc., à propos de l'adoption par le second conjoint de l'enfant déjà adopté en forme plénière. - Adde J. Hauser et Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Deux exercices d'exégèse sur l'adoption* : Defrénois 2000, art. 37225, spéc. p. 1016 s.) ; le désintéret manifeste requis par les art. 345-1, 348-6 & 347 (renvoyant à l'art. 350) pour prononcer l'adoption. - Rappr. art. 340 & 341 anciens avec les « indices graves » préalables aux recherches de paternité et maternité (Adde les « relations stables ou continues » autorisant l'action au-delà des deux années suivant la naissance : art. 340-4 al. 2 ancien. - Comp. J. Massip qui insistait sur leur caractère intime, l'amitié ou la profession pouvant effectivement engendrer de telles relations : D. 1997, p. 503, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 1997) ; art. 323 ancien admettant des « indices assez graves » (*sic*) pour établir la filiation légitime, faute de titre et de possession d'état.

⁶ « Ce qui est tranquille, il ne faut pas le troubler » : *Vocabulaire juridique*, préc., p. 923 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n^o 362 p. 722 s.

d'en conserver la vocation protectrice au service de l'enfant¹, notamment durant sa minorité : la filiation ne saurait donc être laissée à la disposition ni de l'intéressé lui-même, ni d'autrui². Aussi l'ordre public compte-t-il plus que la vérité biologique³, tout changement se trouvant alors cantonné dans des voies étroites. Le doyen Carbonnier souligne bien « qu'on ne peut attendre d'une paternité ou maternité qui a été établie par un procès, donc à travers un conflit, des convictions éducatives, un projet d'avenir pour l'enfant. Il peut bien y avoir procréation, fait biologique ; la filiation est plus exigeante : elle ne se réalise qu'en situation de paix »⁴. De même, l'établissement du rapport de filiation par la possession d'état suppose « une réunion suffisante de faits » (art. 311-1 al. 1^{er}), l'apparence étant évidemment trop approximative⁵. La spécificité du contentieux de la filiation tient à la confrontation des intérêts de l'enfant, de la famille et de la société, avec pour conséquence un droit commun de la recevabilité qui tend à restreindre et à protéger le droit d'agir⁶. La logique veut donc aussi que la plupart des actions d'état soit attirée ; or cette dernière règle ne signifie pas que ces actions restent à la discrétion de leur titulaire⁷, elle évite plutôt le déclenchement d'actions intempestives, déstabilisatrices pour la situation juridique de l'enfant. Seulement, le recours à la relativité devient surprenant lorsque l'enfant est initialement dépourvu d'auteurs. Aussi, l'action en constatation de possession d'état se trouve-t-elle ouverte à tout intéressé (art. 330), à condition d'admettre son caractère déclaratif et non constitutif de la

¹ Comp. *CA Paris*, 22 oct. 1996 où les « indices graves » de l'article 340 pallient l'inefficacité de la présomption de paternité dans le cadre de l'article 313-1 : D. 1998, somm. p. 29-30, comm. F. Granet (3^e esp.).

² En ce sens, L. Guénée, note sous *Cass. req.*, 26 févr. 1900 (*D^{elle} Piétri c/ Piétri*) : DP 1900, I, p. 249-250. - Comp. la portée jurisprudentielle du principe in D. Huet-Weiller, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation (A propos de quelques décisions récentes)* : D. 1978, chron. p. 233 s. - Sur l'indisponibilité des actions d'état, cf. G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes*, Paris, Sirey, 3^e éd., n^{os} 801 p. 886-887 & 809 ter p. 896-897.

³ L'assertion est particulièrement prégnante en cas de procréation médicalement assistée : aucun lien ne peut être établi entre le donateur et l'enfant (art. 311-19) et l'article 311-20 prohibe toute action en contestation ou en réclamation (al. 2), voire impose la paternité à celui qui ne reconnaît pas l'enfant (al. 5). - Adde J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 218 s., c.

⁴ *Ibid.* p. 180.

⁵ En ce sens, *Cass. 1^{re} civ.*, 6 mars 1996 : Bull. civ. I, n^o 120 p. 85-86 ; D. 1996, somm. p. 383, comm. F. Granet ; *ibid.* 1997, p. 48-49 note J. Massip, spéc. les obs. en note 3 à propos de l'art. 311-1. - Adde concl. Carbonnier sous *Cass. 1^{re} civ.*, 5 juill. 1988 : D. 1988, IR p. 214 et 1989 p. 398. - Comp. Ph. Malaurie, *La famille*, préc., n^{os} 496 s. p. 283 s. - A. Bénabent, *La famille*, préc., n^o 414 p. 367-368.

⁶ G. Cornu, *La famille*, préc., n^o 209 p. 308.

⁷ Sur l'effet ambigu de l'ordre public attaché à la matière, cf. D. Huet-Weiller, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation*, préc., p. 234 s., I B. - Comp. C. civ., art. 311-9.

filiation¹, solution correspondant au vœu du législateur de faciliter l'acquisition d'une filiation². Par faveur pour l'enfant, la jurisprudence interprétait souplesment, encore, l'ancien article 341 du Code civil, se contentant souvent d'un seul indice assez grave, valant d'abord comme adminicule puis au soutien du bien-fondé de la demande en recherche de maternité³. Par ce biais, la cour régulatrice conciliait habilement l'intangibilité de la filiation et l'objectif législatif. Mais elle obligeait à réfléchir sur la portée effective de l'exigence d'un adminicule préalable, puisqu'elle économisait le débat de fond en amalgamant « indices graves » et preuve, vraisemblance et vérité⁴. Cette faveur devait tout de même impliquer de comprendre cette gravité comme la cohérence, la concordance des indices rapportés, au risque de priver le juge d'éléments primordiaux⁵.

73. - En soumettant la majeure partie de l'état des personnes à un principe d'immutabilité, le Code civil entend éviter qu'une situation puisse trop facilement sortir de son cadre législatif normal. Cette faveur pour un droit commun ne doit pas, pour autant, laisser croire à une totale liberté d'accès au bénéfice de certains régimes juridiques.

II – Conditionner l'intégration à un statut

74. - « Déshabiller Pierre pour habiller Paul »⁶, telle semble bien être la logique juridique ! La reconnaissance d'une prérogative à un justiciable s'exécute forcément au détriment d'un autre. C'est pourquoi le législateur ne peut que subordonner, le plus souvent, la validité ou l'efficacité d'un acte à la démonstration d'une situation caractérisée : le

¹ G. Holleaux, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 2 déc. 1958 : D. 1959, p. 293. - *Cass. 1^{re} civ.*, 10 mars 1998 : D. 1998, somm. p. 355, comm. F. Granet ; *ibid.* p. 299-301, comm. E. Job qui remarque, cependant, que le débat devrait alors se porter sur l'« intérêt légitime » à agir. - Cf. aussi les obs. critiques de J. Hauser sous la décision querellée, *CA Papeete*, 26 oct. 1995 : RTD civ. 1997, n° 16 p. 406 s. - *Adde* D. 1996, p. 605 s., note E. Job ; *Defrénois* 1997, art. 36516, n° 5 p. 304 s., note J. Massip.

² D. Huet-Weiller, comm. sous *TGI Nanterre*, 8 juin 1988 (*affaire Didier Pironi*) : D. 1988, somm. p. 400-401. - *Adde* les réserves de M. Beaubrun sur la facilité de construire une filiation par possession d'état, in *La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (article 334-8, alinéa 2, du code civil)* : D. 1997, chron. n°s 12-15 p. 391-392.

³ *Rappr. Cass. 1^{re} civ.*, 13 janv. 1998 : D. 1998, somm. p. 358., comm. F. Granet (1^{re} esp.). – Comp. art. 310-3 al. 2, ouvrant largement les moyens de preuve.

⁴ En ce sens, J. Massip, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 11 févr. 1997 : D. 1997, p. 503 ; *ibid.* 1998, somm. p. 30, comm. F. Granet (1^{re} esp.), et les autres décisions.

⁵ Comp., dans l'*affaire Montand*, les précautions de la cour parisienne, l'expertise génétique ayant justement démenti ultérieurement l'adminicule, in *CA Paris*, 4 juill. 1996 : D. 1997, somm. p. 158, comm. F. Granet.

⁶ Sur le sens de cette maxime, cf. *Petit Larousse illustré*, préc., p. 1100, « faire une dette pour en acquitter une autre ; se tirer d'une difficulté en s'en créant une nouvelle ».

recours à la relativité revient à conditionner la jouissance d'un droit¹. Le pouvoir judiciaire est alors enjoint de vérifier que la partie requérante justifie d'un mobile suffisant pour que soit déclaré ou constitué un droit subjectif à son profit. A l'exigence systématique de loyauté (1) répondent les rôles parfaitement opposés que peut jouer l'influence de la démesure (2) selon les circonstances.

I. L'exigence systématique de loyauté

75. - De façon toujours plus pressante, la doctrine s'interroge sur le fait de savoir si l'équilibre des obligations n'est pas appelé à devenir le nouvel impératif de l'ordre contractuel ; au regard de la jurisprudence, les conventions devraient, désormais, être conclues, exécutées et résiliées par chaque partie en considération des intérêts de l'autre². Celui qui feint l'honnêteté manque effectivement à l'idée de probité qui devrait animer tout engagement³ : parce qu'elle a « en apparence la structure du mensonge » selon l'expression de Jean-Paul Sartre⁴, la mauvaise foi tend à la satisfaction d'un intérêt égoïste contraire à tout acte synallagmatique. Aussi, jamais le Code civil ne sanctionne-t-il celui qui agit à l'aune d'une « croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière »⁵. En contrepoint, la mauvaise foi de l'un bénéficie à l'autre qui se trouve déchargé de ses propres obligations. En somme, le créancier est sanctionné dans sa fourberie⁶, tandis que le débiteur est

¹ Comp. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Condition, 2 a. - Adde la distinction entre modalité et validité de l'obligation, in F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 1122 p. 1018.

² D. Ferrier, comm. sous *Cass. com.*, 7 oct. 1997 (*Sté Maine Auto c/ SA Volvo France*), 14 oct. 1997 (*SA Générale Boissons Normandie c/ Sté du Commerce et a. & SARL Locametz équipement c/ SNC Dynapac*) & 20 janv. 1998 (*Sté SCAO c/ Sté Automobiles Citroën et a.*) : D. 1998, somm. p. 333-334.

³ *Petit Robert*, préc., v° Fourberie, Loyauté & Probité ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Loyauté. - Adde J. Ghestin : JCP 1995, éd. G, II, 22371, n° 15 p. 38, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 29 nov. 1994 (*Sté GST-Alcatel Est c/ Kobloth*), décision relative à l'indétermination du prix.

⁴ *L'être et le néant, Essai d'ontologie phénoménologique*, Paris, Gallimard, 1943, coll. Tel n° I, p. 83 ; d'après le philosophe, elle s'en distingue du fait que le menteur ne se masque pas la vérité (*ibid.*, p. 81 s.). - Comp. *Cass. 1^{re} civ.*, 18 févr. 1997 (*CRCAM de la Gironde c/ Mme Dorian*) : D. 1997, inf. rap. p. 74, assimilant la mauvaise foi au dol par réticence.

⁵ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Bonne foi, I ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Bonne foi & Mauvaise foi ; *Petit Larousse illustré*, préc., v° Foi, 4. - Adde, sur les liens entre apparence, croyance et bonne foi, J.-L. Souriou, *La croyance légitime* : JCP 1982, éd. G, I, 3058, *passim* et les références. - Comp. V. Michelet : D. 1998, somm. p. 250-251, comm. sous *Cass. soc.*, 2 avr. 1996 (*SA Alcatel CIT c/ Rousvoal et a.*).

⁶ En droit des personnes : C. civ., art. 201 & 202 (bénéfice du mariage putatif) ; en droit des biens : art. 549, 550 & 1141 (possession), 555 al. 4 (empiètement), 1873-3 (partage de l'indivision) ; en matière conventionnelle : art. 1153 (paiement indu), 1378 s. (quasi-contrats), 1413 (créance sur la communauté matrimoniale), 1635 (vente du fonds d'autrui) ; pour les sociétés : art. 1872-2 (dissolution des sociétés en participation).

récompensé de son intégrité¹ : le législateur place l'ignorance au cœur de la bonne foi et, du même coup, lie la mauvaise foi à la connaissance². Cette correction est éminemment critiquable en ce qu'elle méconnaît parfaitement la volonté des parties³, puisque celui dont le comportement est déloyal n'en exécute pas moins les termes de la convention. Mais, si « percevoir l'exécution du contrat comme une sanction est lourd de conséquences »⁴, les deux facettes de la bonne foi (règle d'interprétation et principe de loyauté) mises en relief par le professeur Lyon-Caen⁵, forment une sorte de directive servant au juge de ligne de conduite pour l'application de la loi, afin de laisser la règle morale pénétrer le droit positif⁶. Malgré son omniprésence en droit contemporain des obligations, la bonne foi demeure, selon quelques auteurs, « entachée d'une irréductible incertitude et d'un incompressible subjectivisme »⁷. Pourtant, la relativité permet de protéger le faible en apportant quelque souplesse à la rigidité potentielle de la législation⁸. C'est pourquoi la bonne foi diffuse,

¹ C. civ., art. 220 al. 2, 220-2 al. 2 *in fine*, 220-3 al. 1^{er} & 222 al 1^{er} (droit des tiers dans le régime matrimonial) ; 372-2 (acte usuel de l'autorité parentale) ; 435 al. 2 *in fine* (rescision des actes du majeur sous sauvegarde de justice) ; 800 al. 4 (recel successoral) ; 900-6 (clause d'inaliénabilité dans les libéralités) ; 1238 (répétition des biens consommables) ; 1240 (paiement au créancier apparent) ; 1844-16 (nullités en droit des sociétés) ; 1935 (vente de la chose en dépôt) ; 2009 (cessation du mandat) ; 2272, 2274 & 2275 (prescription). - Comp. l'effet de l'écoulement du temps sur la mauvaise foi initiale : art. 2262 ancien. - *Contra* art. 1147 pour les dommages-intérêts consécutifs à une mauvaise exécution de la convention.

² Cf. J.-L. Souriou, *La croyance légitime*, préc., n° 2, à propos de l'article 550 qui dispose que le possesseur « cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus ».

³ Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 85 p. 151-152, sur le déséquilibre des contrats.

⁴ N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 27 n° 17.

⁵ *De l'évolution de la notion de bonne foi*, préc., n° 2 p. 76-77. - Adde G. Cornu, *Regards sur le Titre III du Livre II du Code civil*, Cours D.E.A. dr. priv., Paris II, 1976-1977 (cité par J. Ghestin, *La formation du contrat*, préc., n° 264 p. 238-239), distinguant l'aspect psychologique comparable à l'erreur et la référence à une valeur supérieure coutumière.

⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 157 p. 287-289. - Adde F. Osman, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* : Defrénois 1993, art. 35433, n° 12 p. 73-74.

⁷ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 378.

⁸ Comp. L. Josserand, *Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, préc., spéc. n° 2 p. 370.

implicitement, à travers d'autres concepts tel l'estoppel¹, dans tous les domaines du droit civil.

76. - Le louage des choses en offre une illustration notable. Lorsque le bail est conclu à durée déterminée, le preneur a la jouissance du bien jusqu'à l'arrivée du terme. Seulement, la survenance de cette échéance ne produit pas ses effets normaux² : elle n'entraîne pas cessation de la jouissance car le locataire bénéficie d'un droit à la formation automatique d'un nouveau contrat par l'effet d'une tacite reconduction ou d'un renouvellement³. Ce mécanisme démontre bien la prévalence du droit au logement, érigé en droit fondamental par la loi du 6 juillet 1989⁴. Il heurte cependant de plein front le droit de propriété, reconnu par les révolutionnaires comme absolu⁵ : accessoirement au droit de jouissance (C. civ., art. 1709 & 1719, 3°), le preneur dispose ainsi d'un droit à la stabilité⁶. Cette faveur accordée au locataire est d'autant plus surprenante⁷ que le bailleur ne peut se départir du contrat qu'à titre exceptionnel, c'est-à-dire en cas de nécessité : outre la reprise

¹ Règle issue du *common law* en vertu de laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui. - H. Muir-Watt, *Pour l'accueil de l'« estoppel » en droit privé français*, in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz-Sirey, 1994, p. 303 s. - *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Actes du colloque organisé par le Centre de Droit des affaires et de gestion (C.E.D.A.G.) de l'Université Paris V (13 juin 2000), Paris, Economica, 2001, coll. Etudes juridiques n° 12, dir. M. Behar-Touchais, 192 p. - Plus réservé, N. Dupont, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française* : RTD civ. 2010, p. 459, s., note sous Cass. ass. plén., 27 févr. 2009. - Adde, pour le droit procédural international, v° *Estoppel*, in *Vocabulaire juridique & Lexique des termes juridiques*, préc. - Cass. ass. plén., 27 févr. 2009 (Sté Sédéa électronique c/ Sté Pace Europe et a.) : D. 2009, p. 1245 s., note D. Houtcieff ; Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2010 (Sté Merial c/ Klocke Verpackungs-Service GmbH) : Bull. civ. I, n° 25 ; & 8 juill. 2010 (Sté Marocaine de Loisirs c/ Sté France Quick) : *ibid.*, n° 157.

² Le Code civil ne les fait apparaître qu'incidemment à l'occasion de certains contrats spéciaux, à la différence du terme suspensif constitutif d'une modalité particulière des obligations (art. 1185 s.) : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 1407 p. 1244-1245. - Sur l'extinction des obligations, cf. *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Terme ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Terme, I.

³ F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1998, coll. précis droit privé, n° 563 p. 426.

⁴ L. n° 89-462, 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 déc. 1986, art. 1^{er} al. 1^{er} : JO 8 juill. 1989, p. 8541 ; D. 1989, législ. p. 227.

⁵ C. civ., art. 544. - Décl. dr. homme et citoyen, art. 2 (l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, avec la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression) & 17 (droit inviolable et sacré).

⁶ En ce sens, F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 478 p. 363. - Comp., pour l'exploitation agricole, C. rur. art. L. 441-46 ; L. Lorvellec, *Droit rural*, Paris, Masson, 1987, coll. droit-science économiques, n°s 158 s. p. 80 s. ; et les remarques sur la disproportion des droits, in F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, préc., n° 384 p. 309. - Adde le droit au renouvellement du bail commercial : C. com., art. L. 145-8 s.

⁷ Notamment au regard de l'article 1^{er} de la loi de 1989 qui assène que « les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés ».

personnelle ou la vente du logement¹, il encourt la nullité du congé donné s'il ne peut alléguer un « motif légitime et sérieux »². Les termes légaux préservent le preneur contre des mobiles dubitatifs ou trop légers, et en tous cas contraires à l'intérêt social attaché à la matière. Généralement, l'inexécution de ses obligations par le locataire tient lieu de motif légitime mais la loi laisse au juge la faculté de contrôler l'absence de futilité de tout autre motif³. Cette véritable présomption de mauvaise foi dans la rupture du contrat rejoint finalement l'idée que les notions relatives tendent à écarter l'excès dans l'application du droit.

2. L'influence de la démesure

77. - Le droit parental exprime un droit éminemment temporaire sur la personne d'autrui⁴. Le fait que l'article 372 érige en principe une autorité commune répond à un souci d'égalité des parents mais n'implique pas automatiquement une action conjointe ; seul le caractère exceptionnel de la situation justifie un cumul de volontés : puisque les ascendants décident en lieu et place du mineur, « deux avis valent mieux qu'un »⁵ pour protéger l'enfant « dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne » (art. 371-1 al. 2). Rigoureusement, tout tiers pourrait alors exiger une double émission de consentement. Posée en règle absolue, cette dyarchie expose, cependant, à la paralysie, soit en cas de mésentente, soit par son

¹ L. n° 89-462, préc., art. 15, I al. 1^{er}.

² Comp., en matière commerciale, l'opposition au renouvellement du bail pour un « motif grave et légitime » (C. com., art. L. 145-17, I, 1^o). - Le versement d'une indemnité d'éviction au profit du commerçant accroît encore l'atteinte au droit de disposer du propriétaire foncier (art. L. 145-14).

³ Sur le caractère raisonnable et réfléchi, cf. *Petit Larousse illustré*, préc., v° Sérieux, I ; *Petit Robert*, préc., v° Sérieux, I 1^o ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Sérieux, 3. - Adde J.-L. Aubert et Ph. Bihr, *La location d'habitation* (L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994), Paris, Sirey, 2^e éd. 1994, coll. Immobilier, droit et gestion, n^{os} 304 s. p. 210 s. - Comp. Cass. 3^e civ., 7 févr. 1996 (*Epx Dore et a. c/ Assistance publ. de Paris*) : Bull. civ. III, n^o 35 p. 24-25 (reprise pour loger le personnel du bailleur personne morale) ; Cass. 3^e civ., 7 févr. 1996 (*Epx Karatas c/ SCI Kretz et Boehm*) : *ibid.*, n^o 34 p. 23-24 ; D. 1997, somm. p. 268 et les comm. (opportunité des travaux de rénovation) et *CA Paris*, 11 mars 1997 (*M^{elle} Gruson c/ Mme Jousset*) : D. 1997, p. 355-356 note critique Ph. Bihr (refus d'une reprise pour loger des collatéraux en tant qu'elle instaurerait un cas non prévu par la loi).

⁴ C. civ., art. 371-1 al. 2. - Pour le professeur Cornu, « il semble n'être que le droit d'une période », in *La famille*, préc., n^o 59 p. 109.

⁵ *Petit Larousse*, préc., p. 1100.

incommodité¹. Dans une formule « tendant à combattre l'irréalisme de l'égalité »², les articles 372-2 (ou 373-4 lorsque l'enfant est confié à un tiers), 389-4 et 389-6 alinéa 2 simplifient la vie quotidienne des familles par le moyen d'une règle de preuve³. Toutefois, relativement à la personne du mineur⁴, le premier de ces textes réserve la présomption d'accord aux actes usuels de l'autorité parentale⁵. Cette notion relative fait donc reposer le procès sur la qualification, laissant au juge le soin d'apprécier l'acte au regard de la protection souhaitée⁶. La classification traditionnelle entre disposition, administration et conservation des intérêts de la personne protégée recèle ici quelques lacunes⁷. D'ailleurs, jurisprudence et doctrine se départissent malaisément de l'idée d'engager l'avenir de l'enfant, comme critérium de la gravité⁸. La loi montre aussi son incohérence en matière d'interruption volontaire de grossesse en requérant, non seulement le consentement de la mineure, mais surtout celui d'un seul titulaire de l'autorité (C. santé publ., art. L. 2212-7), tout en estimant que cette intervention permet à l'enfant d'obtenir conseil, compte tenu des risques médicaux et psychologiques⁹ ! Cet aspect montrerait plutôt le caractère sérieux de

¹ En ce sens, G. Cornu, *La famille*, préc., n° 80 p. 142. - Comp. C. civ., art. 220 et 222 dans le régime matrimonial primaire ; au demeurant, l'art. 372-2 ancien (antérieurement à la réforme du 8 janvier 1993) se référait au mariage et non à la parenté.

² J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 96.

³ *Ibid.*, p. 97. - G. Cornu, *La famille*, préc., n° 83 p. 145.

⁴ Malgré la différence terminologique, l'administration patrimoniale suit la même logique. - Cf. spéc. C. civ., art. 401 s. (sur le fonctionnement de la tutelle). - J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1993, n° 1220 p. 850-851. - J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 154 s.

⁵ Elle ne constitue pas, pour autant, une présomption de pouvoirs, puisque n'intervient aucun transfert de l'autorité parentale. - Ph. Malaurie, *La famille*, préc., n° 767 p. 438-439.

⁶ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Qualification, I ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Qualification. - Comp. Fl. Fresnel, *L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique* : RJPF avr. 2001, p. 6-9.

⁷ Cf. les remarques in J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Fondation et vie de la famille*, préc., n° 1229 p. 854.

⁸ H. Fulchiron, *Rép. civ Dalloz*, v° Autorité parentale, préc., n° 146 p. 20 ; G. Cornu, *La famille*, préc., n° 83 p. 146 ; Ph. Malaurie, *La famille*, préc., note 21 p. 439. - Comp. la notion de risque proposée par C. Duvert (qui laisse en suspens la question de l'urgence), note sous *CA Paris*, 29 sept. 2000 (à propos d'une circoncision rituelle) : D. 2001, p. 1586 n° 4. - *Adde CA Paris*, 12 févr. 1992 : D. 1993, somm. p. 27, comm. J. Penneau.

⁹ D. Duval-Arnould, *Minorité et interruption volontaire de grossesse*, préc., p. 472.

l'acte, nécessitant *ipso jure* l'action conjointe des représentants légaux¹. D'aucuns objecteront que l'avortement constitue « un acte de liberté » « attaché à la personne de la femme enceinte, sans qu'il soit besoin de rechercher une inconcevable distinction juridique selon que la femme est mineure ou majeure »² ; prétexter la finalité personnelle de l'acte pour refuser aux parents d'agir ruinerait les dispositions légales, puisque l'article 372-2 concerne uniquement la personne de l'enfant³. *De lege ferenda*, la solution passerait par l'instauration d'une majorité médicale anticipée⁴. Plus généralement, un critère téléologique semble davantage adapté : si les parents représentent l'enfant dans tous les actes de la vie civile (art. 389-3), ces derniers n'ont pas forcément de répercussion sur la santé, la sécurité ou la moralité. Cette approche expliquerait, au surplus, que le mineur puisse parfois agir lui-même ; les actes en cause apparaissent si arbitraires que toute intervention étrangère en détruirait le sens⁵ (rédaction d'un testament par exemple, C. civ., art. 904), comme ceux évoqués dans l'article 458 malgré la protection de la personne en tutelle ou en curatelle. Au demeurant, l'énumération contenue dans ce dernier texte ne comporte pas l'avortement⁶. Finalement, l'impossibilité - pour cause d'urgence - et la simplicité de l'acte devraient permettre de passer outre l'exigence posée par la protection du mineur.

78. - A l'opposé, la même logique devrait faciliter l'intervention du pouvoir judiciaire dans les nombreuses conventions à l'incidence patrimoniale remarquable. Le doyen Ripert n'imaginait probablement guère combien le XX^e siècle féconderait l'expression

¹ Comp. R. Verdot, en matière patrimoniale, classant les actes en fonction de leur importance économique, in *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et de « disposition »* : RTD civ. 1968, p. 449 s. – Rapp. D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, annexes I & et 2 : JO 31 déc. 2008.

² M. Redon, *L'interruption volontaire grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental* : D. 2001, chron. p. 1195.

³ Comp. le fondement fallacieux déniché par *CA Paris, 25 avr. 2000* qui relève que l'action visant à protéger la vie privée des mineurs doit être exercée par les deux parents à raison de son caractère extrapatrimonial : D. 2000, IR p. 187.

⁴ En ce sens, E. Alfandari & al., *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la convention internationale sur les droits de l'enfant*, Paris, Doc. fr., 1993, n°s 47 s. p. 45 s., spéc. n° 49 p. 46. - En droit comparé, cf. : J. Flauss-Diem, *Consentement médical et autonomie de l'adolescent en droit anglais*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, préc., p. 115 s. ; D. Duval-Arnould, *Le corps de l'enfant sous le regard du droit*, Paris, LGDJ, 1994, coll. bibl. dr. priv., t. 238, p. 145-146.

⁵ Comp. J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 130-31. - *Adde*, pour le patrimoine, les cas où l'usage l'autorise à agir seul, pour les besoins-mêmes de son éducation (art. 389-3 al. 1^{er} *in fine*).

⁶ Pour une critique des actes visés, cf. P. Salvage-Gerest, *Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle : une catégorie à revoir d'urgence* : Dr. famille 2009, étude 17.

d'ordre économique qu'il proposait en pleine crise de 1929¹. Force a bien été de constater que la liberté contractuelle n'empêchait pas, en effet, une inégalité de fait des cocontractants. L'« hypertrophie de l'Etat moderne » s'explique donc par la volonté de remédier « aux risques d'injustice que pourraient subir certaines catégories de personnes jugées moins aptes que d'autres à défendre leurs intérêts légitimes lors de la négociation du contrat »² ; en conséquence, l'ordre public contemporain se manifeste non plus pour défendre la liberté contractuelle, mais pour la restreindre en soumettant les conventions à une régulation impérative³. Le fondement des contrats s'est alors progressivement métamorphosé : au principe révolutionnaire d'égalité des parties s'est substituée l'idée d'une équivalence dans l'échange des richesses⁴. Cette exigence de proportionnalité fait du contrat la base d'une collaboration souhaitable entre contractants⁵. Pour autant, le législateur ne peut ignorer que tout acte est le fruit d'une négociation dans laquelle chacun tente d'imposer son avantage. La combinaison de ces antagonismes laisse penser que la proportion parfaite ne peut donc être strictement respectée, mais « qu'un contractant ne doit jamais poursuivre son intérêt exclusif, aux dépens de "son partenaire" »⁶. Le régime des clauses pénales⁷ et abusives⁸ concilie désormais ces deux perspectives, en autorisant, uniquement à titre exceptionnel,

¹ *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Paris, Sirey, p. 347 s.

² A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 34 p. 134 & 141.

³ « Contracter n'est plus que se placer dans un cadre légal », remarquent les professeurs Flour et Aubert, in *L'acte juridique*, préc., n° 301 p. 207. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, 2. *Contrat*, Paris, Litec, 5^e éd. 1995, nos 651-652 p. 281-282.

⁴ Comp. J. Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats* : RTD civ. 1994, spéc. p. 245 s. - N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, préc., n° 15 p. 26.

⁵ J. Mestre, *L'évolution du contrat en droit privé français*, in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats*, Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985), p. 51. - Adde R. Demogue, *Traité des obligations en général*, II : *Effets des Obligations*, Paris, Librairie A. Rousseau, 1931, t. VI, qui développe l'idée d'une union entre créancier et débiteur.

⁶ N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, préc., n° 16 p. 26.

⁷ Ch. Paulin, *La clause résolutoire*, Paris, LGDJ, 1996, coll. bibl. dr. priv., t. 258, 329 p. - D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992, coll. bibl. dr. priv., t. 223, 448 p.

⁸ Par ex. : C. civ., art. 1844-1 sur l'interdiction des clauses léonines en matière de société ; L. n° 65-557, 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (JO 11 juill. 1965, p. 5951), art. 8 al. 2 qui dispose 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 ». - H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982, coll. bibl. dr. priv., t. CLXXV, 286 p. - La prohibition des clauses abusives est ancienne mais ne tombait que sur quelques hypothèses particulières, à l'opposé de la loi du 10 janvier 1978 qui en fait « une donnée, pour ainsi dire, consubstantielle au champ contractuel » : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., nos 655-656 p. 283.

l'immixtion des juridictions dans les prévisions contractuelles. Longtemps fut d'ailleurs affirmée l'intangibilité de la clause pénale sur le fondement de ces dernières¹, quels qu'en fussent les effets notoirement abusifs. Ce motif n'a pas complètement disparu, puisque le juge ne peut opérer que si la clause pénale « est manifestement excessive ou dérisoire » (C. civ., art. 1152 al. 2) ou si une clause révèle « un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (C. consom., art. L. 132-1 al. 1^{er}). Malgré un objet distinct², il appert finalement de ces dispositions que leur sanction implique véritablement une disproportion et non un simple désavantage³. Pour la clause pénale, la jurisprudence pose en principe qu'il ne suffit pas aux juges du fond d'énoncer que l'indemnité est trop élevée, mais qu'ils doivent préciser en quoi elle est manifestement excessive⁴, les contractants conservant ainsi le bénéfice de l'évaluation conventionnelle des conséquences de l'inexécution⁵. C'est donc l'économie générale de la convention qui est visée, tout comme en matière de clause abusive pour laquelle le changement terminologique, intervenu en

¹ C. civ., art. 1134 al. 1^{er} & art. 1152 ancien. - En ce sens, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., n° 865 p. 514.

² L'une délimite l'étendue des obligations au moment de la conclusion du contrat, l'autre remédie à leur inexécution. - Cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 607 p. 576. - *Comp. Cass. 2^e civ., 5 avr. 1993 (Garage parking Villette Cambrai et a. c/ Sté Elic et a.)* : Bull. civ. II, n° 142 p. 75, décidant que le pouvoir de réviser la clause pénale ne fonde pas le juge à en apprécier la validité, c'est-à-dire son caractère abusif. - *Contra G. Paisant, Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995* : D. 1995, chron. p. 223-224. - *Adde Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1994 (SA Diac c/ Union fédérale des consommateurs de l'Isère)* où la Cour ouvre à la clause pénale l'application des systèmes de contrôle judiciaire propres aux clauses abusives : Bull. n° 8 p. 6-7 ; JCP 1994, éd. G, II, 22237, p. 132-136 (1^{re} esp.), note G. Paisant ; *Contrats, conc., consom. 1994*, comm. 58, note G. Raymond ; G. Viney, *Chronique de responsabilité civile* : JCP 1994, éd. G, I, 3773, n° 25 s. p. 313-314.

³ Les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès s'interrogent alors de savoir si la proportionnalité entre les prestations réciproques ne devient pas un principe de validité des conventions, *in Les obligations*, préc., n° 424 p. 254. - *Comp. le domaine de la lésion, restreint à l'incapacité des personnes physiques, à la vente immobilière (art. 1674 s.) et au partage (art. 889).*

⁴ *Cass. com. 11 févr. 1997 (Graindorge c/ Besnard)* : Bull. civ. IV, n° 47 p. 42-43 et, sur l'indifférence du comportement du débiteur, *Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978 (SA Cofratel c/ Pigneron)* : Bull. n° 1 p. 1 ; RTD civ. 1978, n° 3 p. 377, obs. critiques G. Cornu ; D. 1978, inf. rap. p. 229, note M. Vasseur. - *Rappr. D. Mazeaud, note sous Cass. com., 16 juill. 1991 (Sté Brasserie Sébastien Artois c/ Epx Cauchard)* : D. 1992, n° 11 p. 367-368, soulignant que l'*imperium* du juge « réside dans les excès que la liberté contractuelle peut engendrer et non dans l'existence du pouvoir de contrainte (...) qui caractérise la clause pénale ».

⁵ *Comp. la définition de la clause pénale in Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1995 (Cts Capdemourlin c/ Sté civ. d'enseignement Université Bissy International)* : D. 1996, p. 486 s., note B. Fillion-Dufouleur, et *ibid.*, somm. p. 116-117, comm. Ph. Delebecque ; JCP 1996, éd. G, II, 22580 p. 69-70, note G. Paisant, et *ibid.*, I, 3914, n° 9 s., obs. M. Billiau ; avec *Cass. com., 26 févr. 1991 (Epx Zbenski c/ Sté eur. de brasserie)*, précisant que le juge n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsqu'il laisse la clause intacte : Bull. civ. IV, n° 91 p. 61. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n° 1596 p. 663.

1995¹, oblige à replacer cette dernière dans l'ensemble contractuel² ; le critère proposé par Demogue consistait déjà à distinguer les clauses exorbitantes justifiées par le bon fonctionnement des conventions ou seulement inspirées par l'intérêt égoïste d'une partie³. Les notions relatives ainsi utilisées permettent au juge d'adapter la sanction au contexte, conférant quelque souplesse à la règle de droit⁴.

79. - Finalement, la loi contribue à développer les pouvoirs de l'autorité judiciaire en octroyant à celle-ci, par le biais des notions relatives, la faculté d'englober des situations atypiques dans différents régimes juridiques ou de renforcer la pérennité de certains statuts. Toutefois, cette double finalité se révèle aisément transposable à d'autres concepts du droit civil dont elle constitue la cause essentielle. De plus, la sénescence de quelques textes invite à en « rompre l'os et sugcer la substantifique mouelle », afin de continuer à conférer un intérêt pratique à l'ensemble de la législation. La relativité devient, alors, prétexte à forcer les apparences du droit objectif.

Section 2 : Office du juge suscité par les parties

80. - Malgré la fantaisie irrésistiblement bouffonne qui est la marque de son génie, Rabelais exhorte, dans son prologue du *Gargantua*, à déchiffrer la signification profonde de son roman, puisque « par telle legiereté ne convient estimer les œuvres des humains. Car vous mesmes dictes que l'habit ne fait poinct le moyne (...). C'est pourquoi fault ouvrir le livre et soigneusement peser ce que y est deduit. Lors congnoistrez que la drogue dedans

¹ L. n° 95-96, 1^{er} févr. 1995 (C. consom., art. L. 132-1, retenant un « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »), qui reprend le droit communautaire (Dir. CE, n° 93-13, 5 avr. 1993, préc., supposant réunis une absence de négociation individuelle, un déséquilibre significatif et la contrariété à l'exigence de bonne foi), par opposition à L. n° 78-23, 10 janv. 1978 sur la protection de l'information des consommateurs de produits et services, art. 35 (D. 1978, législ. p. 89) qui posait le double critère d'un abus de puissance économique et d'un avantage excessif. - Adde la première interprétation de la directive par CJCE, 27 juin 2000, *SA Oceano Corupo Editorial c/ SA Rocio Murciano Quintero*, aff. C-240/98 et *SA Salvat Editores c/ Jose M. Sanchez Alcon Prades et a.*, aff. C-244/98 : JCP 2001, éd. G, II, 10513 p. 768-772, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant.

² Pour une démonstration magistrale, cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 307 p. 303 et les réf. - Adde A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 34 p. 145.

³ *Traité des obligations en général, I : Source des obligations*, t. II, Paris, Sirey, 1923, nos 616-632, p. 307 s., spéc. n° 621 bis p. 322-323, à propos des contrats conclus par les usagers des services publics.

⁴ *Comp. Cass. com.*, 16 juill. 1991, préc., où les hauts magistrats considèrent la clause pénale sous l'angle de la contrainte pour en proportionner la portée au préjudice subi, à l'instar du droit pénal (C. pén., art. 132-24) : *Contrats, conc., consom.*, nov. 1991, comm. 217, note L. Leveneur ; D. 1992, p. 365 note D. Mazeaud. - Sur le caractère non limitatif des listes officielles, cf. déjà CE 3 déc. 1980 (*Assur. du groupe de Paris*) : JCP 1981, éd. G, II, 19502, concl. Mme Hagelsteen ; D. 1981, p. 228-232, note Ch. Larroumet ; Defrénois 1981, art. 32551, p. 203-206, note M. Vion.

contenue est bien d'autre valeur que ne promettait la boîte »¹. En comparaison, les juges sont bien souvent obligés, pour trancher le litige, d'appliquer des principes qui ne sont pas nettement contenus dans les sources formelles du droit : la pureté syntaxique de certaines expressions, digne des plus grandes pétitions révolutionnaires, masque une trop forte simplicité normative ; « avare de mots, riche de matière », conclut le doyen Cornu sur la concision comme règle de l'art législatif² !

81. - Dès lors se pose la question de savoir si les juridictions créent de nouvelles règles ou si elles révèlent simplement des prescriptions latentes au système juridique³. Faute d'une théorie expliquant ce dualisme de sources, force est bien d'observer la présence du phénomène jurisprudentiel⁴. Même si le droit français demeure fondamentalement légaliste, la loi tend à n'être qu'un guide imparfait⁵, au point que la jurisprudence en devient le complément indispensable⁶. Cette transgression des pouvoirs classiquement reconnus au juge montre la nécessité de satisfaire le justiciable qui ne comprendrait guère qu'un comportement socialement répréhensible ne soit plus juridiquement sanctionné. Le Code civil serait-il en retard de pertinence ? Le droit civil renfermerait-il quelques concepts impertinents ? A de maints égards, en effet, « la justice et la raison commandent d'adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne »⁷. Dans l'exercice de sa mission, le juge tient donc « en mains l'application de tout le droit

¹ *La vie très horricque du grand Gargantua*, Gallimard, 1965, coll. Folio classique n° 773, publié sur le texte définitif établi et annoté par P. Michel, préface M. Butor, p. 59 & 57.

² *Linguistique juridique*, préc., n° 74 p. 293.

³ Comp. Ch. N. Fragistas, *Les précédents judiciaires en Europe continentale*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II : *droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, Dalloz-Sirey, Paris, 1960, p. 143-144. - Adde F. Gény, *Méthode d'interprétation*, préc., t. I, n°s 84 s. p. 205 s. sur l'activité créatrice du juge.

⁴ O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, préc., p. 356. - *Contra* F. Gény, *Méthode d'interprétation*, préc., t. II, n°s 145 s. p. 29 s.

⁵ E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé* : RTD civ. 1912, p. 665. - Adde J. Ghestin, *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., p. 77.

⁶ En ce sens, Ph. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, préc., p. 305 s. - Ch. Atias, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000 (*Le Collinet c/ C^e d'assur. Rhin et Moselle*), préc., p. 593 & 594. - Comp. *Rapport de la Cour de cassation 1996* (Paris, Doc. fr., 1997, p. 288-289, 1), susurrant que les décisions de la haute juridiction supprimeraient toute incertitude sur le contenu exact de la loi ! - L'une serait le « correcteur naturel » de l'autre (G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 72 p. 1133), l'une et l'autre ne se distinguant que par une « différence de degré dans l'imperfection » (P. Esmein, *La jurisprudence et la loi* : RTD civ. 1952, p. 20) !

⁷ Cf. l'intervention du président Ballot-Beaupré à l'occasion du centenaire du Code civil, cité in P. Esmein, *La jurisprudence et la loi*, préc., p. 20.

substantiel, et c'est son attitude qui lui donne forme »¹, soit qu'il l'exhume, soit qu'il l'enterre à des fins de politique jurisprudentielle. D'aucuns critiqueront un empiétement considérable sur les prérogatives du Parlement ; d'autres feront valoir que l'autorité judiciaire contribue à ce que certains mécanismes juridiques ne tombent en désuétude par manque d'adéquation législative : elle maintient ainsi leur fonction structurante². Quand bien même « la disposition législative subsiste dans sa teneur formelle », elle change alors « de physionomie et elle ne rend plus le même son qu'autrefois »³. Seulement, une dérive du sens juridique vers un sens commun, reposant sur une définition purement analogique, ferait perdre à la loi son caractère spécifique : elle engendrerait des condamnations systématiques, toute situation reflétant fatalement cette approche basique. En ce sens, la loi ne fait plus la preuve de sa force pour redistribuer les richesses produites en fonction des besoins juridiques, économiques ou sociaux des individus ; elle « en sort altérée voire dénaturée »⁴. A l'opposé, une fidélité rigoriste au texte primordial ferait perdre la substance de la protection souhaitée : pour éviter les conséquences de la première branche de l'alternative, celle-ci exclut de parvenir à prouver l'adéquation d'un événement contemporain aux critères retenus. Cette double impasse oblige donc à perfectionner la forme du droit pour en préserver le fond : « quand elle est stérile, dépasser la lettre c'est la vivifier » notent fort théologiquement les professeurs Daigre et Martin⁵ ! Le juge doit ainsi nuancer les textes, pour en conserver la logique intrinsèque, c'est-à-dire le vœu initial du législateur, car « l'on doit bien continuer de croire qu'ils ont un sens et que, par conséquent, ils recèlent une vérité »⁶.

¹ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1974, n° 3 p. 334 ; compl. nos 3 & 4 p. 333 s.

² Cf., déjà à la fin du XIX^e siècle, J.-E. Labbé, note sous *Cass. req.*, 22 juill. 1891 (*Jeulin c/ Chauvin*) : « nous estimons (...) que toute loi écrite est confiée aux juristes et aux juges, pour être interprétée, développée selon la raison », in *S.* 1893, I, p. 66. - Comp. M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 295, à propos du standard comme moyen d'application du droit.

³ L. Josserand, *Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques*, préc., n° 7 p. 373. - *Adde ibid.* n° 3 p. 370-371.

⁴ G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 31 p. 1113, l'effet pervers constituant une contradiction indésirable et non désirée (*ibid.*, n° 3 p. 1098).

⁵ « *La lettre tue, et l'esprit vivifie* » (*Saint Paul aux Corinthiens : II, 3, 6*) : *D.* 1996, chron. p. 238. - En ce sens, à propos de la notion de terrain en droit de l'urbanisme, *Cass. 3^e civ.*, 7 mai 1996 (*Sté Semcodan c/ Kaeser*) : *D.* 1997, somm. p. 154, comm. F. Catalano.

⁶ Ph. Conte, *L'article 389-4 du Code civil*, préc., note 32 p. 230, avec la référence à J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. II, Bordeaux, éd. Bière, 1990, coll. bibliothèque de philosophie comparée, philosophie du droit - 3, nos 1 s. p. 11 s.

82. - Finalement, le pouvoir judiciaire contribue davantage à la complétude du droit qu'à sa complexification. Cette altération délibérée de la loi, par la création jurisprudentielle de notions relatives, opère une véritable remise à neuf de la *ratio legis* initiale¹, permettant d'atteindre des hypothèses non expressément envisagées dans la loi mais qui entrent évidemment dans son orbite². Autrement dit, en s'affranchissant de la règle primaire, le juge ne comble pas un vide juridique (que serait d'ailleurs la plénitude de droit ?) mais assure la satisfaction des besoins sociaux en tissant dans le cadre légal « une manière de deuxième réseau aux mailles plus fines dans lesquelles l'objet de la loi sera plus étroitement enfermé »³. La déformation de la loi reste acceptable, à condition qu'elle tende à l'accroissement de la protection recherchée à son origine historique, mais devient blâmable dès lors qu'elle trahit l'ambition législative pour satisfaire quelque intérêt particulier⁴. Comme le souligne le professeur Bernard Beignier, « la liberté de la jurisprudence découle d'abord de l'indépendance des juges, entrevue en ce qui touche à la *jurisdictio* plus qu'à l'*imperium* »⁵. Légalement contraints de trancher le litige, les magistrats ont alors besoin de pallier la carence de certaines dispositions par une interpolation *praeter legem* (§ 2), chaque fois qu'une interpolation *intra legem* (§ 1) ne suffit pas à conserver l'esprit originel du texte incriminé.

§ 1 : Interpolation *intra legem*

83. - « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil » ! Saleilles concluait ainsi sa préface à la première édition de l'ouvrage de François Gény, *Méthode d'interprétation et*

¹ Comp. Petit Robert & Dictionnaire étymologique, préc., v° Interpoler ; Dictionnaire de la langue philosophique, préc., v° Interpolation. - Adde Petit Robert, préc., v° Falsifier.

² En ce sens, M. S. Zaki, *Définir l'équité*, préc., n° 12 p. 92. - Adde J. Bel, *Le précédent judiciaire en droit privé français* : RID comp. 1984, n° spécial p. 173 (résumé, *ibid.* p. 841-842).

³ O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, préc., p. 361. - Adde Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques* : RRJ 1988, n°s 10-12 p. 878 s. - Comp. la notion de besoin de droit proposée par D. Lochak, in *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 7.

⁴ Cf. la virulente critique de J.-M. Pontier contre les instances communautaires qui s'opposent à ce qu'une réglementation nationale impose l'usage du Français sans retenir la possibilité d'une « autre langue facilement comprise par les acheteurs » pour l'étiquetage des produits alimentaires, in note sous CJCE, 12 sept 2000, *Geoffroy c/ Sté Casino France*, aff. C-368/98 : D. 2001, p. 1458 s., spéc. II p. 1462 s. - Adde *Cons. const.*, 6 déc. 2001, déc. n° 2001-452 DC, spéc. § 14 à 18, les réserves émises sur l'utilisation de traductions à propos de l'art. 27 de la loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : *Rev. stés* 2002, p. 76 s., note Y. Guyon ; *Petites affiches* 13 déc. 2001 n° 248, p. 5 s., note J.-E. Schoettl, *La loi MURCEF devant le Conseil constitutionnel*.

⁵ In *Les arrêts de règlement* : *Droits* 1989, p. 48. - Adde *Vocabulaire juridique*, préc., v°s *Imperium & Jurisdictio*.

*sources en droit privé positif*¹. Voici donc plus d'un siècle que ce dernier fracassait la quiétude doctrinale pour soutenir ce qui est presque devenu une banalité : interpréter le droit à l'aune des besoins sociaux sans s'attacher trop rigoureusement à la lettre de la loi². Seulement, cette opération implique, de la part du juge, « un rôle créateur qui est extraordinairement plus vaste que celui qu'il joue normalement dans l'interprétation des règles juridiques »³. C'est pourquoi il peut être tenté de se contenter de puiser dans les différents matériaux qui sont à sa disposition dans le corpus législatif. Tout en ne s'affranchissant pas directement du droit positif écrit, il prolonge cependant la logique de textes devenus apparemment inapplicables comme tels, par le seul effet de l'érosion temporelle. En somme, l'autorité judiciaire est invitée à se garder contre un excès de formalisme qui ruinerait la finalité profonde d'un régime juridique ; par contrecoup, elle doit s'attacher à l'esprit insufflé initialement par le législateur⁴. « Comme toujours, c'est afin d'atteindre un objectif pratique et équitable que la Cour de cassation utilise une vue théorique », remarquait Josserand⁵. Elle a pu ainsi être tentée de transposer des notions relatives préexistantes, telle la bonne foi, accroissant d'autant leur domaine initial de compétence de ces dernières, dans lequel elles ont déjà fait la preuve de leur pertinence. Dans ce même esprit, une gradation reste encore concevable : soit allier diverses mesures en exploitant des arguties lexicales (I), soit, plus hardiment encore, altérer leur signification originelle (II).

I - Exploitation des arguties lexicales

84. - Le foisonnement annuel des lois et règlements aboutit inévitablement à la multiplicité de vocables voisins pour des situations sensiblement analogues. Réduire leur application à leur plus pur domaine juridique risquerait de donner lieu à des nuances de solutions juridictionnelles peu défendables. L'absence d'unité législative offre ainsi aux

¹ T. I, préc., p. XXV.

² *Ibid.*, t. II, préc., n° 183 p. 221 s.

³ M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur des standards* : RRJ 1988, p. 1125.

⁴ Comp. « Ce qui est universel, ce ne sont donc pas les règles. Celles-ci sont toujours positives et spéciales, car elles ont à répondre à des problèmes particuliers. Ce qui est universel, c'est l'esprit dans lequel elles doivent être recherchées et édictées. », in J. Parain-Vial, *La nature du concept juridique et la logique* : Arch. philo. dr., t. XI, Paris, Sirey, 1966, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 54.

⁵ Note critique sous *Cass. civ., 6 déc. 1932 (Chemin de fer de Paris à Orléans c/ Dame v^e Noblet) & 24 mai 1933 (D^{elle} Falduci c/ Chemin de fer Paris-Lyon-Méditerranée)* : DP 1933, I, p. 137.

magistrats un prétexte facile pour s'insinuer dans la création du droit objectif. Mais ils vont rapidement être contraints de tirer parti de chaque disposition de la manière la plus avantageuse¹. Autant dire que les expressions utilisées au Parlement vont devenir interchangeables dans les prétoires. En effet, la recherche d'un dénominateur commun aurait, en certains cas, des résultats trop réducteurs, qui se traduiraient par une perte de substance de la Loi. Au contraire, la confrontation des termes contribue plutôt à dynamiser le droit, à condition que l'interprétation serve à promouvoir au maximum la finalité législative, spécialement pour garantir la sécurité contractuelle (1), cœur de l'activité juridique. Ailleurs, toutefois, le souci d'étendre les protections d'ordre public (2) parvient-il réellement au même bénéfice ?

I. Garantir la sécurité contractuelle

85. - Orienté, par essence, vers la satisfaction prospective d'un besoin (principalement d'ordre économique), le droit des contrats multiplie les précautions pour rendre parfaites et incontestables les conventions². Qu'il s'agisse de la période précontractuelle³ ou de l'exécution des obligations stipulées, le droit positif conditionne ainsi la sécurité juridique, légitimement attendue des contractants, au respect de certains délais. Cependant, aucune constante technique ne peut être dégagée en ce domaine et la lecture de la jurisprudence laisse plutôt entrevoir une question d'espèce, non contrôlée par la cour régulatrice⁴. Selon l'ancien article 1648 du Code civil - dont le premier alinéa était repris à l'article L. 211-1 du Code de la consommation -, l'action en garantie pour vice rédhibitoire devait être intentée dans un « bref délai »⁵. Cette brièveté a longtemps nourri des concours

¹ *Petit Robert*, préc., v^s Exploitation, 3^o, et Exploiter, 1^o & 2^o.

² Spéc. intégrité du consentement (C. civ., art. 1109 s.), capacité des parties (art. 1123 s., 388 & 414), et, plus généralement, droit de la consommation.

³ Rappr. C. civ., art. 1369-2 al. 2, exigeant, en matière de contrat conclu par voie électronique, que l'auteur de l'offre accuse réception de la commande « sans délai injustifié ».

⁴ *Cass. 3^e civ., 5 nov. 1997 (C^{ie} assur. La Concorde c/ SCI Groupe Malakoff et a.)* : Bull. civ. III, n^o 199 p. 134-135 ; JCP 1997, éd. G, IV, 2484 p. 394 ; JCP 1997, éd. E, pan. 1393 p. 473.

⁵ Préc. - Comp., dans la procédure en comblement du passif (Comp. C. com., art. L. 651-2 al. 2), l'article 95 alinéa 2 du décret du 22 décembre 1967 disposant que le tribunal devait statuer dans les « moindres délais » (D. n^o 67-1120, sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle : JO 24 déc. 1967, p. 12600) !

de qualification entre le défaut caché et la non-conformité ou l'erreur spontanée¹. Au regard de celle-ci, la confusion vient de l'article 1641 lui-même qui semble prendre en compte le moment de la formation du contrat ; après avoir soumis l'acquéreur au bref délai dans tous les cas², la Cour de cassation offrit, à l'acheteur forclos, une échappatoire sur le terrain de l'article 1304, en considérant que « l'existence d'un vice n'exclut pas, par elle-même, la possibilité d'invoquer l'erreur sur la qualité substantielle de la chose vendue »³, ce qui revient à confondre désordre de formation et désordre d'exécution. Pareille option fut aussi admise par l'Assemblée plénière pour doubler la garantie des vices cachés en sanctionnant une prétendue violation de l'obligation de délivrance, élargissant le bref délai aux dimensions de l'ancien article 2262 du Code civil⁴ ; malgré la résistance de la troisième Chambre puis le ralliement progressif de la première Chambre civile et de la Chambre commerciale, un arrêt du 5 novembre 1996 laisse aux juges du fond un large pouvoir de qualification lorsque existe un réel cumul de circonstances⁵. En outre, la transposition de la directive du 25 mai 1999 par une ordonnance du 17 février 2005, toujours par bienveillance pour le consommateur,

¹ Sur quoi, cf. M. Thioye, *Le casse-tête récurrent du bref délai de l'article 1648 du Code civil : du contournement à la « neutralisation »* : Petites affiches 21 août 2000 n° 166, p. 6 s. - Adde J. Calais-Auloy, *De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 63 s.

² D. Boulanger, *Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1996)* : JCP 1996, éd. N, I, p. 1585 s. et les réf.

³ Cass. 3^e civ., 18 mai 1988 (*Epx Boulon c/ M^{elle} Dupont et a.*) : Bull. civ. III, n° 96 p. 54 ; Defrénois 1989, art. 34610, p. 1260 s., note Y. Dagonne-Labbe - Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988 (*Griffe c/ Cts Daure*) : Bull. civ. I, n° 211 p. 148 ; D. 1989, p. 450 s., note Ch. Lapoyade-Deschamps (pour les deux esp.) ; RTD civ. 1989, n° 1 p. 342-343, obs. Ph. Rémy. - Adde, en faveur d'une distinction plus nette, A. Bénabent, *Contrats spéciaux*, préc., n° 188 & n° 208 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Contrats spéciaux*, n°s 284-285.

⁴ Cass. ass. plén., 7 févr. 1986 (*SA des produits céramiques de l'Anjou et a. c/ Synd. copr. résidence Normandie et a. & Sté MPI c/ Union des assur. de Paris et a.*) : Bull. ass. plén., n° 2 p. 2 s. ; JCP 1986, éd. G, II, 20616, note Ph. Malinvaud ; D. 1986, p. 293 s., note A. Bénabent ; RTD civ. 1986, n° 1 p. 605-607, obs. Ph. Rémy.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (*M^{elle} Badiou c/ Faure et a.*) : JCP 1997, éd. G, 22872, p. 314 s., note Ch. Radé. - Cass. 3^e civ., 20 mars 1996 (*Epx Gavino c/ Penez*) : Bull. civ. III, n° 82 p. 53-54 ; RJDA 1996, p. 458, n° 626. - Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1993 (*Epx Gosse c/ Herbaut, ès qual. et a.*) : D. 1993, p. 506 s., note A. Bénabent ; *ibid.*, somm. p. 242, comm. O. Tournafond ; JCP 1993, éd. G, I, 3727, n° 26 p. 544, obs. G. Viney. - Cass. com., 26 avr. 1994 (*Sté Paul Mausner c/ Sté Volvo France*) : JCP 1994, éd. G, II, 22356, p. 450-451, note L. Leveneur ; RTD com. 1994, n° 9 p. 770, obs. B. Bouloc. - Sur l'autonomie de la garantie par rapport à l'erreur, cf. Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996 (*Chavanne c/ C^{ie} La Préservatrice foncière et a.*) : Bull. civ. I, n° 213 p. 148-149 ; Ch. Radé, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, Chavanne c/ Sté Lambert distribution)* : JCP 1997, éd. G, I, 4009, spéc. n°s 4 s. p. 136 s. - Cf., cependant, Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000 (*Le continent c/ UAP*) : D. 2002, somm. p. 1000 s., comm. O. Tournafond.

parachève ce galimatias juridique, puisqu'elle englobe vice caché et défaut de conformité¹. Au demeurant, ce retour à l'orthodoxie textuelle est faussé par l'effet interruptif de l'assignation en référé-expertise, auquel s'ajoute l'interversion de prescription² ! Cette indécision lexicale est d'autant plus injustifiable auprès des parties au procès que des protections sensiblement comparables profitent de mesures plus précises : tel est le cas de la loi du 3 janvier 1967 lorsque le bien est un navire³, des articles 1601-I et suivants pour la vente d'immeuble, voire aussi des articles 1386-16 et 17 pour la responsabilité des produits défectueux. Elle est, toutefois, encore accentuée par la prohibition de rompre « brutalement et unilatéralement des négociations très engagées »⁴ : en négatif, cette obligation témoigne du vœu de laisser à l'autre partie un délai suffisant pour se retourner⁵. La même logique préside à la réparation du préjudice causé par le cocontractant pour avoir cessé soudainement « une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée minimale de préavis déterminée (...) par des accords interprofessionnels » (C. com., art. L. 442-6, I, 5°)⁶. Pourtant, bien qu'encourageant des interprétations quasi divinatoires⁷, ces différents mécanismes ne semblent pouvoir se fondre dans un délai préfix, tel que celui finalement

¹ C. consom., art. L. 211-4 s. - *Adde* Dir. CE, n° 1999-44, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : JOCE n° L 171, 7 juill. 1999, p. 12 s. ; Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : JO 18 févr. 2005, p. 2778 ; D. 2005, législ. p. 555-556.

² C. civ., art. 2241 s. - *Cass. 1^{re} civ.*, 21 oct. 1997 (*Sté SOMAF c/ Beauvarlet et a.*) : Bull. civ. I, n° 292 p. 196-197 ; D. aff. 1997, chron. p. 1418-1419, n° 5.1 ; D. 1998, p. 409, note M. Brushi ; *ibid.* 1999, somm. p. 17-18, comm. O. Tournafond ; JCP 1998, éd. G, II, 10063, p. 711 s., note Cl. Mouloungui, spéc. p. 714, qui insiste sur l'insécurité juridique découlant d'un bref délai... trop long ; *ibid.*, éd. E, p. 563, note L. Leveneur ; M. Thioye, *Le casse-tête récurrent du bref délai*, préc., n°s 14 s. p. 9 s. - *Adde* les réserves, quant au point de départ de la prescription, in *Cass. 1^{re} civ.*, 19 oct. 1999 (*SA Bessière c/ SA Mapco*) : RJDA 2000, p. 27-28, n° 19 ; RTD civ. 2000, n° 1 p. 133 s., obs. P.-Y. Gautier. - *Cass. ass. plén.*, 12 janv. 2007 (*Burci c/ SCP Juvillam-Wicky*) : D. 2007, act. jur. p. 367-368 ; *ibid.*, pan. p. 833, obs. B. Blanchard ; JCP 2007, éd. G, II, 10075, note J.-J. Taisne.

³ Art. 8, qui fixe un délai annal (JO 4 janv. 1967, p. 106), à moins qu'il ne s'agisse d'un navire produit en série (*Cass. com.*, 13 oct. 1998, *Sté Marine Projects c/ Loquais* : Bull. civ. IV, n° 234, p. 195-196 ; D. 2000, somm. p. 17 s., obs. V. Brémond) !

⁴ *Cass. com.*, 22 avr. 1997 (*SA Iveco France c/ SA Mabo*) : D. 1998, p. 45 s., note P. Chauvel (2^e esp.).

⁵ P. Chauvel, *Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle* : Dr. et patrimoine novembre 1996, p. 36 s. - D. Mazeaud, *La genèse des contrats, un régime de liberté surveillée* : *ibid.*, juill.-août 1996, p. 44 s. - Comp. G. Durry, obs. in RTD civ. 1972, n° 1 p.779-780.

⁶ A. de Brosses, *La rupture fautive de relations commerciales établies* : Dr. et patrimoine 2003 n° 116, p. 50 s. ; A. Grizaut, *Rupture brutale des relations commerciales - Réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6* : *ibid.* p. 71 s.

⁷ Selon le mot de D. Mayer, note sous *Cass. crim.*, 6 mars 1986 (*Lamarque*) : D. 1986, p. 317.

retenu par l'ordonnance du 17 février 2005 pour l'article 1648 du Code civil¹ ; celui-ci risque de tomber trop souvent comme un couperet mal affuté à la cause². Ce constat rejoint la position de la Cour de Strasbourg concernant le « délai raisonnable », fixé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme : elle l'apprécie « en fonction des circonstances particulières de la cause »³, c'est-à-dire en utilisant un faisceau d'indices, d'ailleurs repris par le Conseil d'Etat⁴. En somme, les juridictions se sont engouffrées dans cet aléa terminologique pour brouiller les cartes législatives et mettre sur la table un atout exclusif : renforcer la protection de la partie présumée la plus dépendante de son coreligionnaire. Le phénomène est particulièrement significatif en droit hellénique dans lequel le juge administratif assigne aux pouvoirs publics, de façon discrétionnaire, un délai raisonnable, afin de pallier les abus résultant de normes qui ne leur prescrivent généralement aucune échéance pour procéder à une action déterminée⁵. Cette création prétorienne signifie surtout que les délais impartis, qu'ils soient d'action, d'attente ou d'exécution d'une obligation, doivent être utilisés de manière pertinente⁶. D'ailleurs, l'opposition classique du droit français au droit allemand - où l'offre lie irrévocablement son auteur durant un certain

¹ Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005, préc., art. 3, fixant le délai à deux années à compter de la découverte du vice : D. 2005, légis. p. 556.

² En ce sens, à propos du décret du 30 décembre 2005 (C. monét. fin., art. D. 313-14-1), St. Piedelièvre, *Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée* : D. 2006, point de vue p. 434-435. - Comp. CEDH, 10 nov. 1969, *Stögmüller c/ Autriche*, en droit § 4. - *Contra*, Rapport de la Cour de cassation 1998, Paris, doc. fr., 1999, p. 13 ; *ibid.* 1999, Paris, doc. fr., 2000, p. 31, qui suggèrent au moins un délai déterminé. - Adde P. Lambert, *Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 8 ; en faveur d'un délai de dénonciation, cf. A. Hervio-Lelong, *Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée* : D. 2002, chron. p. 2073-2074, II B.

³ CEDH, 28 juin 1978, *König c/ Allemagne* : V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne*, préc., n° 86 p. 252 s., pour une procédure administrative ; 10 juill. 1984, *Guincho c/ Portugal*, pour une procédure civile. - Sur la notion de délai raisonnable, cf. N. Fricero, in *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, 2000, coll. Dalloz action, dir. S. Guinchard, nos 2206 s. p. 530 s. ; G. Cohen-Jonathan, *Rép. proc. civ.*, 1993 v° Convention européenne des droits de l'homme et procédure civile, nos 104 s. p. 12 s. ; J.-F. Flauss, *Le délai raisonnable au sens des articles 5, 3° et 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 50 & 54 sur l'appréciation *in concreto*.

⁴ Cf., notamment, CE, ass., 28 juin 2002 (*Garde des Sceaux c/ Magiera*) : D. 2003, p. 23 s., note V. Holderbach-Martin, spéc. II B p. 27.

⁵ P. Pavlopoulos, *Le standard en droit public : les données de la jurisprudence administrative en Grèce* : RRJ 1988, p. 970 s., carence d'autant plus inéquitable que l'administré y est lui-même contraint.

⁶ En droit européen, cf. l'exigence de diligence, in CEDH, 8 déc. 1983, *Pretto et a. c/ Italie*, § 33 ; et CEDH, 20 févr. 1991, *Vernillo c/ France*, sur le manque d'empressement du requérant ; *Droit et pratique de la procédure civile*, préc., n° 2209 p. 531. - Rapp. J.-P. Jean et H. Pauliat, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, préc., p. 600. - Comp. J.-F. Flauss, *Le délai raisonnable au sens des articles 5, 3° et 6, 1°*, préc., p. 50 à propos de la normalité du délai de détention en procédure pénale. - Rapp. J. Pradel, comm. sous Cass. crim., 22 juill. 1997, à propos de l'interprétation de l'art. 144-1 C. pr. pén. au regard du respect de la liberté individuelle en matière de détention : D. 1998, somm. p. 171.

temps (B.G.B., § 145) -, s'estompe depuis que la Cour de cassation estime que la pollicitation, émise sans échéance expresse pour son acceptation, doit implicitement être maintenue pendant un délai raisonnable¹. Une identique démarche constructive oblige aussi le vendeur à délivrer la chose dans un délai raisonnable, souverainement déterminé au fond, faute d'en avoir conventionnellement convenu un² ; mais, le plus vulnérable n'étant pas nécessairement l'acquéreur, la Cour de cassation a également puisé dans le corpus normatif existant pour lui enjoindre de protester rapidement la non-conformité du bien délivré, sous peine d'être censé l'avoir agréé³. Aussi compréhensible qu'elle soit, cette perméabilité ne peut se justifier que dans la mesure où sont seuls en cause des intérêts privés, souvent imparfaitement préservés dans le contrat. Au contraire, le caractère impératif des règles d'ordre public devrait, *a priori*, interdire au juge la fongibilité de concepts même assez voisins.

2. Etendre les protections d'ordre public

86. - En matière d'état des personnes où l'ordre public est assez prégnant⁴, l'incertitude ne devrait guère tenir une place majeure. La relativité est cependant loin d'y être absente, spécialement à propos du domicile. Attribut classique de la personnalité⁵, il devrait pourtant être unique. Mais, en retenant qu'il est le lieu du « principal établissement » d'une personne pour « l'exercice de ses droits civils », l'article 102, alinéa premier, du Code civil laisse la porte ouverte à des qualifications jurisprudentielles pour d'autres situations atypiques. Ce principe d'unité - d'ailleurs abandonné en droit germanique (B.G.B. § 7) - est

¹ Cass. 3^e civ., 10 mai 1972 (*SCI Le Basté c/ Lopez*) : Bull. civ. III, n° 297 p. 214 ; RTD civ. 1972, n° 1 p. 773-774, obs. Y. Loussouarn. - Comp. Cass. 3^e civ., 20 mai 1992 (*Mme Pigeon c/ Hamilton et a.*) : Bull. civ. III, n° 164 p. 100 ; D. 1993, p. 493 s., note G. Virassamy ; *ibid.*, 1992, somm. p. 397-398, comm. J.-L. Aubert ; RJDA 1992, p. 821, n° 998. - Adde L. Boy, note sous Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 1998 (*Epx Huchon c/ Cne de Chaux-La-Lotière et a.*) : D. 1999, II A p. 172, soulignant la nécessité d'équilibrer la confiance des destinataires de l'offre aux intérêts de l'offrant. - Rapp. P. Chauvel, note préc. sous Cass. com., 22 avr. 1997, n°s 12 s. p. 48 en matière de pourparlers.

² Cass. 3^e civ., 10 avr. 1973 (*Cts Olivieri c/ DGI au ministère des finances*) : Bull. civ. III, n° 274 p. 198. - Comp., toutefois, l'application stricte de l'article 1175 en cas de condition sans délai, *in* Cass. 3^e civ., 19 déc. 2001 (*Epx Rousson c/ Amiel*) : D. 2002, p. 1586-1587, note H. Kenfack.

³ Cf. déjà Cass. req., 13 mars 1878 (*Lemore et C^e c/ Zellweger*) : DP 1878, I, p. 471. - Cass. com., 14 mai 1996 (*Moine*), pourvoi n° 94-12.502 : Jurislique Lamy Cassation, vol. III, arrêt n° 916.

⁴ Sur quoi, cf. J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, préc., n°s 10 s. p. 3-5 sur les sources de l'ordre public, et n°s 121 s. p. 23 s. à propos de la condition juridique des personnes.

⁵ En ce sens, J. Carbonnier, *Droit civil, I / Les personnes : Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, Paris, PUF, 21^e & 17^e éd. 2000, coll. Thémis dr. priv., n° 53 p. 97. - B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 201 p. 152.

largement mis à l'épreuve par une « multiplication d'attaches territoriales »¹. En droit public déjà, les conditions d'application de l'article L. 11 du Code électoral permettent de voter dans la commune de la résidence secondaire, alors que le foyer du contribuable, qui détermine le domicile fiscal, s'entend nécessairement du « lieu où l'intéressé habite normalement et a le centre de ses intérêts familiaux, sans qu'il soit tenu compte de séjours effectués temporairement ailleurs »². Le droit matrimonial distingue, au contraire, cette résidence familiale des domiciles éventuels des époux (C. civ., art. 215 al. 2 & 108³). Au demeurant, la confusion est aggravée par les mécanismes de protection du domicile⁴ : la Cour de cassation indique qu'une installation durable est le critère opératoire de définition du principal établissement (art. 102⁵), tandis qu'elle est complètement indifférente en matière d'atteinte à la vie privée⁶ ; pour que soit reconnue la violation de l'intimité, il suffit alors que la victime ait « le droit de se dire chez elle (*sic*), quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux », que cette occupation soit permanente ou temporaire⁷, pourvu qu'elle représente davantage qu'une adresse⁸. Cette habitabilité ne transparait guère à la lecture de l'article 89 du Code de procédure pénale⁹ ! De plus, en droit des affaires, le domicile ne recouvre pas la notion de principal établissement pour

¹ G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 10^e éd. 2001, coll. Domat dr. priv., n° 645 p. 304.

² *Cass. com.*, 15 oct. 1996 (*V^e Vital-Behard c/ DGI et a.*) : D. 1997, p. 75 s. note G. Tixier & C. Michel, où le moyen se fondait sur la pluralité matérielle de résidences pour échapper à l'application *rationæ personæ* de l'impôt successoral sur les biens situés à l'étranger.

³ Pour une première distinction jurisprudentielle des domiciles conjugal et du mari (ce dernier étant incarcéré et donc incapable de manifester sa volonté), *Cass. 2^e civ.*, 1^{er} avr. 1968 (*Azemar*) : Bull. civ. II, n° 106 p. 73 ; D. 1968, p. 624 et la note.

⁴ *Code des personnes et de la famille*, dir. J. Hauser & J. Casey, Paris, Litec, 2002, coll. Juriscodex, n° 0564 p. 118-119.

⁵ *Cass. req.*, 21 nov. 1905 (*Massier c/ Dame Massier*) : DP 1906, I, p. 20-21. - Dans le même sens, excluant la notion de « point de chute », *Cass. 2^e civ.*, 26 avr. 1990 (*Waché de Corbie et a.*), n° 90-60.137.

⁶ C. civ., art. 9 et C. pén., art. 226-4 & 432-8 (pour les abus de l'autorité publique).

⁷ *Cass. crim.*, 26 févr. 1963 (*Vallée*) : Bull. crim., n° 92 p. 183-184 ; D. 1963, somm. p. 68. - *Cass. crim.*, 24 juin 1893 (*Bigot c/ D^{elle} Debrière*) : DP 1895, I, p. 407-408 et la note 2. - Comp. la protection d'un simple centre d'essais, distinct du siège social d'un constructeur automobile, in *Cass. crim.*, 23 mai 1995 (*Laponce*) : Bull. crim., n° 193 p. 524 s. ; RTD civ. 1996, p. 130-131, obs. critique J. Hauser ; *Rapport de la Cour de cassation 1995*, Paris, Doc. fr., 1996, p. 390, f.

⁸ *CA Versailles*, 9 oct. 1992 : Gaz. Pal. 1993, I, somm. p. 52. - *Cass. 2^e civ.*, 12 mars 1981 (*M^{elle} Archawski*) : Bull. civ. II, n° 60 p. 40.

⁹ « Il semblerait que l'adresse (personnelle) fasse désormais écran au domicile », remarque le doyen Carbonnier, in *Les personnes*, préc., n° 58 p. 105.

l'immatriculation du commerçant¹. C'est encore sans compter sur les terminologies annexes qui finissent d'obscurcir la logique textuelle : domiciles de secours, légal pour les gens du voyage, les incapables et certains professionnels, conventionnel, élu... A ces différentes qualifications spéciales se substituerait utilement un concept générique, simplificateur² ; le législateur pourrait ainsi se contenter de définir le domicile comme le lieu fixé pour les besoins d'un acte, ce qui n'est pas sans rejoindre la théorie des succursales développée dès le milieu du XIX^e siècle³. Une telle solution serait parfaitement contraire au principe d'indisponibilité de l'état, en réduisant à néant l'élément matériel du domicile au profit de l'élément intentionnel⁴. Le motif en est basique et se résume dans les mesures de publicité qui, seules, valident une mutation effective (C. civ., art. 104) : l'état d'une personne intéressant plus la société que son titulaire⁵, la notion de domicile ne saurait changer de nature selon les conséquences recherchées, telle la chauve-souris de La Fontaine⁶.

87. - L'activité législative se résume, en fait, à traduire aussi exactement que possible la finalité poursuivie dans le texte voté. Celle-ci varie assez logiquement à l'aune de la branche du droit concernée ; un même terme légal recouvre alors des situations fort disparates, au point de conférer quelque incertitude à son contenu effectif. Le pouvoir

¹ C. com., art. L. 123-10. – Sur quoi, B. Saintourens, *Domiciliation de l'entreprise commerciale ou artisanale exercée par une personne physique* : RTD com. 2003, p. 689-690 n° 2. – Adde Circ. CIV 2004-06 D1, 14 juin 2004, relative à la domiciliation des personnes demandant leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés et au répertoire des métiers : BOMJ n° 94.

² Comp. la synthèse opérée par C. proc. civ., art. 42 & 43 qui évoquent le lieu où demeure le défendeur à l'action.

³ Malgré l'unité des personnes morales et leur rattachement à un siège social, la Cour de cassation parvenait non seulement à décongestionner le rôle des juridictions parisiennes, mais surtout à faciliter l'accès à la justice pour les contractants locaux, *in Cass. civ., 4 mars 1857 (Chemin de fer du Midi c/ Parage)* : DP 1857, I, p. 124-125 et la note.

⁴ A l'opposé de la théorie jurisprudentielle du domicile apparent qui porte lui-aussi atteinte à l'unicité. – Sur quoi, J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 252 p. 470 et n° 245 p. 459 s. ; B. Petit et Y. Favier, J.-Cl. Civil, art. 102-111, fasc. 10 Domicile-Notion-Fonction, n° 33 s. – *Cass. req., 7 juill. 1885 (de Chambrun c/ Malvano)* : DP 1887, I, p. 12-13 et la note ; S. 86, I, p. 152 et la note ; 26 avr. 1921 (*de Portes c/ Vuillier*) : S. 1921, I, p. 313 s., note P. Esmein ; *Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1968 (Epx Schwarze c/ Dame Jensen-Hillringhaus)* : Bull. civ. I, n° 41 p. 32-33.

⁵ En ce sens, B. Beignier, *L'ordre public et les personnes*, préc., p. 19. - G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n° 644 p. 304 & p. 310 s. la notion de centralisation. - Comp. M. Cevaer-Jourdain, *Remarques à propos de la médiation familiale*, préc., p. 1589, 2^e col., pour qui l'indisponibilité concerne l'attribution et non les conditions d'exercice des droits familiaux.

⁶ *La chauve-souris et les deux belettes*, *in Fables*, préc., p. 81-82. - Encore qu'une fixité absolue n'est point sans inconvénient ; sur les absurdités du rattachement forcé de l'épouse et de la famille, avant les réformes de 1970 et 1975, au domicile du mari lorsque celui-ci abandonnait le foyer légitime, cf. A. Mayer-Jack, *Singularités du domicile conjugal et avènement du domicile familial* : RTD civ. 1972, p. 1-25.

judiciaire, utilisant ces lieux d'indétermination, y logera donc ses propres définitions¹. Le bien-fondé du discours juridique ne réside pourtant pas dans une correspondance parfaite à la réalité objective, mais plutôt dans la cohérence de tous les énoncés entre eux². La polysémie abandonnerait donc cette nécessité, guidée par la fonction purement technique du droit, pour ne refléter que l'ambiguïté du langage ordinaire³. Mieux vaut sans doute y déceler une manière toujours plus appropriée de répondre aux besoins du justiciable : la relativité touche à son paroxysme pour étendre la protection véhiculée par la notion de base. D'aucuns préconisent ainsi de substituer une autorité familiale à l'autorité parentale développée dans les articles 371 et suivants du Code civil⁴. Brosser le tableau des mesures portant atteinte à la fonction parentale laisserait davantage penser qu'elles couvrent avantagement les situations de crise qui appellent l'intervention d'un tiers pour prendre soin de l'enfant⁵. A trop vouloir garantir la seule autorité des parents en ignorant le rôle des tiers, la loi en arrive à des solutions souvent incohérentes et inadaptées à l'intérêt de l'enfant⁶ ; la solution passerait alors par une dissociation de l'autorité sur l'enfant et de l'existence du lien filial, c'est-à-dire un assouplissement des caractères indisponible et d'ordre public de l'autorité parentale⁷ ! Au fond, cependant, nombre de mécanismes favorisent déjà la préservation de l'environnement du jeune : la jurisprudence définit le « milieu actuel », figurant à l'article 375-2, comme le milieu familial naturel dans lequel il doit être maintenu⁸ ; l'article 371-5 stabilise les fratries ; la tutelle est d'abord dévolue à la

¹ Comp. le concept de « dialogisme », in G. Timsit, *Sur l'engendrement du droit* : RD publ. 1988, p. 57 s., 3.

² G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n° 83 p. 318 s., ainsi que n° 18 p. 87 s. & n° 19 p. 90 s. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 349-350 p. 138-139. - F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 408 p. 420-421. - Adde F. Génay, *Science et technique en droit privé positif, III : élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921, nos 254 s. p. 448 s. - Comp. G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, coll. bibl. dr. priv., t. 253, nos 1 & 2 p. 9-12.

³ Sur le risque d'équivoque du système juridique, cf. E. Pattaro, *Interprétation, systématisation et science juridique*, in *Interprétation et droit*, préc., n° 1 p. 103, spéc. la référence à N. Bobbio.

⁴ A.-M. Leroyer, *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale* : RTD civ. 1998, p. 587 s.

⁵ Assistance éducative (art. 375 s.), délégation (art. 376 s.), retrait (art. 378 s.) et suspension (art. 373-3) de l'autorité parentale, administration *ad hoc* (art. 388-2). - A. Bénabent, *La famille*, préc., nos 611-1 s. p. 520 s. sur les titulaires de l'autorité & nos 622 s. p. 527 s. sur son exercice ; G. Cornu, *La famille*, préc., nos 81-82 et 84-86 p. 143 s. sur la personne de l'enfant & n° 98 p. 164 s. quant à ses biens.

⁶ A.-M. Leroyer, *L'enfant confié à un tiers*, préc., n° 3 p. 590 & n° 11 p. 598.

⁷ *Ibid.*, nos 11, 13 & 14 p. 598 s. - Comp. C. civ., art. 376 : « Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet (...) ».

⁸ En ce sens, *Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 1985 (Mme D cl dir. dptal action sanit. soc. Dordogne et a.)* : Bull. civ. I, n° 35 p. 34. - Comp. les conséquences de la séparation des parents pour les enfants, C. civ., art. 373-2 s.

parenté (art. 394 et 399 pour le conseil de famille)... Mais le recours systématique à la famille n'est pas un gage d'épanouissement pour l'enfant. En s'évadant des seuls liens du sang, le Code civil l'a bien compris : il élargit les organes tutélaires à toute autre personne s'intéressant au mineur (art. 399 al. 3) ; le tiers suppléant doit être « digne de confiance » (art. 375-3 et 377). En la forme surtout, ce glissement lexical, consistant à englober les mesures exceptionnelles dans le giron du droit commun, ne saurait suffire à rendre le concept pertinent. Ses imperfections ne s'en trouveront guère corrigées, y compris en considérant la famille dans son sens le plus large¹, tant que les modalités d'exercice de l'autorité ne seront point transformées.

88. - Dans le même esprit, le juge est quasiment invité à jongler, en matière de respect du corps humain, avec des termes considérés globalement comme synonymes dans le langage courant². La loi créant la couverture maladie universelle modifiait l'article 16-3, alinéa premier, du Code civil en conditionnant alors l'atteinte à l'intégrité corporelle à une nécessité médicale, et non plus thérapeutique, comme sous l'empire de la première loi bioéthique de 1994³. Cet énoncé, conservé dans la loi du 6 août 2004, n'est pourtant pas anodin puisque l'ancienne rédaction visait plutôt des soins curatifs, excluant donc la prévention ou la recherche. La communauté scientifique discutant le caractère de certaines interventions⁴, le risque juridique se joue alors au plan répressif (C. pén., art. 222-9 & 222-10 sur les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne), alors que le milieu médical contribue lui-même à la confusion des vocables⁵. En outre, l'alinéa second du même article sème le doute en conservant la dénomination antérieure ; la coexistence des deux énoncés implique de reconnaître que « le consentement n'a pas à être recherché pour les

¹ A.-M. Leroyer, *L'enfant confié à un tiers*, préc., note 55 p. 598, se rapprochant davantage de la tradition romaniste.

² *Dictionnaire étymologique*, préc., v^{is} Médecine & Thérapeutique ; *Petit Robert*, préc., v^{is} Médecine, II 1, & Thérapeutique, I.

³ Al. 1^{er} ancien (L. n° 94-653, 29 juill. 1994, art. 1 et 3) : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne ». - L. n° 94-653, 29 juill. 1994, relative au respect du corps humain, art. 3 : JO 30 juill. 1994, p. 11056 - L. n° 99-641, 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, art. 70 : JO 28 juill. 1999, p. 11248 ; D. 1999, législ. p. 457. - Sur quoi, cf. D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil* : D. 2000, chron. p. 485 s.

⁴ Spécialement la ligature des trompes de Fallope à des fins strictement contraceptives. - Cf. D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3*, préc., III, p. 487 s.

⁵ *Code de déontologie médicale*, introduit et commenté par L. René, Paris, Le seuil, 1996, coll. Point Essais n° 334, p. 121 & 122, à propos de l'article 41 sur les interventions mutilantes.

interventions de nature médicale pour lesquelles la personne n'est pas apte à consentir »¹. Au regard d'un projet de loi qui tendait à justifier l'atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne par l'intérêt de celle-ci (intervention chirurgicale), d'un tiers (don ou greffe d'organes) ou de la société (recherche scientifique)², la modification intervenue en 1999 ne pouvait guère de crédit. Nonobstant les corrections apportées par la loi du 6 août 2004³, le texte est bien davantage verrouillé par la référence à l'intérêt de l'individu auquel l'acte porte atteinte⁴. Cette subtilité linguistique pose toutefois la question de savoir si la seule inspiration jurisprudentielle n'aurait point pu conduire à pareille extension de l'exonération pénale et civile souhaitée par les successeurs d'Hippocrate⁵, tant nombre d'autres notions subissent d'indéniables variations temporelles.

II - Altération d'une signification originelle

89. - Fort classiquement⁶, les bonnes mœurs désignent des principes impératifs de conduite auxquels elles empruntent comme caractéristique la continuité : « *boni mores permanent* », disait Sénèque⁷. Dans les *Mélanges* dédiés au doyen Gény, le professeur Senn se demandait déjà si les législations contemporaines se contentaient de maintenir la leçon romaine⁸ ! Certes, la doctrine reconnaît unanimement que la notion tend à circonscrire

¹ D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3*, préc., note 32 p. 489-490. – Rappr. C. santé publ., art. L. 1111-4.

² Projet de loi n° 2599 relatif au corps humain et modifiant le code civil, AN 1992, exposé des motifs. - Adde D. Thouvenin, *Les avatars de l'article 16-3*, préc., p. 490, 1^{re} col. *in fine*.

³ « Nécessité médicale pour la personne » ou « intérêt thérapeutique d'autrui ».

⁴ Cf. spéc. D. Thouvenin, *La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain* : Justices, hors série mai 2001, p. 113 s.

⁵ *Contra*, quand bien même « l'avis rendu ne lie pas la juridiction » (C. org. jud., art. L. 441-3 al. 3), *Cass. avis*, 6 juill. 1998 : Bull. avis, n° 10 p. 11; Defrénois 1999, art. 36947, p. 314 s., obs J. Massip ; Dr. fam. 1998, comm. 162, note Th. Fossier & N. Raynaud de Lage, *A propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux* : *ibid.* 2000, chron. n° 2 p. 9 s. ; Petites affiches 7 juill. 1999 n° 134, p. 22 s., note R. Sefton-Green & *ibid.* 3 juin 1999 n° 110, p. 20-21, note J. Massip ; RTD civ. 1998, n° 2 p. 881, obs. J. Hauser.

⁶ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Bonnes mœurs, 2 ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Bonnes mœurs.

⁷ Cité in F. Senn, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, préc., p. 63 et la référence en note 66 p. 67.

⁸ *Ibid.* p. 53.

l'autonomie de la volonté¹ ; mais elle ne parvient pas à opter pour une approche abstraite (détachée de toutes contingences) ou plus sobrement contraignante (en réfrénant les dérives), voire totalement pragmatique (c'est-à-dire en fonction de l'opinion publique²). Jamais la jurisprudence n'est d'ailleurs parvenue à sanctionner une atteinte autrement que négativement, par le truchement du miroir des mauvaises mœurs. Par cette tautologie inversive³, la qualification des mœurs semble donc connotée par des proportions ultimes. La persistance formelle de la notion⁴ ne doit pourtant pas leurrer sur une véritable « banalisation des objets de scandale »⁵. Alors que, dans les années 1950, la mise en vente des œuvres du divin Marquis faisait encourir des poursuites correctionnelles, quelques décennies ont suffi pour que Sade entre à La Pléiade, panthéon littéraire relayé par une vulgarisation généralisée en édition de poche⁶. Les mots heurtant sans doute moins l'esprit que l'image⁷, le Tribunal de grande Instance de Paris, en 1973, annulait « d'office » une convention de strip-tease, sans même examiner le bien-fondé de la demande principale en

¹ J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 16 p. 53 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 277 p. 194 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, préc., n° 104 p. 85 et la note 33 pour de nombreuses références ; J. Hauser, *Les contrats*, Paris, PUF, 3^e éd. 1992, coll. Que sais-je ? n° 1677, p. 48-49 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., p. 305 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 348 p. 345. - Adde G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 23 p. 40 s.

² Sur quoi, J. Hauser, *Les contrats*, préc., p. 61. - Adde l'ensemble des significations répertoriées par Ph. Malaurie in *Les contrats contraires à l'ordre public (Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Reims, éd. Matot-Braine, 1953, p. 261 s. en appendice.

³ Comp. Domat, *Traité des lois*, Paris, Librairie ordinaire du Roy, 1689, chap. V, n^{os} III p. 15 & X p. 18 : « Ainsi les promesses, et les conventions qui violent les lois ou les bonnes mœurs n'obligent à rien, qu'aux peines que peuvent mériter ceux qui les ont faites ».

⁴ En droit des obligations dans les articles 6, 1133 et 1172, ainsi que dans le droit spécial du contrat de mariage avec l'article 1387, mais aussi en matière de nationalité (art. 21-23 & 24-1). – Cf. spéc. l'originalité de l'article 21-3 alinéa premier du Code civil, qui conditionne la naturalisation et la réintégration dans la nationalité française à la condition de « bonnes vie et mœurs ».

⁵ Selon le titre évocateur de l'étude publiée par R. Draï, *La banalisation des objets de scandale - Variations sur la notion variable de bonnes mœurs*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, préc., p. 127 s.

⁶ *T. corr. Seine, 10 janv. 1957 (Min. publ. cl Pauvert)* : D. 1957, p. 259-260, et la note ; Rev. sc. crim. 1957, p. 638-639, n° 3, obs. L. Hugueney. - D. A. F. de Sade, *Œuvres*, Paris, Gallimard, coll. NRF bibliothèque de La Pléiade, t. I n° 371, 1990, 1363 p. ; t. II n° 418, 1995, 1425 p. ; t. III n° 449, 1998, 1638 p. ; par ex., *Les infortunes de la vertu*, Paris, Gallimard, 2002, coll. Folio classique n° 963, 315 p., & *Ernestine*, *ibid.*, coll. Folio n° 3698, 125 p.

⁷ Cf. *Films suggestifs, érotiques et pornographiques... Cinéma couleur chair* : Le Monde 2 n° 116, supplément au Monde n° 19059, samedi 6 mai 2006, p. 59 s., à propos des polémiques depuis *The kiss* en 1896 au *Diable au corps* de Marco Bellocchio cent ans plus tard, en passant par *Et Dieu créa la femme* (R. Vadim, 1956), *Le dernier tango à Paris* (B. Bertolucci, 1972) ou *L'empire des sens* (N. Oshima, 1976).

rupture abusive du contrat¹ ; à la même époque, pourtant, l'évolution jurisprudentielle s'opérait en défaveur des arrêtés d'interdiction cinématographique², certains films ne faisant même plus l'objet de recours³. Dans la même veine, la consommation d'alcool, regardée au début du XX^e siècle comme un fléau social, est désormais admise au nom de la convivialité, « pourvu qu'elle ne conduise pas au danger d'irresponsabilité menaçant autrui » ni à l'insécurité routière⁴. « C'est la protection qui domine sur l'interdiction »⁵ : elle traduit un affadissement des *mores civitatis* latines⁶ par une sorte d' « hypertrophie de l'idéologie des droits de l'homme »⁷. Comme le remarque le professeur Alain Sériaux, « la liberté des mœurs tend à être érigée en véritable droit subjectif »⁸. En somme, la loi est mise à égalité avec la pratique sociale, au point de devoir se demander si, en fait de jurisprudence, les mœurs ne valent pas les bonnes mœurs⁹, quand il ne s'agit pas d'appeler à la disparition du

¹ TGI Paris, 8 nov. 1973 (*Beauvais c/ Valery*) : RTD civ. 1974, n° 5 p. 806-807, obs. Y. Loussouarn ; D. 1975, p. 401 s., note critique (d'un strict point de vue théorique) M. Puech.

² Cf. notamment, CE, 23 févr. 1966 (*Sté Franco-London Films et Sté Les films Gibe*) : Rec. CE, 1121 ; CE, 26 juill. 1985 (*Ville d'Aix-en-Provence c/ Sté Gaumont distribution et a.*) : Rec. CE, p. 236 et RFD adm. 1986, p. 439 s., concl. B. Genevoix, *La police des films : l'affaire du « Pull-over rouge »*, avec la décision p. 444 ; TA Bordeaux, 13 déc. 1990 (*United International Pictures c/ Cne d'Arcachon*) : Petites affiches 11 déc. 1991 n° 148, p. 16-17, note B. Pacteau. - Comp. A. Riou, *L'évolution de la « censure » cinématographique*, décrivant une intervention plus indirecte des édiles municipaux (recommandation de ne pas diffuser en salle *Basic instinct*, demande de retrait de l'affiche publicitaire du film *Harcèlement*, etc.) : Petites affiches 21 juill. 1995 n° 87, p. 33.

³ Spéc., J.-J. Annaud, *Le nom de la Rose* (d'après U. Eco) ou *L'amant* (d'après M. Duras) dont certaines scènes n'ont rien de comparable en crudité à ce qui fut reproché in CE, 25 févr. 1966 (*Sté nouvelle des Ets Gaumont*) : Rec. CE, p. 1121 (à propos de *La jument verte*, de Claude Autant-Lara, 1959, d'après le roman de Marcel Aymé). - Cf., cependant, L. Clark et Ed. Lachmann, *Ken Park*, Pan européenne éd., 2002, 95 min., film interdit en Australie, censuré aux Etats-Unis et interdit aux mineurs de seize ans lors de sa sortie française, dressant un tableau provocant d'adolescents californiens.

⁴ C. route, art. L. 234-1 s. – Comp. *ibid.*, art. L. 235-1 s., pour la conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants.

⁵ L. Bagnat, *Représentation de la notion de condamnation morale*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, préc., p. 156 & note 36 p. 157.

⁶ Comp. J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., p. 144, évoquant un « civisme contractuel ».

⁷ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 362 p. 358. - Adde Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., n° 525 p. 306.

⁸ *Droit des obligations*, préc., n° 40 p. 164. – Rappr. CEDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, préc., à propos de pratiques sadomasochistes, ou la quasi-absence de contrôle de la marge nationale d'appréciation in CEDH, 19 févr. 1997, *Laskey Joggard et Brown*.

⁹ En ce sens, D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs - Puissance et impuissance de la norme juridique*, in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les bonnes mœurs*, préc., p. 53 : « le jugement n'est plus qu'un simulacre d'application d'une règle de droit dépourvue de toute substance juridique, de toute normativité propre ». - Adde R. Draï, *La banalisation des objets de scandale*, préc., p. 140.

concept¹. Au demeurant, cet empirisme sociologique est assez critiquable puisqu'il vide l'article 6 de sa substance en laissant présumer que les mœurs en cours sont bonnes, sans doute par esprit de tolérance² ; or, la jurisprudence cesse d'être structurante lorsqu'elle perd cette visée idéaliste qui exige davantage que les définitions du dictionnaire³. La loi elle-même n'est, cependant, pas innocente de cette déliquescence. D'une part, l'exigence qu'elle exprime s'affaiblit, en effet, chaque fois que l'institution initialement protégée entre en concurrence avec d'autres modèles⁴ ; peut-être est-ce le sens à donner à l'arrêt de la première Chambre civile du 3 février 1999 (ultérieurement confortée par l'Assemblée plénière⁵) qui reconnaît que la cause d'une libéralité visant le maintien d'une relation adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs⁶ ! En conséquence, d'autre part, le législateur se voit

¹ Cf. déjà les radicaux au XIX^e siècle avec E. Acolas, *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, Paris, Germer-Baillièrre, 2^e éd. 1874, t. I, p. 12-13. - Comp. L. Leveneur, note sous *Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999 (Mme Varcin c/ Hini)* : Contrats, conc., consom. 1999, comm. 105. - La réforme du droit québécois a fait disparaître, en 1994, la notion de bonnes mœurs comme élément distinct de l'ordre public.

² En ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 290 p. 203 ; J. Ghestin, *La formation du contrat*, préc., n° 125 p. 107. - Comp. Demogue, Savatier, Planiol et Ripert, cités in J. Bonnetcase, *La notion juridique de bonnes mœurs*, préc., p. 98-99.

³ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, préc., n° 525 p. 305 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 348 p. 345 & n° 362 p. 357, soulignant que « la loi a donné délégation aux bonnes mœurs et non aux mœurs ». - *Petit Larousse illustré*, préc., v° Mœurs, spéc. I et 4 a & b ; *Petit Robert*, préc., v° Mœurs, II. - Comp. *T. corr. Orange, 19 avr. 1950 (Nigoul et a.)*, affirmant qu'il ne faut pas « suivre aveuglément l'évolution des mœurs » : *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 35.

⁴ Comp. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 277 p. 194.

⁵ *Cass. ass. plén., 29 oct. 2004 (M^{lle} Galopin c/ Mme Floreal)* : *Bull. ass. plén.*, n° 12 p. 27-28 ; D. 2004, p. 3175 s., note critique D. Vigneau, spéc. p. 3177 ; *RTD civ.* 2005, p. 104 s., n° 8, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2005, art. 38096, p. 234 s., note St. Piedelièvre, & art. 38183, p. 1045 s., note V. Mikalef-Toudic ; *Dr. famille* 2004, comm. 230, note critique B. Beignier ; *RLDC* 2004/11 n° 466, obs. M. Lamarche, in *Sexe, bonnes mœurs et libéralités*.

⁶ Pacte civil de solidarité et concubinage ne devaient plus guère tarder à recevoir leur consécration législative, en concours avec le mariage ! - *Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999 (Mme Varcin c/ Hini)* : *Bull. civ. I*, n° 43 p. 29 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n° 25 p. 142 s. ; D. 1999, p. 267 s., rapp. X. Savatier et note J.-P. Langlade-O'Sughrie ; *ibid.*, chron. p. 351-352, Ch. Larroumet, *La libéralité consentie par un concubin adultère* ; *ibid.*, somm. p. 307-308, comm. M. Grimaldi ; *ibid.*, p. 377, comm. J.-J. Lemouland ; *JCP* 1999, éd. G, II, 10083, p. 917 s., note M. Billiau et G. Loiseau ; *ibid.*, I, 143, n° 4-5, obs. F. Labarthe ; *ibid.*, I, 152, p. 1333-1334, L. Leveneur, *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?* ; *ibid.*, I, 160, n° 1, obs. H. Bosse-Platière ; *ibid.*, I, 189, n° 8, p. 2249-2250, obs. R. Le Guidec ; *JCP* 1999, éd. N, p. 1430-1431, note F. Sauvage ; *Gaz. Pal.* 2000, I, p. 70 s., note St. Piedelièvre ; *ibid.*, p. 646 s., note F. Chabas ; *Dr. fam.* 1999, comm. 54 (1^{re} esp.), note B. Beignier ; *Defrénois* 1999, art. 36998, n° 30 p. 680 s., obs. J. Massip ; *ibid.*, art. 37008, n° 37 p. 738 s., obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, art. 37017, n° 62 p. 814 s., obs. G. Champenois ; *Petites affiches* 17 nov. 1999 n° 229, p. 10 s., note M. Mestrot ; *RTD civ.* 1999, n° 12 p. 364-365 & n° 8 p. 817 s., obs. J. Hauser ; *ibid.*, n° 4 p. 892 s., obs. J. Patarin. - *Addé Cass. 1^{re} civ., 16 mai 2000* : *Defrénois* 2000, art. 37229, n° 55 p. 1049-1050, obs. J. Massip ; *Dr. fam.* 2000, comm. 102, note B. Beignier.

contraint d'arbitrer des intérêts divergents¹, entre bonnes mœurs et libertés publiques², quitte à ce que les juges pourvoient à des adaptations en fonction des circonstances locales³. Ce délitement de la notion de bonnes mœurs n'est, toutefois, pas absolu. Le nouveau Code pénal, notamment, a seulement procédé à une nouvelle qualification des infractions aux mœurs⁴. Surtout, le terme de mœurs, isolé, apparaît inévitablement comme « une formulation elliptique » de la notion complète⁵. D'ailleurs, l'article 900 du Code civil se veut l'héritier de lois révolutionnaires qui, elles, posaient plus explicitement comme condition de fond des libéralités leur conformité aux bonnes mœurs⁶. Comment un pays aussi conservateur que la Confédération helvétique pourrait-il de même se référer aux simples habitudes pour encadrer la société⁷ ?

¹ Et Georges Brassens de s'interroger, in *Les trompettes de la renommée* : « Manquant à la pudeur la plus élémentaire, Dois-je, pour les besoins de la cause publicitaire, Divulguer avec qui et dans quelle position Je plonge dans le stupre et la fornication ? », in Georges Brassens, Paris, PolyGram distribution, 1987-1991, coll. master série, vol. I, n° 2.

² Sur la liberté d'expression, cf. P. Tifine et N. Ach, *La police du cinéma et la liberté artistique (A propos du décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001)* : Petites affiches 18 déc. 2001 n° 251, p. 14 s. et les références. - Sur la liberté du commerce, cf. *Cass. civ., 1^{er} mai 1855, Foubert c/ Fleury* (D. 1855, I, p. 147, et la note) & *Cass. req., 27 déc. 1944, Gachet c/ Courtial* (D. 1945, p. 121-122) pour le courtage matrimonial ; *Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 1984, Millant et a. c/ Allerat* (D. 1986, p. 448 s., 1^{re} esp., note J. Penneau ; Gaz. Pal. 1985, 2, p. 638 s., note F. Chabas ; RTD civ. 1987, n° 3 p. 91 s., obs. J. Mestre) & *Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000 (Woessner c/ Sigrand)* (Bull. civ. I, n° 283 p. 183-184 ; JCP 2001, éd. G, II, 10452, p. 69 s., note F. Vialla ; *ibid.*, I, 301, nos 16 s. p. 432-433, obs. J. Rochfeld ; JCP 2001, éd. E, p. 419, note G. Loiseau ; Defrénois 2001, art. 37338, p. 431, note R. Libchaber ; Contrats, conc., consom., 2001, comm. 18, note L. Leveneur ; *ibid.*, chron. 7, M.-C. Chemtob, *Cession de clientèle médicale : licéité sous réserve du respect de la liberté de choix du patient* ; RTD civ. 2001, n° 2 p. 130 s., obs. J. Mestre et B. Fages ; D. 2002, somm. p. 930-931 obs. sceptiques O. Tournafond qui préconise, comme F. Vialla, à la cour régulatrice de plutôt revoir l'idée de fonds de commerce) pour la cession de clientèle civile. - Cf., déjà, concl. Corneille sur CE, 10 août 1907 (*Baldy*), cité in R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, Paris, Montchrestien, 12^e éd. 1998, coll. Domat dr. publ., n° 932 p. 727 : « la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception ».

³ CE, 18 avr. 1902 (*Cne de Nérès-les-Bains*) : Rec. CE, p. 275 ; CE, 18 déc. 1959 (*Sté Les films Lutétia et Synd. fr. des producteurs exportateurs de films*) : Rec. CE, p. 693-694 ; S. 1960, p. 94 s., concl. Mayras ; D. 1960, p. 171 s., note Pr. Weil ; AJDA 1960, p. 20 s., chron. Combarous et Gallabert ; Rev. adm. 1960, p. 31 s., note J.-M. Juret ; JCP 1961, éd. G, II, 11898, note P. Mimin (1^{re} esp.), pour une combinaison des pouvoirs de police dans un même ressort géographique. - CE, 19 avr. 1963 (*Ville de Dijon & Ville de Salon-de-Provence*) : Rec. CE, p. 227 s.

⁴ Comp. les attentats aux mœurs (C. pén. ancien, art. 330) et les agressions sexuelles (C. pén., art. 222-22), l'outrage aux bonnes mœurs (C. pén. ancien, art. 283 s.) et la mise en péril des mineurs par une atteinte à la dignité humaine (C. pén., art. 227-24).

⁵ D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, préc., p. 18.

⁶ L. 5-12 sept. 1791 et L. 5 brumaire-17 nivôse an II. - Sur quoi, J.-R. Binet, *Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage* : D. 2006, chron. p. 1923-1924.

⁷ Cf. C. civ. suisse, art. 52 al. 3 (personnalité morale), et 519 al. 1^{er}, 3 (dispositions pour cause de mort) & 2 al. 1^{er} du titre final (entrée en vigueur et application du Code), qui renvoient aux mœurs.

90. - Ce même laps de temps offrait cependant une tendance diamétralement opposée à la notion d' « excès, sévices et injures graves » en matière de divorce pour faute¹. Aboutissement d'une campagne ardente d'Alfred Naquet, la loi du 27 juillet 1884 rétablit en France le divorce, en excluant toute contractualisation par souci de modération. La réforme de 1975 dut, toutefois, entériner un éclatement du cadre légal, sous l'effet d'un mariage symbolisant progressivement plus une cellule d'épanouissement individuel qu'un Etat miniature (à la base de toute socialisation)² ; l'évolution se fit d'ailleurs moins sous impulsion législative³ que par le biais d'une interprétation jurisprudentielle extensive. « Les magistrats ne prononceront le divorce que dans les circonstances extrêmes », déclarait M. de Marcère à la chambre le 14 mars 1882⁴ ! Pour la III^e République, seuls les mariages devenus intenable ou dangereux pour les époux pouvaient conduire au divorce, parce que la faute rendait impossible toute continuation de vie commune⁵. Rapidement, les injures devinrent une cause déterminée, véritable *clausula generalis*⁶, au point que le Gouvernement de Vichy dut même incriminer ceux ayant fait profession de faciliter la dissolution du mariage (L. 2 avr. 1941, art.

¹ En tant que telle, l'expression apparaissait dans le Code Napoléon (art. 231 : « les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices et injures graves, de l'un d'eux envers l'autre »).

² Sur quoi, cf. J. Carbonnier, *La famille*, préc., p. 502 & 515-516 ; *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I : *Etudes générales, Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 325 s. - Comp. le professeur Philippe Malaurie soulignant que « les deux arguments majeurs en faveur du divorce sont individualistes : le droit au bonheur de chaque époux (l'hédonisme conjugal) et la liberté humaine (l'indépendance conjugale) », in *La famille*, préc., n° 291 p. 166.

³ Les conditions posées par les textes encadrant la seconde guerre mondiale demeurant une figure de style dans les jugements, sans incidence sur la qualification des torts allégués entre époux : L. 2 avr. 1941, sur le divorce et la séparation de corps (DA 1941, législ. p. 200-201 & DC 1941, législ. p. 63 s., comm. J. Carbonnier) et Ord. 12 avr. 1945, sur le divorce et la séparation de corps (D 1945, législ. p. 84-85 & p. 145, comm. J. Carbonnier), sur l'exigence d'une violation grave ou renouvelée des devoirs nés du mariage, rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

⁴ JOAN 30 mars 1882, p. 808.

⁵ E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 614. - Comp. la rédaction restrictive de l'ancien article 232 : « En dehors des cas prévus aux articles 229, 230 et 231 (...), les juges ne peuvent prononcer le divorce (...) que pour excès, sévices ou injures ». - Des paroles simplement (*sic*) grossières dans un contexte particulier ne sauraient donc suffire, in *Cass. req., 14 janv. 1908 (Dame Nathansoard c/ Isoard)* : DP 1908, I, p. 127 ; un mari imposant sans ménagement des rapprochements sexuels ayant déterminé une maladie grave pour l'épouse est coupable d'excès et de sévices de nature à justifier une séparation de corps, in *CA Poitiers, 3 déc. 1894* : DP 1895, 2, p. 64, et la note.

⁶ Comp. l'introduction de devoirs innommés dans le mariage (honneur, dignité et loyauté), élargissant d'autant le champ des fautes concevables : A. Bénabent, *La famille*, préc., n°s 244 s. p. 208 s., spéc. n° 247 p. 210 s. ; G. Cornu, *La famille*, préc., n° 358 p. 511 ; *Code des personnes et de la famille*, préc., n° 1114 p. 244-245. - Adde A. Valensi, *L'application de la loi du divorce en France, Tendances générales de la jurisprudence, Résultats sociaux, Projets de réforme*, thèse Dr., Montpellier, Imprimerie Messiet et Jeanjean, 1916, p. 28 s.

5¹). Voilà qui apportait de l'eau au moulin de quelques contempteurs : « autoriser le divorce, c'est le mettre (...) à la disposition des époux (...). S'ils sont d'accord pour divorcer, il suffit que les époux préparent un scénario qui leur permette, tout en se conformant à la loi, de ne formuler que des griefs superficiels, voire fictifs, afin de ne pas révéler aux tiers les véritables causes de leur séparation »². Cette pratique juridictionnelle renoue, en quelque sorte, avec l'esprit du divorce révolutionnaire pour incompatibilité d'humeur ou de caractère³, en sanctionnant comme graves des événements qui, ailleurs, n'auraient certainement pas été considérés comme heurtant les bonnes mœurs. Quand bien même ce texte a été abrogé, la remarque demeure certainement valable en matière de libéralités ; avec quelques nuances lexicales, donations et testaments sont, en effet, révocables pour cause d'ingratitude lorsque le bénéficiaire « s'est rendu coupable (...) de sévices, délits et injures graves » envers le disposant⁴. Là encore, la diversité des comportements susceptibles de constituer la gravité est telle que la révocation se révèle une cause indéterminée⁵. Ceci permet donc de retenir toute *culpa levissima*, légèreté qui n'apparaît pas expressément dans la loi mais révélant l'aptitude du pouvoir judiciaire à pervertir son contenu.

91. - Finalement, la lecture de la jurisprudence pourrait bien rendre difficile à discerner l'interprétation de la création prétorienne du droit. Pourtant, l'une est d'ordre

¹ DC 1941, législ. p. 840, comm. J. Carbonnier ; DA 1941, législ. p. 201.

² H. & L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. I., vol. 3 : *La famille, Mariage - Filiation - Autorité parentale - Divorce et séparation de corps*, Paris, Montchrestien, 7^e éd. 1995, par L. Leveneur, n° 1410 p. 641. - Comp. CA Douai, 1^{er} mars 1990 (tabagisme excessif), CA Reims, 10 janv. 1991 (utilisation exagérée du minitel), citées in J. Hauser, *Vingt ans d'application de la loi sur le divorce*, Cours D.E.A. dr. priv., 1995-1996 ; et, déjà, Cass. req., 11 janv. 1921 (*Grare c/ Dame Grare*) : D. 1921, I, p. 71, à propos d'une surveillance étroite et incessante du mari dans la conduite du ménage. - Adde F. Dekeuwer-Defossez, *Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce* : D. 1985, chron. p. 219 s., et *Aperçu sociologique des fautes causes de divorce*, in *Sociologie judiciaire du divorce*, dir. J. Hauser, Colloque Assoc. Fr. de Sociologie du Dr., Paris, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques n° 6, p. 45 s.

³ D. 20-25 sept. 1792 qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce, § I, art. 3 : J.-B. Duvergier, *Collection complète des lois*, préc., t. 4, p. 477. - Noter que cet authentique pouvoir de répudiation unilatérale n'avait cependant rien d'automatique puisque le Parlement organisait trois tentatives de conciliation devant l'officier municipal (§ II, art 10 à 12) : *ibid.*, p. 478-479. - Sur l'abandon embarrassé du concept de faute au profit de l'échec irrémédiable du couple, cf. l'étude de droit comparé par F. Boulanger, *Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européens et la survie des éléments subjectifs* : D 2002, chron. p. 590 s.

⁴ C. civ., art. 955, 2°, et 1046 (l'article 1047 ne visant que l'injure grave). - M. Grimaldi, *Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, nos 1426 s. p. 329 s., spéc. n° 1431 p. 331-332 et n° 1510 p. 400-401, et les réf., qui fonde cette faculté sur une « obligation de reconnaissance » (n° 407 p. 310).

⁵ En ce sens, J. Flour et H. Souleau, *Droit civil, Les libéralités*, Paris, Armand Colin, 1982, coll. U, n° 177 p. 114.

purement technique, tandis que l'autre ressort davantage de la politique¹. Les objections deviennent naturellement plus vigoureuses pour les notions relatives qui, à côté de la loi, tentent d'en corriger la substance, que pour celles qui se contentent d'en étendre le domaine.

§ 2 : Interpolation *praeter legem*

92. - Dès la fin du XIX^e siècle, la Cour de cassation interdit aux juridictions du fond la dénaturation des obligations résultant d'une convention suffisamment claire et précise². A *fortiori* manque-telle à sa mission de contrôler la légalité des décisions lorsqu'elle viole délibérément la norme qu'elle doit faire respecter³. Seul, en effet, le Parlement détient le monopole de la puissance législative, sans quoi le texte de loi finirait « par disparaître sous l'interprétation dont il a été l'objet »⁴. Toutefois, l'acte de juger ne saurait être réduit à une application mécanique du Code civil ; il doit pouvoir « en réparer les défaillances ou les brèches, ou encore les rénover »⁵, sous peine de trahir le sens général de la règle incriminée. Sur fond d'équité malgré des textes limpides, l'immixtion du prétoire dans le pouvoir législatif n'est point nouvelle⁶. Certes, les décisions du « bon juge » Magnaud sonnent comme une réponse exagérée à l'école exégétique⁷ ; mais ses dérogations à l'interprétation stricte du droit pénal recourent bien l'idée d'une application analogique *in favorem* de la loi. Elle a

¹ En ce sens, Y. Gaudemet, *Fonction interprétative et fonction législative : aménagements juridiques de leurs rapports*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 209. - Comp. P.-A. Côté, *Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports*, *ibid.*, p. 189 s.

² *Cass. civ.*, 15 avr. 1872 (*V^e Foucault et Coulombe c/ Pingault*) : H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2 : *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris, Dalloz, 11^e éd. 2000, n° 160 p. 111 s. ; S. 1872, I, p. 232 et la note ; DP 1872, I, p. 176 et la note. - Cf. déjà *Cass. req.*, 22 nov. 1865 (*De Laplace-Chauvac et Bourne c/ Assada et Bourelly*) : S. 1866, I, p. 23-24 et la note.

³ En ce sens, H. Mazeaud, *Une « dénaturation » de la loi par la Cour de cassation (la violation des articles 318 et suivants du Code civil relatifs à la contestation de paternité légitime)* : JCP 1977, éd. G, I, 2859, nos 1 & 10.

⁴ J. Boulanger, *Notions sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile* : RTD civ. 1961, n° 17 p. 425-426, avec l'image du palimpseste.

⁵ N. Dion, *Le juge et le désir du juste*, préc., n° 2 p. 195.

⁶ Sur quoi, E. Agostini, *L'équité*, préc., spéc. nos 9-10 p. 11 s. - Comp. J.-F. Haudebourg, *Bonne foi et surendettement des ménages* : Rev. proc. coll. 1997, p. 3 et 12. - En jurisprudence, cf. spéc. *Cass. crim.*, 4 janv. 1935 (*Coésy*) sur la fixation du *dies a quo* en matière de prescription d'abus de bien social : Gaz. Pal. 1935, I, p. 353 ; Rev. sc. crim. 1936, p. 86 s., obs. E. F. Carrive.

⁷ En ce sens, St. Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 41. - Rapp. D. Mainguenau, *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 64. - CA Amiens, 22 avr. 1898 (min. publ. c/ D^{elle} Ménard) critiquant la libre interprétation de T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898 : DP 1899, 2, p. 329 note L. Jossierand ; S. 99, 2, p. 1, note J.-A. Roux.

d'ailleurs nourri la naissance du droit administratif à partir de l'arrêt *Blanco* de 1873¹. En comparaison, la relativité devient un outil au service du juge, à l'aide duquel il pèse des intérêts divergents en vue de trouver, non la solution qui sied aux attentes sociales, mais la plus équilibrée et la plus pertinente du point de vue de l'esprit législatif : « la recherche de justice est la raison même de cette démarche correctrice » remarquait naguère le conseiller Guy Cousinet². La jurisprudence n'a donc pas pour objet de contrer les termes de la loi, mais seulement de pourvoir à la continuité du droit³ ; l'interpolation judiciaire consiste ainsi à déceler les conditions qui singularisent un texte⁴, soit pour exacerber la créance (*II*), soit pour tempérer la dette (*I*) dans les rapports conflictuels.

I - Tempérer la dette

93. - Selon l'article 1109 du Code civil, « il n'y a point de consentement valable (...) s'il a été (...) surpris par dol ». En défendant l'idée que « le dol se compose de toutes les espèces d'artifices qui sont employés pour tromper », Bigot-Préameneu entendait même que les juridictions inclussent la simple réticence⁵. A la différence de la violence, ce vice porte plus atteinte à la pertinence qu'à la liberté de la volonté manifestée⁶. L'article 1116 confirme d'ailleurs cette idée en exigeant que l'absence des manœuvres employées par une partie n'ait pas conduit l'autre à contracter. Aussi le Code civil n'enjoint-il pas tant le juge de

¹ En ce sens, B. Beignier, *Les arrêts de règlement*, préc., p. 50. - *T. confl. 8 févr. 1873* : D. 1873, 3, p. 20 s., concl. David ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz, 13^e éd. 2001, coll. Grands arrêts, n° 1 p. 1 s.

² *La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste*, in *De l'injuste au juste*, préc., p. 105. - Adde St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, coll. bibl. dr. publ., t. CXXXV, n° 51 p. 47. - Rapp. S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc. - Comp. la fonction des autorités administratives indépendantes, au confluent des pouvoirs classiques (législatif, exécutif et juridictionnel) puisque les droits subjectifs qu'elles reconnaissent deviennent source, *in fine*, d'un véritable droit objectif, conciliant les logiques du marché et de l'intérêt général, in L. Boy, *Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)* : D. 2001, chron. p. 3032-3034, I A, et les références.

³ En ce sens, G. Nicolau, *L'équivoque entre vice et vertu* : RTD civ. 1996, introduction *in fine*, p. 63.

⁴ Comp. le rôle de technicisation dévolu à la jurisprudence par Ph. Jestaz, in *La jurisprudence, ombre portée du contentieux* : D. 1989, chron. p. 153.

⁵ Cf. l'exposé des motifs, in P.-A. Fenet, préc., t. XIII, p. 224. - En ce sens, *Cass. req., 6 févr. 1934 (Sicault c/ Michaut)* : S. 1935, I, p. 296. - *Cass. 3^e civ., 20 déc. 1995 (Epx Chagot c/ Epx Arroyo)* sur la dissimulation d'un projet de construction privant d'ensoleillement l'immeuble vendu : Bull. civ. III, n° 268 p. 179-180 ; Contrats, conc., consom. 1996, comm. 55, note L. Leveneur.

⁶ En ce sens, A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 18 p. 64.

sanctionner une faute¹ que de vérifier son impact sur la qualité de l'acceptation de celui qui l'a subie. La cour d'appel de Colmar tenta même de faire valoir que cette disposition n'implique pas que les manœuvres aient trompé le contractant. En vain² ! Autrement dit, pour la Cour de cassation, si le mensonge constitue intrinsèquement le dol, sans qu'une machination (un élément matériel) soit nécessaire comme en droit romain³, sa force persuasive doit surtout être mise en regard de « la capacité de scepticisme » de la victime⁴. Classiquement - et presque naturellement -, la jurisprudence reconnaît, en effet, la licéité de l'emphase commerciale⁵, ajoutant alors une qualification manifestement inexistante dans les termes légaux : le *bonus dolus* ne saurait être cause de nullité d'un acte juridique, parce que nul ne doit être abusé par la ruse contractuelle⁶ ! N'est-ce pas pourtant l'objet-même de cette protection ? Favard reconnaissait cependant devant le Tribunal que « la loi, qui ne peut pas désigner tous les cas, n'en doit désigner aucun : elle laisse aux tribunaux le soin de peser la gravité des circonstances, et de juger de l'effet qu'elles ont dû produire sur tel ou tel individu »⁷. Du reste, dans le droit spécial du mariage, le législateur récusé explicitement le

¹ Conception plutôt romaniste : C. Accarias, *Précis de droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, Paris, A. Cotillon et C^{ie}, 3^e éd. 1882, t. 2, n^{os} 837-838 p. 1060 s. ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain, tome Deuxième (Les Obligations)*, Paris, Domat-Montchrestien, 2^e éd. 1940, n^{os} 53-55 p. 85 s. - Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats et quasi-contrats*, préc., n^o 113 p. 94.

² CA Colmar, 30 juin 1970 (*Cts Lang c/ V^e Blum et Sté Aux villes de France*), dans une espèce où celles-là n'avaient engendré aucune erreur ni ne caractérisaient une violence morale : JCP 1971, éd. G, II, 16609, obs. approbatives Y. Loussouarn ; D. 1970, p. 297 s., note E. Alfandari. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n^o 517 p. 190. - Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats et quasi-contrats*, préc., n^o 116 p. 95-96. - *Contra Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 1995 (Daviet c/ Ducasse)* : D. 1997, p. 20 s., note P. Chauvel ; *Contrats, conc., consomm.* 1996, comm. 2, note L. Leveneur.

³ H., L. & D. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n^o 193 p. 184 et les réf. - Cf., toutefois, *Dictionnaire étymologique*, préc., v^o Machine & Manœuvre.

⁴ J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n^o 42 p. 102. - Comp., pour une conception causaliste du dol, *Cass. soc., 5 oct. 1994 (Dorchies c/ SA Comptoirs français d'importation et de transformation réunis)* : D. 1995, p. 282 s., note Ph. Mozas ; *Cass. soc., 16 févr. 1999 (Mme Bentenat c/ Institut interprof. de formation pour l'industrie et le commerce)* : Bull. civ. V, n^o 74 p. 55 ; RTD civ. 1999, n^o 5 p. 419 s., obs. P.-Y. Gautier, pour une candidature à un emploi.

⁵ Le doyen Carbonnier la compare à « l'indulgence de la comédie italienne ou française pour les bons tours d'Arlequin ou de Scapin », in *Les obligations*, préc., n^o 45 p. 107. - C. Goldoni, *Arlequin II servitore di due padroni*, Paris, Gallimard-Flammarion, 1996, n^o 894, 308 p. ; Molière, *Les fourberies de Scapin*, Paris, Hachette, 1976, coll. Nouveaux classiques illustrés, Acte III scène XIII, p. 94-95.

⁶ *Dictionnaire étymologique*, préc., v^o Dol. - Digeste 4, 3, 1, 3. - *Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 (Joffroy c/ Rossel et a.)* : Bull. civ. I, n^o 111 p. 74.

⁷ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. XIII, p. 315.

dol comme vice, tant le consentement y est déterminé par un jeu de séduction¹. Mais, tandis que la loi punit la publicité mensongère², la jurisprudence refuse de cautionner la naïveté de l'acquéreur³, au point d'aboutir à « ce paradoxe : plus la contrevérité est grossière, moins elle est sanctionnée »⁴. Cette bienveillance prétorienne pour le débiteur fait quelque peu écho aux interrogations doctrinales sur le point de savoir si une demande en nullité peut être équitablement reconnue bien fondée lorsque le dol invoqué repose sur une méprise inadmissible⁵.

94. - Certes, dans le sillage du professeur Jacques Ghestin⁶, la Cour de cassation admet, désormais, que « la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁷. Sa décision abonde dans le sens d'une législation protectrice du consommateur. Des plumes autorisées estiment, toutefois, que le droit n'a pas à couvrir « celui qui s'est laissé prendre à une contre-vérité manifeste »⁸ ; d'autres encore prétendent même que les deux « notions sont exclusives l'une de l'autre », en raison de l'obligation d'information⁹. Pourtant, la haute juridiction n'opère là qu'un retour à l'orthodoxie littérale,

¹ C. civ., art. 180 *a silentio* et le brocard célèbre de Loysel : « En mariage, il trompe qui peut ». - G. Cornu, *La famille*, préc., n° 172 p. 258 & n° 174 p. 260 ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 96 p. 53-54. - S. Neuville, *Le silence de l'article 180 du Code civil, un héritage équivoque* : Dr. fam. 1999, chron. 3.

² C. consomm., art. L. 121-1 sur les pratiques commerciales trompeuses, L. 121-8 s. sur la publicité proprement dite, & L. 213-1 sur le délit de tromperie.

³ *Cass. crim.*, 21 mai 1984 (*AFOC c/ Castelli*) : D. 1984, IR p. 405 ; RTD com. 1985, n° 10 p. 378-379, obs. P. Bouzat, sur la solidité d'une valise à l'épreuve d'un bouteur. - *Cass. crim.*, 15 oct. 1985 (*SA Dart Europe c/ Brouillet*) : D. 1986, IR p. 397-398 (5^e esp.), comm. G. Roujou de Boubée, sur la longévité d'une pile. - *Comp. CA Paris*, 26 sept. 1991 (*Sté européenne de presse et d'édition c/ Sté CEP inf. et prof.*) : D. 1992, somm. p. 341 s., comm. M.-L. Izorche.

⁴ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n° 530 p. 195.

⁵ A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 18 p. 68.

⁶ *La formation du contrat*, préc., n° 523 p. 486.

⁷ *Cass. 3^e civ.*, 21 févr. 2001 (*Epx Plessis c/ Cts Errera*) : Bull. civ. III, n° 20 p. 17-18 ; D. 2001, p. 2072 s., note D. Mazeaud ; *ibid.*, somm. p. 3236, obs. L. Aynès ; *ibid.*, 2002, somm. p. 927-928, obs. Ch. Caron et O. Tournafond ; JCP 2001, éd. G, I, 330, n^{os} 10 s. p. 1217 s., obs. A. Constantin ; *ibid.*, 2002, II, 10027, p. 348 s., note Ch. Jamin ; *ibid.*, éd. E, II, 764 p. 809 s. note P. Chauvel, spéc. n^{os} 3-6 p. 809-810 ; Defrénois, 2001, art. 37365, p. 703 s., obs. R. Libchaber ; RTD civ. 2001, n° 3 p. 353 s., obs. J. Mestre et B. Fages. - Cf., déjà, *Cass. 1^{re} civ.*, 23 mai 1977 (*Barthoux c/ Epx Malleville et a.*) : Bull. civ. I, n° 244 p. 191-192. - Rappr. l'incidence de la mauvaise foi de l'auteur du dol sur l'erreur du cocontractant professionnel, in *Cass. 1^{re} civ.*, 27 juin 1973 (*Genadt c/ Vain*) : Bull. civ. I, n° 221 p. 196-197.

⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. I, préc., n° 212 p. 146. - Adde les réf. in B. Petit, *J.-Cl. civil*, art. 1116, *Contrats et obligations, Dol*, 1998, n° 34 p. 11.

⁹ J. Mouly, *Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailleur »)* : D. 2003, chron. p. 2027 n° 17.

puisque l'article 1110 précise uniquement l'élément sur lequel doit porter le vice : la substance de la chose objet du contrat (alinéa premier) ou la personne dans les conventions conclues *intuitu personæ* (alinéa second)¹. *A contrario* cependant, la faute de l'errans semble pouvoir rester impardonnable en l'absence de dol : comme en matière d'erreur commune, la haute juridiction refuse donc l'annulation d'un acte malgré le vice qui l'entache réellement, alors même que les textes n'exigent rien de tel. D'aucuns remarqueront que l'idée n'est pas généralisable : bien que l'erreur sur la cause révèle une défaillance remarquable de la victime dans la conduite de ses intérêts, elle n'est jamais écartée au motif qu'elle serait injustifiable² ; mais la doctrine y décèle plutôt la sanction d'une absence de cause, indépendamment de l'erreur qui ne fait que la soutenir³. Assurément aussi, quand bien même l'application de la maxime latine revient à valider une violation de la loi (sous prétexte d'intérêt social), la décision rendue sur son fondement n'a qu'une autorité relative : sans abroger la disposition en cause, elle ne crée que des droits subjectifs⁴. Cette transformation de la règle de droit strict - l'erreur « brute » - en notion relative apporte quelque souplesse à une législation parfois difficilement abordable pour le justiciable⁵. Finalement, à l'élément matériel du Code civil se greffe une condition purement jurisprudentielle d'ordre psychologique, propre à modifier substantiellement le régime de la notion : la relativité ainsi conférée au texte exclut la possibilité d'obtenir la nullité d'un acte pour erreur⁶. Cette véritable « déchéance » du

¹ Sur quoi, J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préc., n^{os} 26 s. p. 25 s. & n^{os} 196 s. p. 233 s.

² *Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 (SEM marché d'Orléans c/ Sté centrale d'équipement du territ.)* : Bull. civ. I, n^o 194 p. 139-140 ; Defrénois 1995, art. 36145, n^o 101 p. 1038-1039, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1996, éd. G, I, 3914, n^{os} 1 s. p. 123-124, obs. M. Fabre-Magnan ; RTD civ. 1995, n^o 3 p. 880-881, obs. J. Mestre.

³ Cf., d'ailleurs, *ibid.*, le visa de l'article 1131 du Code civil par la juridiction suprême. - En ce sens, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n^o 330 p. 330. - Comp. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préc., n^o 24 p. 22 & n^{os} 211 s. p. 253 s., spéc. n^o 216 p. 259 s.

⁴ Sur quoi, H. Mazeaud, *La maxime « error communis facit jus »*, préc., p. 930 s. & 951.

⁵ Comp. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi* : D. 2000, chron. n^{os} 39 s. p. 366 s. - Rapp. G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., spéc. n^o 6 p. 31.

⁶ En ce sens, A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n^o 16 p. 59. - *Contra*, à propos des nullités de la période suspecte pour les entreprises en difficulté, *Cass. com., 3 févr. 1998 (Brunet-Beaumel, ès qual. c/ Epx Herio et a.)*, affirmant, sans guère de justifications, que « ni l'erreur commune, ni l'apparence (*sic*) ne peuvent faire obstacle aux conséquences, vis-à-vis des tiers sous-acquéreurs, même de bonne foi, de la nullité édictée par les articles » L. 632-1 et -2 du Code de commerce : D. 1999, p. 185-186, note critique A. Bénabent ; RTD civ. 1998, n^o 1 p. 361, obs. critiques J. Mestre.

droit d'agir choque la logique caractérisant la formation du contrat¹ : même si l'erreur est inexcusable, commune et invincible, légitime² ou de droit³, la volonté n'en est pas moins viciée. Elle repose, néanmoins, sur un souci d'équilibre contractuel entre la parole donnée et l'appréciation de sa portée⁴, car « on sent instinctivement qu'il existe des erreurs indifférentes et d'autres qui ne le sont pas »⁵. Les premières ne sont, en effet, qu'une déclinaison de la mauvaise foi de celui qui agirait en annulation, plus à cause d'une exécution finalement inadaptée à ses besoins qu'en raison d'une méprise lors de la conclusion de l'acte⁶. Pour le juge, la solution dépend donc de la légitimité d'une partie à croire en l'existence d'une situation douteuse⁷ : seule est admissible une « ignorance raisonnable »⁸, en ce sens qu'elle aurait mis totalement obstacle à la rencontre des volontés. Cette approche rallie quelque peu la doctrine de Pothier à la veille de la Révolution⁹. En fixant ainsi à chacun

¹ A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 83 p. 62-63, qui insiste sur l'absence de support textuel. - Cf. aussi la confusion critiquée par C. Thibierge entre nullité et responsabilité, in *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, LGDJ, 1992, coll. bibl. dr. priv., t. 218, spéc. n° 405 p. 240-242.

² Cf. la théorie du mandant apparent depuis *Cass. civ., 29 avr. 1969 (SCI Les Genévriers et a. c/ Bonnin et a., Riou c/ Sté La cuiller en bois & Cts Kenicq c/ Martin)*, abandonnant le critère de l'erreur... commune (*Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 1965, Epx Perrais c/ V^{re} Morand et a.* : JCP 1966, éd. G, II, 14631 et les obs. ; D. 1966, p. 449-450, note J. Calais-Auloy) : D. 1970, p. 23 s., note J. Calais-Auloy ; JCP 1969, éd. G, II 15972, obs. R. Lindon. - Adde Y. Loussouarn, in *RTD civ.* 1970, n° 3 p. 348 s., sur le fondement du mandat apparent ; D. Ammar, note sous *Cass. com., 8 juin 1999 (C^{ie} La Réunion européenne c/ Sté Maersk inc.)* : D. 1999, II p. 731-732, au regard du formalisme dans le transport maritime.

³ A condition d'accepter que nul ne peut alléguer son ignorance de la loi pour y échapper : « *nemo censetur ignorare legem* ». - R. Vouin, *La bonne foi*, préc., n°s 131-132 p. 259-260. - R. Decottignies, *L'erreur de droit* : *RTD civ.* 1951, p. 309 s. - Rapp. J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préc., n°s 52 s. p. 52 s. - *Contra* F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 216 p. 210-211 et les réf. ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 81 p. 61-62 & n° 83 p. 63 avec les réf. - *Comp. C. civ.*, art. 2052 al. 2 (dans la transaction) & 1356 al. 4 (pour l'aveu judiciaire) ; adde *C. pén.*, art. 122-3 comme cause d'irresponsabilité.

⁴ A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 16 p. 54 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n° 500 p. 183 ; J. Ghestin, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préc., n°s 120 s. p. 159 s.

⁵ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats et quasi-contrats*, préc., n° 104 p. 87.

⁶ G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi* : *RTD civ.* 1946, n° 29 p. 99-100. - Adde H. Mazeaud, *La maxime « error communis facit jus »*, préc., p. 930 & 954-955.

⁷ Cf. J.-L. Souriou, *La croyance légitime*, *op. cit.*, spéc. n°s 21 & 22. *Comp. Cass. ass. plén., 13 déc. 1962 (Banque canadienne nationale c/ DGI)* : D. 1963, p. 277 s., note J. Calais-Auloy ; JCP 1963, éd. G, II, 13105, obs. P. Esmein.

⁸ *Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2001 (Sté Peavey Company c/ Organisme gén. pour les fourrages)* : D. 2001, somm. p. 1135, obs. dubitatives Ph. Delebecque, in *fine*, à propos d'une clause compromissive dans une chaîne homogène de contrats. - Adde J. Monéger, note sous *Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1976 (Epx Cheval c/ Epx Courthial et a.)* : JCP 1978, éd. G, II, 18864, spéc. n°s 13 s.

⁹ Sur quoi, cf. R. David, *La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la common law d'Angleterre*, in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, préc., p. 145 s., spéc. p. 147-149, et les réf. - Rapp. *Cass. req., 4 févr. 1850 (Mouillon c/ héritiers Blandin)* : S. 50, I, p. 179 s. sur l'« erreur invincible ».

le devoir de prendre soin de ses intérêts¹, la Cour de cassation rétablit aussi la balance en faveur de débiteurs qu'elle n'hésite pas à accabler d'obligations sans fondement légal, mais visant à défendre principalement le consommateur contre sa prétendue vulnérabilité économique².

II - Exacerber la créance

95. - Dans la dynamique des Lumières, les codificateurs de 1804 (et leurs successeurs parlementaires) ne purent que poursuivre l'idéal révolutionnaire d'égalité entre les citoyens, tout au moins comme principe directeur³. Néanmoins, pour se garder qu'un tel souhait ne vire à un égalitarisme sclérosant⁴, la jurisprudence a, peu à peu, instillé des mesures d'équité. Par le jeu d'une relativisation particulièrement ciblée⁵, elle nuance ainsi l'application de certaines notions, en fonction de l'aptitude réelle des individus : chaque fois que le créancier se retrouve en position de faiblesse, ce tempérament permet d'accroître les charges pesant *ab initio* sur le débiteur. Le phénomène, éminemment avantageux pour la victime, est prégnant en matière conventionnelle, par une densification des obligations para-contractuelles (1), mais a fini par rendre complètement imprécise la hiérarchisation des fautes (2) inspirée de l'Ancien Droit.

¹ P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)* : D. 1983, chron. p. 139 s. - Adde J. Mestre : RTD civ. 1987, n° 1 p. 84 s. sur « la moindre protection du professionnel lors de la conclusion du contrat », soit une obligation de s'informer sur les renseignements fournis. - Rappr. l'adage « *emptor debet esse curiosus* », in H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n° 110 p. 199-201. - Plus nuancée, A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2006, dir. Ph. Conte, 551 p., *passim*.

² Rappr. la critique de C. Charbonneau et F.-J. Pansier, in *Quel beau siècle pour les juristes ! ou encore Beati sunt pauperes spiritu ou enfin nous sommes tous des incapables majeurs plus ou moins éclairés* : Gaz. Pal. 2000, I, doct. p. 32 s. - G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 43 p. 1119 et note 4.

³ Cf. notamment C. civ., art. 7 & 8. - Adde Const. 4 oct. 1958, Préambule & art. 1^{er}.

⁴ Comp. les débats autour de la L. const. n° 99-569, 8 juill. 1999 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes : JO 9 juill. 1999, p. 10175 ; D. 1999, législ. p. 356-357 et les réf. aux travaux préparatoires. - Adde *Cons. const.*, 30 mai 2000, déc. n° 2000-429 DC : JO 7 juin 2000, p. 8564 s. ; D. 2001, somm. p. 1837-1838, obs. N. Jacquinet ; AJDA 2000, p. 653 s., note J.-E. Schoettl ; Petites affiches 17 oct. 2000 n° 207, p. 20 s., note B. Mathieu et M. Verpeaux. - Rappr. Le Monde jeudi 22 avr. 1999, *passim* ; S. Agacinski, *Contre l'effacement des sexes* : Le Monde samedi 6 févr. 1999, p. 1 ; E. Badinter, *Non aux quotas de femmes* : *ibid.* mercredi 12 juin 1996, p. 15, & *La ressemblance des sexes* : *ibid.* mercredi 14 nov. 2001, p. 20.

⁵ Néologisme à partir de *Petit Robert*, préc., v° Cibler : « Déterminer le public auquel un produit est destiné ».

I. **Densification des obligations para-contractuelles**

96. - Emile Durkheim contesta le rôle conféré à la loi ainsi qu'au juge par la doctrine libérale du XIX^e siècle en considérant que l'ordre public ne bornerait pas la liberté contractuelle à la marge ; au contraire, c'est de son respect qu'une convention tiendrait sa légitimité¹, c'est-à-dire que l'autonomie de l'individu devrait rester compatible avec l'existence d'une certaine cohésion sociale². Même si la Cour de cassation tente de revenir à plus d'orthodoxie textuelle³, la pensée du sociologue semble bien avoir eu quelque retentissement dans le domaine contractuel, tant a progressivement augmenté la part d'un droit coopératif⁴ ; « le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur les idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération »⁵. Faute pour le droit commun classique d'assurer une réparation efficace du préjudice ressenti, le droit positif complète, en effet, les conventions d'obligations sous-jacentes à ce qui fut explicitement convenu « et probablement non consciemment voulues par celui qui y est soumis, au simple motif qu'elles correspondent à la justice contractuelle »⁶. Kelsen, dont la *Théorie pure du droit* contient déjà une telle philosophie plénière, nie toute possibilité de lacune pour montrer le caractère inévitablement exhaustif du système juridique⁷. Le professeur Denis Mazeaud en conclut que le juge « se livre, en s'appuyant sur les articles 1134 et 1135 du Code civil, à une densification des obligations

¹ *De la division du travail social*, Paris, PUF, 4^e éd. 1996, coll. Quadrige n° 84, II-IV p. 184 s., sur le rôle croissant d'un Etat providentiel.

² *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Durkheim Emile, spéc. p. 200-201.

³ *Cass. 3^e civ., 14 sept. 2005 (Epx Aranha c/ Epx Auffray)* : RTD civ. 2005, p. 776, n° 6, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2005, éd. G, II, 10173 p. 2313 s., obs. G. Loiseau ; D. 2006, p. 761 s., note dubitative D. Mazeaud ; Dr. et patrimoine janv. 2006, chron. p. 87, obs. approbatives L. Aynès.

⁴ Plutôt préventif, tendant donc à limiter le recours à la sanction, répressive. - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 248 p. 234 s. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 83 p. 170. - Adde Petit Robert, préc., v° Coopération, 1^o, avec la citation de Sainte-Beuve : « En toute coopération on est, en quelque sorte, dépendant de ses collaborateurs et solidaire avec eux ».

⁵ D. Mazeaud, obs. sous *Cass. com., 15 janv. 2002 (Sté France Motors c/ Nodée)* : D. 2002, somm. p. 2841-2842, et les réf. ; *ibid.*, p. 1974 s., note critique Ph. Stoffel-Munck - *Comp. Cass. com., 6 mai 2002 (Sté Fiat Auto France c/ Sté Sofisud)* : *ibid.*, somm. p. 2842-2843, obs. D. Mazeaud, et p. 3008, obs. D. Ferrier.

⁶ A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 280 p. 199.

⁷ In P. Dubouchet, *La théorie pure du droit de Kelsen et la logique* : RRJ 1991, p. 747 et la référence à Spinoza. - Contra M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *La technique et les principes du droit public, études en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, Paris, LGDJ, 1950, n° 11 p. 620.

contractuelles. Procédant par voie d'adjonction, la jurisprudence a ainsi créé de toutes pièces, par souci d'équité, d'équilibre ou au nom de l'impératif d'indemnisation, des obligations » singulières, véritables principes généraux universellement applicables¹. En amont de la conclusion, différents textes imposent que les clauses défavorables au créancier soient libellées en caractères « très apparents » (C. assur., art. L. 112-4 *in fine*²), de façon « claire et compréhensible »³. Ils ne font ainsi que reprendre la découverte jurisprudentielle des obligations - plus générales - d'information et de conseil⁴. En aval, la Cour de cassation bâtit un devoir de loyauté sur le socle de l'article 1134 alinéa 3 et introduit une obligation de surveillance dans quelques contrats de service⁵. Mais c'est surtout dès 1911 qu'elle instaure une obligation de sécurité au profit du créancier⁶. Néanmoins, cette dernière ne présente un réel intérêt pour le bénéficiaire qu'en distinguant les obligations de moyens et celles de résultat. Comment, cependant, son cocontractant peut-il seulement promettre d'employer

¹ D. Mazeaud, *Constats sur le contrat, sa vie, son droit* : Petites affiches 1998 n° 54, p. 8 s., rapp. au 94^e congrès des notaires de France (Lyon 17-20 mars 1998), *Le contrat : liberté contractuelle et sécurité juridique*. - Rapp., à propos des clauses d'échelle mobile, M. Besson, concl. contraires sous *Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1957 (Epx Guyot c/ Praquin)*, in JCP 1957, éd. G, 10093 bis, n° 162 : « Contrairement à ce qui est parfois enseigné, les juges ne peuvent pas se substituer aux contractants (...). Serviteurs de la loi, ils doivent se cantonner dans les limites qui leur sont assignées ».

² Et non seulement « apparents » comme pour l'ensemble du contrat d'assurance (art. L. 112-3 al. 1) !

³ C. consom., art. L. 121-18 al. 2, L. 121-20-3 al. 3 & L. 121-20-10 al. 3, L. 121-63 al. 1^{er}, L. 132-1 al. 7, L. 133-2 al. 1^{er} - Rapp. la clarté du contrat d'assurance (qui n'efface d'ailleurs pas le devoir de renseignement du professionnel), in *Cass. 2^e civ., 8 mars 2006 (Dame de Lambert c/ Hubert et a.)* : Resp. civ. assur. 2006, comm. 170, note H. Groutel ; D. 2006, p. 1941 s., note D. Noguéro, spéc. II A p.1943-1944. - Comp. l'inopposabilité d'une clause limitative de responsabilité écrite « en caractères minuscules » (*Cass. 1^{re} civ., 31 mai 1983* : Bull. civ. I, n° 159) ou « en police très petite » (*Cass. com. 27 nov. 2007* : Contrats, conc., consom. 2008, comm. 62, obs. L. Leveneur).

⁴ Pour les nombreuses références d'arrêts, cf. A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n°s 282 s. p. 200 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°s 249 s. p. 236 s. ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2000, coll. Précis dr. priv., n°s 49 s. p. 49 s. - M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, coll. bibl. dr. priv., t. 221, 573 p. ; M. de Juglart, *L'obligation de renseignements dans les contrats* : RTD civ. 1945, p. 1 s. ; M. Tchendjou, *L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel* : JCP 2003, éd. G, I, 141 p. 1089 s.- Adde C. consom., art. L. 111-1 et L. 113-3.

⁵ Sur quoi, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préc. ; Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, *La bonne foi (Journées louisianaises)*, t. XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, 585 p. - A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 284 p. 203 et les réf.

⁶ *Cass. civ., 21 nov. 1911 (C^{ie} gén. transatlantique c/ Zbidi Hamida ben Mahmoud)* : S. 1912, I, p. 73-74, note Ch. Lyon-Caen ; DP 1913, I, p. 249 s., concl. et note L. Sarrut ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n° 262 p. 543 s.

tous les moyens possibles pour le satisfaire¹ ? L'obligation devient alors sensiblement comparable aux conditions potestatives, prohibées par l'article 1174 du Code civil parce qu'elles équivalent à une absence d'engagement effectif² ; l'engagement serait toutefois systématiquement préservé en considérant cette obligation comme alternative, au sens de l'article 1189 du Code civil³. Mieux vaut sans doute comprendre que la juridiction suprême cherche à rendre contractuel un dommage dont la nature serait plutôt délictuelle⁴ : elle comble ainsi un probable déficit d'indemnisation, en amplifiant l'obligation mise au débit. C'est bien le cas lorsque la jurisprudence en vient à exiger de certains professionnels une « obligation particulière d'information » : agence de voyages⁵, établissement bancaire⁶, notaire⁷, mais surtout médecin¹, sur lequel elle fait même peser la preuve de son

¹ Comp. la portée jurisprudentielle fort aléatoire des lettres d'intention, selon la nature juridique conférée à cette garantie, in Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2000, coll. Précis dr. priv., n^{os} 237 s. p. 242 s. - Adde spéc. Ch. Gavalda et J. Stoufflet : JCP 1976, éd. G, I, 2801, n^o 74 ; M. de Vita, *La jurisprudence en matière de lettre d'intention* : Gaz. Pal. 1987, 2, doct. p. 667 s. ; M. Montanier, *La lettre d'intention*, in *Rapport de la Cour de cassation 1987*, Paris, doc. fr. 1988, p. 72 s. ; St. Piedelièvre, *L'efficacité des lettres de confort* : Dr. et patrimoine 1996, p. 56 s. - D'ailleurs, cf. *Cass. com.*, 26 févr. (Sté Sofiber c/ Banque populaire de Bourgogne) & 9 juill. 2002 (Sté Lordex c/ Sté La Rhénane) : D. 2002, AJ p. 1273-1274 & p. 2327-2328, obs. A. Lienhard ; et pour la première esp. : JCP 2002, éd. E, II, 918, p. 1003 s., note D. Legeais ; RD bancaire et fin. 2002, actualités n^o 93, obs. A. Cerles ; Banque et droit 2002, n^o 83, 42 s., obs. N. Rontchevsky ; Dr. sociétés 2002, comm. 105, note Th. Bonneau ; Bull. Joly 2002, p. 607 s., note favorable J.-F. Barbiéri.

² *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Potestatif. - Sur une critique de la distinction : J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n^o 295 p. 520 s. ; D. Mazeaud, note sous *Cass. com.*, 26 janv. 1999 : Defrénois 1999, art. 37008, n^o 38 p. 740 s. - Cf., au moins pour un assouplissement de la différenciation, R. Morel, note sous *Cass. civ.*, 27 juin 1939 (Dr Alix c/ Cts Retrouvay) : S. 1940, I p. 73 s.

³ Sur la distinction entre condition potestative et obligation alternative, cf. *CA Paris*, 28 mai 1974 (SA Seven Arts Production c/ Alain Delon et Sté Variety) : D. 1974, p. 685, concl. Cabannes. - Adde Ph. Delebecque, note sous *Cass. com.*, 7 déc. 2004 (Sté GD Express Worldwide c/ Sté Ace Insurance) : *ibid.* 2005, p. 2392 s., spéc. n^{os} 5 s. p. 2392-2393. - Plus généralement, M.-J. Gebler, *Les obligations alternatives* : RTD civ. 1969, p. 1 s. ; L. Bineau, *Les obligations alternatives en droit privé* : Petites affiches 6 juin 2002 n^o 113, p. 9 s. - Rapp. la notion d'obligation facultative, vue comme la possibilité offerte au débiteur de se libérer par toute prestation équivalente à celle convenue, in P. Catala, *Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations* : D. 2006, chron. p. 538 *in fine*.

⁴ Pour une réfutation de l'idée qu'un plaideur a plus de facilités sur le terrain de la responsabilité contractuelle, H., L. & D. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n^o 451 p. 464 & n^o 394 p. 385 s. - Adde la critique de l'extension jurisprudentielle des obligations contractuelles, in Ch. Corgas-Bernard, note sous *Cass. I^{re} civ.*, 8 févr. 2005 (Gherardi c/ Mutuelles du Mans Assurances) : D. 2005, p. 2058 s., spéc. IB p. 2059. - Rapp. le rôle des assurances, notamment professionnelles, in A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n^{os} 533 s. p. 343 s.

⁵ *A contrario*, *Cass. I^{re} civ.*, 24 nov. 1998 (Carli c/ Sté Tilt voyages) : D. 1999, p. 156-157, note critique F. Boulanger qui prône quasiment l'assistanat du client.

⁶ *Cass. I^{re} civ.*, 27 juin 1995 (Crédit foncier de France c/ Epx Garcia et a.), préc.

⁷ Qui perd ainsi sa qualité de simple agent d'authentification, in *Cass. I^{re} civ.*, 3 mars 1998 (Mme Peigne) : D. 2000, p. 122 s., note M. Sabatier.

accomplissement², à l'instar des avocats³. Jamais, cependant, le débiteur n'est tenu de convaincre son cocontractant ; cette recherche de transparence aurait parfois même intérêt à s'accommoder d'une certaine dose de secret⁴ ! Par contrecoup, cette solution facilite aussi la démonstration d'un dol par réticence, voire d'une délivrance défectueuse⁵. C'est encore plus symptomatique en matière de sécurité quand la Cour de cassation fait état d'« obligation de moyens renforcée », voire d'« obligation de résultat aggravée »⁶, desquelles le débiteur ne peut se dégager qu'en invoquant certains cas de force majeure⁷. Pour protecteur qu'il soit des victimes, ce processus de qualification repose sur l'intégration quelque peu arbitraire de devoirs généraux dans les conventions. Même si le juge « doit

¹ Cass. civ., 29 mai 1951 (*Cts Martin c/ Birot*) : S. 1953, I, p. 41, note R. Nerson ; D. 1952, p. 53 s., note R. Savatier ; JCP 1951, éd. G, II, 6421, obs. R. Perrot ; RTD civ. 1951, n° 5 p. 508-509, obs. H. & L. Mazeaud ; Gaz. Pal. 1951, 2, p. 114-115 et la note. - Cass. I^{re} civ., 17 févr. 1998 (*UAP c/ Mme Vérité et a.*) pour des actes à visée esthétique : D. 1998, IR p. 81. - Cf. cependant (sans modification du fondement !) la possibilité de limiter l'information en fonction de la pathologie et de la personnalité du malade : Cass. I^{re} civ., 23 mai 2000 (Bull. civ. I, n° 159 p. 103 ; JCP 2000, éd. G, II, 10342, p. 1247 s., rapp. P. Sargos ; D. 2000, somm. p. 470-471, obs. P. Jourdain) & 20 juin 2000, *Hédreul c/ Cousin et a.* (Bull. civ. I, n° 193 p. 125-126 ; D. 2000, somm. p. 471-472, obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 2000, 2, p. 1442-1443, note J. Guigue). - Rapp. C. santé publ., art. L. 1111-2.

² Cass. I^{re} civ., 25 févr. 1997 (*Hédreul c/ Cousin et a.*) : Bull. civ. I, n° 75 p. 49-50 ; JCP 1997, éd. G, I, 4025, n°s 7-12, p. 238 s., obs. G. Viney ; D. 1997, somm. p. 319, comm. J. Penneau ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. 76 et chron. 5, L. Leveneur. - Adde Cass. I^{re} civ., 14 oct. 1997 (*Oubarahou c/ Mme Serra et a.*) (*Cts Guyomar c/ Mme Le Lay*) : Bull. civ. I, n° 27 & 28 p. 187 s. ; D. 1999, somm. p. 391 ; RTD civ. 1998, n° 5 p. 120-121, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 1997, comm. 372, p. 13-14 ; JCP 1998, éd. G, I, 144, n° 22 p. 1102, obs. G. Viney ; *ibid.*, 1997, II, 22942, p. 489-492, rapp. P. Sargos ; *ibid.*, I, 4068, n°s 6-10, p. 508-509, obs. G. Viney.

³ Cass. I^{re} civ. 29 avr. 1997 (*Thoumieux c/ Mme Renaudeau*) : D. 1997, IR p. 130.

⁴ Cass. I^{re} civ., 18 janv. 2000 : D. 2001, p. 3559 s., note M.-L. Mathieu-Izorche, spéc. n°s 5-12 p. 3560-3561. - Comp. Ph. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil* : D. 1987, chron. p. 101 s. - N. Vignal, *Pour une approche raisonnable de la transparence en droit privé des contrats*, th. dr. priv., dactyl., Aix-en-Provence, 1997.

⁵ Sur les liens privilégiés entre obligation de renseignement et vice du consentement, cf. Cass. I^{re} civ., 3 mai 2000 (*Clin c/ Mme Natali*) : RTD civ. 2000, n° 4 p. 566 s., obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2001, éd. G, II, 10510, p. 757 s., note Ch. Jamin ; Petites affiches 5 déc. 2000 n° 242, p. 14, note B. Fromion-Hebrard ; Contrats, conc., consom. 2000, comm. 140, obs. L. Leveneur. - Comp. les nuances de C. Vuillemin-Gonzales, *La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi* : D. 2001, chron. p. 3338 s., spéc. introduction ; adde Ch. Willmann, note sous Cass. soc., 15 déc. 1999 (*Sté Alcatel CIT c/ Mme Boete*) : D. 2001, p. 510-511, n°s 17 s. ; dans ce même esprit d'introduction de la bonne foi dans la formation du contrat, cf. Cass. soc., 2 avr. 1996 (*SA Alcatel CIT c/ Ronsvoal et a.*) : D. 1998, somm. p. 250-251, comm. V. Michelet. - Au stade de l'exécution du contrat, cf. J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2001, dir. J. Ghestin, n°s 11264 s. p. 238 s., et les réf. - Adde M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 301 s.

⁶ Comp., dans les baux à ferme, C. civ., art. 1772 & 1773 al. 2, et, pour le bail à cheptel, art. 1825.

⁷ Sur quoi, A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n°s 406 s. p. 265 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°s 553 s. p. 520 s. ; H., L. & D. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n° 402 p. 396 s. & n° 377 p. 369 s. et les réf., qui raisonnent en termes d'obligation déterminée ou générale de prudence et diligence.

suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées » (art. 1160), nul ne peut, en effet, soutenir qu'il témoigne alors la « commune intention des parties », comme le requiert l'article 1156 du Code civil¹. Autrement dit, « tout n'est pas contractuel dans le contrat », comme le soutenait déjà Durkheim en 1893² ! D'ailleurs, l'usage ne saurait non plus être invoqué comme source de ces obligations, car aucun débiteur ne se serait engagé s'il en avait eu connaissance. Finalement, la simple faute semble une notion grandement menacée en matière d'acte juridique³, tant la juridiction judiciaire suprême confère un poids considérable à l'équité comme suite naturelle de ce qui fut expressément stipulé (art. 1135).

2. Imprécise hiérarchisation des fautes

97. - Rien dans les articles 1382 et 1383 du Code civil⁴ n'expose la mise en œuvre de la responsabilité à l'importance du manquement reproché⁵ : « toute faute, si légère ou si grave soit-elle, oblige pareillement son auteur à réparer le préjudice entier qui en découle »⁶. Les rédacteurs du Code se sont ainsi rangés à l'opinion de Le Brun qui combattit la théorie de la gradation des fautes ayant cours sous l'Ancien Régime⁷. Sur cette base, pourtant, la jurisprudence - souvent relayée par le législateur -, ressuscite indiscutablement cette

¹ *Adde* C. civ., art. 1163. - Rappr. *CA Rouen*, 29 nov. 1968 (*Guéry c/ SA Druart*), d'après laquelle l'article 1160 « ne peut avoir pour but et pour effet de modifier l'économie du contrat en y introduisant, en raison du silence des parties, une clause qui modifie l'essentiel de leurs droits et de leurs obligations ; (...) une clause ne peut être dite d'usage (...) que si (...) il est à présumer que son omission a été involontaire et que les parties entendaient de toute façon en faire application » : D. 1969, p. 146-147. - Comp. J. Flour et J.-L. Aubert, *L'acte juridique*, préc., 8^e éd. 1998, n° 386 p. 281 (à propos de la bonne foi), concédant que l'article 1135 autorise bien à compléter la volonté des parties, mais craignant des interprétations extensives déstabilisatrices du contrat ; A Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 286 p. 205. - *Contra*, le pouvoir de réfection évoqué par J. Dupichot, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du Code civil*, in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 179 s.

² *De la division du travail social*, Paris, PUF, 6^e éd. 2004, coll. Quadrige Grands textes, p. 189 ; *Leçons de sociologie*, Paris, PUF, 5^e éd. 2010, coll. Quadrige Grands textes, p. 198 s., Leçons 15 à 18, spéc., sur la morale contractuelle, p. 210 s. & p. 233 s.

³ R. Rodière, *Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats* : RTD civ. 1954, p. 201 s.

⁴ Comp. art. 1142 et 1147 sur l'inexécution du contrat. - *Adde* art. 1137, sur l'obligation de conservation dans l'obligation de donner, encore que la référence au bon père de famille (al. 1^{er} *in fine*, et par renvoi implicite art. 1728, 1880 et 1962) puisse suggérer un fait qualifié.

⁵ Rappr. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Faute, I, les trois éléments constitutifs que sont le fait originaire, son illicéité et l'imputabilité. - *Adde* P. Jourdain, *J.-Cl. Civil*, art. 1382 à 1386, Fasc. 120-2, n° 1 p. 2.

⁶ A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 412 p. 269.

⁷ *Adde* R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, préc., n°s 170-171 p. 301 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations* préc., n°s 547-548 p. 513 s.

hiérarchie en attachant des conséquences différentes à l'existence des circonstances entourant la commission de la faute¹ ; généralement, elle aggrave la situation de son auteur (a), mais parvient surtout à affecter l'indemnisation d'une condition supplémentaire (b).

a. Aggravation de la situation du débiteur

98. - Depuis la loi du 9 avril 1898², la victime d'un accident du travail bénéficie d'une garantie automatique, actuellement de la part des Caisses de Sécurité sociale. Elle présente l'inconvénient est d'être forfaitaire (CSS, art. L. 433-1 s. et 434-1 s.), soit au regard de la solidarité nationale lorsque le salarié a favorisé la réalisation de son préjudice, soit au regard du commettant chaque fois que son propre comportement y a largement concouru. Se pose alors la question de savoir si la collectivité doit supporter l'attitude d'un seul. Curieusement, c'est en qualifiant la faute, d'inexcusable ou d'intentionnelle³, que les tribunaux reviennent à la mesure du préjudice effectivement subi⁴. L'indemnité est ramenée à sa juste valeur, par mise à contribution du fautif (CSS, art. L. 452-5 contre l'employeur, & art. L. 453-1 al. 1^{er} contre le salarié, pour la faute intentionnelle). Bien en peine serait, en revanche, la doctrine de motiver la différence de régime entre les deux notions relatives⁵ ! Plus logiquement, à l'aune du droit commun, la qualification de la faute exaspère la situation de son auteur, tandis qu'une « simple » faute aurait laissé jouer à son profit le bienfait qu'une convention ou la loi lui octroie normalement. Le principe de la réparation intégrale s'en

¹ *Ibid.*, n° 695 p. 651-652. - A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 554 p. 359.

² Loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail : JO 10 avr. 1898, p. 2209 s.

³ L'une est plutôt tournée vers le fait générateur, l'autre plutôt vers le dommage : est inexcusable la faute « d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'intention de la faute intentionnelle » visée au premier paragraphe de la loi de 1898. - Cf. *Cass. ch. réunies, 15 juill. 1941 (V^o Villa c/ C^e des assur. gén.)* : DC 1941, p. 117 s., note A. Rouast. - Adde, retouchant légèrement la définition, *Cass. ass. plén., 18 juill. 1980 (SA Usinor c/ V^o Drecq et a.)* : JCP 1981, éd. G, II, 19642, note Y. Saint-Jours ; D. 1980, p. 394 s., concl. M. Picca et note P. G..

⁴ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Réparation intégrale, in I A. - Adde Ph. Le Tourneau, *Rép. civ. Dalloz*, v° Responsabilité (en général), n° 68 p. 17, préférant l'expression de « réparation appropriée ».

⁵ Comp., en effet, CSS, art. L. 452-2 & L. 452-4 au sujet de l'employeur, et L. 453-1 al. 2 pour le salarié, en cas de faute inexcusable. - Y. Saint-Jours, *De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques* : D. 1999, chron. p. 212, I B. - Cependant Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1997, coll. bibl. dr. priv., t. 282, spéc. n°s 64 s. p. 42 s. & n° 102 p. 64.

trouve alors corrigé, symboliquement, par une sorte de peine infamante¹. La troisième Chambre civile écarte ainsi les courtes prescriptions édictées par les articles 1792-3 et 1792-4-1² du Code civil lorsque les architectes ou les entrepreneurs commettent une faute dolosive³. En application du même principe, le privilège de l'article 1150 disparaît quand le responsable commet un dol, auquel la jurisprudence assimile la faute lourde⁴. Malgré un manque flagrant d'unité jurisprudentielle du concept (qui tend cependant à n'être plus apprécié qu'à partir des conséquences produites), la faute grave du salarié demeure privative des indemnités de préavis et de licenciement⁵. En matière délictuelle encore, l'article 3, alinéa 3, de la loi de 1985 paralyse la réparation des dommages corporels lorsque la victime d'un accident de la circulation les a volontairement recherchés⁶. La téléologie de tels mécanismes explique-t-elle, pour autant, cette pluralité de qualificatifs⁷ ? Certes, l'acceptation de causer un dommage semble plus répréhensible que la seule imprudence ou négligence⁸ :

¹ *Petit Robert*, préc., v° Infamie, 1° ; *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Infâme. - Rapp. P. Jourdain, *J.-Cl. Civil*, Fasc. 120-2, préc., n° 12 p. 3-4 à propos de la faute intentionnelle.

² Anciennement, art. 2270.

³ Par ex., *Cass. 3^e civ.*, 17 mars 1993 (*Sté du Dr Kurzenne et a. c/ Sté Constructions modernes de Champagne et a.*) : *Bull. civ. III*, n° 38 p. 25.

⁴ *Cass. req.*, 24 oct. 1932 (*C^e gén. des transports et déménagements de la ville de Nice c/ Robiglio*) : DP 1932, I, p. 176-177, note E. P. (clause d'irresponsabilité) ; et *Cass. civ.*, 29 juin (*C^e des messageries maritimes c/ Sté Mathieu*) & 3 août 1932 (*Chemin de fer Paris-Lyon-Méditerranée c/ Raphel*) : DP 1933, I, p. 49, note L. Josserand (clause limitative de responsabilité). - Adde la consécration par l'Assemblée plénière, in *Cass. ass. plén.*, 30 juin 1998 (*Cabane c/ C^e Air France*), à propos des missions de La Poste : *Bull. ass. plén.*, n° 2 p. 3-4 ; *Bull. inf. C. cass.* 1^{er} oct. 1998, concl. Joinet et rapp. Apollis ; D. 1999, somm. p. 262-263, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999, n° 6 p. 119, obs. P. Jourdain ; *JCP* 1998, éd. G, II, 10146, p. 1587 s., note Ph. Delebecque ; *ibid.*, I, 187, n°s 28-29 p. 2214, obs. G. Viney ; D. aff. 1998, p. 1441-1442, obs. S. P. ; *Contrats, conc., consom.* 1998, comm. 143, note L. Leveneur.

⁵ F. Favennec-Héry, *Vers la relativité de la notion de faute grave ?* : *RJS* 2000, p. 603 s. - Pour une définition de la faute grave comme celle qui met un obstacle définitif et immédiat à la relation contractuelle, cf. *Cass. soc.*, 2 févr. 2005 (*Rigole c/ Sté imm. de Mayotte*) : D. 2005, inf. rap. p. 522 ; *ibid.* pan. p. 2506, comm. B. Lardy-Pélissier ; *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1203, p. 13 ; *JCP* 2005, éd. G, IV, 1557 ; *ibid.*, II, 10056 p. 793 s., note D. Corrignan-Carsin.

⁶ Ce que les juridictions résument dans le comportement suicidaire, in *Cass. 2^e civ.*, 24 févr. 1988 (*Cts Valet c/ SA Entreprise Cochery*) : *Bull. civ. II*, n° 49 p. 25-26 ; & 19 nov. 1997 (*Cts Chanal-Boissy c/ Chevalier et a.*) : *ibid.*, n° 278 p. 164-165 ; *Dr. et patrimoine* 1998, n° 1919 p. 86-87, obs. F. Chabas ; *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 87 p. 14, note H. Groutel. - *Comp. Cass. 2^e civ.*, 17 févr. 1988 (*Mme Olivier c/ Gauthier et a.*) : *Bull. civ. II*, n° 44 p. 23, lors d'une manifestation.

⁷ Sur quoi, H. Lalou, *La gamme des fautes* : *DH* 1940, chron. p. 17 s. - Sur les ambiguïtés de qualification, cf., par ex., H. Matsopoulou, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 5 nov. 1996 (*Rousselot c/ Couronne et a.*) : D. 1997, p. 553, I B.

⁸ *Comp. Ph. Le Tourneau, Rép. civ. Dalloz*, préc., n° 23 p. 7 : l'article 1383 viserait des fautes plus légères que l'article 1382. - Adde J.-Ch. Saint-Pau, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 15 déc. 1998 (*De Bartillat c/ SARL RMV Gitem*) : D. 1999, p. 426, n° 5 in fine.

l'attitude grièvement coupable qu'elle révèle suscite nécessairement une vive réprobation sociale, souvent portée par les *mass media* ; mais ce système - pour équitable qu'il soit - flirte plus avec la morale qu'avec le droit positif. De plus, l'intention ne suffit pas à moduler la sanction puisque fautes volontaires ou d'imprévoyance connaissent des variations internes dont la Cour de cassation use avec une subtilité propre à rebuter parfois le justiciable dans toute tentative d'explication¹. Par un arrêt du 15 septembre 1992, la Cour de Paris prolonge la doctrine de la haute juridiction fixée à la fin des années mil neuf cent soixante, d'après laquelle la faute dolosive consiste à refuser « de propos délibéré » l'exécution d'obligations conventionnelles². A trop vouloir porter secours au plus faible, la Cour de cassation dut tempérer son opinion pour éviter de produire l'effet inverse, spécialement en matière de faute non assurable (C. assur., art. L. 113-1 al. 2)³. La souplesse d'appréciation du dol contractuel récuse, en effet, l'idée d'une volonté de causer le dommage, pour s'en tenir à sa probabilité⁴. Or, ce critère était jusque là distinctif de la faute lourde, à laquelle il est d'ailleurs équipollent, puisque les circonstances de l'acte dénotent l'impéritie totale d'un

¹ A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 412 p. 276 : « Les nuances entre ces termes défient toute définition ». - *Contra* G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde* : D. 1975, chron. p. 263 s.

² *CA Paris, 15 sept. 1992 (SARL Médical plus et a. c/ SA Sabena World Airlines)*, à propos de la « sur-réservation » pratiquée par les compagnies aériennes : D. 1993, p. 98 s., note Ph. Delebecque. - *Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1969 (Sté des comédiens français c/ Giraud et a.)* : Bull. civ. I, n° 60 p. 45-46 ; JCP 1969, éd. G, II, 16030, note R. Prieur ; D. 1969, p. 601-602, note J. Mazeaud. - *Comp. G. Brière de l'Isle* suggérant de réserver le qualificatif de faute dolosive à la matière contractuelle, pour le distinguer de la faute intentionnelle, purement délictuelle, *in La faute intentionnelle (A propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle)* : D. 1973, chron. p. 259 s. & *La faute dolosive, Tentative de clarification* : *ibid.*, 1980, chron. p. 133 s. - *Rappr. J.-F. Weber, concl. sur Cass. 3^e civ., 27 juin 2001 (Epx Suire)* : D. 2001, p. 2995 s., spéc. I, et note J.-P. Karila. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v° Faute dolosive.

³ *Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1972 (M^e X c/ SNC Grand garage du Cannet et a.)*, concernant la légèreté d'un notaire : JCP 1972, éd. G, II, 17201, note M. Dagot ; D. 1972, p. 709 s., note J.-L. Aubert ; & *12 juin 1974 (C^{ie} d'assur. La Paix)* : *ibid.*, 1975, p. 173-174, note J.-L. Aubert. - *Contra Cass. crim., 6 févr. 1992 (Besson)* : RTD civ. 1992, n° 4 p. 571 s., obs. P. Jourdain ; *Resp. civ. et assur. 1992*, comm. 207 et chron. 18, comm. H. Groutel. - La divergence est néanmoins explicable par la différence d'objectif : au civil la facilitation d'indemnisation des victimes par le biais d'une assurance, au pénal l'incrimination de l'assuré. - Cf. H. Groutel, *La faute intentionnelle vue par la chambre criminelle et la 1^{re} chambre civile* : *Resp. civ. et assur. 1990*, chron. 16.

⁴ *Comp.*, en droit pénal, la notion de dol éventuel : C. pén., art. 121-3 al. 2, la possibilité de délit en cas de mise en danger délibérée d'autrui ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, t. I : problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd. 1997, n° 599 p. 753-754 ; G. Stefani, G. Lévassuer et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 17^e éd. 2000, coll. précis droit privé, nos 269-270 p. 238-239 ; J. Cedras, *Le dol éventuel : aux limites de l'intention* : D. 1995, chron. p. 18 s. - *Adde* la théorie anglo-saxonne de la « représentation » d'après laquelle l'intention se déduirait du seul fait que l'agent agisse malgré la conscience d'un dommage inéluctable : D. Nguyen Thanh-Bourgeois, *Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes* : RTD civ. 1973, p. 496 s. ; H. & L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Montchrestien, 5^e éd. 1957, t. 1^{er}, nos 411-412 p. 470-471.

agent qui aurait dû avoir conscience du péril¹ : « *culpa lata dolo æquiparatur ; magna culpa dolo est* »². L'analyse n'est, cependant, pas toujours vérifiée ! Non seulement, elle peut ne produire que des effets restreints, consistant à améliorer l'indemnisation, sans parvenir à faire disparaître la limitation contractuelle de garantie³ ; mais encore, par faveur pour le coupable, la loi repousse parfois l'équivalence au dol à la preuve d'une faute inexcusable, caractérisée, cette fois, par l'« acceptation téméraire sans raison valable » d'un risque de dommages⁴. C'est ainsi que l'article 3 alinéa premier de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation refoule l'absence de réparation intégrale au-delà de la faute lourde⁵, tandis que le conducteur peut se voir opposer sa faute la plus légère (art. 4) ! Rapidement, la deuxième Chambre civile, confirmée ultérieurement par l'Assemblée plénière, en retint malgré tout une définition plutôt restrictive et avantageuse, comme pour la protection du salarié accidenté : « seule est inexcusable au sens de ce texte la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience »⁶. En l'absence de dispositions légales, les solutions demeurent beaucoup plus ambiguës : certains arrêts affirment, en effet, qu'aussi lourde soit la faute contractuelle reprochée par un maître d'ouvrage, elle ne peut faire naître une responsabilité délictuelle et donc éteindre le délai prévu à l'article 1792-4-1 du Code civil, puisque cette dernière

¹ En ce sens, H., L. & J. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n° 450 p. 462 s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, t. I : Les sources*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1988, n° 472 p. 531 s. - *Cass. req.*, 24 avr. 1928 (*Comp. mixte c/ Giraud et Huileries Darrier de Rouffic*) : S. 1928, I, p. 258-259, et la note. - *Cass. com.*, 15 nov. 1988 (*Sté Rhodanienne des messageries nationales c/ Sté Bianchini-Férier*) : JCP 1989, éd. G, IV, p. 24.

² L. Mazeaud, *L'assimilation de la faute lourde au dol* : DH 1933, chron. p. 49 s. - *Contra* R. Roblot, *De la faute lourde en droit privé français* : RTD civ. 1943, p. 1 s., & R. Jambu-Merlin, *Dol et faute lourde* : D. 1955, chron. p. 89 s.

³ Pour les transports par chemin de fer, cf. Conv. de Berne, 7 févr. 1970, art. 7 et 26 s., alors qu'une faute dolosive la supprimerait.

⁴ Cf. les réf. in H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n° 447 p. 455. - A. Cœuret, *La faute inexcusable et ses applications jurisprudentielles* : Gaz. Pal. 1987, 2, doctr. p. 819 s. ; G. Brière de l'Isle, *La faute inexcusable (Bilan et perspectives)* : D. 1970, chron. p. 73 s. - *Comp. TGI Paris*, 5 janv. 2000 (*Mme Dasquet c/ agent jud. Trésor*), où la faute inexcusable d'un juge d'instruction équivaut à une faute lourde de l'Etat : D. 2000, IR p. 45.

⁵ Sur quoi, cf. G. Legier, *La faute inexcusable de la victime d'un accident de la circulation régi par la loi du 5 juillet 1985* : D. 1986, chron. p. 97 s. - *Par ex.*, *Cass. 2^e civ.*, 27 mai 1999 (*V^e Bernard c/ Gutierrez et a.*) : D. 1999, IR p. 165-166.

⁶ *Cass. 2^e civ.*, 20 juill. 1987 (onze arrêts) : Bull. civ. II, n°s 160 & 161 p. 90 s. ; Gaz. Pal. 1988, I, p. 26 s., note F. Chabas ; JCP 1988, éd. G, I, 3328, par E. Bloch, *La faute inexcusable du piéton (Deux ans de jurisprudence et le coup d'arrêt de la Cour de cassation le 10 juillet 1987)* ; D. 1987, chron. p. 234, par Ch. Mouly, *Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation (après les arrêts du 20 juillet 1987)*. - *Cass. ass. plén.*, 10 nov. 1995 (*Cts Larher et a. c/ Sté Harcoast et a.*) : Bull. ass. plén., n° 6 p. 11 ; JCP 1996, éd. G, II, 22564, p. 13 s., concl. M. Jéol et note G. Viney ; D. 1995, p. 633 s., rapp. Y. Chartier.

suppose un événement extérieur au contrat le liant à l'homme de l'art¹ ; d'autres procèdent à l'assimilation de la faute lourde au dol dès que celui-ci a violé un règlement relatif à la construction². En réalité, de telles chicanes lexicales tiennent davantage compte de la réalisation d'un dommage ou de la violation évidente d'une obligation essentielle que du comportement de la personne incriminée : elle est toujours en faute³. Cette objectivation implicite de la faute devient même flagrante à travers les articles L. 4131-3 et -4 du Code du travail, en vertu duquel certaines circonstances rendent la faute inexcusable « de droit pour le salarié »⁴. Cette option législative recoupe la tendance jurisprudentielle à considérer la gravité de la faute à cause de la qualité de son auteur : ses fonctions laisseraient présumer qu'il a nécessairement connaissance des inconvénients potentiels de l'activité qu'il développe⁵. La réparation semble désormais imparable pour l'employeur, puisque la Chambre sociale le soumet à une obligation de sécurité de résultat⁶, dont la violation est vérifiée du seul fait qu'il « aurait dû avoir conscience du danger » auquel était exposé le

¹ Cass. 3^e civ., 9 mai 1979 (*SCI de la Borne au Diable c/ Dame Hervieu et a.*) : D. 1980, p. 414 s., note M. Espagnon. - Comp., pour le sous-traitant non lié conventionnellement au créancier, Cass. 3^e civ., 6 déc. 1989 (*Assoc. Saint Joseph c/ Sté Soprema et a.*) : Bull. civ. III, n° 228 p. 125.

² Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1962 : RTD civ. 1962, n° 4 p. 669 s., obs. G. Cornu ; D. 1962, somm. p. 129 ; Gaz. Pal. 1962, 2, p. 29 s., et la note. - Depuis, la Chambre commerciale déclare l'équipollence « de droit commun », in Cass. com., 7 mai 1980 (*SA Messageries nationales Walbaum c/ Sté Grundig France & C^{ie} British and Foreign Marine Insurance c/ SA Messageries routières du Cher et de l'Indre et a.*) : D. 1981, p. 245 s., note F. Chabas ; JCP 1980, éd. G, II, 19473, note R. Rodière. - Adde Cass. ass. plén., 30 juin 1998, préc.

³ Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1966 (*SA Ets Bonte et C^{ie} c/ Epx Hamot et a.*) : Bull. civ. I, n° 466 p. 353-354 ; JCP 1967, éd. G, II, 15193, note G. de la Pradelle. - Adde G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1998, n° 612 p. 569 s.

⁴ Comp., dans l'affaire Cass. soc, 16 juin 1998 (*SARL Hôtel Le Berry c/ Mme Khouhli*), la qualification automatique de la faute si l'employé refuse la sanction disciplinaire, in J. Mouly, *Les modifications disciplinaires du contrat de travail, Chronique d'humeur à propos d'un revirement* : D. 1999, chron. p. 359 s. et les réf.

⁵ En ce sens, P. Jourdain, J.-Cl. Civil, Fasc. 120-2, préc., n°s 49 s. p. 11. - Rapp. R. Savatier, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, in *Mélanges de droit, d'histoire et d'économie offerts à Marcel Laborde-Lacoste*, Bordeaux, Bière, 1963, p. 321 s. - Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994 (*Sté Lynx Alarm et a. c/ SA Le Continent et a.*) : Contrats, conc., consom. 1994, comm. 216, note L. Leveneur. - Rapp., pour les commissaires aux comptes, CA Paris, 30 juin 1994 (*SARL Van der Have France c/ Beauge*) : D. 1995, inf. rap. p. 3.

⁶ Rapp., d'après Th. Fossier, la véritable obligation de résultat pesant sur l'Etat qui engage sa responsabilité pour toute négligence (... parce qu'il « est évidemment solvable » !), in *La responsabilité du tuteur et du juge des tutelles selon les décisions des trois ordres de juridictions* : RTD sanit. et soc. 2001, p. 364 s., spéc. p. 371 s.

salarié¹. Pareille conception n'était cependant pas transposable à la faute inexcusable du salarié victime d'un accident de travail ; abandonnée côté commettant, la référence à la faute « d'une exceptionnelle gravité » est maintenue côté salarié, minimisant du même coup les risques de réduction de la majoration de la rente². Ailleurs, donc, une même qualification conditionne l'accès à la réparation³ : au lieu d'aggraver la responsabilité, elle tend alors à l'écartier au maximum !

b. Condition supplémentaire à l'indemnisation

99. - « *In lege Aquilia et culpa levissima venit* » : en matière de responsabilité quasi-délictuelle, la doctrine admet classiquement que la faute la plus légère engage son auteur⁴. En conséquence, celui-ci ne devrait échapper à la réparation du préjudice que dans la mesure d'une limitation légale (ou conventionnelle) de son obligation de prudence et de diligence. Au regard de circonstances *a priori* conflictuelles, l'article L. 2511-1 du Code du travail prévoit ainsi que l'exercice du droit de grève ne peut justifier la rupture du contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié ; la Chambre sociale a étendu cette exigence à toutes les sanctions inférieures au licenciement (avertissement, mise à pied...)⁵. Dans un contexte de pénurie d'emploi, la cour régulatrice protège encore le salarié du licenciement en estimant que le comportement susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de

¹ A propos de la manipulation d'amiante, *Cass. soc.*, 28 févr. 2002 (*Sté Eternit Industries c/ Mme Delcourt-Marousez*), rendu sur concl. contraires : *Bull. civ. V*, n° 81 p. 74 s. ; *JCP* 2002, éd. G, II, 10053 p. 614 s., concl. A. Benmakhlouf ; *ibid.*, I, 186 p. 2173 n° 6, obs. G. Viney ; *ibid.*, éd. E, II, 643 p. 672 s., note Gh. Strebelle ; *D.* 2002, IR p. 1009 et la note ; *ibid.*, p. 1285-1286, l'entretien avec Ph. Langlois ; *Environnement* 2-2003 p. 8 s., comm. p. Bechmann ; *Dr. ouvrier* 2004, p. 303 s., L. Millet, in *La prédominance de la présomption d'imputabilité dans la jurisprudence récente en matière d'accident du travail*. - Sur l'obsolescence législative et les incidences en matières d'assurance, cf. Y. Mamou, *Les juges poussent la balle dans le camp du législateur* : *Le Monde*, suppl. *Emploi*, mardi 12 mars 2002, p. IX.

² *Comp. Cass. soc.*, 11 avr. 2002 (*Mme Hachadi c/ Sté Camus industrie et a.*) : *Bull. civ. V*, n° 127 p. 133-134 ; *D.* 2002, p. 2215, note Y. Saint-Jours et p. 2696 s., note X. Prétot (2^e esp.) ; *RJS* 2002, n° 727 p. 565 et les obs. ; & *Cass 2^e civ.*, 27 janv. 2004 : *D.* 2004, inf. rap. p. 393 et la note.

³ *Rappr. in C. Castets-Renard, Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 88 p. 157, la possibilité d'atteindre des objectifs politiques variés grâce à la souplesse normative des notions à contenu variable.

⁴ Pour une contestation de cet emprunt à la loi aquilienne, H., L. & D. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n° 450 p. 462. - Pour une relativisation de la différence avec la *culpa levis* requise dans le domaine contractuel, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 697 p. 652-653.

⁵ *Cass. soc.*, 16 déc. 1992 (*EDF et a. c/ Maens et a.*) : *Bull. civ. V*, n° 592 p. 373-374 ; J. Savatier, *La nullité des sanctions disciplinaires prises contre des grévistes en l'absence de faute lourde* : *Dr. soc.* 1993, p. 291 s.

l'employeur doit revêtir le caractère d'une faute lourde¹. Partant de l'idée que le préposé ne supporte pas les risques de l'exploitation et qu'il ne maîtrise pas le processus de production, les dommages résultant de sa prestation doivent ainsi figurer au bilan comptable de l'entreprise. De plus, cette conception favorable au salarié connaît un prolongement dans une définition étroite de la faute lourde : alors que, en droit commun, elle s'entend d'un manquement manifestant l'incurie de son auteur et se distingue de la faute intentionnelle², elle nécessite au contraire une intention de nuire en matière salariale³. En droit civil proprement dit, les articles 800, alinéa 2, et 1891 requièrent, de la même façon, une faute qualifiée : le premier au profit de l'héritier en phase d'inventaire, le second en faveur du commodant. Le prêt à usage étant, par essence, un contrat de bienfaisance (art. 1876), la loi concède à celui qui rend service gratuitement de ne pas répondre de ses fautes légères ; il ne doit réparation que s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur⁴. En somme, l'adjonction d'un qualificatif devient une condition complémentaire à la faute stricte pour déclencher l'indemnisation de la victime, et opère une certaine « déresponsabilisation »⁵. Pareils seuils de responsabilité contredisent ouvertement les décisions du Conseil constitutionnel qui posent en principe le droit d'obtenir réparation des dommages causés par une faute⁶. Ils ne sauraient être, toutefois, véritablement confondus avec des faits

¹ Depuis *Cass. soc.*, 27 nov. 1958 (*Sté des forges stéphanoises c/ Blanchard et a.*) : D. 1959, p. 20-21, note R. Lindon. - De l'assassinat du supérieur hiérarchique in *Cass. crim.*, 25 mars 1998 (D. 1998, IR p. 157-158) à la tenue vestimentaire non-conforme in *CA Saint-Denis-de-la-Réunion*, 9 sept. 1997 (*Sté Milhac Nord c/ Mme Meraly*) (D. 1998, p. 546 s., note S. Farnocchia), les décisions sont assez flottantes !

² *Vocabulaire juridique*, préc., v° Faute, I, - intentionnelle & - lourde.

³ *Cass. soc.*, 29 nov. 1990 (*Laborie c/ Sté Sodisroy*) : Bull. civ. V, n° 599 p. 360-361. - *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Faute lourde (dr. trav.). - *Contra Cass. soc.*, 19 nov. 2002 (*Bielawski c/ C^{te} assur. Axa Conseil*), qui déplace l'analyse sur le terrain des obligations contractuelles (non-restitution par un agent d'assurance des sommes dues à son employeur) : Bull. civ. V, n° 344 p. 337 ; Dr. soc. 2003, p. 166 s., avis P. Lyon-Caen, in *Les dettes du salarié à l'égard de son employeur*. - *Pour un retour à plus d'orthodoxie jurisprudentielle*, *Cass. soc.*, 19 mars 2003, bien que la faute soit en marge de l'exécution du contrat de travail : D. 2004, somm. p. 384-385, obs. E. Peskine ; sur la limitation de responsabilité pour des faits bénéficiant de l'exception de contrat de travail, cf. N. Molfessis, *Vie professionnelle, vie personnelle et responsabilité des commettants du fait de leurs préposés* : Dr. soc. 2004, p. 31 s.

⁴ *Cass. soc.*, 18 mars 1975 (*Barrière & Vivier*) : Bull. civ. V, n° 151 p. 133-134. - *Cass. crim.*, 17 sept. 2002 (*Mme Viandier*) : Bull. crim., n° 165 p. 609 s. ; D. 2002, inf. rap. p. 3061, et la note ; Dr. et patrimoine janv. 2003 n° 111, p. 110-111 n° 3206, obs. F. Chabas.

⁵ P. Hennion-Jacquet, note sous *CA Versailles*, 28 nov. 2003, à propos des lois du 10 juillet 2001 et 4 mars 2002 : D. 2004, p. 2817 n° 7.

⁶ *Cons. const.*, 9 juill. 1999, préc. - *Adde*, implicitement, sur la réparation des dommages pour fait de grève, *Cons. const.*, 22 oct. 1982 : D. 1983, p. 189 s., note F. Luchaire.

justificatifs, car ils ne suppriment pas le caractère illicite de l'acte dommageable¹ : ils n'aménagent que les sanctions, sans pouvoir nier la violation d'une obligation. La Cour de cassation l'a bien compris, en assouplissant considérablement certaines causes d'exonération de responsabilité². Ce souci, au demeurant, est à l'origine d'une sérieuse divergence de jurisprudence entre les Chambres criminelle et civile en matière de responsabilité aérienne - la qualification juridique d'un baptême de l'air permettant de faire directement sauter le verrou du plafonnement d'indemnisation : l'une recourt au droit commun de la responsabilité, mais exige en conséquence la preuve d'une faute ; l'autre retient la présomption de faute attachée au contrat de transport, mais conditionne alors la réparation intégrale du préjudice à la faute inexcusable du transporteur (C. transports, art. L. 6422-3)³. Pareillement, dans la crainte d'une « société contentieuse »⁴, la haute juridiction obligea longtemps certaines victimes à exciper une défaillance suffisamment remarquable pour prétendre engager la responsabilité d'un professionnel, officier public et ministériel notamment⁵. « De ce point de vue, l'on peut dire que le vent a tourné »⁶ ! Un souci identique a resurgi dans la « loi anti-Perruche », qui prescrit une « faute caractérisée » du médecin, type de défaillance jusque là inconnu du droit de la responsabilité civile, mais déjà

¹ Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n°s 281 s. p. 150 s., spéc. n° 285 p. 151, montrant que le fait justificatif légitime l'acte et non son auteur. - Cf., toutefois, sur l'atteinte à la dignité de la personne dans des émissions télévisées satiriques, P. Jourdain, obs. sous *Cass. ass. plén., 12 juill. 2000 (Sté Automobiles Citroën c/ Sté Canal plus)* : D. 2000, somm. p. 464-465, b (3^e & 4^e esp.), désavouant *Cass. 2^e civ., 2 avr. 1997 (SA Automobiles Citroën c/ SA Canal plus)* : D. 1997, p. 411 s., note critique B. Edelman.

² *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Faits justificatifs ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Justificatif, 2. - Comp. *ibid.*, v° Exonération & Exonératoire.

³ *Cass. crim., 5 mars 1997 (Cruciani)* : Bull. crim., n° 88 p. 294 s. ; D. 1998, somm. p. 42-43, comm. J.-M. Delvert (1^{re} esp.) ; & *20 mars 2001 (Fourment et Ambiehl)* : Bull. crim., n° 72 p. 238 s. et n° 76 p. 250 s. ; Resp. civ. et assur. 2001, comm. 231 ; D. 2001, inf. rap. p. 1773 ; *Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 1999 (CPAM du Var c/ Sarrat)* : Bull. civ. I, n° 287 p. 186-187 ; JCP 1999, éd. E, p. 1991, et la note ; Dr. et patrimoine janv. 2000 n° 78, p. 89 n° 2477, obs. F. Chabas ; D. 2000, somm. p. 298-299, obs. B. Mercadal. - Sur quoi, cf. les arguments, critiques et enjeux, in D. Gency-Tandonnet, *Responsabilité contractuelle en matière de baptêmes de l'air : divergence au sein de la Cour de cassation* : *ibid.* 2005, chron. p. 3039, spéc. n° 2 p. 3039-3040 et n° 9 p. 3041.

⁴ L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 29 s.

⁵ Pour les notaires, *Cass. civ., 24 déc. 1888 (Durant c/ Cts Bonnefoy)* : DP 1889, I, p. 165-166. - Pour les avocats, *Cass. ch. réunies, 4 août 1874 (Epx Vincent Giroudon c/ M^e H)* : DP 1875, I, p. 478-479, & *Cass. req., 8 juin 1901 (G c/ Dame Middleton-Miquel)* : DP 1903, I, p. 344.

⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 551 p. 518 et les réf.

employé dans la loi du 10 juillet 2000¹ et semblant pareillement impliquer un degré de gravité supérieur à la faute visée par l'article 1383². Certes, différentes raisons peuvent justifier de fermer les yeux sur certains événements, mais elles risquent de devenir un subterfuge facile pour esquiver une responsabilité évidente³; ces mesures, visant essentiellement à restreindre le champ de la répression, n'atteignent d'ailleurs pas systématiquement leur but, en raison même de la malléabilité du manquement⁴. La nécessité d'une faute lourde - qui avait trouvé un crédit tout particulier en matière de responsabilité médicale - est désormais condamnée par les juridictions tant administratives que judiciaires⁵. Pareillement, la présomption d'imputabilité de la lésion survenue au temps et au lieu du travail a permis d'abandonner la théorie de la faute déterminante dans l'identification de la faute inexcusable de l'employeur⁶. Malgré la régression de l'irresponsabilité étatique⁷, d'aucuns récrimineront contre un leurre jurisprudentiel, tant elle n'opère parfois qu'un transfert de qualification : si la faute n'a plus à être lourde ou simple, le préjudice subi doit,

¹ L. n° 2000-647, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, art. 1^{er} (C. pén., art. 121-3 al. 2) : D. 2000, législ. p. 325. - Rapp., au sujet de L. n° 2000-647, 10 juill. 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, *CA Rennes, 19 sept. 2000* (cité par S. Jacopin, *Mise au point sur la responsabilité pénale des élus et des agents publics : limitation ou élargissement des responsabilités ?*, in D. 2002, chron. p. 510) : est caractérisée la « faute dont les éléments sont bien marqués et d'une certaine gravité ce qui indique que l'imprudence ou la négligence doit présenter une particulière évidence. Elle consiste à exposer autrui, en toute connaissance de cause (...) à un danger », et, dans l'affaire du *Drac*, sur renvoi après cassation, *CA Lyon, 28 juin 2001* (D. 2001, IR p. 2562 et la note ; Rev. sc. crim. 2001, p. 804 s., obs. Y. Mayaud ; Gaz. Pal. 2001, 2, p. 1140 s., note S. Petit).

² L. n° 2002-303, 4 mars 2002, préc., art. 1^{er}, I, al. 3. - Cf. les propos acerbes de P. Jourdain (D. 2002, p. 892, n° 3) et Y. Lambert-Faivre (*ibid.*, chron. p. 1219-1220).

³ A propos de la faillite de la *Bank of Credit & Commerce International*, cf. *CAA Paris, 30 mars 1999 (El Shikh)* : D. 1999, IR p. 172-173, créée par un Pakistanais en 1973 lié aux cartels colombiens de la cocaïne ainsi qu'à plusieurs dictateurs célèbres (sur quoi, <http://web.wanadoo.bc/zone/URL-BCCI.html>).

⁴ Cf., par exemple, *Cass. crim., 12 sept. 2006* : D. 2007, pan. p. 401-402, obs. S. Mirabail ; AJ pénal 11-2006, p. 447-448, obs. C. Girault.

⁵ *CE, 10 avr. 1992 (M. et Mme V)* : JCP 1992, éd. G, II, 21881, p. 229 s., note J. Moreau ; D. 1993, somm. p. 146-147, comm. P. Bon et Ph. Terneyre ; AJDA 1992, p. 355 s., concl. H. Legal. - *Cass. civ., 27 juin 1939 (Dr Alin c/ Cts Retrouvay)* : DC 1941, p. 53 s. (1^{re} esp.), note M. Nast, sans admettre la « faute incluse », in *Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1998 (Queran c/ Le Guen et a.)* : D. 1999, p. 21 s., note St. Porchy.

⁶ *Cass. soc., 31 oct. 2002 (Sté Ouest Concassage)*, subordonnant la qualification de la faute exclusivement au comportement de l'employeur : D. 2003, p. 644 s., note Y. Saint-Jours ; *ibid.*, somm. p. 382-383, obs. F. Signoretto. - *Adde Cass. 2^e civ., 12 mai 2003 (Lapeyronnie c/ Sté Les Chaux du Périgord)* : *ibid.* p. 2862, obs. X. Prétot.

⁷ Spéc. en matière de recouvrement fiscal, P. Bon et D. de Béchillon, comm. sous *CE, 29 déc. 1997 (Cne d'Arcueil)* : D. 1999, somm. p. 53-54. - L'exigence d'une faute lourde persiste pour la responsabilité du fait du contrôle de légalité exercé par le préfet, in *CE, 29 juin 2000 (Min. Equipement c/ Cne de Roquebrune-Cap-Martin) & 6 oct. 2001 (Min. Intérieur c/ Cne de Saint-Florent et a.)* : D. 2002, somm. p. 526-527, obs. P. Bon et D. de Béchillon.

en revanche, être spécial et anormal¹ ! D'autres n'y verront qu'un affadissement de la notion, prompt à assurer la réparation du préjudice². Au demeurant, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation montre l'exemple en s'écartant sciemment, dans l'affaire *Grégory*, d'une interprétation étroite de la faute lourde susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat pour dysfonctionnement des services judiciaires³. En la matière, le commissaire du Gouvernement Lamy proposa au Conseil d'Etat de nuancer cette évolution en distinguant le « cœur de l'activité juridictionnelle » et « le fonctionnement défectueux de la justice », pour engager les fonds publics pour faute simple⁴. Par ce changement de perspective consistant à s'intéresser en priorité à la victime comme créancière d'indemnités dès qu'une atteinte illicite est portée à ses intérêts, les magistrats se rapprochent sensiblement des théories soutenues par le professeur Boris Starck⁵. Cette déqualification, d'origine purement prétorienne, contribue à faciliter l'indemnisation du préjudice, alors qu'elle n'équivaut (étonnamment, là encore) qu'à un retour aux textes fondamentaux du Code civil⁶ ! De toute cette jurisprudence découle néanmoins l'idée phare que la relativité implique nécessairement une qualité spécifique des faits litigieux ; c'est bien ce qui ressort implicitement des arrêts rendus en Chambre mixte le 22 avril 2005, d'après lesquels la constatation d'un manquement à l'obligation

¹ G. Lebreton, note sous *CE*, 13 mars (*Améon et a.*) & 29 avr. 1998 (*Cne de Hannappes*) : D. 1998, p. 535 s., spéc. II p. 538-539. - P. Bon et D. de Béchillon, obs. sous *CE*, 19 mai (*Rég. Languedoc-Roussillon*) & 29 déc. 2000 (*AGF*) : D. 2002, somm. p. 527 s., à propos de la responsabilité de l'Etat du fait des attroupements.

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 550 p. 517. - Adde L. Josserand, *La renaissance de la faute lourde sous le régime de la profession* : DH 1939, chron. p. 29 s. - Comp. H., L. & D. Mazeaud et F. Chabas, *Les obligations, théorie générale*, préc., n° 450 p. 464 et les réf.

³ *Cass. ass. plén.*, 23 févr. 2001 (*Laroche*), rendu sur concl. conformes R. de Gouttes : D. 2001, IR p. 909-910 et la note ; *ibid.*, p. 1752 s., note Ch. Debbasch, spéc. III qui pose la question d'une responsabilité pour faute simple au regard de la Convention européenne. - Plus politiquement, une appréciation draconienne de la faute lourde permettrait aussi de désengorger la cour de Strasbourg en matière d'irrespect du délai raisonnable ; en ce sens, cf. N. Fricero, obs. sous *CEDH*, 12 juin 2001, *Brochon c/ France*, & 14 juin 2001, *Epx Adelino Santos c/ Portugal* : D. 2002, somm. p. 689.

⁴ Propos rapportés par V. Holderbach-Martin, *in* note sous *CE*, *ass.*, 28 juin 2002, préc. p. 27.

⁵ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, 503 p., spéc. p. 9-11.

⁶ Comp. l'omission (sévère) de qualification permettant d'exonérer l'assisté de son obligation jurisprudentielle de réparation lorsque l'assistant bénévole a commis une faute, *in* M. Viala, note sous *Cass. I^{re} civ.*, 13 janv. 1998 (*C^{ie} La Concorde c/ Mme Lavigne*) : D. 1998, II, p. 581-582 (2^e esp.).

conventionnelle de base est impropre à caractériser à elle seule une faute lourde¹, anéantissant du même coup la jurisprudence antérieure qui n'exigeait aucune particularité circonstancielle².

100. - Le Palais se retrouve ainsi au centre du débat concernant la définition des notions relatives : explicitement lorsque le Parlement ne fournit aucun critère technique pour apprécier les termes qu'il qualifie ; de façon plus implicite toutes les fois que la désuétude d'un texte oblige à quelque adaptation. Toutefois, cette recherche juridictionnelle du sens utile à la législation ne doit pas succomber aux modes sociaux ni à l'arbitraire, sans quoi elles serviraient de prétexte à un bouleversement permanent du droit positif. Le législateur, tout en reconnaissant progressivement la magistrature comme véritable troisième pouvoir, doit alors éviter qu'elle n'abuse de ses prérogatives et doit réfréner toute dérive autocratique, en affirmant les valeurs républicaines³. La relativité croise alors les chemins du droit procédural.

¹ Celle-ci « ne peut résulter du seul retard de livraison » par une entreprise de transport express, c'est-à-dire « résulter du seul fait pour le transporteur de ne pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard ». - Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005 (*Chronopost*) : Bull. ch. mixte, nos 3 & 4, p. 9 s. ; RTD civ. 2005, p. 779 s. n° 8, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* p. 604 s. n° 4, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. assur. 2005, comm. 175, obs. S. Hocquet-Berg ; JCP 2005, éd. G, II, 10066, note G. Loiseau ; D. 2005, p. 1864 s. ; *ibid.* p. 1864, note J.-P. Tosi ; *ibid.* pan. p. 2750-2751, obs. H. Kenfack ; *ibid.* 2006, pan. p. 1932-1933, obs. P. Jourdain.

² In Cass. 1^{re} civ. 18 janv. 1984 (*Sté Loterie nationale et Loto national et a. c/ Vilageliu*) : Bull. civ. I, n° 27 p. 21 s. ; RTD civ. 1984, p. 727 s. n° 5, obs. J. Huet ; JCP 1985, éd. G, 20372, note J. Mouly. - & 30 nov. 2004 (*Sté France Telecom c/ Brousse*) : Bull. civ. I, n° 295 p. 247-248.

³ Cf. J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, p. 75 : « J'appelle donc République tout Etat régi par les lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être », c'est-à-dire guidé par la volonté générale. - Comp. Ch.-L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, préc., t. I, livre 2, chapitre 1^{er}, p. 97 : « Le gouvernement républicain est celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance ».

Chapitre second :

Le droit procédural¹ comme moyen de l'implication

101. - « Statutes² also are either declaratory of the common law, or remedial of some defects therein. Declaratory where the old custom of the kingdom is almost fallen into disuse, or become disputable ; in which case the parliament has thought proper, in perpetuum rei testimonium, and for avoiding all doubts and difficulties, to declare what the common law is and ever hath been »³. Le précédent judiciaire s'impose au juge anglo-saxon parce que la première décision rendue n'a été que l'occasion de proclamer une règle juridique préexistante : le *common law* renfermerait, en effet, un droit originel, immuable et complet, toujours juste, qu'il se borne à dévoiler de façon nécessairement rétroactive. Cette théorie déclaratoire de Sir William Blackstone confère, sans ambages, une nature juridique à l'enrichissement procuré à la loi par l'œuvre jurisprudentielle⁴. En même temps, elle tranche le dualisme traditionnel dans l'attitude herméneutique, traduit par la dialectique de la lettre et de l'esprit, de la forme et de la volonté, qui fut, au XIX^e siècle, l'un des terrains de controverse entre Ihering et Savigny : l'un prônait une méthodologie interprétative raisonnée et abstraite, l'autre souhaitait que prévalent les intérêts que le législateur avait eus en vue.

102. - La polémique découle, *in fine*, d'une confusion assez classique entre, d'une part, les fonctions législative et exécutive et, d'autre part, le concept de pouvoir, pourtant plus générique. Partant, l'intervention de l'autorité judiciaire peut seulement être

¹ Bien que ce vocable ne figure pas dans le *Petit Robert*, le doyen Cornu l'accepte simplement comme adjectif dérivé de « procédure », in *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Procédural & Procédure. - Adde *Petit Larousse illustré*, préc., v^o Procédural. - Le terme « processuel » concerne davantage une science comparative fondée sur le rapprochement des thèmes communs à tous les types de procès : *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Processuel ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^o Droit processuel.

² C'est-à-dire les lois écrites, par opposition aux différentes coutumes : W. Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, Oxford, printed at the Clarendon press, 1765, Book the first, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, vol. 1 of the *Rights of Persons* (1765), Introduction S. N. Katz, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979, p. 63.

³ « Les lois sont soit déclaratoires du *common law*, soit un remède contre leurs imperfections internes. Déclaratoires lorsque l'ancienne coutume du royaume a failli tomber en désuétude, ou devient sujette à controverse ; auquel cas le parlement a la possibilité, *in perpetuum rei testimonium*, et pour éviter tous doutes et difficultés, de déclarer ce qu'est le *common law* et ce qu'il a toujours été ».

⁴ *Ibid.*, p. 86.

perçue comme une contribution à l'élaboration des lois¹. Or, les notions relatives du Code civil peuvent utilement être rapprochées des clauses obscures d'une convention². Quel rôle jouent donc alors les magistrats ? Bien entendu, ils tendent à s'immiscer dans la volonté initialement déclarée par les contractants, comme ils pénètrent l'œuvre législative ou réglementaire³. Néanmoins, « le pouvoir d'interprétation du juge consiste simplement à dégager nettement le sens du texte, et par conséquent à préciser la règle. Donner une règle nouvelle supposerait un pouvoir de création que le juge n'a pas »⁴. Il n'a pas, en effet, vocation à modifier le contenu de la loi, mais simplement à l'explicitier pour le rendre pratiquement applicable. C'est pourquoi, comme en matière contractuelle d'ailleurs, son intervention n'est qu'exceptionnelle, conditionnée par l'absence de précision technique de la source litigieuse ; « le défaut d'ambiguïté barre l'accès à l'interprétation (l'explication de l'obscur ne doit pas devenir la déformation du clair) », remarquait Henri Motulsky dans les *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*⁵. Tout dépend essentiellement de la finalité assignée à l'interprétation. Soutenir, à l'instar du professeur Perreau au début du XX^e siècle, que cette dernière doit « assurer le mieux possible la satisfaction des besoins sociaux, l'harmonie des constructions théoriques dût-elle en souffrir »⁶, revient à systématiser le seul intérêt du justiciable ; elle sous-tendrait alors une telle liberté par rapport au texte qu'elle ne s'exercerait qu'au détriment du droit positif. L'indétermination législative offre évidemment

¹ Comp. A. Audinet, *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, éd. Bière, 1967, p. 105-106, qui va jusqu'à proposer une insertion au Journal officiel des arrêts interprétatifs.

² En ce sens, considérant toute source de droit comme un acte juridique, M. Djuvara, *Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif*, préc., p. 277 s.

³ J. Hauser, *Les contrats*, préc., p. 78 s., spéc. I p. 78. - Comp. les nuances, quant au contrôle de cassation, entre l'interprétation de la loi et du contrat, in F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 421 p. 411.

⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, n° 160 p. 385. - Contra F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, t. I, n° 12 p. 28-29 & n° 33 p. 64 s. - Adde J. Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, préc., n° 12-14 p. 422 s.

⁵ *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, n° 4 p. 177. - Rapp. Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, Essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., spéc. p. 363 (sur la comparaison d'un taux fixe d'alcoolémie et l'état d'ivresse, d'une quantité objective et d'une qualité subjective) & p. 365. - Cf., en outre, *Petit Robert*, préc., v° *Interprétation*, I ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Interprétation*.

⁶ E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 610 ; adde *ibid.* p. 612-613, l'introduction à la première section sur l'interprétation des textes.

une marge de manœuvre aux juridictions pour individualiser le droit au cas concret¹. Seulement, cette apparente délégation de compétences ne saurait se résumer pour l'organe chargé normalement de rendre la justice en une recherche de l'assentiment des parties quant au contenu des termes imprécis². Les notions relatives, aussi imparfaites soient-elles, demeurent des règles formalisées, et soustraites à ce titre à la discrétion du juge ; le contraire reviendrait à associer interprétation et arbitraire judiciaire³, ce qui équivaldrait à une faculté de retoucher la loi en fonction des contingences du procès. La faveur alors accordée à l'un des litigants se retournerait forcément contre l'autre et, *in fine*, contre la loi elle-même. Par conséquent, la relativité n'est tolérable que si la cohérence du système juridique est globalement préservée. Telle fut aussi l'hypothèse de travail de Ronald Dworkin afin de savoir si cet objectif de saine démocratie ne suppose pas forcément quelques contraintes dans le processus judiciaire⁴.

103. - Le problème n'apparaît donc pas tant, en définitive, de classer la jurisprudence parmi les sources du droit que de vérifier l'éventuelle particularité des pouvoirs juridictionnels en présence de notions relatives⁵. Déceler dans l'interprétation un acte politique⁶ ne résout pas, en effet, la définition de ces dernières ; cette recherche de sens conditionne pourtant la solution du litige⁷. Répondre à la question lancinante d'« un empiétement des juges sur les attributions du législateur »⁸ dépend bien plutôt des

¹ En ce sens, J. Wróblesky, *Les standards juridiques*, préc., n°s 12 s. p. 859 s. & n° 18 p. 865 s. - Adde Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95 p. 31 s. ; et, sur l'ensemble de la problématique, cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n°s 172 s. p. 263 s.

² Rapp., en matière de référé, le transfert du juridique au sociologique, selon J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, *Le juge des référés au regard des principes procéduraux* : D. 1995, chron. p. 70 n°s 15 s.

³ Sur quoi, St. Rials, *Les standards, notions critiques du Droit*, préc., p. 45-47, distinguant « indétermination » et « indéterminabilité ».

⁴ Spéc. *Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique*, 2. *Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation ?*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 227 s.

⁵ Comp. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc., introduction au premier chapitre de la deuxième partie : Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 26. - Adde J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, t. 1 : études générales - droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 28 : si « le "fait jurisprudentiel" est aujourd'hui unanimement reconnu (...) la question, par contre, reste controversée de savoir si la jurisprudence constitue une des sources formelles du droit, si elle est créatrice de règles juridiques ».

⁶ Comp. P. Serrand, note sous *CE, 9 avr. 1999 (Mme Ba)* : D. 2000, p. 339, spéc. en note 42 la référence à R. Smend.

⁷ Rapp. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Moyen, B ; *Petit Robert*, préc., v° Moyen, 2, 1°.

⁸ O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, préc., p. 353, et la critique des thèses de MM. Waline et Maury, *ibid.*, p. 353 s., sur le pouvoir normatif de la jurisprudence.

compétences qui leur sont dévolues quand la loi se révèle intrinsèquement insuffisante. Le Code civil fournit d'ailleurs lui-même la solution ! Comme le soutient le doyen Bernard Beignier, « les articles 4 et 5 sont typiques de l'esprit de compromis du Code de 1804 : l'un donne un pouvoir contesté, l'autre en retranche définitivement un autre »¹. Cette relativisation de la fonction jurisprudentielle souligne principalement que l'autorité judiciaire met en œuvre un pouvoir, non une liberté : l'*imperium* qu'elle détient correspond seulement à l'aptitude d'intervenir au nom de l'Etat dans les limites de l'investiture reçue de la Constitution, et ne peut être assimilée à une prérogative qui lui serait conférée dans son intérêt². Bien évidemment, elle garde toujours pour mission de vérifier l'adéquation entre le présumé législatif et le fond du contentieux pour en tirer les conséquences selon les effets de la loi ; mais - rejoignant ainsi parfaitement les propos d'Henri Motulsky³ - les notions relatives placent le juge au cœur du procès, sans pour autant lui accorder des pouvoirs exorbitants qui l'autoriseraient à s'affranchir du reste du Code civil. Au couple classique, entre les parties et leur départiteur, s'adjoint une structure formée par le juge et le droit : l'un se voit consacré comme le serviteur des droits substantiels, l'autre conserve sa primauté dans le règlement du litige⁴.

104. - D'un strict point de vue formel, la loi ne semble pas se suffire à elle-même puisque la relativité qu'elle renferme parfois la rend, non pas confuse, mais insuffisamment explicite. En conséquence, mais aussi en contrepoint, elle resserre alors le prétoire dans une fonction étroitement déterminée : passer d'une signification vulgairement

¹ *Les arrêts de règlement*, préc., p. 48, qui voit même dans le second une disposition d'ordre constitutionnel (*ibid.*, p. 48 s. et les réf.).

² *Vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Pouvoir, II, 2, et Liberté, 2 ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^o Droit-Droit subjectif. - Adde l'intitulé formel des décisions de justice : « République française », « au nom du peuple français » ; C. proc. civ., art. 454 & 502, et D. n^o 47-1047, 12 juin 1947, relatif à la formule exécutoire, art. 1^{er} : JO 13 juin 1947, p. 5487-5488 ; amendé par D. n^o 58-1289, 22 déc. 1958, relatif à certaines modifications en matière de procédure civile, art. 15 : JO 23 déc. 1958, p. 11613. - Rappr. D. n^o 77-533, 18 mai 1977, en ce qui concerne l'apposition de cette formule sur les décisions émanant des institutions communautaires : D. 1977, légis. p. 210.

³ *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002, n^{os} 48 s. p. 47 s. - Rappr. A. Bolze, *L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste* : D. 2001, chron. n^{os} 9-10 p. 1819-1820.

⁴ L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse* : Arch. philo. dr. 1972, t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, p. 115 s. - Adde la critique sur la neutralité du juge proposée dans le rapport de M. Coulon pour la modernisation de la procédure civile, in J. Normand, *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain* : RTD civ. 1998, p. 461 s., spéc. p. 469.

compréhensible au sens juridiquement pertinent. En comparaison, l'action en bornage¹ (C. civ., art. 646) délimite une zone d'exclusivité de droits pour le propriétaire immobilier², sans que le monopole qui en découle ne soit pour autant absolu (art. 544)³. En effet, les notions relatives requièrent une définition jurisprudentielle pour être concrètement applicables ; mais ce processus doit aussi parvenir à conserver une totale prévisibilité juridique, c'est-à-dire la sécurité légitimement escomptée par le justiciable et sur laquelle veillent les plus hautes instances juridictionnelles⁴. En somme, le droit procédural présente un double aspect : non seulement il trace les frontières du pouvoir judiciaire par l'exigence d'une conformité à la règle de droit (*Section 2*), mais il aménage surtout son territoire par une prohibition du déni de justice (*Section 1*) auquel il pourrait être tenté, sous couvert de ne pas empiéter sur les compétences parlementaires.

Section I : Prohibition du déni de justice

105. - A l'instar de l'article 4 du Code civil, le Coran reconnaît implicitement les carences potentielles de la loi : Dieu « te révèle le livre avec la vérité pour confirmer les révélations antérieures. Il a révélé la Thora et l'Évangile (...). Et il révèle le critère. (...) C'est lui qui t'a révélé le livre avec des versets confirmés qui sont la matrice du livre et d'autres qui sont équivoques. Quiconque a la déviation au cœur suit les équivoques par goût du trouble et de l'explication, mais Dieu seul connaît l'explication. Ceux qui sont enracinés dans la science disent : Nous y croyons, tout vient de notre Seigneur. Mais seuls s'en souviennent

¹ Sur le bornage conçu comme une servitude, cf. Ch. Atias, *Droit civil, Les biens*, Paris, Litec, 6^e éd. 2002, coll. Manuels, n^{os} 452 s. p. 403 s., spéc. n^o 452-6 p. 406 sur le caractère non-déclaratif ; F. Terré et Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 1998, coll. précis droit privé, n^{os} 262 s. p. 195 s., spéc. n^{os} 266 p. 196 s. & 268 p. 199 ; Ch. Larroumet, *Droit civil, t. 2 : Les biens, Droits réels principaux*, Paris, Economica, 3^e éd. 1997, coll. Droit civil série Enseignement, n^o 582 p. 319-320.

² Sur la question de savoir si le bornage doit être classé comme moyen de preuve des limites géographiques de la propriété immobilière ou comme moyen de preuve de la propriété, N. Reboul-Maupin, obs. sous Cass. 3^e civ., 27 nov. 2002 (*Hubert c/ Vidot*) : D. 2003, somm. p. 2045-2046. - Cf. aussi la combinaison avec le plan cadastral, S. Pérignon, *Le bornage des terrains à bâtir (A propos du nouvel article L. 111-5-3 du Code de l'urbanisme)* : Defrénois 2002, art. 37462, p. 80 s.

³ Sur l'absoluité et l'exclusivisme, « caractère douteux du droit de propriété », cf. Ch. Larroumet, *Les biens, Droits réels principaux*, préc., n^{os} 197 s. p. 105 s. ; Ch. Atias, *Les biens*, préc., n^{os} 69 s. p. 98 s. & n^{os} 73 s. p. 108 s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n^{os} 128-129 p. 107 s. & n^{os} 130 s. p. 109 s. - Adde F. Zénati et Th. Revet, *Les biens*, Paris, PUF, 2^e éd. 1997, coll. droit fondamental-droit civil, n^o 99 p. 123 s., sur les avantages de l'exclusivité, & n^o 107 p. 129 sur l'absoluité des droits.

⁴ J.-G. Huglo, *La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique* : Cah. cons. const. n^o 11/2001, p. 82 s. ; M. de Salvia, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : *ibid.*, p. 93 s.

les intelligents. Seigneur, ne fais pas dévier nos cœurs après nous avoir guidés »¹. Mais la sourate, pour importante qu'elle soit, ne désigne pas pour autant les dispositions claires ou absconses. Leur signification reste donc ouverte, élargissant d'autant l'horizon interprétatif. Or, si, d'après l'Islam, Dieu n'a rien omis dans le Livre, la perception des prophètes et de tout homme est soumise à des lois naturelles de compréhension. De là peuvent naître les exactions.

106. - En stricte logique, la Révolution poursuit la tradition de confier les commentaires d'un texte à l'autorité compétente pour l'édicter ; la loi des 16-24 août 1790, séparant les fonctions administrative et judiciaire, prescrit ainsi aux juges de s'adresser « au Corps législatif, toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle »². Dès le Consulat cependant, la connaissance du référé législatif ressortit au Conseil d'Etat, investi du pouvoir de développer le sens des lois³. Malgré une tentative de retour à la situation *ex ante* (en substituant tout de même au Roi le Parlement !), la Restauration n'empêche pas le processus d'interprétation juridictionnelle d'aboutir en 1828, puis en 1837, avec la suppression définitive de ce mécanisme⁴. Instituer cette alternative exclut surtout les autres pouvoirs constitués ; la Constitution du 4 octobre 1958 demeure, pour sa part, fort discrète sur les limites de compétence de la magistrature⁵. « *A priori* l'interprétation se borne à faire apparaître le véritable sens de la loi. Elle ne lui ajoute rien »⁶. Or, le caractère insuffisamment explicite des notions relatives les rend forcément polymorphes, ouvrant potentiellement la voie à des nuances - si ce ne sont des divergences -

¹ *Le Coran*, Paris, éd. Ph. Lebaud, Le Seuil, 1979, coll. Points-Sagesses n° 132, Sourate III (*la famille d'Amram*), 3-8, p. 40. - Amram appartient à la descendance de Lévi, ancêtre éponyme d'une des douze tribus d'Israël formées par les fils de Jacob et vouée au service du Temple : Nb 3, 19 & 27-29 ; I Ch 5, 27-29 & 6, 1-4 ; Gn 25, 19-34 & 29, 34.

² Art. 12 : J.-B. Duvergier, préc., t. 1, p. 311 et la note. - *Adde* D. 27 nov.-1^{er} déc. 1790, art. 21, instaurant un référé obligatoire en cas de conflit de décisions entre le tribunal de cassation et les juridictions relevant de son contrôle : *ibid.*, t. 2, p. 58 - *Comp.*, in H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n° 108 p. 194 s., v° *Ejus est interpretari legem cujus est condere*.

³ D. 5 nivôse an VIII (26 déc. 1799) pour l'organisation du Conseil-d'Etat, art. 11 : J.-B. Duvergier, préc., t. 12, p. 48 et les références en note. - *Adde*, sous l'Empire, L. 16-26 sept. 1807 qui détermine les cas où deux arrêts de la Cour de cassation peuvent donner lieu à l'interprétation de la loi : *ibid.*, t. 16, p. 168.

⁴ L. 30 juill. 1828 relative à l'interprétation des lois : J. B. Duvergier, préc., t. 28, p. 236 s. - L. 1^{er} avr. 1837, relative à l'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation après deux pourvois, art. 2 : in J.-B. Duvergier, préc., t. 37, p. 85 et la note.

⁵ Const. 4 oct. 1958, titre VIII, art. 64 s. - Pour les textes fondateurs des III^e et IV^e Républiques, cf. L. Bach, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Jurisprudence*, 2000, n° 39 p. 7.

⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 467 p. 436.

dans la résolution d'un même litige. Le juge ne pouvant finalement qu'opter pour une seule solution, l'herméneutique aboutit à un choix, consistant à faire prévaloir l'une des thèses concevables au détriment des autres. Par une conclusion quelque peu hâtive, la jurisprudence se distinguerait « alors difficilement d'une création pure et simple »¹. Inéluctablement, se pose la question de savoir si l'autorité judiciaire ne produit pas elle-même du droit à partir des notions relatives pour les besoins de leur mise en œuvre.

107. - L'analyse interprétative consiste ainsi à chasser l'ambiguïté des notions relatives, pour établir un sens monovalent². En effet, la compréhension de la règle résonne comme la condition ontologique de son utilisation ; son indétermination accule donc les magistrats à un effort de construction³. En conséquence, l'étude des notions relatives éloigne du simple besoin d'une lecture pratique pour obliger à prendre la mesure des compétences de l'interprète⁴. Or, de façon assez symptomatique, la réforme du Code pénal survenue en 1992 continue d'incriminer le déni de justice (art. 434-7-1) tout en évinçant l'ancien article 127 relatif à la forfaiture. Faut-il convenir, avec Madame Frison-Roche, que « cette divergence dans l'évolution des conséquences pénales attachées initialement aux articles 4 et 5 exprime le déclin de l'interdiction (...) pour le juge de s'affirmer comme source du droit alors que son obligation (...) de répondre aux demandes en justice, ne cesse de croître »⁵ ? Certes, d'un point de vue formel, l'article 4 du Code civil force le juge à se prononcer, nonobstant l'indigence technique des notions relatives. Concrètement, cette obligation de statuer (§ 1) valide en quelque sorte l'œuvre jurisprudentielle, mais elle suppose alors d'analyser ce perfectionnement. Autant dire que l'article 5 est loin de devenir lettre morte⁶, en laissant toutefois en suspens la nature de l'interprétation (§ 2).

¹ *Ibid.*

² Comp. E. Agostini, *L'argument a contrario* : D. 1978, chron. p. 150 n° 8 ; J. Wróblewski, *L'interprétation en droit : théorie et idéologie*, in Arch. philo. dr., t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, n° 5 p. 54, à propos de l'« interprétation opérative ». - Adde Petit Robert, préc., v° Interprétation.

³ En ce sens, R. Guastini, *Interprétation et description de normes*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 90 s., spéc. n° 4. - P. Amserek, *L'interprétation à tort et à travers*, *ibid.* p. 11-12, qui relève que le verbe « interpréter se dit, de manière fort éclairante en anglais, "to construct" ».

⁴ Comp. F. Jacques, *Interpréter - Prototype ou simple ressemblance de famille ?*, préc. *ibid.*, p. 27. - Rapp. J. Brigham et A.-J. Arnaud, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., v° Interprétative (-Analyse), p. 316-317.

⁵ *J.-Cl. Civil*, Art. 4, Déni de justice et interprétation de la loi par le juge, 1996, n° 37 p. 7.

⁶ Rapp. M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. Civil*, Art. 5, Application de la loi par le juge, 1995, n° 1 p. 3.

§ I : Obligation de statuer

108. - *Prima faciæ*, les notions relatives ne sont pas immédiatement opérationnelles ; elles appellent, inconsciemment, un complément extratextuel moins aléatoire. Pour volontaire qu'elle soit¹, cette incertitude fausse le raisonnement juridictionnel : dans le syllogisme, la majeure ne suffit pas à établir directement la conclusion par rapport aux faits². Puisqu'elle n'exprime qu'une intention législative, la relativité requiert alors une concrétisation. Là réside d'ailleurs le rôle traditionnel du procès ! En somme, le Parlement élabore de simples directives à destination de l'autorité judiciaire, en sorte que cette dernière aboutisse à une norme effectivement applicable³. Comme le constate le doyen Carbonnier, le juge sort ainsi d'une fonction purement machinale et n'apparaît plus « comme un esclave enchaîné par la logique à la règle de droit et surtout à la loi »⁴. En conséquence, alors que la loi reflète plutôt un pouvoir législatif démissionnaire (I), le droit procédural permet une consolidation jurisprudentielle des notions relatives (II).

I - Un pouvoir législatif démissionnaire

109. - Si toute règle de droit possède quelque force déontique⁵, la relativité pourrait toutefois apparaître « à mi-chemin entre l'ordre formel et le simple souhait », à l'instar des directives en droit administratif⁶. Les notions relatives constituent effectivement un modèle de comportement ; certes, le dernier est impératif du seul fait de leur insertion

¹ Pour des nuances sur cette coopération fataliste du juge et du législateur, cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 18 s., spéc. p. 21 et 25, et 8 août 1986 n° 95, p. 36 s.

² Rapp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 53 p. 40-41 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 8 p. 19 s. - Adde C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 176 p. 272 & n° 197 p. 301-302.

³ *Ibid.*, n° 175 p. 270, où l'auteur explique que le flou législatif modifie ainsi la répartition des pouvoirs : en recourant à la relativité, « le législateur prouve qu'il prend conscience de la faiblesse de son action » et « se rend alors parallèlement compte de la position de force du juge » pour préciser le contenu des concepts qu'il énonce.- En ce sens, Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse au 1^{er} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, préc., p. 1184-1186.

⁴ *Introduction*, préc., n° 8 p. 20.

⁵ Cf., cependant, les nuances d'A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle* : D. 1990, chron. p. 200 s. n° 5 s.

⁶ P. Pavlopoulos, *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, coll. Bibl. dr. publ., t. CXXVIII, p. 9 sur les éléments constitutifs du concept. - Comp. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 94 p. 120 s. - P. Delvolvé, *La notion de directive* : AJDA 1974, p. 459 s. - J. Boulouis, *Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les « directives »*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 191 s. - Adde R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, préc., n° 689 s. p. 519 s. ; Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T. I, préc., n° 1350 s. p. 638 s. ; J.-F. Lachaume, *Droit administratif*, préc., n° 7 p. 217 s.

dans le Code civil, mais il suggère plus qu'il ne caractérise¹. En cela, elles fixent un cadre dont la finalité ne peut être concrétisée sans la médiation de l'autorité judiciaire qui se trouve, en conséquence, investie par le législateur d'une certaine délégation de pouvoir². La relativité interroge donc sur les rôles respectifs joués par les juridictions et le Parlement. Tandis que l'élaboration et la mise en œuvre de la loi sont normalement distinctes, ces deux pôles en viennent à s'attirer. Comme le souligne Madame Castets-Renard, la nature même des notions relatives « suppose à la fois leur origine légale et la nécessité de les compléter » : le retrait des assemblées parlementaires doit effectivement être compensé par l'autorité judiciaire, en sorte que « l'interprète reçoit alors un pouvoir qui dépasse sa mission habituelle. Il n'est plus seulement chargé d'interpréter la loi, puisque par définition le législateur n'a rien dit, mais contribue lui-même à élaborer le contenu normatif »³. D'ailleurs, le problème se révèle absolument identique pour l'acte juridique dont l'objet « est de décrire le vécu postcontractuel qu'il est appelé à régir » : en cas de contestation, les termes explicites s'imposent par la certitude qu'ils impriment à l'écrit ; au contraire, l'ambiguïté devient « source de liberté d'interprétation »⁴. Cette comparaison suscite une double remarque : elle signifie d'abord que le détail technique d'une loi (conditions de fond et de forme, effets, délais...) ne s'oppose pas à sa généralité ; elle atteste également que l'abstraction, qui y est usuellement attachée, n'équivaut pas non plus à l'imprécision terminologique⁵. Or, malgré le respect de ces deux caractères, les notions relatives pèchent par superficialité. Le législateur renonce ainsi - au moins partiellement - à sa compétence ; il abandonne alors aux juridictions le soin de combler ce déficit normatif⁶.

¹ En ce sens, la distinction terminologique proposée par Opalek et Ross entre langages directif et indicatif, in F. Ost et M. Van de Kerchove, *Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit*, dir. P. Amselek, *Interprétation et droit*, préc., p. 137. - Rapp. M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 268-269.

² Sur quoi, V. Fortier, *La fonction normative des notions floues* : RRJ 1991, n° 12 s. p. 763 s.

³ *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 9 p. 37 ; adde n° 172 p. 263.

⁴ Th. Ivainer, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, préc., n° 4 & 5.

⁵ C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 1 p. 9-10.

⁶ Cf. les raisons de ce transfert avancées par Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} août 1986 n° 92, p. 30 s. - Adde, sur le « complément » du droit par le juge, G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n° 177-178 p. 76-77. - Cf. les remarques de J. Savoye sur *La notion de « manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs »* : D. 1968, chron. p. 104, spéc. introduction au I. - G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français*, préc., n° 6 p. 443-444. - C. Castets-Renard, *La proposition de loi visant à donner un cadre juridique au droit à l'image : une occasion manquée* : Petites affiches 6 janv. 2004 n° 6, spéc. I B p. 8.

110. - Pourtant, d'aucuns brandiront l'ambivalence même de l'article 4 du Code civil ; à l'époque du référé législatif, déjà, le juge s'arrogeait couramment la faculté de conférer une teneur aux dispositions qu'il qualifiait, à sa guise, d'explicites¹. En réalité, ce subterfuge conduit à mettre en œuvre des principes jurisprudentiels considérés comme préférables à ceux qui devraient logiquement résulter d'une application mécanique de la politique parlementaire, prétendument non satisfaisante. « De grâce ! ne confondons pas l'interprétation d'un texte avec sa ré-écriture » pour « en évacuer la substance au gré des besoins », s'exclamaient les professeurs Perrot et Théry². La relativité ne renvoie pas à ce schéma pernicieux. Aucune comparaison n'est, par exemple, concevable entre un détournement délibéré de l'article 414 du Code civil, et la recherche des critères utiles à l'emploi d'un énoncé qui fixerait la majorité civile en fonction d'une aptitude sociale et intellectuelle suffisante³ ! Ainsi, pour reprendre une formule du professeur Gaudemet, « l'interprétation suppose la loi, la complète peut-être, mais ne s'y substitue pas »⁴. Si le pouvoir judiciaire est incité à s'investir au-delà de sa fonction primaire, ce n'est point pour l'éloigner du Code civil, mais bien pour qu'il assure, en fait, un contrôle accru sur les qualificatifs de relativité qui rendent plus exigeantes les prescriptions légales de base⁵. En définitive, cette observation revient à souligner la prééminence de l'interprétation prétorienne : c'est bien la décision de justice qui rend la loi pertinente⁶. Autrement dit, elle confère aux notions relatives un complément concrètement nécessaire à leur sanction ; si le justiciable s'y fie, même préalablement au procès, c'est qu'il calque *a priori* son comportement moins sur la législation que sur une décision judiciaire potentielle.

¹ Sur quoi, cf. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, in Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. V : *Etudes sur le rôle du juge*, 1949, Paris, Dalloz, 1950, n° 3 p. 62-63. - Adde M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. civil*, art. 4, préc., n°s 44 s. p. 8 s., spéc. n° 45 p. 8.

² *La subsidiarité de la saisie-vente* : D. 1996, chron. p. 171, à propos d'un avis de la Cour de cassation du 8 déc. 1995 (*Miaut c/ Caisse assur. gén. de France*).

³ Rappr. L. Bach, *Rép. civ.*, v° Jurisprudence, préc., n°s 125 s. & 133 s. p. 16 s. pour une distinction des différentes lacunes de la loi.

⁴ *Fonction interprétative et fonction législative*, préc., p. 202 et p. 207 s. sur le domaine de l'interprétation.

⁵ En ce sens, A. Perdriau, note sous *Cass. ass. plén.*, 28 juin 1996 (*Dame Daverio c/ Cts Lasserre*) : *Gaz. Pal.* 1996, 2, p. 398-399, au sujet du trouble manifestement illicite en matière de référé.

⁶ Rappr. H. Batiffol, *Questions de l'interprétation juridique* : *Arch. philo. dr.*, t. XVII : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du C.N.R.S., spéc. p. 13 s.

II - Consolidation jurisprudentielle

III. - Sous son aspect négatif, l'article 4 du Code civil interdit toute abstention dans la commission de la fonction juridictionnelle. Toutefois, « lorsque les juges refusent de répondre les requêtes » (ancien C. proc. civ., art. 506) dans une conception servile de leur rôle par rapport à la loi, ils violent, *ipso jure*, l'obligation plus positive qui dérive de cette même disposition, de parfaire la loi défectueuse¹. La reconnaissance d'une telle mission soulève, néanmoins, en exorde, une question d'ordre constitutionnel. En effet, le principe de séparation des pouvoirs se cumule au fait que l'autorité judiciaire ne peut exciper aucun mandat électif représentatif, contrairement à ce que requiert l'article 3 de la Constitution de 1958 pour l'exercice de la souveraineté populaire². Bien que les magistrats ne puissent ainsi se substituer au législateur, ils n'en dégagent pas moins *in fine*, à travers leurs décisions propres aux notions relatives, des éléments de fond que la loi n'énonce pas expressément³. Ils apparaissent alors davantage que les simples serviteurs de la règle de droit. Que cette compétence soit textuellement consacrée (1) n'empêche pas que les juridictions n'agissent qu'en vertu d'une espèce de délégation parlementaire⁴ : elle ne saurait jouir que d'une légitimité médiate (2).

I. Une compétence textuellement consacrée

II. - Longtemps, la doctrine focalisa ses études sur l'autorité judiciaire pour différencier la matière gracieuse du contentieux. Les professeurs Solus et Perrot ont démontré que la multiplication des autorités administratives, aux structures et missions assez floues, obligea bientôt à « isoler la fonction juridictionnelle parmi les deux autres fonctions de l'Etat : la fonction législative et la fonction administrative. Le problème débordait le plan du droit judiciaire (...) pour atteindre celui des principes fondamentaux de

¹ Cf. les deux titres développés par M.-A. Frison-Roche, *in J. Cl. civil, art. 4*, préc., p. 3 et 8.

² Spéc. al. 1 & 2. - *Adde Lexique des termes juridiques*, préc., v^s Légitimité et Souveraineté populaire ; *Vocabulaire juridique*, préc., v^s Légitimité, II, et Souveraineté, 4, spéc. b.

³ Rappr. L. Bach, *Rép. civ.*, v^o Jurisprudence, préc., n^{os} 7 & 9 p. 4 et les réf.

⁴ Comp. les ordonnances (Const. 4 oct. 1958, art. 38) habilitant le Gouvernement à agir en lieu et place du pouvoir législatif : Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif, T. I*, préc., n^{os} 1185 s. p. 557 s. ; R. Chapus, *Droit administratif général, T. I*, préc., n^{os} 846 s. p. 665 s.

l'Etat »¹. Curieusement, le titre VIII de la Constitution de 1958 fournit un piètre secours puisqu'il ne garantit que l'autonomie des magistrats sans jamais préciser leur rôle ; *a contrario* certes, ces derniers ne sauraient s'immiscer dans les domaines réservés du pouvoir exécutif et du Parlement, amoindrissant d'autant leurs attributions potentielles. A l'inverse, la doctrine s'est émue de l'immixtion du législateur dans le cours de la justice grâce aux lois de validation, malgré les motifs évidents et impérieux d'intérêt général, posés par la Cour européenne comme condition de leur validité² ; le Conseil constitutionnel se contente de vérifier que ces mesures rétroactives poursuivent « un but d'intérêt général suffisant »³, et pousse alors les magistrats de l'ordre judiciaire à évaluer la motivation d'une loi, d'autant que « la qualification de l'intérêt général ne (...) paraît pas déterminante de l'intensité et de la rigueur du contrôle opéré par le juge », selon une partie de la doctrine⁴ ! Ingérence sur ingérence vaut-elle ? Chacun s'accorde plutôt pour admettre que les tribunaux sont chargés de trancher les litiges⁵. Mais dire que l'herméneutique appartient au juge depuis 1837 ne suffit pas. Déjà, la pratique des lois interprétatives ou des circulaires administratives, autant que les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires, relativisent la vigueur du principe⁶. La solution engendre surtout un paradoxe. D'un côté - à l'égal du foisonnement contemporain des textes qui opère d'inévitables chevauchements -, la

¹ *Droit judiciaire privé*, T. I : *Introduction, Notions fondamentales, action en justice, formes et délais, acte juridictionnel, Organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, coll. *Traités*, n° 466 p. 427.

² Sur quoi, *Cass. ass. plén.*, 24 janv. 2003 (*Baudron c/ Fédération des synd. nat. d'employeurs des états et serv. pour personnes inadaptées et handicapées*) : D. 2003, p. 1648 s., note S. Paricard-Pioux ; pour une loi interprétative, *Cass. ass. plén.*, 23 janv. 2004 (*Sté Le Bas Noyer c/ Sté Castorama*) : D. 2004, p. 1108 s., note P.-Y. Gautier, spéc. nos 13 s. p. 1113-1114. - *Adde CEDH*, 23 oct. 1997, *National & Provincial Building Society et a. c/ Royaume-Uni*, in L. Sermet, 2. *Rétroactivité et Convention européenne des droits de l'homme* : RFD adm. 1998, p. 990 s. - *Comp.*, à propos de l'abrogation malencontreuse de l'article 631 de l'ancien Code de commerce, *Cass. com.* 14 déc. 2004 (*Vidal Soler c/ Teillard d'Evry*) : D. 2005, AJ p. 146-147, obs. A. Lienhard.

³ *Cons. const.*, 29 déc. 1999, déc. n° 99-425 DC : JO 31 déc. 1999, p. 20012 ; RFD adm. 2000, p. 289 s., B. Mathieu, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC* ; RFD const. 2000, p. 137-138, note L. Philip.

⁴ D. Ribes, obs. sous *Cons. const.*, 11 déc. 2003, déc. n° 2003-486 DC : D. 2004, somm. p. 1271 et les réf.

⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 220 p. 237 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 465 p. 432-433. - H. Sinay, *La résurgence des arrêts de règlement* : D. 1998, chron. p. 88, III. - *Adde* les réf. citées par P. Bellet, *Le juge et l'équité*, in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 12-13. - *Contra*, comp. les propos désabusés de J.-D. Bredin, *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 15 s. *passim*.

⁶ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., nos 415 s. p. 374 s. - *Adde* les critiques et les références, in J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 159 p. 304-305.

relativité avive le besoin de lever une aberration normative ; toutefois, ce conflit sur le contenu même du droit laisse craindre quelque gouvernement des juges dans l'opinion politique et médiatique : l'Etat de Droit paraît se dresser contre la séparation des pouvoirs¹. Ihering remarquait ainsi que le *Rechtsstaat* n'est atteint que dans la mesure où l'Etat croit nécessaire de concéder une autorité aux tribunaux². De l'autre côté, la jurisprudence considère que toute juridiction doit statuer sur la cause qui lui est soumise : la Chambre criminelle applique ainsi en même temps l'article 4 du Code civil et l'article 6 de la Convention européenne (dans lequel la prohibition du déni de justice s'exprime dans le verbe « décider »³) ; la Cour de Strasbourg retient depuis longtemps que cette interdiction appartient aux principes fondamentaux universellement reconnus⁴. Autrement dit, le droit n'a de réalité qu'à l'aune d'une sanction judiciaire⁵. Dès 1804 donc, le Code civil entendait attribuer aux magistrats les pouvoirs que commande une bonne administration de la justice. De plus, dans une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel, visant l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, estime que, « en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction »⁶. Comme le pressentait Carré de Malberg dans l'entre-deux-guerres, la portée de l'article 4 du Code civil devient « aussi considérable que celle de bien

¹ M. Delmas- Marty, *La construction d'un Etat de droit dans la Chine d'aujourd'hui. Avancées et résistances* : D. 2002, chron. p. 2484-2485. - Comp. les propos rassurants du président honoraire de la Cour de cassation, P. Draï, malgré les exigences des « consommateurs de droit », in *Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui* : RRJ 1991, p. 597. - Adde M. Waline sur le double sens de l'article 4 du Code civil par rapport à l'existence d'un droit lacunaire, in *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, préc., n^{os} 6-7 p. 616-617.

² Sur quoi, A.-G. Chloros, *Essai sur l'origine et la fonction de la légalité*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 127 & 143.

³ Cf. spéc. le second moyen in *Cass. crim.*, 26 juin 1991 : Bull. crim., n^o 278 p. 710-711.

⁴ CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*. - Comp., sur l'intégration dans l'article 6 de la Convention de l'exécution des décisions, CEDH, 19 mars 1997, *Epx Hornsby c/ Grèce* : D. 1998, p. 74 s., note N. Fricero.

⁵ M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, préc., n^{os} 24 s. p. 364-365. - Sur le lien avec le droit d'action, N. Molfessis, *Vers un droit constitutionnel au recours* : Justices 1995, p. 204 s.

⁶ Déc. n^o 96-373 DC, *Statut Polynésie fr.* : AJDA 1996, p. 374, et note O. Schrameck p. 371 s., spéc. p. 373. - Rapp., à propos de l'effectivité concomitante de droits différents, F. Luchaire, note sous *Cons. const.*, 22 oct. 1982, *Labbé et a.* : D. 1983, spéc. III p. 190-191. - Ph. Terneyre, *Le droit constitutionnel au juge* : Petites affiches 4 déc. 1991 n^o 145, p. 4 s.

des textes constitutionnels »¹. La contribution normative de la jurisprudence apparaît « donc une fonction irréductible et inhérente à l'institution juridictionnelle » dans laquelle « elle trouve son fondement et sa légitimité »² : le juge obtient ainsi la maîtrise du droit objectif parce qu'il a le devoir de régler le procès entre sujets de droit quel que soit l'état du droit écrit ; la sanction du déni de justice l'oblige à modeler la loi³. Cette conclusion correspond à la vision du vice-président Marceau Long pour qui, « respecter le droit, ce n'est pas seulement tirer les conséquences logiques de règles claires et stables ; c'est aussi, sans jamais perdre de vue les valeurs fondamentales, inventer et construire »⁴. En enfermant l'autorité judiciaire dans le cadre de son activité spécifique, l'article 5 du Code civil prohibe certainement la pratique par le juge d'un pouvoir législatif mais il ne lui interdit pas d'amender les notions relatives pour pouvoir résoudre concrètement tout contentieux⁵. Le professeur Pavlopoulos a montré que les juridictions administratives grecques, auxquelles nul ne songe à reprocher l'ambition d'instaurer un gouvernement des juges, a su utiliser les standards pour assurer l'interprétation et donc l'efficacité de la règle de droit⁶. Au demeurant, Montesquieu, facilement cité lorsque est évoquée la séparation des pouvoirs, n'a

¹ *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. 1^{er}, Paris, Sirey, 1920, n° 244 p. 734 (fonction juridictionnelle de l'Etat). - Adde N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1994, coll. bib. dr. priv., t. 287, n° 600 p. 474. - Rappr. L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, 582 p. ; W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, *Le souci d'effectivité du droit* : D. 1996, chron. p. 301 s. ; M. Bandrac, *L'action en justice, droit fondamental*, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, préc., spéc. n°s 6 s. p. 6 s. ; Th. S. Renoux, *Le droit au recours juridictionnel* : JCP 1993, éd. G, I, 3675, p. 211 s.

² D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, coll. bib. dr. priv., t. 236, p. 304. - Comp., sur la dérive de l'*autoritas* à la *potestas*, les propos critiques d'A. Sériaux, *Le juge au miroir - L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, in *Mélanges Christian Mouly, Livre I, Notions fondamentales*, Paris, Litec, 1998, p. 171 s.

³ Selon J. Savoye, néanmoins, « son action est essentiellement négative, il se contente d'indiquer que tel fait ne peut entrer dans la définition, sans préciser le contenu de celle-ci (...), car toute définition formelle du juge l'amènerait à procéder par voie de règlement et à transgresser ainsi les dispositions de l'article 5 du code civil », in *La notion de « manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs »*, préc., p. 106.

⁴ *Avant-propos*, in *Etudes et documents*, Conseil d'Etat, 1988, p. 8.

⁵ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, préc., n° 10 p. 339 & p. 371. - Sur le caractère « indissociable » des articles 4 et 5 du Code civil, cf. B. Beignier, *Les arrêts de règlement*, préc., p. 45.

⁶ *Les standards en droit public*, préc., p. 961 s. *passim*, spéc. p. 975.

jamais envisagé que celle-ci rime avec autonomie, et encore moins avec sécession¹ : l'exercice de la compétence juridictionnelle doit rester fondé en droit².

2. Une légitimité médiate

113. - L'article 12 du Code de procédure civile enjoint le juge de trancher « conformément aux règles de droit » applicables au litige parce qu'elles demeurent, malgré leur complexité, un principe organisateur de la vie sociale³. A cet effet, une doctrine fait valoir que les décisions de justice ne peuvent donc être fondées que sur la législation, seule source de légitimité puisque celle-ci émane des représentants du peuple⁴. Pendant de la séparation des pouvoirs, cette option restrictive risque, toutefois, de se heurter, à la prétendue difficulté d'édicter un droit propre à fédérer une société mouvante et disparate. Aussi, tout en recherchant davantage de souplesse, le Parlement reconnaît-il tacitement que la définition des notions relatives lui échappe et peut alors exister hors la loi⁵. Sans contester la légitimité élective, l'élection n'est donc plus le canal exclusif pour conférer aux décisions de justice leur légitimité. Mais l'anathème tombe vite : le gouvernement des juges ! C'est oublier un peu facilement combien les juges élus prêtent aussi le flanc à la contestation :

¹ *De l'esprit des lois*, préc., L. XI, chap. VI, sur la Constitution de l'Angleterre, p. 327 s. - *Adde Dictionnaire constitutionnel*, dir. O. Duhamel et Y. Mény avec l'assistance de P. Vennesson, Paris, PUF, 1992, v^o Séparation des pouvoirs par J.-Cl. Colliard, & Séparation des autorités administratives et judiciaires par J. Chevallier.

² *Petit Robert*, préc., v^o Légitime, I 1 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Légitimité, II.

³ Sur quoi, A. Bernard, *La confusion des ordres* : D. 1997, chron., introduction p. 274-275.

⁴ Cf. les limites à propos des lois antisémites de l'Etat français : D. Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, in *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 254 & p. 275 s.

⁵ En ce sens, G. Cornu, *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires*, préc., *passim*, spéc. p. 1177 & 1181 ; l'auteur ajoute (p. 1182) que « leur propre est en effet d'être seulement un commencement (...) de représentation, c'est-à-dire d'avoir, positivement une charge directive propre à faire jaillir, dans l'esprit du juge ou de l'interprète, un concept ou une image (intérêt, ordre, etc.), mais d'être résolument incomplètes, de creuser par intention un vide à remplir par le juge ».

l'exemple des États-Unis d'Amérique peut être mis en relation avec les conseillers prud'homaux ou les juges consulaires¹.

114. - Si certains arguments semblent assez périlleux pour asseoir cette légitimité², des auteurs auraient alors raison de soutenir que l'interprétation vaut révision de la loi³ ; le propos ne serait pertinent qu'à la condition que l'autorité judiciaire n'y ait pas été habilitée⁴. Dominique Maingueneau ajoute que « la Loi seule peut déterminer qui est compétent pour l'interpréter »⁵. Au demeurant, la clarté d'un texte abroge l'interprétation juridictionnelle uniquement parce que le législateur impose sa propre signification⁶. La même logique présidait en droit romain pour la classification des contrats : si l'*intentio* était vérifiée dans les obligations de droit strict, le juge, lié par les stipulations établies, devait condamner dans des conditions déterminées ; dans les *judicia bonae fidei*, il était invité à apprécier l'affaire pour rechercher la commune intention des contractants. Comme en l'état de la législation actuelle donc, le contrat conservait toujours une stricte force obligatoire ; l'opposition n'existait pas au plan de la formation des actes mais quant à la nature de leur sanction, et

¹ E. A. Farnsworth, *Introduction au Système Juridique des Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1986, traduit de l'américain par B. Baron-Renault, p. 34-37. - D. N. Commaret, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* : D. 1998, chron. p. 262 s. - J.-Cl. Lam et P. Moussy, *Vous avez dit impartialité ?* : Dr. ouvrier 2001, p. 11 s. ; P. Moussy, *Quelles conceptions de l'impartialité des Conseils de Prud'hommes ? (à propos de Cass. Soc. 3 juillet 2001, Bonnaffé)* : *ibid.* 2002, p. 1 s. ; J.-Cl. Lam, *La Cour de Cassation pouvait-elle, dans son arrêt du 3 juillet 2001, prendre une telle décision sans méconnaître, ni violer l'article L. 516-3 du Code du Travail ?* : *ibid.*, p. 4 s. ; P. Rennes, *Les travailleurs et l'accès à une justice prud'homale efficace (au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales)* : *ibid.*, p. 7 s. - J. Mestre et M.-E. Pancrazi, *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 25^e éd. 2001, coll. Manuel, n° 120 p. 134-135 ; Y. Guyon, *Droit des affaires, Tome I : Droit commercial général et Sociétés*, Paris, Economica, 11^e éd. 2001, coll. Dr. des aff. et de l'entreprise - série : Enseignement, n° 785 p. 839-840 & n° 787 p. 841-842. - *Adde La légitimité des juges : actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université Toulouse I, Toulouse, PU sciences sociales Toulouse, 2004, coll. Les travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques n° 1, 224 p., spéc. concl. J. Poumarède, Faut-il élire les juges ?*

² Connaissance du droit, recrutement par concours, statut, symbole institutionnel... Rappr. X. Lagarde, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve* : Droits 1996, p. 34 s., et R. Martin, *L'impossible gouvernement des juges* : D. 1998, dernière actualité n° 25, p. 1.

³ Sur quoi, M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, préc., p. 235 s. - Comp. Th. Ivainier, *L'ambiguïté dans les contrats* : D. 1976, chron. p. 157 n° 29.

⁴ Rappr. J. Chevallier, *Les interprètes du droit*, préc., p. 117 sur la coupure entre la politique et le droit, « les auctores et les lecteurs » ; *adde (ibid. p. 115) la théorie kelsénienne sur les interprétations authentiques, indissociables de la création du droit.*

⁵ *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques*, préc., p. 63.

⁶ En ce sens, E. Pattaro, *Interprétation, systématisation et science juridique*, préc., p. 107. - M. S. Zaki, *Définir l'équité* : Arch. philo. dr., t. XXXV : *Vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du C.N.R.S., n^{os} 63-64 p. 111-112.

servait plutôt ainsi à déterminer le pouvoir d'appréciation du juge compétent¹. Certes, les notions relatives ne sont pas aussi explicitement « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat » que les présomptions de l'homme dans l'article 1353 du Code civil, mais le doyen Carbonnier a bien mis en valeur « le dessein originaire d'utiliser la variabilité comme technique législative »², attribuant ainsi à la magistrature un certain pouvoir d'interprétation. Mieux, cette forme de délégation se mue en une véritable obligation dans l'article 4 du Code civil, sous peine, d'ailleurs, d'engager la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service judiciaire (C. org. jud., art. L. 141-1 al. 1^{er}), qui s'entend exclusivement d'ailleurs d'une faute lourde ou d'un déni de justice (al. 2). Finalement, surtout, la relativité ne doit pas figurer comme une exception au principe de séparation des pouvoirs³, sans quoi les valeurs constitutionnelles révolutionnaires seraient annihilées aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789⁴. A l'inverse des systèmes de *common law* où la loi - source secondaire du droit - corrige et parfait les règles jurisprudentielles, la Constitution française restreint l'autorité judiciaire dans une mission d'interprète de la loi. Ainsi limitée dans son objet, la jurisprudence ne fait que combler une lacune, faute de définition suffisante des notions relatives⁵. En effet, l'interprétation ne

¹ Sur quoi, G. Hubrecht, *Manuel de droit romain, tome II : Les Obligations*, Paris, LGDJ, 1943, p. 13-14. - Adde J.-L. Gazzaniga, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, coll. droit civil - droit fondamental, n° 128 p. 146 & n° 104 p. 122 (pour les contrats *verbis* du droit classique) ; J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, Paris, Armand Colin, 1974, coll. U2, p. 130-131.

² *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., p. 99-100 ; l'auteur distingue les règles devenues fuyantes par une interprétation judiciaire déformante. - Comp. l'injonction de l'ancien article 372-1-1 du Code civil qui dépasse la simple faculté d'interprétation de l'intérêt de l'enfant, in *Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2000* : D. 2001, p. 442 s. note Ch. Courtin, spéc. n° 5 p. 424-425. - Rappr. C. civ., art. 373-2-10 et -11.

³ Cf. Ch. N. Fragistas, *Les précédents judiciaires en Europe continentale*, préc., p. 146-147. - Adde J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 466 s. p. 434 s., spéc. les références in note 164 p. 434. - Comp. in F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit*, les questions spécifiques au contrôle de constitutionnalité, spécialement aux Etats-Unis au début du XX^e siècle : RID comp. 1987, p. 362 s.

⁴ « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». - Adde Montesquieu, *De l'esprit des lois*, préc., L. IX, chap. VI.

⁵ Comp. M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, préc., n° 14 p. 622 s. - G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français*, préc., n° 33 p. 463.

modifie pas l'ordonnement juridique¹. A l'instar de la mission naguère dévolue au préteur romain, celle du juge moderne consiste exclusivement à rechercher l'intention du législateur² ; il se fait ainsi médiateur entre l'abstraction légale et la réalité des faits. Ceci permet, de plus, une actualisation permanente de la législation et sans doute une adéquation plus grande aux besoins des justiciables qu'une série de dispositions réglementaires³. Le professeur Zénati souligne, à juste titre, que l'« extension du pouvoir du juge et de l'exercice du pouvoir législatif n'a pas entraîné un passage à l'état de confusion des des pouvoirs »⁴. Que l'autorité judiciaire s'affirme comme authentique troisième pouvoir de la République ne commande donc pas que la jurisprudence devienne source du droit. Mais c'est déjà soulever un autre problème, au-delà de l'origine de ses prérogatives : celui de la nature de son interprétation.

§ 2 : Nature de l'interprétation

115. - D'un côté, sur un plan strictement formel, le juge n'est pas qualifié pour poser une règle de droit⁵ ; de l'autre, par définition, la chose jugée n'a d'autorité que

¹ Cf. Ph. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, préc., p. 603. - Rappr. P. Combeau, *L'activité juridique interne de l'administration, Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse Dr., dactyl., Bordeaux IV, 2000, spéc. p. 250 s. - Comp. l'impossibilité pour le juge de se substituer aux contractants lorsque le « déséquilibre significatif » porte sur l'obligation essentielle de l'acte, ne pouvant qu'anéantir le contrat dans sa globalité (C. consom., art. L. 132-1 al. 8) : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 311-1 p. 310. - En ce sens, le visa de l'article 1131 du Code civil aurait dû conduire, dans l'affaire *Chronopost* (Cass. com., 22 oct. 1996 : Bull. civ. IV, n° 261, p. 223), à l'annulation du contrat tout entier pour absence de cause et non à la nullité de la seule clause litigieuse.

² Pour P.-A. Côté, c'est d'ailleurs une preuve de la suprématie du Parlement, in *Fonction législative et fonction interprétative*, préc., p. 189 s. *passim*. - Adde, en rapport avec la séparation des autorités administratives et judiciaires, B. Genevois, *Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi* : RFD adm. 2002, p. 877 s. - Rappr. J.-P. Karaquillo, note sous Cass. soc., 23 janv. 1997 (*Bardol c/ Paris*) : D. 1998, p. 29-30, spéc. I b, à propos de la faute lourde dans la rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée.

³ J. Ghestin, *L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français*, préc., p. 79-80. - D. Maingueneau, *L'interprétation des textes littéraires et des textes juridiques*, préc., p. 71. - P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, préc., n° 4 p. 335 & n° 23 p. 363 s.

⁴ In *La jurisprudence*, 1991, p. 220. - Rappr. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 175 p. 270, et n° 174 p. 269-270, où l'auteur insiste bien sur le fait que « le pouvoir du juge est donc remarquable mais dépend de l'habilitation législative, aussi n'y a-t-il pas confusion des pouvoirs ».

⁵ Const. 4 oct. 1958, art. 64 s. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 887 p. 333.

relativement à ceux qui ont plaidé¹. Ces deux assertions paraissent complètement irréductibles. Les notions relatives viennent cependant bouleverser cet ordonnancement. En effet, « pour comprendre l'apport personnel du juge, il faut tenir compte de ce que la loi (ou une autre source) ne suffit pas toujours pour trouver la solution d'un litige »² ; non susceptibles d'une exécution mécanique, purement syllogistique, elles requièrent une interprétation qui contribue à la construction du système juridique. Comme le remarque le professeur Jacques Ghestin, « la formation de la règle est ainsi inséparable de son application à l'espèce »³. Surtout, convenir qu'une décision n'est valable qu'*inter partes* ne saurait être un raisonnement pertinent pour l'ensemble de la décision. Comment son fondement pourrait-il subir un régime juridique identique à celui des faits⁴ ? Le comblement de la loi auquel procède chaque juridiction semble donc devoir systématiquement rayonner *erga omnes*. En somme, les notions relatives valent blanc-seing pour statuer *ultra petita* et verser dans l'arrêt de règlement. Cet affadissement de la prohibition contenue dans l'article 5 du Code civil conduit potentiellement à une subversion de la hiérarchie normative (II) ; la cause en est que le dispositif peut seul être doté de l'autorité relative (I) de chose jugée.

I - Autorité relative du dispositif

116. - Fort classiquement, la Cour de cassation considère l'autorité de la chose jugée comme n'ayant lieu « qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif »⁵. Ainsi entendue, elle paraît conforter la prohibition de l'article 5 du Code civil. Mais la haute juridiction jette le trouble quand elle ajoute que les motifs,

¹ C. proc. civ., art. 480 & C. civ., art. 1351 (sauf cependant en matière de filiation, art. 324 ; de nationalité, art. 29-5 ; d'appellation d'origine, C. consom., art. L. 115-15). - G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, Paris, PUF, 3^e éd. 1996, coll. Thémis - droit privé, n° 112 p. 500 ; G. Couchez, *Procédure civile*, Paris, Armand Colin, 12^e éd. 2002, coll. U - Droit, n° 213 p. 172 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 26^e éd. 2001, coll. précis droit privé, n°s 178 s. p. 218 s., spéc. n° 182 p. 222-223 ; P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2003, coll. manuel, n°s 529-530 p. 315.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 892 p. 335.

³ *Introduction générale*, préc., n° 516 p. 480. - Rapp. S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc.

⁴ Comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer qui affirment successivement « la négation de jure du pouvoir normatif » et « la reconnaissance de facto du pouvoir normatif » de la jurisprudence, in *Introduction au droit*, préc., n°s 886 s. p. 332 s.

⁵ Cass. 2^e civ., 5 avril 1991 (*Dussaux c/ Mazzaco et a.*) : Bull. civ. II, n° 109 p. 59 ; 22 janv. 2004 (*Martel c/ Mousset*) : D. 2004, somm. p. 1204, obs. P. Julien (1^{re} esp.) ; 13 juill. 2006 (*CRCAM de Normandie Seine c/ Anquetil*) : JCP 2006, éd. G, IV, 2787 p. 1671.

seraient-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ont pas autorité de chose jugée¹. Elle impose de réfléchir sur la portée de cette disposition restrictive des pouvoirs judiciaires. Nul ne songerait, en effet, à soutenir que le visa, fondement juridique d'une décision, puisse être replié seulement sur celle-ci. L'autorité relative de chose jugée s'attache exclusivement au fond, car elle ne peut logiquement concerner que la cause soumise au tribunal, et non la règle de droit qui y est appliquée ; le professeur François Terré rappelle que « dans toute décision de justice, il y a deux aspects : l'aspect individuel, concret, qui s'incarne au premier chef dans le dispositif et qui apporte une solution à l'espèce ; les présupposés généraux sur lesquels elle repose et qui s'expriment à travers sa motivation »². Les décisions gracieuses non dotées de l'autorité de chose jugée³ exemplifient le propos de façon symptomatique : si les voies de rétractation permettent de statuer à nouveau « en fait et en droit », elles devraient néanmoins se fermer quand la contestation porte uniquement sur l'interprétation d'une notion relative - par hypothèse applicable⁴ -, puisqu'elles perpétuent le pouvoir des mêmes juges seulement au titre d'éléments incompatibles avec l'appréciation initiale⁵ ; les articles 572 (opposition), 582 (tierce opposition) et 593 (recours en révision) du Code de procédure civile visent plus à rétablir la règle compétente au regard des faits qu'à corriger sa signification. De même, les juridictions de renvoi après cassation par l'Assemblée plénière

¹ Cass. 2^e civ., 12 févr. 2004 (*Morice c/ Robert*) : Bull. civ. II, n° 55 p. 46 ; Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005 (*Mme Spence c/ de Ganay*) : Bull. civ. I, n° 425 p. 355-356 ; 8 juill. 1994 (*Prebay c/ Sté mutuelle d'assur. du bâtiment et des travaux publ.*) : Bull. civ. I, n° 240 p. 175 ; Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998 (*Laiterie coopérative de Pamplie et a. c/ Union laitière régionale caprine fromagerie de Soignon*) : *ibid.*, n° 284 p. 197-198 ; cf. déjà les obs. de J. Normand sur Cass. 1^{re} civ., 12 mars 1981 (*Sté Entreprise Nebraska*) : RTD civ. 1983, p. 778 s., n° 1 : *Motifs et dispositif dans la détermination de la chose jugée*. - Comp. les avis plus nuancés de la doctrine : J. Héron, *Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131 s. ; A. Perdriau, *Les dispositifs implicites des jugements* : JCP 1998, éd. G, I, 3352 ; J. Ghestin, *L'autorité de chose jugée des motifs d'une décision en droit privé*, in *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 575 s. ; avant la réforme de 1972 en procédure civile, cf. H. Motulsky, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile* : D. 1968, chron. p. 1 s. - Rappr., en ce sens, estimant que la cour d'appel de Nancy viole l'article 480 du Code de procédure civile, en déclarant irrecevable une demande « alors qu'il résultait des motifs du jugement (...), éclairant la portée de son dispositif, que la demande (...) n'avait été déclarée irrecevable que parce qu'elle était prématurée », Cass. 2^e civ., 3 juill. 2008 (*SCI Le Pivert-Sénéchal c/ Balzarini*) : Bull. civ. II, n° 161 ; Procédures 10-2008, comm. 259 p. 11, note R. Perrot ; RDC 2008 p. 1289 s. note Y.-M. Serinet.

² *Introduction générale au droit*, préc., n° 228 p. 246.

³ *Contra* P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 532 p. 316. - Pour un argumentaire et sur les controverses, cf. D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle*, préc., p. 286 s. et les réf.

⁴ Cf., par exemple, les « justes motifs » de prononcer une adoption plénière en cas d'infraction à la différence d'âge (C. civ., art. 344 al. 2), le refus d'homologation lorsque la convention de divorce « préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux » (art. 232 al. 2)...

⁵ Rappr. Y. Strickler, note sous *CA Toulouse*, 14 févr. 2002 (*Hôpital Joseph Ducuing c/ proc. Rép.*) : D. 2003, p. 162 n° 8 s.

doivent-elles s'incliner non sur les faits mais bien sur l'interprétation des points de droit, affermissant d'autant leur vigueur normative (C. org. jud., art. L. 431-4 al. 2)¹. Aussi faut-il convenir que l'article 5 interdit surtout qu'un procès ne bénéficie pas d'une réponse casuelle ; en aucun cas il n'impose au juge d'adapter la loi en la modifiant pour les besoins de l'espèce. Plus techniquement, il interdit que la conclusion du syllogisme judiciaire soit systématiquement extensible à tout fait comparable². En revanche, quand bien même la prémisse majeure comporterait une notion relative, elle n'en doit pas moins conserver les caractères d'une règle de droit : si la décision de justice est une norme éminemment subjective et singulière, sa base juridique doit demeurer générale et abstraite³. Aucun argument ne saurait faire échapper l'interprétation d'un texte à ce principe⁴ ; par conséquent, les motifs explicatifs d'une notion relative devraient posséder une autorité absolue, c'est-à-dire un effet au-delà des particularités d'une affaire, à l'instar de l'article de loi qui en est le support matériel. Telle est bien l'ambition de la cour régulatrice lorsqu'elle pose, dans ses arrêts, un « chapeau » de tête ou intérieur⁵ ; cette formule conceptuelle facilite, d'ailleurs, le diagnostic de la *ratio decidendi* et « fait ressortir la différence entre le contenu juridictionnel de la décision, enfermé dans le cercle du litige, et son contenu jurisprudentiel »⁶. Les notions relatives imposent donc de lire l'article 4 du Code Napoléon à la lumière de l'article premier du code civil helvétique en vertu duquel, « à défaut d'une disposition légale applicable le juge prononce (...) selon les règles qu'il établirait s'il était législateur » : l'interprétation doit obliger d'une identique manière dans toute affaire usant d'une même notion. Une distinction semble alors se faire jour : quand le dispositif renvoie à

¹ Sur quoi, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 2003, coll. Dalloz action, n^{os} 133-90 s. p. 654-655 ; *adde*, plus généralement sur l'autorité des arrêts de la haute juridiction, n^{os} 124-01 s. p. 615 s.

² Comp. H. Sinay, *La résurgence des arrêts de règlement*, préc., p. 86, II.

³ Rappr. P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, préc., spéc. n^o 5 p. 336 & n^o 24 p. 366.

⁴ Sur la normativité comme résultante de l'interprétation, cf. spéc. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, préc., t. I vol. 2, n^{os} 411 s. p. 1030 s. - Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^o 476 p. 443 : « L'interdiction des arrêts de règlement ne fait pas obstacle à la généralisation de fait des décisions particulières ». - *Contra*, en raison de sa rétroactivité, L. Bach, *Rép. civ. Dalloz*, v^o Jurisprudence, préc., n^{os} 202 s. p. 25 s. - *Adde* R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, préc., n^o 247 p. 744 s. ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1955, n^{os} 157 s. p. 378 s., spéc. n^o 160 p. 383 s.

⁵ A. Perdriau, *Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile* : JCP 1986, éd. G, I, 3257, n^{os} 45 s. - *Petit Robert*, préc., v^o Chapeau, II 4.

⁶ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, préc., n^o 14 p. 348. - Rappr. J. Viatte qui, à propos de l'article 455 du Code de procédure civile, propose de distinguer la réponse aux moyens et aux prétentions des parties, *in L'autorité des motifs des jugements* : Gaz. Pal. 1978, I, doct. p. 85, spéc. III B.

l'idée qu'une décision est source de droits entre litigants, les motifs, qui définissent en droit une notion relative, s'apparentent à une véritable source du droit, conduisant à réfléchir sur leur valeur normative.

II - Subversion de la hiérarchie normative

117. - D'après le fondateur de l'Ecole de Vienne, « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée pour ainsi dire d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »¹. Ce constat théorique supposerait donc de déterminer le degré hiérarchique de l'interprétation jurisprudentielle au sein d'un tel schéma. Dans cette perspective, tirer argument de ce que toute décision de justice est obligatoire se révèle parfaitement stérile pour en conclure que l'exégèse des notions relatives est source du droit ; si c'est là un paradigme habituellement marqueur du droit objectif, la formule exécutoire, pour sa part, n'a d'autre fonction que d'assurer l'efficacité des droits reconnus (qui ne concernent d'ailleurs que les parties à l'instance, à la différence de la Loi). Les commodités du droit comparé permettraient, en revanche, de déceler une transposition inavouée du précédent anglo-saxon. Au demeurant, cette spécialité des pays de *common law* a pour but de « concilier un mécanisme de droit jurisprudentiel avec les besoins de la certitude et de la sécurité » juridiques². Or, en France, comme le souligne le doyen Audinet, l'unité vers laquelle tend la jurisprudence n'est jamais que de fait et non de droit³. Du reste, la doctrine a montré combien « la dictature jurisprudentielle parfois évoquée » à l'encontre des Parlements d'Ancien Régime « manquait de consistance »⁴. Que les motifs explicatifs de la relativité revêtent un caractère impersonnel ne signifie pas, *ipso jure*, que

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., n° 35 p. 299.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 263 p. 110.

³ *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?*, préc., p. 102. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 881 p. 331 : « A la différence du précédent anglo-saxon où le *stare decisis* (s'en tenir à ce qui a été décidé) s'impose juridiquement, le précédent français n'a pour lui que l'autorité morale et la commodité psychologique ».

⁴ B. Beignier, *Les arrêts de règlement*, préc., p. 45-47, spéc. p. 47.

cette définition s'impose aux juridictions qui statueront ultérieurement¹. Bien sûr, cette solution a son revers : le risque d'incohérence a ainsi été soulevé par nombre d'auteurs en matière de suppression des clauses abusives pour l'appréciation du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (C. consom., art. L. 132-1 al. 1^{er})². Mais elle n'empêche pas la formation d'une jurisprudence constante ; toutefois, cette dernière se distingue des arrêts de règlement car elle n'est pas formellement contraignante³ : Madame Frison-Roche note ainsi que, « s'il n'est pas question de nier la généralité de la règle posée par un arrêt de principe, il reste dénué de force obligatoire⁴ dans la mesure où seule la puissance argumentative de la solution prétorienne en assurera le succès »⁵. C'est bien ainsi que doit être comprise la combinaison des articles 4 et 5 du Code civil : puisque le pouvoir judiciaire a l'obligation de suppléer le législateur, son œuvre doit prendre les mêmes formes que la loi, sans sortir pour autant du cadre d'un contentieux précis⁶. D'ailleurs, l'insubordination des juridictions du fond, des chambres de la Cour de cassation entre elles, voire d'une même formation dans le temps, trouble sans doute le profane à cause de

¹ Cf., en particulier, C. org. jud. d'après lequel « L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande » (art. L. 441-3) sur « une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse » (art. L. 441-1) d'interprétation ; F. Zénati, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992)* : D. 1992, chron. p. 247 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., nos 514-515 p. 475 s. qui penchent cependant pour « une grande autorité » (n° 514 *in fine* p. 478). - Comp. Traité UE, art. 256 § 3 et art. 267, organisant le système des questions préjudicielles devant la Cour de Justice, dont les réponses s'imposent aux juridictions nationales afin d'assurer la suprématie du droit communautaire : ici est bien tranché un litige préalablement au règlement de la question principale du procès (cf. C. proc. civ., art. 49) ; M.-Ch. Bergerès, *Vade-mecum de la question préjudicielle de l'article 177 du Traité CEE* : D. 1994, chron. p. 181 s.

² Spéc. J. Calais-Auloy, *Les actions en justice des associations de consommateurs (Commentaire de la loi du 5 janvier 1988)* : D. 1988, chron. p. 197, I A *in fine*. - G. Paisant, *Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives* : *ibid.* p. 253 s. - Comp. Cons. const., 13 juin 2011, déc. n° 2010-85 QPC, *Ets Darty et fils*, préc., rejetant le risque d'arbitraire des juges, à propos de C. com., art. L. 442-6, I, 2°.

³ Comp. Ch. N. Fragistas, *Les précédents judiciaires en Europe continentale*, préc., II p. 139-141 sur la force obligatoire assez limitée des précédents anglo-américains, & XII p. 155 sur la similitude entre *stare decisis* et jurisprudence constante. - D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1091-1092 sur l'autorité du précédent.

⁴ Sous-entendu, pour les juges saisis d'un litige similaire et non à l'endroit des parties.

⁵ *J.-Cl. civ., art. 5*, préc., n° 42 p. 8. - Adde J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 478 *in fine* p. 446. - Dans un registre voisin, l'existence des bases de données a uniquement vocation à rationaliser le travail (à la manière du taylorisme, *in* Ch. Chaplin, *Modern Times*, Chaplin-United Artists, 1936, 87 min.) et non de généraliser un précédent ; sur cette imitation routinière, cf. Ph. Malaurie, *Cours de droit civil, Tome I : Introduction à l'étude du droit*, Paris, Cujas, 2^e éd. 1994, n° 856 p. 269-270 ; L. Bach, *Rép. civ., v° Jurisprudence*, préc., nos 212-214 p. 26, qui considère que le précédent français est davantage « suivi en tant que mobile psychologique » que source obligée.

⁶ Comp. M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. civ., art. 5*, préc., n° 40-41 p. 8, l'analyse grammaticale développée à propos de la conjonction reliant les termes « générale » et « réglementaire » dans l'article 5.

l'hésitation ainsi affichée ; mais elle prouve surtout que l'examen d'une notion relative n'est jamais pérenne. Cette apparente instabilité ne saurait à elle seule, cependant, réfuter l'idée de source du droit ; combien plus, en effet, certains textes sont soumis à la versatilité gouvernementale ou parlementaire ! Dans cette optique, la persistance de l'article 5 du Code civil reste opportune ; l'opposé finirait même par contredire la contrainte contenue dans l'article précédent¹. En ce sens, le professeur Beignier conclut qu' « il ne serait pas sain de figer la jurisprudence, car c'est elle au contraire qui donne sa souplesse à la loi (...). Donner au juge la liberté du règlement serait lui soustraire celle de régler la loi »². La Chambre des Lords britannique n'a-telle pas fini par convenir elle-même, en 1966, qu'elle pouvait s'écarter de ses propres précédents lorsque cela lui paraît utile³ ? Non sans ironie à propos du *common law* américain, le professeur Tunc note que l' « on respecte normalement les précédents. Mais on s'en écarte quand on le juge bon »⁴ ! Pour incertaine qu'apparaisse finalement la place de l'herméneutique dans la hiérarchie des normes, un trait commun distingue toutefois chacun des arguments précédents : l'interprétation est par essence dépendante⁵. Elle est sous la coupe de la loi, bien sûr ; non seulement, elle présume l'insuffisance technique de l'article 4 du Code civil, mais encore, elle n'est qu'une construction précaire que le pouvoir législatif peut détruire à sa guise⁶. Elle procède des magistrats ensuite⁷ (dans l'espace ou dans le temps), des plaideurs également. Encore faut-il que ces derniers contestent ou s'opposent sur le contenu d'une notion relative. Conférer à

¹ Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 479 in fine p. 448 : « il est important de maintenir fermement le principe de l'interdiction des arrêts de règlement, sachant que cette interdiction ne fait nullement obstacle au pouvoir créateur du juge ».

² *Les arrêts de règlement*, préc., p. 54.

³ G. Dworkin, *Un adoucissement de la théorie du stare decisis à la Chambre des Lords* : RID comp. 1967, p. 185 s. (traduction R. de Menasce). - Rappr. une identique souplesse aux Etats-Unis, in R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^e éd. 2002, coll. précis droit privé, n°s 358 s. p. 331 s.

⁴ L'auteur relève cependant que le critère est de parvenir à une solution plus juste que mécanique, in A. Tunc, *Coutume et « common law »* : Droits 1986-3, p. 58-59.

⁵ En ce sens, cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., spéc. n°s 33-34 p. 85-86 & n° 182 p. 283.

⁶ Ph. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, préc. - Comp. G. Vedel, relativement au Conseil constitutionnel, in *Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)* : RFD adm. 1992, p. 173 s., selon qui les juges ne sauraient gouverner « parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts ».

⁷ Sur ces deux premiers points, cf. M. Dobkine, *Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux* : D. 1997, chron. p. 325, III c, au sujet du point de départ du délai de prescription alors même que la loi est claire (III a, p. 324).

l'autorité judiciaire un véritable pouvoir réglementaire nécessiterait effectivement une faculté d'auto-saisine pour donner interprétation de son propre chef de n'importe quelle notion¹. Faute de se révéler ainsi une source autonome du droit, l'exégèse demeure viscéralement inféodée aux notions relatives elles-mêmes, puisque le juge n'est pas complètement libre. Ce sont là, néanmoins, deux problèmes distincts. Leur définition, en effet, n'est pas rendue valable par le respect d'une certaine procédure d'adoption ; à cette conformité formelle², mieux vaut substituer l'idée d'une conformité matérielle, quant à son contenu. En somme, les notions relatives - d'origine textuelle - et la jurisprudence - édictée par les magistrats pour leur application - ne sont pas dans un rapport de hiérarchie mais de complémentarité. En écho aux vœux et critiques du professeur Philippe Jestaz³, l'interprétation transparaît alors comme un simple outil syllogistique et non comme une règle absolue⁴. Nombre des critiques portées contre le système normativiste du maître allemand s'évanouissent en conséquence⁵ : si la relativité subvertit la hiérarchie des normes, ce n'est pas en brisant son ordonnancement vertical (la superposition articulée des règles) mais en contraignant le pouvoir judiciaire à y joindre une dimension horizontale (un complément herméneutique)⁶. L'interprétation s'incorpore aux notions relatives « au niveau qui est le leur, et non à un

¹ Rappr. A. Audinet, *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?*, préc., p. 103.

² Illustrée dans les contrôles de constitutionnalité (Const. 4 oct. 1958, art. 61, 61-I & 62) ou de légalité. - Sur quoi, cf. J.-F. Lachaume, *Droit administratif*, préc., n° 1 p. 27 s. (sur la constitutionnalité) & p. 140 s. et 710 s. (pour la légalité) ; D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1999, coll. précis Dr. publ. sc. politique, n° 83 p. 177 s.

³ *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, préc., p. 311, III B I *in fine* (expliquer le dualisme loi et jurisprudence), & p. 307, II B (prééminence de la loi).

⁴ En ce sens, pour le précédent anglo-saxon, cf. F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence »*, préc., 2.1. p. 358 s. - F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, préc., t. I vol. I, n° 124 s. et n° 131 s. p. 301 s. - Adde B. Beignier, propos critiques à l'encontre de TGI Paris, 13 janv. 1997 définissant l'« atteinte à l'intimité de la vie privée » (publication des photographies mortuaires du président Mitterrand) en fonction d'une « jurisprudence constante » : D. 1997, p. 598, note sous CA Paris, 2 juill. 1997. - Comp. J. Héron qui conclut (après avoir affirmé qu'elle est source du droit) à la dépendance événementielle et à l'insécurité publicitaire de l'œuvre prétorienne au regard de la loi, in *L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle* : RRJ 1993, p. 1083 s.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 390 p. 151-152. - Rappr. M. Troper, *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek* : RD publ. 1978, p. 1523 s. et *Réplique à Denys de Béchillon* : RRJ 1994, p. 267 s., en riposte à P. Amselek, *Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique* : RD publ. 1978, p. 5 s. et à D. de Béchillon, *Réflexions critiques* : RRJ 1994, p. 247 s.

⁶ Comp. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil avec annexe documentaire*, Paris, Armand Colin, coll. U-Droit, 9^e éd. 2002, n° 22 p. 175. - Adde F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, coll. Publications des facultés universitaires de Saint-Louis n° 94, ouvrage publié avec l'aide du Fonds de la Recherche Fondamentale Collective, spéc. p. 14 et 18 sur le paradigme d'un droit en réseau, & p. 27 sur l'idée de régulation.

niveau particulier qui lui serait propre »¹ ; le professeur François Terré résume parfaitement cette opinion en affirmant que, « faisant corps avec la règle qu'elle interprète ou s'identifiant à la règle qu'elle supplée », la jurisprudence obtient « dans la hiérarchie des normes la même valeur que celle-ci »².

118. - Pour autant, elle n'intervient pas dans les mêmes conditions que le législateur. Ce dernier prescrit abstraitement, en vue d'une situation générale ; quand bien même son exégèse doit revêtir ces mêmes caractères, le juge ne statue que pour un cas particulier : l'interprétation doit prendre les qualités d'une règle de droit mais n'en devient pas pour autant une. Pour filer la métaphore coranique³, le prophète donne une clef méthodologique : comme le Miséricordieux dispose de la vengeance contre ceux qui dévieraient dans l'explication des versets équivoques, le droit aménage des sanctions contre une interprétation trop fantaisiste des notions relatives. Afin de prévenir une trop grande liberté dans le *jus singulare*, le droit procédural veille à ce que la définition des notions n'acquière de valeur qu'en assurant la cohérence du droit objectif.

Section 2 : Conformité à la règle de droit

119. - La confrontation des notions relatives avec la règle posée par le premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile offre une certaine ambivalence. Bien qu'elle conduise à dissiper l'obscurité due à la relativité, « en tranchant entre les différentes lectures possibles », l'interprétation apparaît le plus souvent « comme une opération suspecte, risquant de saper les fondements de l'ordre juridique et subvertir » sa rationalité⁴. A la fin du XIX^e siècle, Demolombe préconisait de percevoir l'herméneutique uniquement comme une explication : « interpréter, c'est découvrir, c'est élucider le sens

¹ P. Hébraud, *Le juge et la jurisprudence*, préc., n° 22 p. 363.

² *Introduction générale au droit*, préc., n° 229 p. 248. - O. Dupeyroux, dans la lignée du courant réaliste moderne (auquel appartiennent les professeurs Boulanger, Laubadère, Marty et Raynaud, Maury, Mazeaud, Rivero, Vedel, Waline et Weill), exprime une idée différente quand il affirme que « la règle jurisprudentielle ne peut jamais avoir qu'une valeur d'emprunt » (*La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse 1978, p. 475) ; il la reconnaît comme source directe, mais « en quelque sorte honteuse » parce que le fétichisme législatif lui imposerait « de se dissimuler derrière une règle écrite ».

³ *Le Coran*, préc., III, 3-8, p. 40. - Cf. *supra* n° 105.

⁴ J. Chevallier, *Les interprètes du droit*, in *Interprétation et droit*, préc., p. 115.

exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover »¹. Aussi louable soit la formule, l'exégète ne fournissait pas pour autant les critères susceptibles d'éviter quelque raisonnement abusif. Jean Bodin résolvait sans doute mieux la question en considérant, dès le XVI^e siècle, que tout pouvoir, aussi affranchi des principes les plus essentiels soit-il, se trouve forcément limité, la puissance de l'Etat requérant quelque proportion harmonique ; le roi restait ainsi soumis à Dieu, parce que les lois fondamentales s'imposaient à lui comme loi naturelle². Passerin d'Entrève ajoute, de façon plus actuelle en examinant « la longue et souvent mystérieuse ascension qui mène de la force à l'autorité »³, que la légitimité de la puissance publique ne peut être confondue avec la légalité et repose sur l'autorité, définie comme une force ordonnée autour du bien commun⁴.

120. - La fonction essentielle de l'article 12 du Code de procédure civile est de rendre prévisibles les décisions de justice : obliger à les fonder sur une source du droit évite effectivement de livrer le plaideur à l'arbitraire judiciaire⁵. L'interprétation liée à la relativité risque, toutefois, de résumer cette exigence en une apparence hypocrite et, de façon plus théorique, impose de considérer la manière dont les magistrats doivent concrètement appréhender les notions relatives. Cette part de souveraineté consiste-t-elle donc en un acte de volition ou de connaissance⁶ ? Déjà, l'Ancienne France se méfiait de l'équité des Parlements ! De fait, la règle de droit n'a de sens que respectée, parce que la réalisation des droits subjectifs en dépend ; elle ne saurait être abandonnée au caprice des

¹ *Cours de Code Napoléon*, t. I : De la publication, des effets et de l'application de la loi en général ; de la jouissance et de la perte des droits civils ; des actes de l'état civil ; du domicile, Paris, A. Durand et L. Hachette et C^{ie}, 2^e éd. 1860, n° 115 p. 134-135.

² Père de la souveraineté qu'il considère perpétuelle, absolue et indivisible, Bodin distingue le premier les pouvoirs législatif et juridictionnel : S. Goyard-Fabre, in *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, dir. Ph. Raynaud et St. Rials, p. 56 s. - Adde G.-A. Pérouse, N. Dockès-Lallement et J.-M. Servet, *Avant-propos*, in *L'œuvre de Jean Bodin, Actes du colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 janvier 1996)*, Paris, Honoré Champion éd., 2004, coll. Colloques, congrès et conférences sur la Renaissance n° 41, p. 7 s., spéc. p. 9 s. ; Ch. Bruschi, « Mesnage » et République : *ibid.* p. 19 s. ; & B. Périgot, *La notion de République chez Bodin* : *ibid.* p. 39 s.

³ A. Passerin d'Entrèves, *La notion d'Etat*, Paris, Sirey, 1969, coll. Philosophie politique n° 2, traduit de l'anglais par J. R. Weiland, p. 14.

⁴ *Ibid.* p. 282.

⁵ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 301 p. 121. - Rappr. M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., p. 80.

⁶ Rappr. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., n° 46 p. 459 s.

juridictions qui devraient alors observer une stricte neutralité¹. En revanche, brandir le spectre d'un gouvernement des juges ne saurait, non plus, faire accroire que l'interprétation n'apporte rien à la norme textuelle préexistante. Nul ne peut cependant se résigner à un consensus temporisateur entre une autorité judiciaire asservie à la loi et un pouvoir totalement libre² ; car, d'un côté, les notions relatives sont techniquement imparfaites³ et, de l'autre, une subjectivité incontrôlée⁴ bafoue le principe de sécurité juridique dont l'impartialité est une émanation⁵. Le système éminemment légaliste qui prévaut dans la procédure française empêche certes l'imaginaire des magistrats⁶, mais contribue surtout à l'uniformité dans l'interprétation⁷. Comme l'écrivait Ihering, « ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté. (...) Les formes fixes sont l'école de la discipline et de l'ordre »⁸.

121. - Le légicentrisme prôné par l'article 12 du Code de procédure civile ne doit pas offusquer l'article 455 alinéa premier *in fine* du même code. Plus pertinemment, du titre V de la loi des 16-24 août 1790 - que ce dernier reprend - résulte l'obligation d'exprimer « les motifs qui auront déterminé » le dispositif du jugement⁹. Et, comme le souligne le professeur François Terré, « c'est la motivation des décisions (...) qui permet de comprendre ce corps de pensée que constitue une jurisprudence »¹⁰. En effet, l'article 12 ne se trouve pas respecté du seul fait qu'une notion relative est formellement visée ; à la différence des autres règles du Code civil qui contiennent explicitement leur régime, celle-ci

¹ M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge* : D. 1999, chron. p. 53-54 n^{os} 3-7. Adde D. N. Commaret, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* : D. 1998, chron. p. 262 s.

² En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n^o 173 p. 265. - Comp. J. Chevallier, *Les interprètes du droit*, préc., p. 123, spéc. à propos de M. Van de Kerchove et F. Ost, & p. 126.

³ Rappr. CA Paris, 18 sept. 1997 : D. 1998, somm. p. 83, comm. J.-Y. Dupeux (2^e esp.), à propos de la délimitation d'un délit de presse si ambiguë qu'elle introduirait « une vaste marge d'appréciation subjective ».

⁴ Sur l'idée de justice au regard de la subjectivité, cf. G. Canivet, *La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste*, préc., p. 104. - Adde A. Sériaux, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 2^e éd. 1999, coll. Que sais-je ? n^o 2806, p. 61 s. sur la marge de manœuvre du juge pour déterminer la solution la plus juste.

⁵ J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n^{os} 526 s. p. 454 s.

⁶ Sur quoi, D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'Etat de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403 s.

⁷ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 302 p. 121.

⁸ *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, A. Marescq Aîné, 1877, t III, traduit sur la 3^e édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaëke, p. 158.

⁹ Art. 15 : J. B. Duvergier, préc., t. I, p. 324.

¹⁰ *Introduction générale au droit*, préc., n^o 219 p. 236.

requiert une définition au fond : le fondement de la décision doit donc lui-même être motivé, pour rendre compte du raisonnement judiciaire et assurer ainsi la sécurité juridique attendue par le justiciable¹. Le droit procédural se présente donc sous une forme bicéphale : *a priori*, il appelle une articulation spécifique des faits au droit ; *a posteriori*, il oblige à rendre compte de la logique décisionnelle². Autrement dit, l'interprétation des notions relatives ne saurait être complètement affranchie car, malgré leur obscurité ou leur insuffisance, elles ne constituent pas des règles de droit isolées³ : elles appartiennent, en effet, à un système juridique plus général qui enferme toute velléité d'un pouvoir judiciaire arbitraire et discrétionnaire⁴. C'est pourquoi le domaine de l'appréciation souveraine (§ 1) demeure fortement soumis à une condition d'impartialité (§ 2).

§ 1 : Domaine de l'appréciation souveraine

122. - La parole d'un traducteur n'a de sens qu'en fonction de la langue source⁵ ; quelle que soit la qualité de sa prestation, il ne fait jamais que refléter la pensée d'autrui. Autrement dit, sous peine de faire œuvre personnelle et de trahir les interlocuteurs, l'interprétation n'est conforme à l'esprit originel qu'à la condition d'en reprendre la substance, tout en l'adaptant aux besoins de l'exercice. Transposée au sujet des notions relatives, cette comparaison revient à se demander comment le droit procédural parvient à assurer la cohérence de la jurisprudence, donc du droit positif. La doctrine a déjà largement focalisé ses réflexions sur le point de savoir si la relativité constitue une question

¹ Pour le professeur Jacques Ghestin, existe au sein de la Cour de cassation un consensus implicite sur les valeurs sociales et morales qui inspirent la jurisprudence ; les énoncer expressément supposerait toutefois « un choix qui n'est plus technique, mais politique » : *Introduction générale*, préc., n° 532 p. 492-493.

² En ce sens, M.-A. Frison-Roche, *La procédure injuste*, in *De l'injuste au juste*, préc., p. 80.

³ Comp. la contribution d'un auditeur au Conseil d'Etat grec in M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., p. 82. - Adde J.-F. Kriegk, *L'indépendance du parquet, condition de sa légitimité*, préc., spéc. 3^e col. ; J. Chevallier, *Les interprètes du droit*, préc., p. 119, a ; M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, préc., n° 7 p. 242-243 ; J. Chevallier, *Les interprètes du droit*, préc., p. 119, a ; M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, préc., n° 7 p. 242-243.

⁴ *Vocabulaire juridique*, préc., v^s Arbitraire, I a, & Discrétionnaire, II ; *Petit Robert*, préc., v^s Arbitraire, I, & Discrétion, I. - Adde M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., n° 7 p. 64.

⁵ Sur quoi, *Petit Robert*, préc., v^o Traduction, I. - Adde R. Guastini, *Interprétation et description de normes*, préc., p. 93.

de droit ou de fait¹. Distinguer ces deux composants du procès n'est *a priori* chose guère aisée, tant ils s'enchevêtrent en la matière. A l'évidence, les notions relatives traduisent l'idée d'une norme comportementale. A ce titre, le qualificatif législatif semble renvoyer aux éléments purement factuels à prendre en compte dans chaque espèce ; mais, en même temps, le substantif suggère, lui, un paradigme légal de comparaison, à vocation universelle, impersonnelle, qui autorise d'entrer en voie de condamnation. Par conséquent, le justiciable risque, sur cet aspect habituellement objectif, d'être confronté à des divergences - géographiques ou temporelles - sur le contenu même de la règle en vigueur. En effet, alors que les juges du fond conservent une fonction traditionnelle à l'endroit des faits, ils sont face à une carence sur le fond du droit. Puisque la Cour de cassation a pour mission spécifique de réguler l'application du droit², elle doit veiller à l'uniformité dans la définition juridique des notions relatives : la haute juridiction doit donc vérifier l'interprétation de la loi et non la qualification des faits litigieux³. Sous ce truisme transparaît, pourtant, une certaine logique procédurale : au contrôle des notions par la Cour de cassation (I) correspond l'abandon de la relativité au pouvoir souverain des juges du fond (II).

I – Contrôle des notions par la Cour de cassation

123. - L'utilité de la jurisprudence dans l'élaboration des notions relatives ne peut être niée. Seulement, pour d'évidentes raisons d'harmonie juridique, l'interprète ne saurait se faire démiurge : si l'herméneutique ne peut éviter quelques « contradictions indésirables » qui « s'opposent aux effets utiles » d'un texte⁴, elle contreviendrait à la logique même en opérant *contra legem* (quand bien même elle satisferait alors d'autres desseins socialement judicieux⁵), c'est-à-dire en substituant un sens complètement étranger aux

¹ J.-S. Navarro, *Standards et règles de droit*, préc., n° 7 s. p. 836 s., et les réf. - En droit public, St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., spéc. n° 20 s. p. 26 s. (aspects historiques) et n° 164 s. p. 236 s., avec les réf.

² Cf. C. org. jud., art. L. 411-2 al. 2 : « La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires (...) ».

³ Rappr. C. Puigelier : D. 2001, p. 3230-3231, II, note sous *Cass. soc.*, 3 avr. 2001 (*Sarrasin c/ Sté M6*) sur le contrôle de proportionnalité de la sanction à la faute du salarié.

⁴ G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 3 p. 1098 & n° 4 p. 1100.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 938 s. p. 348 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 561-562 p. 514 s. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 313 s. p. 187-188. - Rappr. les clauses abusives légalement admises, in J. Ghestin et I. Marchessaux-Van-Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives*, préc., n° 21 p. 19.

intentions législatives¹. Ainsi la Cour de cassation conserve-t-elle pleine et entière sa vocation unificatrice. Or, le droit procédural (C. proc. civ., art. 604 et C. org. jud., art. 411-2 al. 2), là aussi, fait reposer la compétence de la haute juridiction sur la distinction du fait et du droit au sein des notions relatives. Certains auteurs ont fustigé son caractère artificiel², alors que cette dichotomie est, par ailleurs, d'application assez courante. Si elle importe peu en droit des obligations³, elle revêt une dimension majeure en droit processuel : en France, un technicien peut être commis pour éclairer le juge uniquement « sur une question de fait » (C. proc. civ., art. 232) ; dans les pays de *common law*, l'action du jury ne s'exerce que dans le domaine du fait, le droit étant de la compétence exclusive du magistrat⁴. Plus spécialement, la Cour de cassation devrait accepter d'exercer un « contrôle complet »⁵ chaque fois qu'un pourvoi vise les éléments de structuration sociale attachés à une notion relative. Là plus qu'ailleurs, « confondre le droit avec le fait est priver le droit de sa fonction »⁶. En effet, le juge, chargé de sanctionner la règle de droit, ne peut se borner à se référer à sa seule volonté en invoquant un souci d'apaisement et son impuissance à démêler l'affaire⁷. En conséquence, aucune décision ne devrait échapper à la censure lorsque, dans le syllogisme judiciaire, la juridiction se contente d'explicitement une notion relative par « des considérations

¹ Spéc. « l'interprétation déformante » développée par E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 613 s.

² Cf. F. Rigaux, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, coll. bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, II, n^{os} 50 s. p. 75 s. - Rappr. M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., II-III, p. 272-273.

³ Sur l'erreur, cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n^o 216 p. 210-211 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations, théorie générale*, préc., n^o 172 p. 171-172. - Pour quelques nuances sur l'étendue de l'assimilation, J. Ghestin, *Le contrat : formation*, préc., n^{os} 383-384 p. 416 s.

⁴ A. A. Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1994, coll. précis, avec le concours du Louisiana State University Law Center, spéc. n^o 48 p. 28 pour les tribunaux de premier degré des Etats fédérés, n^o 243 p. 109 en matière civile, & n^o 342 p. 145-146 en matière pénale. - J. A. Jolowicz, *Droit anglais*, préc., n^o 23 p. 18, & n^o 11 p. 8-9.

⁵ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n^o 60.04 in fine p. 226.

⁶ M. Villey, *Philosophie du droit, II. les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1984, coll. précis, n^o 192 p. 111. - Adde Th. Le Bars, *Le défaut de base légale*, préc., n^{os} 145 s. p. 110 s., spéc. n^o 165 p. 126 s.

⁷ Sur la caractère réel et sérieux du licenciement, *Cass. soc.*, 14 nov. 2000 (*Mme Blondeau c/ Epx Verhaegh*) : Dr. soc. 2001, p. 97 s., obs. G. Couturier ; D. 2001, p. 963-964, note C. Puigelier. - De façon emblématique, *Cass. 2^e civ.*, 19 janv. 1983 (*Ets Vanhoenacker c/ Epx Mortier*), préc.

d'élémentaire bon sens »¹ ; pareil souci avait guidé la Cour de cassation, dans l'affaire du *Canal de Craponne*, pour retenir que, « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »² ! Une doctrine autorisée semble pourtant se réjouir que la haute juridiction abandonne progressivement l'intangibilité des contrats pour imprévision et instille une obligation de renégociation³. De même, à la différence critiquable de naguère⁴, la Cour de cassation ne pourra plus abandonner la détermination du surendettement au pouvoir souverain des juges du fond, étant donné que la gradation législative commande l'application de régimes distincts⁵. Pour autant, l'objectif n'est pas tant d'imposer une interprétation immuable - contraire à l'esprit de la relativité - que de parvenir à une exégèse logique, c'est-à-dire reposant sur une argumentation objective, un raisonnement juridiquement valable⁶. La définition d'une notion confère au juge une liberté que limite le principe d'égalité des citoyens devant la loi (Décl. dr. de l'homme et

¹ Cf. (sur la forme et non au fond) *CA Lyon, 13 mars 1997 (Proc. gén. c/ X et a.)* : D. 1997, p. 557 s., note E. Serverin ; JCP 1997, éd. G, II, 22955 p. 522 s., note G. Fauré. Si l'arrêt de cassation (*Cass. crim., 30 juin 1999, Golfier*) ne se prononce guère sur la compatibilité d'un tel fondement avec l'article 111-4 du Code pénal (Bull. crim., n° 174 p. 511 s.), la Cour européenne (CEDH, 8 juill. 2004) se livre à une analyse purement juridique des fondements invoqués (in E. Serverin, *Réparer ou punir ?*, préc., spéc. n°s 11 s. p. 2803 s. - Rappr. la récidive des juridictions lyonnaises sur ce même fondement en matière de propriété intellectuelle sur un lieu public, in *TGI Lyon, 4 avr. 2001 (Buren c/ Tassin)* : D. 2002, p. 1417 s., note B. Edelman ; JCP 2001, éd. G, II, 10563 p. 1377 s., note F. Pollaud-Dulian ; RIDA oct. 2001, p. 421 s., note S. Choisy ; Légipresse 2001, n° 182, III, p. 95 s., note J.-M. Bruguière. - Adde les propos inquiets du professeur Atias, in *La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique* : D. 1997, chron. p. 44 n° 5 ; & *Restaurer le droit du contrat* : *ibid.*, 1998, chron. p. 140 n° 19 ; cf. la théorie de Schloßmann sur le sentiment du droit comme moyen de réaliser la justice, in B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 371-372 p. 145-146. - Le dictionnaire montre que le bon sens ne relève d'aucun raisonnement scientifique (cf. *Petit Robert*, préc., v° Sens, II 2) !

² *Cass. civ., 6 mars 1876 (de Gallifet c/ Cne de Pélissanne)* : D. 1876, I, p. 193 s., note A. Giboulot. - Adde C. Puigelier, note sous *Cass. soc., 11 mai 1994 (Gameiro c/ Pautrat)* : D. 1995, p. 626-627. - Rappr. R. Martin, *Justice et jugements, Arrière-plan philosophique de la procédure civile* : D. 2000, point de vue, n° 35 du 12 oct., p. III.

³ D. Mazeaud, note sous *Cass. 1^{re} civ. 16 mars 2004 (Sté Les repas parisiens)* : D. 2004, p. 1754 s., spéc. la formulation plutôt audacieuse du premier moyen de cassation (n°s 2 & 3 p. 1754-1755). - Rappr. Ch. Jamin, *Révision ou intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in dossier *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?* : Dr. et patrimoine mars 1998 n° 58, p. 46 s.

⁴ *Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992 (L. c/ Crédit mun. de Lyon)* : Contrats, conc., consom. 1993, comm. 17, note G. Raymond.

⁵ C. consom., art. L. 330-1 : le rétablissement personnel est conditionné par « une situation irrémédiablement compromise » (al. 3), le plan de redressement par « l'impossibilité manifeste » de faire face aux dettes (al. 1^{er}), la suppression de l'exigibilité de certaines créances par l'absence de ressources ou de biens saisissables (al. 2).

⁶ Comp. P. Draï, *Le rôle et la place du juge*, préc., p. 603 sur l'importance de la motivation. - Adde Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur* : JCP 1988, éd. G, I, 3343, spéc. note 19.

du citoyen, art. 1^{er} & 6)¹. L'additif jurisprudentiel ne devient donc un complément normatif de la loi qu'en respectant sa finalité, sous peine d'encourir une cassation pour fausse interprétation (erreur de droit qui retentit immanquablement sur la sanction des faits litigieux)² ; une étude sur la logique et l'éthique judiciaires concluait ainsi que « l'ordre moral souhaité par le juge demeure subordonné à la loi actuelle »³. Mieux même, il la dénaturerait en l'aménageant pour de simples convenances personnelles⁴, comme cela fit un temps débat pour « l'intérêt légitime » à changer de prénom (C. civ., art. 60)⁵ ; préfigurant l'article 371-5 du Code civil, la cour aixoise relevait, dans un arrêt du 23 novembre 1967⁶, que « le juge doit rendre une décision conforme à l'intérêt (supérieur ?⁷) de l'enfant et non plaisante à celui-ci ». D'ailleurs, les juridictions suprêmes contrôlent déjà nombre de notions relatives sur le fond du droit, quand la doctrine ne leur reproche pas le contraire : notamment, l'intérêt légitime au changement de prénom (art. 60) ; le désintérêt manifeste, en matière d'abandon (art. 350) ; les conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de non-révision de la prestation compensatoire (art. 273 ancien) ; dans le domaine des biens, le trouble anormal de voisinage ; en droit des obligations, le délai raisonnable, le caractère manifestement excessif ou dérisoire d'une clause pénale (art. 1152 al. 2), la nature anormale et spéciale du préjudice du fait d'un ouvrage public, la qualification de la faute ou la notion

¹ Rappr. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 53 p. 40-41 et nos 504 s. p. 468 s. sur la relation entre l'interprétation et les caractères normatif et obligatoire.

² Sur quoi, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n° 72.21 p. 330-331 (sur la violation de la règle de droit) et n° 66.12 p. 295-296 (sur le contrôle de la déduction des conséquences légales ; *adde* n° 66.34 p. 297-298 lorsque l'effet juridique est laissé à la discrétion juridictionnelle).

³ E. Bertrand et P. Julian, *La logique et l'éthique judiciaires d'après les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (1966-1971)* : D. 1973, chron. p. 79.

⁴ Comp. Cass. civ., 15 avr. 1872 (*Vve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*) : DP 1872, I, p. 176 et la note ; S. 72, I, p. 232, où la Cour se reconnaît le droit de censurer les juges du fond ayant interprété un contrat sous couvert d'équité. - Rappr. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 434 p. 423 qui distinguent interprétation et dénaturation selon que l'acte est obscur ou clair.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1972 (*Mansard c/ Proc. gén. CA Bordeaux*) : D. 1972, p. 317-318, note R. Lindon. - Cependant, CA Paris, 21 nov. 1995, où la possession d'état (« usage prolongé ») interfère avec l'ordre public des droits de la personnalité : D. 1996, p. 355-356, note critique Th. Garé. - Pour un ordre public différencié dans les transformations du nom et du prénom, B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 177 p. 140.

⁶ Cité in E. Bertrand et P. Julian, *La logique et l'éthique judiciaires*, préc., p. 75 note 7.

⁷ Cf. Conv. relative aux dr. de l'enfant, 20 nov. 1989, art. 3-1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants (...), l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » : JO 12 oct. 1990, p. 12363 (*in* D. n° 90-917, 8 oct. 1990); et Charte dr. fondamentaux Union eur., n° 2000/C 634/01, 18 déc. 2000, art. 24-2 : JOCE C 364, 18 déc. 2000 p. 13.

jurisprudentielle de prix dérisoire¹... Curieusement toutefois, un tel examen a aussi pu servir à infléchir une position excessivement rigide des juges des premier et second degrés². Au contraire, la juridiction du droit devrait s'en tenir à un contrôle minimal de motivation si le recours tend à faire censurer une qualification purement circonstancielle.

II – Abandon de la relativité au pouvoir souverain des juges du fond

124. - De même qu'un faisceau de textes récuse toute fantaisie dans l'interprétation, l'article 455 (al. 1^{er} *in fine*) du Code de procédure civile prolonge l'exigence à propos des faits, à peine de nullité (art. 458 al. 1^{er}). C'est d'ailleurs prôner à l'égard des juridictions ce qu'elles imposent parfois aux plaideurs dans la rupture des contrats ou des fiançailles³. Or, quant au fond de l'affaire, les notions relatives se distinguent d'une règle classique : là où le magistrat doit simplement s'assurer de l'adéquation des faits par rapport à des conditions légales explicites, la relativité apporte une nuance à travers le qualificatif (adjectif, adverbe ou préfixe). De toute évidence, cette adjonction terminologique ne peut rester juridiquement anodine. La doctrine critiqua d'ailleurs sévèrement la première Chambre civile de la Cour de cassation d'éluder pareille exigence en matière de bonnes

¹ Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1984 : Gaz. Pal. 1985, I, p. 187-188, note J. M. - Cass. 1^{re} civ., 23 oct. 1973 (*Epx Dijan c/ Assoc. La famille adoptive française et a.*) : Bull. civ. I, n^{os} 276-277 p. 246 s. ; D. 1974, p. 135 s., note C. Gaury (2^e esp.) ; *ibid.*, p. 616, note P. Raynaud (1^{re} esp.). - Cass. 2^e civ., 12 mars 1997 : D. 1998, somm. p. 243-244, comm. Ch. Willmann ; rappr. les notions de changement notable ou important (art. 275-1 & 276-3). - A. Robert, comm. sous Cass. 2^e civ., 19 mars 1997 (*Assoc. défense de l'env. de Viewy le Raye et a. c/ Barrault et a.*) : D. 1998, somm. p. 60-61. - Cl. Witz, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999 (*Sté Karl Schreiber c/ Sté thermo Dynamique service*) : D. 2000, p. 788 s. - Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978 (*SA Cofratel c/ Pigneron*) : Bull. mixte, n^o 1 p. 1 ; Cass. soc., 23 oct. 1996 (*SA Tervil c/ Ben Yaghlame*) : D. 1997, somm. p. 241-242, comm. Y. Picod. - CE, 10 mars 1997 (*Cne de Lormont c/ Cts Raynal*) : D. 1998, p. 85 s., note J.-J. Thouroude ; *ibid.* 1999, somm. p. 54 s., comm. P. Bon et D. de Béchillon (1^{re} esp.). - Cass. civ., 27 avr. 1915 (*Kraft c/ Parouty*) : DP 1920, I, p. 142. - Spéc. A.-M. Luciani, note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995 (*Sté Cartier c/ Talbot*) : D. 1997, p. 206 s., qui s'entend avec d'autres auteurs sur le besoin d'une définition par rapport au prix lésionnaire (*ibid.* 1996, somm. p. 11, comm. G. Paisant ; RTD civ. 1995, p. 881 n^o 4, obs. J. Mestre ; Contrats, conc., consom. 1995, comm. 181, obs. L. Leveneur.

² Par ex. : l'intérêt légitime à modifier un prénom (avant la loi du 8 janvier 1993), avec Cass. 1^{re} civ., 26 janvier 1965 (*Abrot c/ Proc. gén.*) : D. 1965, p. 216 et la note ; JCP 1965, éd. G, II, 14064, concl. M. Lindon ; les primes manifestement exagérées (C. assur., art. L 132-13 al. 2), avec Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997 (*Regent c/ Regent*) : D. 1998, p. 543-544, note St. Choisez, qui introduit des critères plus subjectifs.

³ M. Fabre-Magnan, *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, préc., p. 301 s. - La jurisprudence est réservée sur un tel « solidarisme », instrument d'équilibre contractuel et de protection contre l'arbitraire dans les ruptures unilatérales ; cf. spéc. D. Mazeaud, note sous Cass. com., 2 juill. 2002 (*Sté Opel France c/ Sté Automobile France finance*) : D. 2003, p. 93 s. et les réf. - Si la rupture des promesses de mariage est libre (Cass. civ., 30 mai 1838, *Bouvier c/ Coutreau* : S 38, I, p. 494, 1^{re} esp.), l'absence de « raison légitime » engage souvent la responsabilité du fiancé (CA Paris, 14 déc. 1962, D^{elle} B. c/ C. : JCP 1963, éd. G, II, 13041, obs. R. B., & 12 nov. 1964, D^{elle} P. c/ Z. : *ibid.* 1965, II, 14104, obs. R. B., 1^{re} esp. ; Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1981 : Bull. civ. I, n^{os} 143 et 144 p. 118-119), la doctrine contestant cependant le principe même de ce contrôle (A. Bénabent, *La famille*, préc., n^o 48 p. 49-50 et n^o 55 p. 52 s. ; G. Cornu, *La famille*, préc., n^o 152, c, p. 235-236. - *Contra* J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 409-410.

mœurs pour un legs causé par le désir de maintenir une relation adultère¹ ; cette opprobre quasi-unanime ne réussit pourtant pas à faire infléchir cette jurisprudence, qui reçut même l'aval de l'Assemblée plénière². Sans se dédire toutefois, la haute juridiction parvint finalement à une solution socialement plus acceptable sous le couvert hypocrite du droit des libéralités³ ! Potentiellement donc, la solution d'un procès devrait différer selon que la loi requiert ou non une propriété spécifique en sus de la notion de base⁴. En ce sens est confirmé l'article 5 du Code civil : une jurisprudence constante ne suffit pas à fonder le règlement d'une prétention, car la motivation postule une argumentation spécifique, par référence aux faits particuliers d'une espèce⁵. Autrement dit, il s'agit pour les juges du fond de justifier que les modalités inhérentes à la relativité sont réunies, en fait. C'est là que la censure pour défaut de base légale pourrait prendre sa pleine valeur : toute déficience dans l'exposé des faits retentit inéluctablement sur la substance-même du droit. Cette sanction traduit bien que les juges du fond ont omis de constater cette relativité au plan factuel : il manque à la décision un élément, purement circonstanciel, cependant essentiel pour témoigner que les conditions juridiques de la notion relative incriminée ont été respectées. Précisément, l'office des juges du fond se concentre sur les données de fait du litige à cause de l'originalité de la règle de droit ; elles n'auraient pas été, sinon, portées à leur connaissance⁶. Bien sûr, la cour régulatrice ne peut réviser les constatations souveraines des juges du fond ; elle devrait, tout du moins, veiller à ce qu'ils exercent effectivement cette

¹ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999 (*Mme Varcin c/ Hini*) : D. 1999, p. 267 s., rapp. X. Savatier et note J.-P. Langlade-O'Sughruie ; *ibid.*, somm. p. 307-308, comm. M. Grimaldi ; *ibid.* p. 377, obs. J.-J. Lemouland, et les réf. ; *ibid.*, chron. p. 351-352, Ch. Larroumet, *La libéralité consentie par un concubin adultère* ; JCP 1999, éd. G, II, 10083 p. 917 s., note M. Billiau et G. Loiseau ; *ibid.*, I, 152 p. 1333-1334, L. Leveneur, *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?* ; *ibid.*, 160 p. 1515, obs. H. Bosse-Platière ; Defrénois 1999, art. 36998, p. 680 s., obs. J. Massip ; *ibid.*, art. 37008, p. 738, obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, art. 37017, p. 814 s., n° 62, note G. Champenois ; RTD civ. 1999, p. 817 s., n° 8, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 1999, comm. 54, note B. Beignier.

² Cass. ass. plén., 29 oct. 2004 (*M^{elle} Galopin c/ Mme Floreal*), préc.

³ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2003 (arrêt de rejet avec substitution de motifs) : D. 2003, p. 2031, note B. Beignier.

⁴ En ce sens, Cass. 2^e civ., 9 oct. 1996 : Bull. civ. II, n° 224 p. 138-139 ; RTD civ. 1997, p. 103-104, n° 9, obs. J. Hauser, rejetant le pourvoi sur *CA Montpellier*, 7 nov. 1994 : JCP 1996, éd. G, II, 22680 p. 327 s., note J.-M. Bruguière ; RTD civ. 1996, p. 368, n° 13, obs. J. Hauser (sur C. civ., art. 242).

⁵ En ce sens, M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. civil*, art. 5, préc. n°s 25-26 p. 6.

⁶ M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge*, in Jean Foyer auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, n° 32 p. 474. - Rapp. l'« exigence fondamentale » de donner de « justes motifs », in G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 99 p. 452, 3 ; Th. Le Bars, *Le défaut de base légale*, préc., n°s 201 s. p. 154 s., spéc. n°s 213 s. p. 163 s.

prérogative¹. En général, la motivation - bien qu'historiquement assez récente² - est indispensable à la Cour de cassation pour vérifier que la règle de droit a été exactement appliquée³ ; Madame Marie-Anne Frison-Roche relève, toutefois, que la motivation n'est pas simplement une règle formelle permettant le contrôle par l'autorité hiérarchiquement supérieure⁴. Plus spécialement à propos des notions relatives, les cassations pour violation de la loi et manque de base légale s'imbriquent intimement. Le professeur Le Bars considère même que « commettre (...) un défaut ou une insuffisance de motifs (...) revient toujours à violer une règle de droit »⁵. Le reproche fait au juge du fond ne touche-t-il pas, d'ailleurs, davantage au défaut de motifs ? Sans l'exclure totalement, le problème semble peu pertinent à l'endroit de la relativité : le plus souvent, les constatations de fait existent, sans préciser pour autant leur corrélation avec la qualité supplémentaire légalement réclamée⁶. La cour de Versailles rappelle ainsi que ne « satisfait pas à l'obligation légale de motivation » un jugement

¹ Cf., sur l'absence de contrôle des notions en droit de la famille, J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, préc. ; et spéc. les « motifs graves » de révoquer une adoption simple (art. 370) in J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Fondation et vie de la famille*, préc., n° 989 p. 722-723, et les réf. - Comp. le refus de contrôler la contrariété aux bonnes mœurs d'une publication étrangère, in *CE 19 févr. 1958 (Sté Les éd. de la terre de feu)* : Rec. CE, p. 114-115 ; & *CE 17 déc. 1958 (Sté Olympia Press)* : D. 1959, p. 175-176, concl. M. Braibant. - Pour la Confédération helvétique, cf. la distinction entre notion indéterminée et cas de libre appréciation, in J.-F. Perrin, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du code civil suisse)*, préc., spéc. p. 220 s.

² L. 16-24 août 1790, titre V, art. 15, préc., p. 324 ; L. 27 nov.-1^{er} déc. 1790, portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa composition, son organisation et ses attributions, art. 3 : J.-B. Duvergier, préc., t. 2, p. 56 ; L. 20 avr. 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, art. 7 : *ibid.*, t. 17, p. 66 s. - Th. Le Bars, *Le défaut de base légale*, préc. n°s 9 s. p. 11 s. - Adde T. Sauvel, *Histoire du jugement motivé* : RD publ. 1955, p. 5 s. ; & *Essai sur la notion de précédent* : D. 1955, chron. p. 93, spéc. I, avec les réf. ; Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées nationales) : *La motivation*, T. III, 1998, Paris, Litec, 2000, 123 p., spéc. I p. 3 s.

³ J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n° 78.06 p. 389. - Cf. l'arrêt fondateur, *Cass. civ.*, 26 oct. 1808, même s'il n'emploie pas l'expression « défaut de base légale », qui n'apparaîtra qu'au tournant du XX^e siècle : *ibid.* n° 78.05 p. 388, et les réf.

⁴ *L'impartialité du juge*, préc., n°s 14 s. p. 54-55. - G. Nicolau, *L'équivoque entre vice et vertu*, préc., n° 29 p. 78-79. - M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur les standards*, préc., p. 1126-1127, 1137 et 1141.

⁵ *Le défaut de base légale*, préc. n° 108 p. 84. - Sur l'absence d'autonomie de l'insuffisance de motifs par rapport à la violation de la loi, *ibid.* n°s 89 s. p. 69 s. & n°s 108 s. p. 84 s.

⁶ S. Digard, *Le partage en nature des immeubles indivis et l'appréciation par les juges du fond de leur caractère « commodément partageable »* : JCP 1990, éd. N, I, p. 307 s. et les réf. de jurisprudence. - *Cass. com.* 1^{er} mars 1983 (SA Sodima Grandes Tuileries de Roumazières c/ Malleret et a.) : Bull. civ. IV, n° 92 p. 79, sur le bref délai de l'action en nullité pour vice rédhibitoire (C. civ., art. 1648). - Rapp. la violation de l'article 4 du Code civil par le juge pénal qui s'abstient de résoudre un point de droit et fait profiter en conséquence les prévenus de cette incertitude, in *Cass. crim.*, 28 juin 1912 (Bailly et a.) : Bull. crim., n° 355 p. 653-654. - Comp. l'intérêt de motiver la sanction infligée au salarié (C. trav., art. L. 1332-2 al. 4 in fine) et l'exigence d'une faute grave pour mettre fin au contrat à durée déterminée (art. L. 1243-1) : J.-P. Karaquillo, note sous *Cass. soc.*, 23 janv. 1997 (Bardol c/ Paris) : D. 1998, p. 29-30.

qui modifie le montant d'une clause pénale « sans expliciter les circonstances prises en considération et sans plus caractériser en quoi l'indemnité convenue peut être qualifiée de "manifestement excessive" » au sens de l'article 1152 du Code civil¹. Mais une motivation plus qu'évasive semble suffire à la haute juridiction quand la relativité risque de gêner la protection des intérêts en cause². Pour subsidiaire qu'apparaisse la cassation pour manque de base légale par rapport au défaut de motifs (puisqu'elle suppose préalablement l'analyse formelle de la décision querellée), elle acquiert un intérêt doctrinal certain étant donné que « la cour aborde (...) l'examen de la question de droit en indiquant quels sont les points qui auraient dû être examinés pour que la décision fût fondée »³. Même si la condamnation d'une motivation lacunaire n'est que la conséquence d'un des contrôles minimums des motifs de fait, elle permet à la haute juridiction d'énoncer indirectement les points de droit qu'elle estime utiles à la définition d'une notion relative⁴. De cette façon, elle adopte une position nuancée, consistant à poser des directives d'interprétation au travers de son contrôle, tout en veillant à ne pas empiéter sur l'appréciation d'espèce qui relève strictement du pouvoir souverain des juges du fait. Ainsi la considération directe des faits sert-elle à conforter la logique et la rationalité judiciaires, pour ne point travestir la législation⁵. La Cour de cassation ne transgresse donc pas la distinction du fait et du droit et les craintes de la voir s'ériger en troisième degré de juridiction s'estompent⁶. Les motifs de cassation tendent plutôt à suppléer la loi dans son abstention à formuler expressément les critères de mise en

¹ CA Versailles, 29 sept. 2000 (*Crédit com. de Fr. c/ Labbe*) : D. 2001, AJ p. 476 et la note. - Adde F. Pasqualini, *La révision des clauses pénales* : Defrénois 1995, art. 36106, p. 769 s.

² Comp. Cass. 2^e civ., 18 juin 1981 (*Dame C. c/ Cts A.*) : D. 1982, inf. rap. p. 37, obs. A. Bénabent ; Gaz. Pal. 1982, I, p. 44, note J. Viatte (sur le fondement de l'ancien article 292 du Code civil qui exigeait des « motifs graves ») et le nouvel article 373-2-13 qui autorise de modifier « à tout moment » la convention de divorce pour l'exercice de l'autorité parentale.

³ J. Voulet, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation* : JCP 1970, éd. G, I, 2305, n° 24.

⁴ Par ex. : l'intérêt particulier à conserver le nom du mari (art. 264), in Cass. 1^{re} civ., 26 mars 1980 (*Dame V. c/ R.*) : Bull. civ. I, n° 104 p. 85 ; la réunion suffisante de faits établissant la possession d'état (art. 311-1), in Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993 (*U. c/ Mme G.*) : Petites affiches 8 déc. 1993, n° 147, p. 20-21, note J. Massip. - G. Marty, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse – faculté de droit, n°s 137 s. p. 277 s. - Rapp. J. Betoulle, *La distinction contrôle lourd/contrôle léger de la Cour de cassation, Mythe ou réalité ?* : JCP 2002, éd. G, I, 171, p. 1790 s.

⁵ M.-A. Frison-Roche, *Les offices du juge*, préc., n° 39 p. 476.

⁶ Contra J. Bel, *Le bicentenaire de la Révolution, retour aux sources pour la Cour de cassation* : D. 1989, chron. p. 105-106 ; & *L'équivoque* : *ibid.* 1994, chron. p. 136. - Comp. M. Fabre, *La cassation sans renvoi en matière civile* : JCP 2001, éd. G, I, 347, spéc. n°s 22 s. p. 1719 s.

œuvre de la relativité. Nombre d'auteurs y décèlent alors un véritable message normatif¹. Cette opinion montre surtout la nécessité flagrante de motiver plus profondément une décision lorsqu'elle use d'une notion relative. Alors même que cette obligation résulte des articles 12 et 455 du Code de procédure civile, elle n'a pas véritablement reçu consécration par les plus hautes instances : à la position ambiguë du Conseil constitutionnel² s'ajoute une faible valeur en droit processuel européen³. Malgré tout, l'interprétation des juges - autant que leur pouvoir souverain d'appréciation - ne saurait s'émanciper de l'article 6-1 de la Convention européenne qui dispose, plus généralement, que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) impartial ».

§ 2 : Condition d'impartialité

125. - Soutenir que l'interprétation est essentiellement dans un rapport de complémentarité à la loi serait, apparemment, fournir des arguments aux contempteurs d'un droit prétorien ; la jurisprudence ne ferait ainsi que continuer de travailler, de manière détournée, au service d'un certain positivisme légaliste⁴, à l'influence encore excessivement tenace. Cependant, l'identification du droit aux textes écrits - émanant des organes étatiques - fournit, certes, une explication du caractère obligatoire des notions relatives, mais n'éclaire pas leur contenu⁵. S'il s'agissait de combler une lacune textuelle, Parlement et gouvernement seraient seuls compétents en vertu des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958, qui excluent toute prérogative aux juridictions. En somme, pour définir une notion relative, celles-ci ne font que révéler la « règle de droit » qui la sous-tend nécessairement⁶. Ceci

¹ A. Perdriau, *La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation* : JCP 1990, éd. G, I, 3468, spéc. n°s 55 s., & *Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile* : *ibid.* 1991, I, 3538, spéc. n°s 7 s. - Rapp. G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, préc., p. 283. - H. Motulsky, *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique* : JCP 1949, éd. G, I, 775. - Travaux du centre de recherches de logique, *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foirers, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 p., *passim*. - *Contra* J. Bel, *Le bicentenaire de la Révolution*, préc.

² Comp. les décisions citées par N. Molfessis, in *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préc., n° 291 p. 233, et leur absence de fondement relevée par Th. Le Bars, in *Le défaut de base légale*, préc., n° 48 p. 37-38. - Rapp. Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991 (*Sté Polypetrol c/ Sté gén. routière*) : Bull. civ. I, n° 251 p. 166, considérant contraire à l'ordre public international les jugements étrangers non motivés.

³ J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1232 p. 848. - Adde L. Boré, *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme* : JCP 2002, éd. G, I, 104 p. 121 s.

⁴ Cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 225 p. 243.

⁵ Cf. la critique des doctrines positivistes, in J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 20 s. p. 16 s., spéc. n° 27, p. 22-23.

⁶ Rapp. L. Bach, *Rép. civ., v° Jurisprudence*, préc., n° 158 p. 20 & n°s 171 s. p. 22-23.

traduit bien le fait que l'interprétation doit se fonder sur une norme préexistante, lors même qu'elle n'apparaîtrait pas dans le Code civil. Sans doute convient-il, finalement, de lire différemment l'article 12 du Code de procédure civile, ensemble les articles 4 et 5 du Code civil : le droit procédural oblige le pouvoir judiciaire à prendre parti sur les faits de chaque cause, mais dans le seul but de convaincre que la décision est basée sur des relations objectives vérifiables¹. L'impartialité fonctionnelle (I) dans le processus de jugement se double ainsi d'une impartialité personnelle (II) dans le choix de la sentence, ce qui contraint le juge à en donner le fondement².

I - Impartialité fonctionnelle

126. - En posant, dès 1804, dans l'article 4 du Code civil, que le juge ne peut refuser de statuer à cause d'une déficience législative technique, la procédure civile soumet le plaideur au risque d'une herméneutique fantaisiste et aléatoire, parfaitement contraire à la prévisibilité du droit et donc à l'égalité des citoyens. Aussi ce dernier peut-il user des garanties procédurales qui sont légalement à sa disposition pour s'assurer la pertinence de la sanction. Les notions relatives offrent sans doute une certaine liberté au pouvoir judiciaire mais ne l'exonèrent point de veiller au respect de « grands principes d'équité », rattachés « à la raison » et « susceptibles de s'appliquer aussi longtemps que durera l'organisation rationnelle de l'Etat » de droit³. Au premier chef, le double degré de juridiction permet au justiciable le réexamen complet de l'affaire : l'intérêt est géminé puisque la cour d'appel, en raison de l'effet dévolutif (C. proc. civ., art. 561), peut corriger l'interprétation de la relativité et donc reconsidérer l'adéquation des faits aux critères retenus. L'erreur dans la solution du litige s'en trouve considérablement amenuisée, ce qui fait écrire aux professeurs Vincent et

¹ Petit Robert, préc., v^s Partial, Objectif, I, & Science, III, A, 2. – N. Fricero, v^o Impartialité, in *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, dir. L. Cadiet ; *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Impartialité. – M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge* : D. 1999, chron. p. 53 s.

² Pour une substitution des concepts d'impartialité fonctionnelle et personnelle à ceux d'impartialité subjective et objective (la première visant l'absence de parti pris du juge dans son for interne, la seconde correspondant à une approche organique embrassant la situation d'un magistrat ayant exercé des fonctions successives dans une même affaire), cf. R. Koering-Joulin, *Le juge impartial* : Justices 1998 n^o 10, p. 1 s. - Adde l'abandon par la Cour de Strasbourg de cette distinction, in *CEDH*, 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg* ; 9 nov. 2006, *Sacilor Lormines c/ France*, spéc. § 59 s., à propos de la nomination des conseillers au Conseil d'Etat et de la participation du Commissaire du Gouvernement au délibéré ; 24 juin 2010, *Mancel et Branquart c/ France*, sur la composition de la Cour de cassation en second pourvoi, spéc. § 35 s. et l'opinion dissidente de Mme I. Berro-Lefevre. – Sur quoi, cf. J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2011, coll. Connaissance du droit, p. 108 s.

³ M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 308.

Guinchard que cette voie de réformation contribue à la « sauvegarde des libertés publiques »¹. Aussi, dans le droit fil du droit intermédiaire², la haute juridiction administrative considère-t-elle que l'appel constitue « un principe général de procédure »³, sans aller jusqu'à invoquer le droit naturel⁴. Pour autant, « il n'a pas d'existence autonome dans la jurisprudence constitutionnelle » ; le professeur Nicolas Molfessis l'explique essentiellement par « la perturbation de l'organisation judiciaire qui en résulterait » du fait des nombreuses dérogations déjà existantes⁵. De même, le septième Protocole additionnel à la Convention européenne accepte bien quelques écarts pour des infractions pénales mineures⁶. Des motifs purement financiers ou d'opportunité privent ainsi parfois de cette voie de recours le justiciable insatisfait qui bénéficie alors d'une seule instance : quand la juridiction statue en premier et dernier ressort⁷, ou lorsque les juges du second degré décident d'évoquer l'affaire (art. 89 et 568)⁸. Ces exceptions ne doivent pas obscurcir d'autres précautions procédurales, et spécialement le pourvoi en cassation auquel le Conseil d'Etat attribue, dans un arrêt d'assemblée au lendemain de la seconde guerre mondiale, un caractère d'ordre

¹ *Procédure civile*, préc., n° 1343 p. 915. - F. Defferrard, *Le droit et ses doubles* : D. 2001, chron. p. 1410-1411 n°s 10 s. - Rapp. L. Bach, *Rép. civ.*, v° *Jurisprudence*, préc., n°s 215-216 p. 26, le rôle de la hiérarchie des juridictions sur l'unification jurisprudentielle. - Comp. quelques nuances in R. Martin, *La règle de droit adéquate dans le procès civil* : D. 1990, chron. p. 164 n° 7.

² L. 16-24 août 1790, titre IV : J.-B. Duvergier, préc., t. 1^{er}, p. 318 s. ; D. 1^{er} mai 1790, qui ordonne qu'il y aura deux degrés de juridiction : *ibid.*, p. 162.

³ CE, 4 févr. 1944 (*Vernon*) : Rec. CE 1944, p. 46 ; RD publ. 1944, p. 176 s., concl. B. Chenot et note G. Jèze. - *Adde Justice et double degré de juridiction* : *Justices* 1996 n° 4, p. 1-158.

⁴ H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle*, préc., n°s 30 s. p. 197 s.

⁵ In *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préc., n° 367 p. 291, et, plus généralement, n°s 364 s. p. 288 s., avec les réf. et la jurisprudence. - *Adde La protection constitutionnelle* : *Justices* 1996 n° 4, p. 17 s., spéc. p. 25 s.

⁶ Prot. n° 7 à la Conv. de sauvegarde des Dr. de l'Homme et des Libertés fondamentales, 22 nov. 1984, art. 2-2.

⁷ C. org. jud., art. R. 211-3 (TGI) ; R. 221-37 (TI) ; et L. 231-4 (juge de proximité). - Rapp. C. proc. civ., art. 1489, en matière d'arbitrage.

⁸ P. Hébraud, *Effet dévolutif et évocation, La règle du double degré de Juridiction*, in *Etudes de droit judiciaire sous la direction des Instituts d'Etudes Judiciaires, T. I : La voie d'appel*, Colloque national de droit judiciaire, 22-23 févr. 1963, Aix-en-Provence, publié avec le concours du CNRS : Ann. Faculté Dr. et Sc. éco. Aix-en-Provence, n° 54, Aix-en-Provence, La pensée universitaire, 1964, p. 143 s. - J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n°s 1439 s. p. 965 s. ; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 1619 s. p. 695-696 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 2^e éd. 2002, coll. Domat dr. privé, n°s 727 s. p. 552 s. & n°s 1007-1008 p. 776-777. - La Cour de cassation reconnaît cependant à l'évocation un caractère potestatif, in *Cass. 2^e civ. 28 avr. 1980 (SA Coop Alsthom c/ Jeanblanc)* : Bull. civ. II, n° 87 p. 63-64 ; Gaz. Pal. 1980, 2, p. 498, note J. Viatte.

public¹. D'ailleurs, les arrêts rendus par la formation la plus solennelle de la Cour de cassation² ont une portée doctrinale certaine, à l'instar de ceux prononcés dans l'intérêt de la loi (malgré leur inopposabilité aux parties³), en cela qu'ils ont pour objet d'atténuer les interprétations divergentes et contestables. Toutefois, ce recours extraordinaire n'est que l'ultime rempart contre l'éventuelle défaillance du processus judiciaire. En droit interne encore, la collégialité fait office de principe, nonobstant un souci croissant de rentabilité juridictionnelle qui le rend pratiquement marginal ; le justiciable conserve malgré tout la faculté de solliciter un renvoi devant une formation collégiale (C. proc. civ., art. 804)⁴. Elle implique un minimum de discussions lors du délibéré, gage de « l'impartialité des juges qui, se contrôlant respectivement, ne peuvent favoriser ou défavoriser l'un des plaideurs »⁵. Dans le même esprit, quelques sénateurs ont proposé de modifier le serment contenu dans l'ordonnance du 22 décembre 1958, en insistant sur la nécessité d'objectivité : de façon symptomatique, l'auditeur de justice promettrait alors de se « comporter en tout comme un digne et loyal magistrat, intègre, libre, impartial, respectueux de la loi, des droits de toutes les parties et du secret professionnel »⁶. La crainte de subjectivité n'est pourtant pas ignorée du droit positif : diverses circonstances, limitativement énumérées par l'article 341 du Code de procédure civile, sont susceptibles de conduire au dessaisissement d'une juridiction à la neutralité contestable ; la récusation apparaît ainsi comme l'acte emblématique contre la partialité dont elle peut faire preuve⁷. Mais c'est essentiellement en droit international que le

¹ CE, 7 févr. 1947 (d'Aillières & Robert) : JCP 1947, éd. G, II, 3509, note G. Morange (1^{re} esp.) ; S. 1947, 3, p. 62 s., et la note.

² C. org. jud., art. L. 431-6 (second pourvoi et question de principe) & L. 431-4 al. 2 (autorité de la décision).

³ C. proc. civ., art. 618-1 ; L. n° 67-523, 3 juill. 1967, relative à la Cour de cassation, art. 17 : JO 4 juill. 1967, p. 6652.

⁴ Sur quoi, C. Dost, *Collégialité et juge unique dans le droit judiciaire français*, Thèse dr., dactyl., Bordeaux IV, 1999, 451 p. - L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 151-152 p. 80-81 ; S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 2003, coll. précis dr. privé, n°s 338-339 p. 542 s. - J.-P. Ancel, *Le doute du magistrat*, in *Le doute et le droit*, sous l'égide de l'Institut de formation continue du Barreau de Paris, coll. philo. et théorie gén. du dr., p. 25.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 627 p. 245.

⁶ Proposition de loi organique Sénat, modifiant l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, n° 232, 2000-2001. - Comp. Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 6 : JO 2 » déc. 1958, p. 11551 (« Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder religieusement le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »).

⁷ L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 301 p. 135 & n°s 1333 s. p. 578 s. ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 1102 s. p. 853 s.

justiciable puise un allié de poids, d'allure beaucoup moins confinée, au rayon d'action beaucoup plus vaste. Même si les arrêts de la Cour européenne ne s'imposent pas *de jure* aux juridictions civiles nationales¹, ils amènent souvent les Etats à s'y conformer en adoptant sa jurisprudence². Ainsi, depuis que la France admet les requêtes individuelles devant la Cour de Strasbourg³, le plaideur lésé sur ses droits fondamentaux peut-il directement invoquer les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne⁴. Certes, sous la pression de la Cour européenne, la Cour de cassation est conduite à renforcer cette impartialité purement fonctionnelle qui repose essentiellement sur l'apparence⁵ (notion anglo-américaine que résume le fameux adage « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »). En effet, le Conseil de l'Europe fait coexister des systèmes juridiques romano-germaniques et de *Common law*⁶. L'Assemblée plénière réfrène cependant l'utilisation outrancière de la Convention de Rome en considérant son article 6 comme subsidiaire, chaque fois que le justiciable est susceptible de trouver une protection équivalente en droit procédural

¹ Comp. Cass. soc., 30 sept. 2005 (*Lemoine c/ SNCF*) : D. 2005, p. 2800 ; P.-Y. Gautier, *De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après condamnation par la CEDH* : *ibid.*, chron. p. 2773 s. - *Contra*, en matière pénale, C. pr. pén., art. 626-1 s.

² Conv. EDH, art. 46. - Comité des ministres, Recomm. R. (2000) 2, 19 janv. 2000 : RTDH 2000, p. 878-879 et les réf. - Le réexamen consécutif à condamnation est restreint, en France, à la procédure pénale : C. pr. pén., art. 626-1 s. ; S. Guinchard et *alii*, *Droit processuel*, préc., n° 125 p. 170 ; M.-H. Renaut, *Révision et réexamen : les condamnations pénales sont de moins en moins définitives* : Petites affiches 18 mars 2003 n° 55, p. 6 s.

³ Conv. EDH, art. 34. - D. n° 81-917, portant publication de la déclaration d'acceptation du droit du recours individuel en application de l'article 25 de la convention européenne des droits de l'homme en date du 4 novembre 1950 et de l'article 6 du protocole n° 4 à ladite convention en date du 16 septembre 1963 : JO 14 oct. 1981, p. 2783.

⁴ *Adde* Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 déc. 1966, art. 14-1 : « (...) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ». - *L'impartialité du juge et de l'arbitre - Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, dir. J. Compennolle et G. Tarzia, 336 p., spéc. p. 63 s., J. Normand, *L'impartialité du juge en droit judiciaire privé français*.

⁵ Notamment CEDH, 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche* : RTDH 1996, p. 627 s., obs. P. Martens, *La tyrannie de l'apparence* ; Cass. ass. plén., 6 nov. 1998 (*Sté Bord Na Mona c/ SA Norsk hydro azote & Guillotel c/ Sté Castel et Fromaget*) : Bull. ass. plén., n°s 4 & 5 p. 6 s. ; JCP 1998, éd. G, II, 10198 p. 2117 s., rapp. P. Sargos ; D. 1999, p. 1 s., concl. J.-F. Burgelin ; RTD civ. 1999, p. 177 s. et p. 685 s., obs. J. Normand, & p. 193 s. n° 1, obs. R. Perrot. - Comp. Cass. crim., 6 janv. 1998, sur l'inapplication de la Convention au ministère public, pris comme partie au procès pénal et non comme organe du tribunal : D. 1999, p. 246 s., note critique G. Yildirim ; CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France* : D. 2001, p. 339-340 & chron. p. 328 s., Ch. Goyet, *Remarques sur l'impartialité du tribunal*.

⁶ Cf. l'incidence sur le concept d'impartialité, in V. Magnier, *La notion de justice impartiale - A propos de l'arrêt Oury* Cass. ass. plén., 5 févr. 1999 : JCP 2000, éd. G, I, 252 p. 1595 s.

interne¹. Incidemment donc, la jurisprudence conforte la valeur primordiale d'une impartialité qui tient plus au fond qu'au déroulement du procès.

II - Impartialité personnelle

127. - Divergeant du Code pénal (art. 111-4), le Code civil ne contient aucun principe d'interprétation des lois ayant force obligatoire pour le juge². Sans doute la pratique a-t-elle montré que toutes les méthodes d'interprétation proposées par la doctrine³ n'ont jamais conduit qu'à une solution concevable parmi d'autres⁴. Cet échec renforce la conviction que la conformité à la règle de droit doit permettre d'éviter un choix arbitraire, uniquement fonction de préférences personnelles. Ce principe implique donc de trancher le litige à l'aune d'un fondement indépendant de la volonté de celui qui en a le pouvoir : pour nécessaire qu'elle soit aux notions relatives, l'interprétation devient dangereuse quand elle ne repose sur aucune véritable considération juridique. Chaïm Perelman note ainsi que « la connaissance de la règle de droit est une condition *sine qua non* de l'administration d'une justice impartiale »⁵. En effet, appliquer une notion relative en dehors de son intérêt législatif - sous prétexte d'un besoin social impérieux - contrevient à l'idée de prévisibilité de la

¹ Cass. ass. plén., 24 nov. 2000 (*Mme Comet c/ Sté Delpech*) : Bull. ass. plén., n° 10 p. 17 ; RTD civ. 2001, p. 192 s., obs. J. Normand ; *ibid.*, p. 204 s. n° 3, obs. R. Perrot ; D. 2001, somm. p. 1067-1068, obs. N. Fricero ; *ibid.*, chron. p. 2427 s., B. Beignier et C. Bléry, *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité* ; 11 juin 2004 (*Papon*) : D. 2004, inf. rap. p. 2010-2011 ; JCP 2004, éd. G, I, 182, p. 2148 obs. E. Dreyer. - Rapp. Cass. 2^e civ., 6 mai 1999 (*Laye c/ Mme Tollis et a. & Synd. copr. de l'immeuble Le Grand Galion à Port-Camargue c/ Sté Richard Satem et a.*) : Bull. civ. II, n°s 77 & 78 p. 57-58 ; RTD civ. 1999, p. 685 s., obs. J. Normand, & p. 704 s. n° 7, obs. R. Perrot. - Adde Cass. 2^e civ., 15 févr. 2001 (*Epx Risch c/ Sté Unione italiana di riassicurazione*) : D. 2001, inf. rap. p. 981 ; 8 avr. 2004 : *ibid.* 2004, p. 1710 ; & 20 oct. 2005 : *ibid.*, 2005, p. 2771. - Rapp. les limites des garanties fondamentales de procédure soulevées par D. Mayer, note sous Cass. crim., 9 juill. 2003 : D. 2004, p. 22 s., spéc. p. 24-25.

² Rapp. Digeste I, 3, § 16 s. ; M. Villey, *Modes classiques d'interprétation du droit*, in Arch. philo. dr., t. XVII, préc., p. 71 s. sur les méthodes en droit romain. - Comp. l'interprétation des conventions pour lesquelles les articles 1156 et suivants formulent des règles ne présentant pas un caractère impératif pour les magistrats, selon Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1979 (*Banque Scalbert-Dupont c/ SCI Fabille*) : Bull. civ. I, n° 81 p. 66-67 ; & 19 déc. 1995 (*Freulon c/ Assoc. des chasseurs de gibiers d'eau d'Ille-et-Vilaine*) : *ibid.*, n° 466 p. 324 ; RTD civ. 1996, p. 611 n° 7, obs. J. Mestre. - Rapp. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Paris, Libr. gén. jur., 4^e éd. 1869, t. I, § 40 p. 129, qui proposent quand même l'analogie.

³ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 279 s. p. 115 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n°s 154 s. p. 296 s.

⁴ Sur quoi, F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. II, n° 224 p. 408 s. - En ce sens, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, préc., n° 45 p. 458-459. - R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, préc., n° 237 p. 712.

⁵ *La motivation des décisions de justice, essai de synthèse*, in *La motivation des décisions de justice*, préc., p. 417.

sanction¹. « N'est-ce pas là pur artifice, hypocrisie même ? Pourquoi s'abriter derrière le texte d'une loi, du moment qu'on lui fait dire des choses totalement différentes de celles qu'a voulues le législateur ? », s'exclament Messieurs Laurent et Boyer². D'aucuns inséreraient bien cet objectif de sécurité juridique dans la Constitution³ ; une autre partie de la doctrine récuse cette consécration, non seulement parce que ce principe est plus une exigence fondamentale qu'une règle de droit à part entière⁴, mais aussi en raison de sa possible mise en œuvre, en amont, à travers d'autres impératifs comme la clarté, l'accessibilité et l'intelligibilité des lois⁵. En tout cas, conformément à l'esprit de la relativité, le principe de sécurité juridique « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée », comme l'avait affirmé la première Chambre civile dans un arrêt du 21 mars 2000, à

¹ *Contra* M. Jéol, concl. sur *Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995* (4 esp.) : JCP 1996, éd. G, II, 22565 p. 21 s. - Rappr. l'interprétation évolutive (et extensive) de la bonne foi de l'article 1134 du Code civil, spéc. in O. Anselme-Martin, *Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi* : Petites affiches 22 janv. 1997 n° 10, p. 17 s. ; G. Flécheux, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 341 s. ; P. Jourdain, *Rapport français*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française (Journées louisianaises)* : La bonne foi, T. XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, p. 121 s. (in I. La bonne foi dans les relations entre particuliers, A. - Dans la formation du contrat).

² In *Introduction au droit*, préc., n° 300 p. 121.

³ Proposition de loi constitutionnelle Sénat n° 222, 2000-2001, portant reconnaissance du principe de sécurité juridique dans la Constitution, qui ajoute deux alinéas à l'article 34 : « La loi doit être certaine et son application prévisible pour les citoyens », « La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle ne peut avoir d'effet rétroactif que lorsque, à titre exceptionnel, le but à atteindre l'exige, et lorsque la confiance légitime des citoyens est dûment respectée » ; Proposition de loi constitutionnelle AN, XI^e législature, n° 2251. - Rappr. l'évolution jurisprudentielle évoquée par B. Mathieu et M. Verpaux, in *chron. Jurisprudence constitutionnelle* : JCP 1996, éd. G, I, 3975, n° 25 p. 435-436. - B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* : AJDA 1995 n° spéc., p. 151 s. - *Adde* la protection supranationale évoquée par A.-S. Chavent-Leclère, note sous *CEDH, 11 juill. 2002* : D. 2003, p. 2035.

⁴ E. Ben Merzouk, note sous *Cass. 2^e civ., 30 janv. 2003 (Fillaud c/ CRCAM Loire-Atlantique)* : D. 2003, p. 2724 n° 13. - Comp. B. Mathieu, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme* : *ibid.* 1995, *chron.* p. 211-212. - A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique* : *ibid.* 2002, *chron.* p. 2814 s.

⁵ E. Ben Merzouk, note préc. sous *Cass. 2^e civ., 30 janv. 2003*, spéc. n° 15 p. 2724-2725 et les réf. - A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique*, préc., spéc. n°s 25-26 p. 2817. - *Adde* *Cons. const., 18 déc. 2001, déc. n° 2001-453 DC* : JO 26 déc. 2001, p. 20582 s. ; D. 2002, *somm.* p. 1953-1954, *obs.* D. Ribes qui distingue l'exigence de clarté (comme moyen d'éliminer confusions et imprécisions) et d'intelligibilité des lois (comme souci d'amoindrir leur complexité) ; J.-E. Schoettl, *La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 devant le Conseil constitutionnel* : Petites affiches 31 déc. 2001 n° 260, p. 4 s. - Rappr. F. Luchaire, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français* : Cah. Cons. const. n° 11/2001, p. 69 s.

propos du « bref délai » de l'ancien article 1648 du Code civil¹. Pas plus ne doit-elle justifier une mutation irraisonnée ! C'est un équilibre auquel tente de parvenir le conseiller Pierre Sargos, dans son rapport sur l'arrêt du 9 octobre 2001 de la première Chambre civile². Se pose alors inévitablement la question de l'office du juge en présence de notions relatives ; considérer qu'elles ne le réduisent pas à être seulement la bouche de la loi³ ne contredit pas forcément l'article 12 du Code de procédure civile. En toute hypothèse, il intervient pour trancher une opposition d'intérêts, c'est-à-dire pour dire le droit. Le droit procédural, moyen de l'implication prétorienne, participe ainsi « du glissement sémantique opéré de la loi au droit »⁴. Bien sûr, dès l'origine, l'article 4 du Code civil ordonnait au juge de toujours statuer, mais il ne doit être compris qu'en symbiose avec l'article 12 du Code de procédure civile ; l'invocation d'éléments externes à la loi affine les notions relatives et valorise, tout à la fois, l'idéal de justice⁵. D'ailleurs, les juridictions ne prennent là que leur juste valeur

¹ (Le Collinet c/ C^{ie} assur. Rhin et Moselle) : Bull. civ. I, n° 97 p. 65 ; D. 2000, p. 593 s., note Ch. Atias ; RTD civ. 2000, p. 592 s., n° 1, obs. P.-Y. Gautier, spéc. p. 594 s., & p. 666 s., n° 3, obs. N. Molfessis. - Rapp. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. I, § 39 bis p. 125 s., spéc. in fine p. 128-129. A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique*, préc., spéc. n° 10 p. 2815, qui souhaite ne pas confondre le principe avec la « fixité des normes ». - *Contra Rapp. C. cass. 1998*, Paris, doc. fr., 1999, p. 13 ; *ibid. 1999*, Paris, doc. fr., 2000, p. 31 ; *ibid. 2000*, Paris, doc. fr., 2001, p. 12, en faveur d'un délai fixe plus prompt à sécuriser le droit d'agir en justice (sic) ! - Adde A. Marais, *Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence - Requiem européen en si(x) bémol(s)* : JCP 2011, éd. G, libres propos 742, p. 1238 s., à propos de *CEDH 26 mai 2011, Legrand c/ France*. - Adde *Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004 (Neveux c/ C^{ie} Generali France)* : Bull. civ. II, n° 361 p. 306 ; RGDA 2004, p. 933 s., note J. Kullmann. - *Comp. idem Sté nationale de radiodiffusion Radio France c/ Mme Agnès X* : Bull. civ. II, n° 387 p. 323 s. ; D. 2004, p. 2956 s., note Ch. Bigot ; RTD civ. 2005, p. 176 s. n° 2, obs. Ph. Théry, pour une application différée d'un revirement de jurisprudence ; *Cass. ass. plén., 21 déc. 2006 (Sté La Provence c/ Véronique D)* : Bull. ass. plén., n° 15 p. 52 s. ; Bull. inf. C. cass. 1^{er} mars 2007, rapp. Lacabarats et avis Legoux ; D. 2007, p. 835 s., note P. Morvan ; JCP 2007, éd. G, II, 10040, note E. Dreyer, & 10111, note X. Lagarde ; RJPF 2007-4/12, note E. Putman, in *Pour le meilleur et pour le pire, le régime de la présomption d'innocence est autonome* ; RTD civ. 2007, p. 168-169 n° 1, obs. Ph. Théry.

² D. 2001, p. 3470 s., spéc. nos 16-19 p. 3472-3473 ; *ibid.* p. 3474 s., note critique D. Thouvenin. - Rapp. *CEDH, 18 janv. 2001, Chapman c/ Royaume-Uni*, § 29 : « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents » : RTDH 2001, p. 889, et obs. F. Sudre p. 905 s.

³ Selon l'expression de Montesquieu, in *De l'esprit des lois*, préc., livre XI, chap. VI, t. I, p. 337.

⁴ J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé* : D. 2002, chron. p. 230. - Rapp. P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code civil européen* : RID comp. 1996, p. 807-808, pour qui réduire le droit à la vérité formaliste d'une codification enfreint la sécurité juridique.

⁵ Rapp. P. Draï, « *Le rôle et la place du juge (...)* », préc., p. 598-599, qui souligne que la Cour de cassation s'en fait même l'écho à travers ses visas de censure. - J.-F. Perrin, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?*, préc., spéc. p. 209-210.

étymologique : l'interprétation oblige à passer de la « *lex dicere* » au « *jus dicere* »¹. Seulement, cette fiabilité pourrait encore être malmenée dans la recherche du fondement normatif. De prime abord, la règle jurisprudentielle semble éminemment rétroactive puisque l'herméneutique intervient sur une relativité législative qui lui est antérieure (et des faits qui la précèdent)². Or, l'impartialité consiste pour les justiciables à pouvoir raisonnablement prévoir leurs droits et obligations au moment où ils ont à en connaître ; les sages de la rue Montpensier n'expriment pas une autre opinion quand ils suggèrent que « l'égalité devant la loi et la garantie des droits pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables »³. Cette remarque signifie surtout que la jurisprudence est prévisible si elle repose, non sur l'opportunité de statuer dans un sens pour une espèce isolée, mais sur un fondement vérifiable. Par suite, celui-ci ne peut assurément que préexister au travail juridictionnel. De plus, la pratique de l'*obiter dictum* se trouvant restreinte par l'article 5 du Code civil, la définition d'une notion relative ne peut être que le résultat d'une « création lente »⁴, au gré des instances, et par là même non instantanée comme pour la loi. A cet égard, n'y aurait-il pas quelque inconséquence à vanter l'adaptabilité des notions relatives et, dans le même temps, reprocher à l'interprétation de n'être pas immédiatement complète et précise ? Même s'il acquiesce à l'irréductibilité de la règle jurisprudentielle au principe de non-rétroactivité⁵, le professeur Rivero consent à admettre que « là où la décision (...) apporte le point final à une évolution dont chaque terme ne constitue pas, pris isolément, une modification du droit

¹ Du latin « *lex, legis* », loi, « *jus, juris* », droit, justice ; et « *dico, dices, dicere* », dire ; *Petit Robert*, préc., v^{js} *Loi, Jurer & Dire*. - Sur quoi, St. Rials, *La fonction de juger, Ouverture : L'office du juge : Droits 1989 n° 9 : La fonction de juger*, spéc. p. 10 s. ; G. Wiederkehr, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575 s., spéc. p. 580 s. - Pour quelques nuances sur l'étendue de la compétence juridictionnelle, cf. R. Martin, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, préc., n° 5 p. 163.

² J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^{os} 516 s. p. 480 s. - D'après *CJCE*, 17 mai 1990, *Douglas Harvey Barber c/ Guardian Royal Exchange Assur. Group*, aff. C-262/88, une dérogation à cette rétroactivité ne peut intervenir qu'« à titre exceptionnel » : *Rec. CJCE*, I, p. 1889 s. ; D. 1991, somm. p. 130-131, comm. X. Prétot. - Rapp. P. Delvolvé, *Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, largement édulcoré pour assurer le succès de l'interventionnisme économique, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, p. 355 s.

³ *Cons. const.*, 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 DC, à propos de la codification par ordonnances : JO 22 déc. 1999, p. 19041 s. ; *RTD civ.* 2000, p. 186 s. n° 1, obs. N. Molfessis (*adde ibid.* p. 660 s. n° 1) ; D. 2000, somm. p. 425-426, obs. D. Ribes et les réf. exhaustives.

⁴ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 510 p. 473.

⁵ Sur quoi, cf. spéc. P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflits de loi dans le temps)*, Paris, Dalloz-Sirey, 2^e éd. 1960, publié avec le concours du CNRS, spéc. n° 59 p. 263.

antérieur, le phénomène (...) s'estompe, jusqu'à s'évanouir »¹. Quant aux revirements de jurisprudence², ils sont regrettables moins pour l'insécurité qu'ils véhiculent, que pour les symptômes d'anciennes ou nouvelles décisions insuffisamment motivées sur le fond du droit qu'ils affichent³. D'ailleurs, la haute juridiction a quelque peu conscience du malaise que ces changements occasionnent : de même que l'Assemblée plénière subordonne la rétroactivité d'une loi à d' « impérieux motifs d'intérêt général », la Chambre sociale semble conditionner l'application immédiate d'une nouvelle jurisprudence à « l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité » d'une liberté fondamentale⁴. Non sans ironie, un auteur conclut que « l'autorité de chose jugée ne se conçoit pratiquement que si le juge ne se trompe pas trop souvent (...) », sinon elle « ne serait qu'une dérision »⁵. A lui seul, le droit procédural assure donc l'objectivité formelle de la décision parce que l'interprétation judiciaire n'a qu'un effet déclaratif de la norme immanente à la relativité⁶. En somme, comme le soutient le professeur Mathieu, la sécurité juridique est peut-être un principe clandestin mais il est efficient⁷.

¹ J. Rivero, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle* : AJDA 1968, p. 16.

² Pour une définition du revirement, cf. *Cour de cassation : Rapport sur les revirements de jurisprudence* : D. 2004, p. 3148, 1 *in limine* : « arrêt à l'occasion duquel la Cour change l'interprétation de la loi qu'elle retenait jusqu'alors. Elle modifie la réponse qu'elle apportait à une question de droit donnée ». - Adde J.-F. Casille, *Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé* : RRJ 2004, p. 639 s.

³ Par exemple, sur la faute conjugale commise pendant l'instance en divorce, rappr. *Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2003 & 30 mars 2004* : RJPJ 2003-9/21, & 2004-7-8/21, obs. Th. Garé. - Comp. l'incidence d'un énoncé erroné par un juge d'une règle de *common law*, in A. Tunc, *Coutume et « common law »*, préc., p. 55-56.

⁴ *Cass. ass. plén., 23 janv. 2004 (Sté Le Bas Noyer c/ Sté Castorama)* rendu sur avis contraire R. de Gouttes : Bull. ass. plén., n° 2 p. 2 s. ; D. 2004, p. 1108 s., note P.-Y. Gautier ; RTD com. 2004, p. 74 n° 2, obs. J. Monéger ; RTDH 2004, p. 461, note M. Friocourt et B. Mongin. - *Cass. soc., 17 déc. 2004 (Sté SAMSE c/ Breschi)* : D. 2005, inf. rap. p. 110-111, note P. Guiomard.

⁵ J. de Soto, *La notion de juridiction (A propos du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz)* : D 1956, chron. p. 48. - Comp., en matière pénale, la notion de revirement prévisible, seule acceptable au regard de l'article 7-1 de la Convention européenne, in *CEDH, 22 nov. 1995, S. W. c/ Royaume-Uni* : AJDA 1996, p. 445 s., note J.-P. Costa ; RTDH 1996, p. 463, obs. S. van Drooghenbroeck ; JDI 1996, p. 267 s., note P. Tavernier.

⁶ En ce sens, F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, coll. Méthodes du droit, p. 154 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 228 *in fine* p. 247. - Adde Th. Bonneau, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement* : D. 1995, chron. p. 24 s. - Rappr. Ch. Atias, note sous *Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000*, préc. - *Contra* M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. civil, art. 5*, préc., n°s 48 s. p. 9-10. - Comp. P.-A. Côté, *Fonction législative et fonction interprétative*, préc., p. 192 et note 9, à propos des lois interprétatives.

⁷ B. Mathieu, *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, in *Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301 s. - Adde G. Huglo, *La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique*, préc. ; B. Mathieu, *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique* : Cah. Cons. const. n° 11/2001, p. 106 s.

128. - Par impéritie ou par volonté parlementaire, les notions relatives constituent une réalité transversale du droit civil appelant l'interprétation des magistrats qui y sont confrontés. Toutefois, la loi n'aménageant aucune dérogation particulière pour leur conférer une définition, c'est le droit commun qui recouvre naturellement son empire¹. Autrement dit, l'affirmation des juridictions comme troisième pouvoir effectif d'un Etat de Droit est considérablement favorisé par la relativité ; mais l'implication judiciaire demeure strictement paramétrée : le droit procédural refoule toute velléité prétorienne de subjectivité. Plus spécialement, ce constat signifie que le complément jurisprudentiel apporté aux textes doit satisfaire l'exigence d'une norme socialement (re)connue ; effectivement, le principe de légalité impose de découvrir, en fait de termes légaux techniquement inconsistants, un fondement compréhensible pour le justiciable. Or, c'est à cette condition que « la règle jurisprudentielle ne ressemble pas seulement à la loi », mais qu'elle « se confond parfaitement avec elle », justifiant par-là même sa force contraignante². Cependant, admettre *in fine* que la jurisprudence prend une valeur identique au concept qui l'induit, ne répond qu'à des questions de pur formalisme³. Au fond, l'herméneutique ne doit pas non plus devenir synonyme d'arbitraire : le choix que le juge opère entre différentes exégèses doit aussi rester parfaitement prévisible ; car, comme le remarquait Paul Esmein, « lorsque quelqu'un (...) veut savoir comment un problème de droit sera résolu, il cherche dans les décisions de justice comment il l'a été antérieurement »⁴. Si ces interprétations produisent des effets pérennes, subsumant les faits (en soi épisodiques et casuels), c'est surtout que leur élaboration a ajouté au droit positif un élément objectif qui lui préexistait. Nonobstant la persistance formelle du principe de légalité, les notions relatives invitent donc à prospecter ce qui permet à l'œuvre juridictionnelle d'acquérir une telle « résonance sociologique »⁵. L'autorité judiciaire ne peut prétexter « du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la

¹ Ce n'est, d'ailleurs, qu'appliquer *a contrario* la maxime « *Specialia generalibus derogant* ». - Sur quoi, cf. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n° 400 p. 853 s., v° *Specialia generalibus derogant*.

² O. Dupeyroux, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, préc., p. 359.

³ Comp. les propos de M. Boulanger, *in Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., n° 2 p. 62 : « il est un problème qu' (...) on n'a pas abordé en partant des données de notre droit positif : c'est le problème de savoir *suivant quels procédés* les juges ont créé le droit. On nous dit bien quel droit ils ont créé ; on nous dit même pourquoi ils l'ont créé, mais on ne nous dit pas *comment* ils l'ont créé ».

⁴ *La jurisprudence et la loi*, préc., p. 19.

⁵ Selon l'expression de J. Boulanger, *in Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, préc., n° 6 p. 420.

loi » pour refuser de statuer ; mais l'article 4 du Code civil ne lui délivre pas pour autant les mécanismes permettant de fonder abstraitement la décision de justice.

TITRE II :

MODIFICATION AU FOND DU PRINCIPE DE LEGALITE

129. - D'aucuns parmi les positivistes voudraient un droit qui ne doit rien aux sens ou à l'expérience, mais ce serait oublier que « ce n'est pas la Règle qui nous garde, (...) c'est nous qui gardons la Règle »¹. Le droit objectif aurait-il donc une résonance sociale ? La question prend un relief tout particulier puisque, la jurisprudence ne devant plus être perçue comme source du droit, l'implication prétorienne n'excède point la fonction de dire le droit. La persistance du principe de légalité revient cependant à souligner que la définition des notions relatives ne saurait obvier à la condition d'une décision fondée sur un principe générique, suffisamment détaché des conjonctures événementielles, pour s'adapter à toute circonstance factuelle².

130. - La relativité requiert-elle cependant une telle démarche inductive quand l'une des fonctions du droit est de trancher des litiges dont les faits sont à chaque fois strictement contingents ? Cette opération semble indispensable en ce sens qu'une règle de droit n'est applicable à une situation que dans la mesure où celle-ci a été préalablement assimilée à un concept auquel correspond un statut juridique³. Seul le conceptualisme

¹ G. Bernanos, *Dialogue des carmélites*, Paris, éd. du Seuil, coll. Points n° 219, p. 33, où Blanche est au parler avec la mère prieure qui lui explique que l'austérité de l'observance ne doit pas engendrer l'orgueil. - Comp. S. Guity, *Le nouveau testament, in Théâtre et Mémoires d'un tricheur*, Paris, Presses de la Cité, 1991, coll. omnibus, Acte premier, p. 1034 : « (...) lorsque nous disons : "Les habitudes que j'ai prises..." ; nous nous trompons nous-mêmes, car ce sont elles qui nous prennent et non pas nous qui les prenons ».

² Cf. notamment *Vocabulaire juridique*, préc., v° Loi, I, 6, le sens matériel. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 447 s. p. 178 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 5 p. 13-14 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 244 p. 206.

³ J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"* : D. 1951, chron. p. 100.

permet un mouvement sinusoïdal qui conduit l'esprit « de la réalité au concept, puis du concept à la réalité. La connaissance et l'étude d'une portion de la réalité permettent (c'est le mouvement ascendant) une généralisation grâce à un effort d'abstraction. Le concept cerné, il va pouvoir s'appliquer par analogie à d'autres portions de la réalité (c'est le mouvement descendant) »¹ et plus particulièrement à chaque contestation soumise au juge². Ce mouvement paradoxal de balancier intéresse donc le raisonnement juridique, pour appréhender les faits. En somme, l'interprète est contraint de spécifier le moyen de droit par lequel les notions relatives (et plus largement la loi qui les contient) peuvent être rendues pratiquement applicables : le juge doit finalement s'extraire des éléments propres à l'instance et les transcender en une sorte de paradigme. Seule une norme, transversale à toutes espèces³, parvient à cristalliser les critères de généralité, impersonnalité et permanence sous-jacents au principe de légalité. En définitive, la norme apparaît comme « un modèle abstrait de ce que les choses doivent être ou de la manière dont les personnes doivent se conduire. Elle a vocation à recevoir un nombre indéterminé d'applications, c'est-à-dire à apprécier et modeler un nombre potentiellement illimité de situations concrètes. En ce sens, elle est générale par essence même »⁴. Toutefois, combinée au fait que le Code civil demeure le plus souvent muet sur la portée de la relativité, la persistance formelle du principe de légalité suggère d'en dégager la source. Pour autant, le juge ne doit pas rechercher la norme pour la norme : « la nécessité du conceptualisme est aussi évidente que les dangers qu'il recèle »⁵ ! Comme le montre Monsieur Kalinowski, si elle dépend de la logique, l'interprétation juridique est, néanmoins, éminemment tournée vers la pratique : « son but n'est pas la saisie du sens authentique en vue de sa contemplation intellectuelle, mais la détermination de la règle de comportement sans laquelle l'action (...) ne peut être

¹ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., n° 455 p. 218.

² Encore que le passage des faits à la règle ne correspondrait pas à celui du concret à l'abstrait, ceux-là faisant déjà l'objet d'une sélection, d'une réorganisation : Th. Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties* : JCP 1981, éd. G., I, 3023, n° 35 et les réf.

³ Ne visant pas un unique rapport juridique déterminé. - Comp. la définition et les caractères généraux de la loi exposés par F. Terré, in *Introduction générale au droit*, préc., n° 150 p. 166.

⁴ A. Jeammeaud et A. Lyon-Caen, *Droit et direction du personnel* : Dr. soc. 1982, note 8 p. 57, qui font une distinction entre la règle normative et le simple commandement.

⁵ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., n° 458 p. 220.

correctement accomplie »¹. Outil intellectuel, la norme n'est ainsi qu'une fiction au service du syllogisme judiciaire et non une fin en soi. Simple dénominateur, elle n'exerce qu'une fonction de modèle, par définition hors du réel², mais auquel le juge doit pouvoir utilement se référer pour connaître le degré d'inadéquation des faits ; en effet, toute notion relative « tend à l'appréciation d'un écart éventuel entre l'état d'un fait ou d'un comportement » et un « idéal, pris pour modèle »³. La vocation du juriste a d'ailleurs toujours été d'élaborer une construction juridique exemplaire, par-dessus le donné brut des faits⁴. La tentation serait alors grande de considérer toute notion comme moniste, c'est-à-dire non polysémique⁵. Mais un tel caractère univoque renferme un double risque : pareil étalon se détacherait trop sensiblement de la réalité au point qu'aucune conduite humaine ne supporterait la comparaison ; pour évincer toute inanité, la règle doit apparaître concrètement plausible, laissant alors le champ libre à une multitude d'étalons, aptes à ne régir chacun qu'un cas d'espèce. Dans un ouvrage devenu un classique de l'épistémologie depuis sa première parution au tournant des années 1960, Granger dénonçait pareillement deux périls menaçant les sciences humaines : d'une part, l'emploi de modèles explicatifs fermés, appliqués sans le détour de l'expérience et qui peinent alors à rendre compte des phénomènes ; d'autre part, le recours exclusif à l'expérience vulgaire, au nom de la singularité des individus, mais qui empêche alors l'émergence d'une pensée. Aussi nourrissait-il l'espoir que, par le mariage difficile de la pensée combinatoire et de la pensée intuitive, naîtrait une « poïématique », réunion de la science, de l'histoire et de la philosophie des œuvres humaines⁶. Une autre critique guette toute idée de référence si elle demeure figée, recluse de toute évolution sociale : la législation (*a fortiori* les expressions qu'elle

¹ Philosophie et logique de l'interprétation en droit. Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens : Arch. philo. dr., t. XVII, préc., p. 45-46 & p. 41.

² Cf. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Fiction ; *Lexique des termes juridiques*, préc. v° Fiction.

³ P. Oriane, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., introduction p. 1038-1039.

⁴ Comp. G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Librairie générale de droit, 4^e éd. 1949, n° 203 p. 397-399.

⁵ Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., n°s 723 s. p. 345 s. - « Une clé unique pour ouvrir des portes différentes » ! Telle est la réponse de M. Jestaz à la question de savoir si le standard exprime la diversité ou l'uniformité, in *Rapport de synthèse du 1^{er} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, préc., p. 1182.

⁶ In *Pensée formelle et sciences de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Archives Karéline, 226 p.

utilise) contribue à susciter, voire à modifier les comportements¹ ; Gény avait sans doute tort d'affirmer que « la doctrine doit s'appliquer à modeler les concepts sur les faits, au lieu de prétendre plier les faits aux concepts »². Au contraire, ces derniers participent à l'élaboration d'un ordre public³ dont l'objet est de guider la société et certainement pas de ratifier ses soubresauts. « La révolution oui, les modes non ! », aurait pu s'exclamer le Général De Gaulle ; d'ailleurs, bien avant l'instigateur de la V^e République, de Tourtoulon estimait déjà que « la mode est une illusion de progrès », « c'est un phénomène d'intellectualité irrationnelle, une maladie de la pensée », qui ne passe pas, bien souvent, le cap de l'expérience, même si elle participe « de la nature sinon de l'essence de l'intelligence humaine⁴. Afin de rester un repère et sous peine de s'annihiler lui-même s'il évoluait en permanence, le modèle doit donc connaître une certaine stabilité. En soi, une totale adaptation du droit au fait est ontologiquement absurde puisque la règle finirait alors par équivaloir à l'état actuel de la société ; mieux vaut donc comprendre l'interprétation comme une modulation des moyens de préserver une finalité déterminée, au surplus sans modification formelle de la législation. Cette idée de transcendance serait impossible à établir si le concept n'était qu'un ramassis de faits concrets⁵ ; il relève davantage d'une ambition politique⁶ et va donc au-delà d'une construction seulement fondée sur l'expérience. Autrement dit, le modèle doit présenter un caractère suffisamment achevé pour être institué

¹ Comp. les conséquences industrielles de la norme de certification, in J.-M. Pontier, *La certification, outil de la modernité normative* : D. 1996, chron. p. 355-356, IA *in fine*.

² *Science et technique en droit privé positif*, t. III : troisième partie : *élaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921, n° 215 p. 184. - Adde cependant la nuance apportée par Ch. Atias et D. Linotte quant à l'interprétation fallacieuse de l'œuvre du doyen nancéien qui n'a jamais nié l'importance de données idéales, in *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., p. 253.

³ Cf. spéc. *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Ordre public*, I, dans le sens d'une norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter parce qu'elle correspond à l'ensemble des exigences fondamentales considérées comme essentielles au maintien de la sécurité et de la moralité, voire à la sauvegarde d'intérêts particuliers primordiaux.

⁴ P. de Tourtoulon, *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, t. I, Paris-Lausanne, Librairie Payot et C^{ie}, 1908, p. 358.

⁵ *Contra* A. Yokaris, *L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues* : RRJ 1988, p. 932, pour qui le concept synthétise la masse des événements qu'il régit et comprend les traits caractéristiques nécessaires pour déclencher son application.

⁶ Dans le sens noble emprunté au grec *politikos*, de *polis* « cité » : *Dictionnaire étymologique*, préc., v° *Politique* (adj.).

comme archétype¹, sous la seule restriction qu'il reste indéfiniment perfectible (et donc soumis à évolution)². Comme en matière de régime matrimonial ou de nom, la mutabilité est contrôlée³ !

131. - La substance du principe de légalité ne se limiterait plus alors aux seuls textes en vigueur (lois et règlements)⁴, ce qui confirme bien que seul le contenu du principe est atteint, et non le principe lui-même⁵ : cette transformation traduit un simple perfectionnement et non un authentique bouleversement dans sa teneur⁶. Au refoulement de la subjectivité dans la décision de justice, le juge ne doit pas substituer l'arbitraire dans le choix de la norme effectivement mise en œuvre. L'écueil serait évidemment de faire prévaloir un fondement sans rapport avec les soubassements de la loi promulguée⁷. Pour atteindre l'objectivité requise, la définition des notions relatives implique alors d'être extérieure au pouvoir judiciaire. Ce postulat, pour autant, doit se conjuguer avec l'article 4 du Code civil qui lui confère la compétence exclusive de décider malgré l'insuffisance

¹ Préférable à prototype, *arkhein* signifiant « commander » comparé à *prôtos*, « premier ». - *Adde ibid.*, v° Type, du grec *typos* « exemple, marque ». - *Contra* F. Jacques, *Interpréter, prototype ou simple ressemblance de famille ?*, préc., note 5 p. 30.

² Comp. la distinction proposée par le doyen Vedel à propos de *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative* (JCP 1950, éd. G., I, 851 n° 4), entre notions fonctionnelles et conceptuelles, dont seules les secondes présentent une unité telle qu'elles deviennent référence. - *Adde* A. Yokaris, *op. cit. loc. cit.* : bilan du passé, le concept est également une anticipation sur l'avenir parce qu'il peut « par voie d'interprétation évoluer en sorte que des situations futures puissent être comprises dans sa prévision normative ».

³ Par l'autorité judiciaire pour le prénom (C. civ., art. 60) et le statut des époux (art. 1397, al. 4, 5 et 7) ou par le pouvoir exécutif pour le nom de famille (art. 61 s.).

⁴ Comp. B. Genevoix, *Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein*, in *L'Etat de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 324 : « Les normes de référence du contrôle de constitutionnalité ne peuvent se réduire à la seule Constitution, même si on y inclut son Préambule. Force est de distinguer au sein du "bloc de constitutionnalité" d'autres composantes qui sont fonction des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes ».

⁵ Philippe Coët conclut plutôt que le principe de la légalité ne disparaît pas (pour préserver le justiciable de l'arbitraire) mais serait plus souple en droit civil qu'en matière pénale puisque n'est pas en jeu la liberté individuelle : les notions relatives inviteraient d'abord l'interprète à tenir compte de la *ratio legis*, in *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95, p. 36 et 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 7 & 11.

⁶ *Petit Robert*, préc., v° Modifier, 1, & Modification, 2. - *Adde* *Petit Larousse illustré*, v° Modifier : « changer, sans en altérer la nature essentielle, la forme, la qualité ». - Rapp. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 38 s.

⁷ Rapp. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 182 p. 283, retenant que les magistrats respectent la finalité législative et les modalités d'application de la notion, leur pouvoir se trouvant ainsi conditionné par des directives d'interprétation. - Comp. Ch. Perelman, *L'interprétation juridique* : Arch. philo. dr., t. XVII, préc., p. 31.

technique des notions relatives ; l'herméneutique consiste donc aussi à n'admettre un standard comparatif¹ que s'il est en congruence avec le domaine juridique en cause.

132. - Le juge ne saurait donc extirper du néant différents éléments pour avaliser le recours à une norme, le principe de légalité lui imposant de ne statuer qu'à raison d'une règle qui puisse être appréhendée par n'importe quel justiciable, avant tout événement juridique (acte, fait ou procès). Reste, pour la définir, une alternative, au sens de la dichotomie kantienne². De prime abord, scruter la logique législative semble une évidence pour déterminer les conditions d'une éventuelle sanction ; seulement, cette option plutôt spéculative ne pourrait avoir qu'une fonction restreinte au regard des principes révolutionnaires et démocratiques³. Il n'en découlerait qu'une norme subsidiairement rationnelle (*Chapitre 1^{er}*). De fait, ainsi que l'observe le doyen Ripert⁴, « le droit n'établit pas ses règles sur des considérations de pure logique. Il doit souvent arrêter les conséquences d'un principe pour des raisons d'utilité pratique (...). Vouloir reconnaître les principes juridiques par le seul appel à la raison humaine c'est s'exposer à des discussions sans fin entre des hommes qui ne raisonnent pas de la même manière ». Au demeurant, la Déclaration de 1789 invite à ne point occulter les compromis⁵ pouvant résulter d'un processus purement temporel et social⁶ ; c'est alors que l'intervention du pouvoir judiciaire

¹ Mot anglais provenant du francique *standhard* signifiant « inébranlable » : *Petit Robert*, préc., v° Standard, I. - Selon le professeur Christophe Radé, il existe « des qualités standards inhérentes à la chose elle-même qui permettraient de définir la notion de vice caché », en la distinguant de la non-conformité conventionnelle : il souligne ainsi une nécessaire corrélation entre le caractère normal et un modèle référentiel que l'esprit est naturellement enclin à rechercher pour évaluer une situation : JCP 1997, éd. G., II, 22872 p. 316 n° 5, note sous *Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (M^{lle} Badiou c/ Faure et autre)* ; cf. aussi l'idée de norme préexistante pour Ph. Coët, in *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 28.

² Spéc. préface in E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Nathan, 1989, trad. V. Delbos, présentation et comm. P. Bonet, coll. Les intégrales de philo n° 8, p. 19 : « On peut appeler empirique toute philosophie qui s'appuie sur des principes de l'expérience ; pure, au contraire, celle qui expose ses doctrines en partant uniquement de principes *a priori* ».

³ Ce que traduisent la Constitution de 1958 (art. 3, al. 2) en affirmant qu'« aucune section du peuple ni aucun individu » ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 3) en vertu de laquelle « le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément ».

⁴ In *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 135 p. 334-335.

⁵ Sans qu'il y ait nécessairement un consensus absolu quant au fond, toute législation opère de même une synthèse des tendances politiques, au travers de discussions au sein de la Commission des lois, d'amendements, de lectures multiples par les assemblées, etc., afin que le texte finalement adopté soit socialement recevable.

⁶ Art. 6 : « la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation ». - *Comp. Const. 4 oct. 1958*, art. 3 al. 1^{er}.

se justifie pleinement, pour contrôler la pertinence de cette norme essentiellement empirique (*Chapitre 2*) à l'endroit de l'objectif législatif.

Chapitre premier : Une norme subsidiairement rationnelle

133. - « *Jura novit curia* », présume l'adage ! Certes, par fonction et le plus souvent par formation, le magistrat est censé maîtriser la loi qu'il met en œuvre¹, dispensant les parties d'avoir à en démontrer l'existence et le contenu. Toutefois, ce postulat d'une répartition des rôles est largement battu en brèche depuis un décret du 28 décembre 1998 obligeant désormais les plaideurs à alléguer les moyens de droit sur lesquels ils entendent fonder leurs prétentions², ce qui offre aux avocats la possibilité de discourir sur le sens de la loi³.

134. - Mais c'est alors quitter le domaine de la preuve du droit pour entrer dans celui de l'herméneutique. Néanmoins, si le principe de légalité suppose que l'élaboration de la norme de référence ne dépende pas de l'autorité judiciaire, il n'implique pas davantage que cette dernière résulte de la seule perspicacité des défenseurs. Aussi le juge doit-il afficher une certaine neutralité dans son choix parmi les différentes interprétations concevables. Prendre parti ne saurait donc revenir à du parti pris ! En réalité, une décision de justice n'échappe au reproche d'arbitraire et ne devient ainsi acceptable pour les litigants qu'en raison des motifs qui la justifient. Une comparaison avec certains modes de preuve semble ici bénéfique. Pourquoi, en effet, l'aveu extrajudiciaire et le serment supplétoire ont-

¹ H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 1661 s. p. 572-573 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^{os} 472-473 p. 464-465 et les réf. sur la fluctuation jurisprudentielle pour la loi étrangère. - Cass. 1^{re} civ. 28 juin 2005 (*Aubin c/ Bonal*) : D. 2005, p. 2853 s., note N. Bouche ; P. Courbe, obs. in *Droit international privé* : *ibid.*, pan. p. 1192-1193, I. - Adde J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n^{os} 62.40 s. p. 241 s.

² D. n^o 98-1231, modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile, art. 3, 13 & 29 : JO 30 déc. 1998, p. 19904 s. - C. proc. civ., art., 56 al. 1^{er}, 2^o (assignation) & art. 753 al. 1^{er} et 954 al. 1^{er} (conclusions). - De manière moins générale ou contraignante, la règle transparaisait antérieurement de quelques dispositions (art. 13, 15, 16 al. 3 et 978 al 1^{er} pour les conclusions devant la Cour de cassation). - Inversement, les juridictions ont le pouvoir de s'immiscer dans les faits (art. 10 et 11, 133 s. & 138 s.).

³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., v^o *Jura novit curia*, n^o 190 p. 363 s. ; H. Roland, *Lexique juridique, Expressions latines*, préc., v^s *Jura novit curia* et *Da mihi factum, dabo tibi jus*. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 1517 p. 563 & n^{os} 1528-1529 p. 568-569 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n^o 737 p. 632-633.

ils un rôle essentiellement subsidiaire¹ ? Le doyen Carbonnier répond à cette interrogation en suggérant qu'« ils puisent leur force (...) hors du droit : dans l'horreur morale du mensonge, dans la crainte religieuse de la divinité »² ; ceci rejoint d'ailleurs l'impératif kantien de ne pas mentir, car la possibilité même de distinguer la vérité du mensonge s'effondrerait si ce dernier était universel³ : le secours de la conscience personnelle ne fait ainsi que pallier l'établissement déficient d'un fait. Quant au droit, au contraire, le juge ne peut risquer l'erreur d'interprétation : là où la qualité probante d'un fait ne concerne que des intérêts particuliers et qu'un seul rapport juridique, la définition des notions relatives a une vocation transcendante. Elle ne doit rien à l'approximation⁴, sous peine de varier sensiblement d'une instance à l'autre, faisant alors perdre à la loi son caractère général. C'est pourquoi l'abstraction - à laquelle est invité le juge dans l'exercice exégétique - ne peut être fondée sur son appréciation personnelle. Comme l'écrivait le mathématicien Henri Poincaré, « la logique qui peut seule donner la certitude est l'instrument de la démonstration : l'intuition est l'instrument de l'invention »⁵. De même, Kant « appelle pures (au sens transcendantal) toutes les représentations dans lesquelles ne se rencontre rien de ce qui appartient à la sensation »⁶. Autrement dit, la formation de la norme référentielle doit être conforme à la

¹ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 727 p. 708-709 & n° 733 p. 713-714 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1646 s. p. 611-612 & n°s 1666-1667 p. 618 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 572-573 p. 547 & n°s 579-580 p. 551-552.

² *Introduction*, préc., n° 179 p. 345. - Rapp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 722 p. 703-704.

³ E. Kant, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc., p. 33.

⁴ Pour les faits, comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 627 p. 600-601 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 174 p. 334-335. - Adde X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ, 1994, coll. bibl. dr. priv., t. 239, 448 p., insistant plus sur la fonction de légitimation des décisions de justice remplie par la preuve, que sur le souci de parvenir à la vérité matérielle.

⁵ *La Valeur de la Science*, Paris, Flammarion, 1948, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, p. 29 ; l'auteur convient néanmoins que « la logique ne suffit pas ; que la Science de la démonstration n'est pas la science tout entière » (p. 25), l'intuition faisant voir le but de loin parmi la foule de procédés dont l'analyse pure garantit pourtant l'infaillibilité (p. 26-27). - Adde *Le Petit Robert des noms propres alphabétique et analogique illustré en couleurs*, Paris, Le Robert, 2003, dir. P. Robert, rédaction dir. par A. Rey, v° Poincaré Henri *in fine*.

⁶ *Critique de la raison pure*, Paris, PUF, 6^e éd. 2001, trad. fr. avec notes par A. Tremesaygues et B. Pacaud, préface Ch. Serrus, coll. Quadrige n° 61, p. 54 - Le philosophe indiquait aussi dans l'introduction de son ouvrage (*ibid.* p. 46) qu'« on appelle pure toute connaissance à laquelle n'est mêlé rien d'étranger. Mais une connaissance est surtout dite absolument pure, quand on n'y trouve, en général, aucune expérience ou sensation, quand elle est, par suite, possible complètement *a priori*. Or [Car] la raison est le pouvoir qui nous fournit les principes de la connaissance *a priori*. Aussi la raison pure est-elle celle qui contient les principes qui servent à connaître quelque chose absolument *a priori* ».

raison¹. Cependant, cette formule n'indique pas seulement une relation d'antériorité entre référence et jugement ; elle implique surtout que la définition retenue par l'autorité judiciaire soit reconnue comme caractéristique au-delà des faits d'une cause contingente². D'ailleurs, *La logique de Port-Royal* soulignait déjà que « la plupart des erreurs des hommes (...) viennent bien plus de ce qu'ils raisonnent sur de faux principes, que non pas de ce qu'ils raisonnent mal suivant leurs principes. Il arrive rarement qu'on se laisse tromper par des raisonnements qui ne soient faux que parce que la conséquence est mal tirée, et ceux qui ne seraient pas capables d'en connaître la fausseté par la seule lumière de la raison, ne le seraient pas ordinairement d'entendre les règles que l'on en donne et encore moins de les appliquer »³.

135. - C'est donc uniquement une prémisse majeure scientifiquement valable qui paraît susceptible de garantir l'objectivité du jugement, en ce sens que seule une logique axiomatique peut assurer pleinement la cohérence du syllogisme judiciaire⁴. Considérer que l'interprétation de la relativité ne peut pas reposer sur la volonté du pouvoir judiciaire revient finalement à reconnaître la nécessité et la prééminence d'une tierce opinion.

136. - Or, cette conclusion semble parfaitement antithétique dans un mouvement général favorable à la simplification du droit⁵. De fait, les notions relatives paraissent complètement manquer cet objectif, voire « font figure de “troubles fêtes” », selon l'expression de Madame Castets-Renard⁶. De manière déconcertante, en effet, leur imprégnation sociologique se marginaliserait au profit d'une interprétation purement technique, dont la légitimité – aux fins de combler un vide d'ordre normatif - peut être

¹ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Logique et Raison (spéc. y inclus, v^o Rationnel p. 608-609). - Adde Arch. philo. dr. 1978, t. 23 : formes de rationalité en droit, p. 1 s.

² Rappr. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o A priori, a posteriori, spéc. A & C.

³ A. Arnauld et P. Nicole, *La logique ou l'art de penser contenant, outre les règles communes, plusieurs observations nouvelles propres à former le jugement*, in *Œuvres philosophiques d'Arnauld comprenant Les objections contre les méditations de Descartes, La logique de Port-Royal, Le traité des vraies et fausses idées*, Paris, L. Hachette, 1843, publiées avec des notes et une introduction par C. Jourdain, introduction à la Troisième partie : Du raisonnement, p. 176.

⁴ Comp. M. Villey, *Modes classiques d'interprétation du droit*, préc., p. 85. - *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Axiologie & Axiomatique passim. - Adde F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, préc., t. I vol. 2, n^{os} 209 s. p. 535 s. et n^{os} 272-273 p. 674 s.

⁵ En ce sens, G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n^o 2 p. 16-17, III. - Rappr. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n^o 259 p. 398.

⁶ *Ibid.*, n^o 300 p. 446-447.

sujette à caution¹. Dans cette perspective, néanmoins, la nature même des notions relatives dicte assez spontanément de décomposer leur analyse. Le recours aux mesures d'instruction (Section 1) permet ainsi de conceptualiser l'aspect comportemental², tandis que le contexte législatif (Section 2) est susceptible de compléter utilement leur dimension normative.

Section I : Recours aux mesures d'instruction

137. - En vertu des articles 179 et suivants du Code de procédure civile, le juge peut procéder à des « vérifications personnelles » indispensables à la manifestation de la vérité³. Mais l'article 232 lui offre aussi la faculté « de commettre toute personne de son choix pour l'éclairer » sur une difficulté d'ordre technique.

138. - Bien que limitées à une question de fait (art. 238 al. 3), c'est au moins en cette qualité que les constatations, consultations et expertises sont susceptibles d'intéresser le pouvoir judiciaire. En effet, le versant comportemental de la relativité confère un double intérêt à ces mesures d'instruction. D'une part, l'intervention à l'instance d'un spécialiste devrait favorablement retentir sur la valeur des définitions des notions relatives, en raison de l'intime imbrication du fait et du droit en la matière ; les notions relatives présentent l'avantage de favoriser l'adaptation du droit aux progrès d'une science, sans avoir à modifier la loi elle-même, ni dans sa terminologie, ni surtout dans son esprit : l'espace politique se trouve ainsi dégagé d'une connaissance trop mouvante⁴. D'autre part, tout en l'avisant de l'adéquation entre faits matériels et relativité législative, l'analyse technique

¹ Rappr. A. Viandier, *La crise dans la technique législative : Droits 1986 n° 4 : Crises dans le droit*, p. 75 s., spéc. p. 78-79.

² Rappr. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n°s 239 s. p. 370 s., sur l'intervention de l'expert pour la mise en œuvre des notions-cadres conjoncturelles techniques.

³ Sur quoi, G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 161 p. 650 ; G. Couchez, *Procédure civile*, préc. n°s 348 s. p. 281 s. ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n°s 1067 s. p. 824 s. ; *Droit et pratique de la procédure civile*, préc., n° 3865 s. p. 783-784 ; P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 431-432 p. 233-234.

⁴ Ch. Atias, *Les maux du droit et les mots pour le dire* : D. 1997, chron. p. 231 s., spéc. n°s 13 s. p. 232-233. ; J. Michaud, *La pénétration du droit par la science*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 313-314 ; S. Cotta, *La question de la vérité du jugement*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. Juris-Classeur, 1999, p. 37 s. - Rappr., à propos de la définition des maladies mentales, O. Simon, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, préc., p. 709-710.

permet surtout au juge d'externaliser l'herméneutique¹, et de prévenir ainsi tout reproche de subjectivité. Aussi la doctrine en vient-elle à constater qu'« une telle délégation du juge à l'expert fait suite à celle confiée par le législateur au juge (...) et témoigne même d'une perte de contrôle de la norme par le juge et conséquemment par le législateur », car cette incursion de la technique dépasse le seul souci d'objectivité pour devenir une nécessité pratique². Du point de vue jurisprudentiel, néanmoins, les mesures d'instruction souffrent leur propre vertu : elles sont absolument rationnelles - en cela que les sciences exactes procèdent suivant une recherche méthodique, quasiment mécanique - sans jamais être intuitives³. L'argument vaut également pour les investigations touchant davantage à la personne : celles-ci relèvent bien des sciences, fussent-elles sociales⁴. En d'autres termes, les conclusions, techniquement rigides, risquent potentiellement de se révéler en totale contradiction avec l'objectif législatif recherché dans la branche du droit concerné. Or, c'est bien ce dernier que l'article 246 du Code de procédure civile choisit de faire prévaloir en accordant aux magistrats une hégémonie décisive ; sans doute est-ce aussi l'un des sens à donner au « motif légitime » de ne pas procéder à une expertise biologique en matière de filiation⁵. En revanche, cette disposition amoindrit considérablement la portée juridique du travail scientifiquement établi. Les notions relatives troublent donc sensiblement le jeu judiciaire, car le sachant s'interpose entre le juge et les parties, sans être ni l'un ni les autres ; l'influence du fait tire le procès vers la découverte d'une vérité objective, sans parvenir à aliéner l'*imperium* des juridictions⁶ : « si l'histoire n'a pas changé le rôle de l'expert, sa place véritable et son autorité ont connu une profonde transformation »⁷.

¹ Au sens économique de confier une activité à une entreprise étrangère à celle qui exprime un besoin : *Petit Robert*, préc., v° Externaliser. - Rappr. C. & M. Bialès, R. Leurion et J.-L. Rivaud, *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, Paris, Foucher, 1999, coll. La bibliothèque Foucher, v° Externalité.

² C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 300 p. 446.

³ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Raison, spéc. B I.

⁴ Spéc. C. civ., art. 373-2-12 pour l'enquête sociale destinée à fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale ; art. 431 prescrivant un avis médical en matière d'incapacité.

⁵ *Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000* : Bull. civ. I, n° 103 p. 69. - Sur l'interprétation doctrinale de cette réserve, cf. spéc. J. Hauser : RJPF mai 2000, p. 24-25, in *La Cour de cassation reconnaît un droit à l'expertise biologique en matière de filiation mais lui assigne des limites* ; comm. Ch. Desnoyer : D. 2001, somm. p. 2868 s. ; *ibid.* 2006, pan. p. 1203, obs. H. Gaumont-Prat ; F. Granet, *ibid.* p. 977 ; note M.-Ch. Monsallier-Saint Mieux : JCP 2000, éd. G, II, 10409, p. 1969-1970, 2. - *Adde Rapport de la Cour de cassation 2000, La protection de la personne*, doc. fr., 2001, p. 328.

⁶ Rappr. M.-A. Frison-Roche, *La procédure de l'expertise*, in *L'expertise*, préc., nos 2-3 p. 87-88.

⁷ F. X. Testu, *Présentation générale*, in *L'expertise*, préc., p. 3.

139. - Comme le soulignent les professeurs Cornu et Foyer, les mesures d'instruction sollicitées « ne rapportent point au juge l'un des moyens spécifiques de preuve nommés par la loi. Elles complètent son information, achèvent d'éclairer sa religion et lui apportent des éléments propres à former définitivement sa conviction »¹. Elles ne font, finalement, intervenir un tiers dans l'instance que dans un rôle de coopération et non de substitution au magistrat : il doit être regardé non comme un agent mais comme un auxiliaire du service public de la justice². Aussi la Cour de cassation n'hésite-t-elle pas à censurer des conseillers de la cour d'appel d'Aix-en-Provence pour avoir révisé une convention de divorce relative à l'autorité parentale, en considérant la condition du « motif grave » comme remplie, alors qu'ils en subordonnent l'appréciation à un examen médico-psychologique ultérieur³. Si les juridictions peuvent difficilement contrer les résultats obtenus, elles doivent demeurer libres de leur utilisation. Le dogme pratique du technicien (§ 1) ne serait donc qu'un leurre : il subit l'emprise politique du pouvoir judiciaire (§ 2).

§ 1 : Le dogme pratique du technicien

140. - L'« inter-normativité » est conçue par le doyen Carbonnier comme l'aptitude de la règle de droit à prendre en charge le contenu d'éléments extra juridiques⁴. Cette perception de la norme est particulièrement marquée en ce qui concerne les notions relatives, par nature législativement indéfinies. Celles-ci exigent le dépassement du texte qui les supporte et obligent à préférer un faisceau d'indices interprétatifs⁵. Si certains auteurs inclinent ainsi, en quelque sorte, à penser l'homme de l'art comme la cheville ouvrière du

¹ *Procédure civile*, préc., n° 161 p. 649.

² En ce sens, D. Garreau, *L'expert judiciaire et le service public de la justice* : D. 1988, chron. p. 97 s., spéc. I p. 98 s. - Rapp. G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 67 p. 285 & n° 162 p. 650. - Rapp. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige manuels, p. 395, 2.

³ *Cass. 2^e civ., 20 juill. 1983 (Mme Cloetta c/ Guy)*, préc., rendu sur le fondement de l'article 292 ancien du Code civil (« En cas de divorce sur demande conjointe, les dispositions de la convention homologuée par le juge relatives à l'autorité parentale peuvent être révisées, pour des motifs graves, à la demande de l'un des époux ou du ministère public »), mais transposable à l'application des articles 373-2-12 & -13 nouveaux.

⁴ Spéc. *in Essais sur les lois*, préc., p. 287 s., spéc. p. 294.

⁵ En ce sens, J. Vanderlinden pour qui tout facteur contribue à créer le droit, *in Contribution en forme de mascarade à une théorie des sources du droit*, préc., *passim*, spéc. p. 70, hypothèse en réponse à Ph. Jestaz, *Source délicateuse*, préc. ; J. Michaud, *La pénétration du droit par la science*, préc., p. 311-312. - Adde F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs*, préc., p. 108-109 & p. 120 s. sur « l'introuvable critère d'appréciation » ; P. Oriane, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., n° 7 p. 1051 s. ; J.-S. Navarro, *Standards et règles de droit*, préc., n° 1 p. 834. - Rapp. la notion de « tiers inclus » *in* B. Nicolescu, *La transdisciplinarité : Manifeste*, Paris, éd. du Rocher, 1999, coll. Transdisciplinarité, p. 44.

Parlement, ils incitent cependant à déterminer dans quelle mesure. Effectivement, le droit procédural le confine par principe hors du domaine juridique (C. proc. civ., art. 232 *à contrario* & 238 al. 3). D'ailleurs, sa seule légitimité étant scientifique, elle ne saurait suffire à tolérer une complète substitution de l'un à l'autre. Indéniablement pourtant, l'analyse des faits concourt - fût-ce indirectement, au profit du pouvoir judiciaire en quête d'une référence normative - à cerner ce qui est acceptable ou non, sous l'empire d'une notion relative donnée. L'avis ne lie peut-être pas le juge en droit (art. 246), mais il emportera souvent en fait sa conviction¹. De ce point de vue, son exploitation judiciaire commande alors de réserver aux plaideurs la faculté d'en débattre contradictoirement, conformément à l'article 16 du Code de procédure civile². Aussi les mesures d'instruction n'apportent-elles aux magistrats qu'un éclairage purement matériel, bien qu'elles aboutissent à des certitudes difficilement contestables en raison des compétences du tiers sollicité³. Insensiblement, l'infiltration du prétoire par la science (I) est favorisée par la relativité : son apport demeure néanmoins factuel et reste soumis à la discussion des parties (II).

I - Infiltration du prétoire par la science

141. - Le XVIII^e fut le siècle des Lumières, le XIX^e celui de l'industrialisation et, indéniablement, le XX^e celui de la science. Le microcosme juridique n'est pas resté à l'écart de cette marche historique : en témoignent la Déclaration française de 1789 prolongeant celle du premier Congrès continental américain en 1774⁴, les grandes lois

¹ En ce sens, G. Couchez, *Procédure civile*, préc., n° 365 p. 291-292 ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 163 p. 654 pour l'expertise.

² Sur quoi, Cass. 3^e civ., 15 janv. 1976 (*Cts Sichère c/ SA Vidalmar Materco*) : Bull. civ. III, n° 21 p. 16. - F. Terré, *Observations finales, in L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, coll. Thèmes et commentaires, XX^e colloque des instituts d'études judiciaires organisé les 17 et 18 juin 1994 par les IEJ d'Angers et du Mans, p. 134.

³ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Dogmatisme, in *Dogme ; Petit Robert*, préc., v° Dogme, I. - *Ibid.* v° 2. Pratique, 2.

⁴ Sur la rédaction d'une déclaration des droits du contribuable américain, cf. www.constitution.org/bcp/colright.htm. - Adde la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776 : www.constitution.org/usdeclar.htm ; sur quoi, *Le système politique américain*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2001, coll. Paramètres, dir. Ed. Orban et M. Fortmann, spéc. p. 421 et 29 s. - Plus généralement, sur l'inspiration américaine de la Déclaration française, cf. G. Jellinek, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen - Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, A. Fontemoing, 1902, coll. Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions, T. XV, Traduit de l'allemand par G. Fardis, Ed. fr. revue de l'Auteur et augmentée de nouvelles notes, Préf. F. Larnaude, III s. p. 13 s., spéc. p. 86 s.

sociales de 1841 à 1898¹... De même, le droit a été largement ébranlé par une technicité croissante, illustration patente du progrès dans tous les domaines du savoir, de la psyché à la matière. Sans doute cette pénétration de la science dans le procès se confirme-t-elle dans l'esprit des notions relatives, puisqu'elles se définissent autant par leur aspect normatif que sous l'angle comportemental. Elles obligent, en ce sens, à une meilleure connaissance du fait. Le professeur François Terré constate ainsi amèrement que « des contentieux de plus en plus spécialisés mettent aux prises les juges avec des problèmes éloignés des formes traditionnelles de l'humanisme judiciaire »². Le magistrat se mue, en effet, en véritable technicien, alors même qu'il n'en a pas les compétences académiques, d'où la tentation de se défaire sur un professionnel efficient. A l'évidence, il ne saurait négliger des données claires et précises, à l'instar de ce que requiert l'article 1134 du Code civil en matière contractuelle³. Mais c'est déjà là potentiellement distinguer les constatations strictement matérielles d'autres conclusions moins péremptoires. Le Code de procédure civile invite lui-même à faire le départ entre le constatant qui « ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit » résultant de ses travaux (art. 249 al. 2), et le consultant ou l'expert qui apparaît, au contraire, davantage comme interprète⁴, car le sachant expose bien un rapport des faits à la règle de droit par les observations qu'il formule. Malgré la liberté d'appréciation instituée par l'article 246 du Code de procédure civile, le risque est de laisser le pouvoir judiciaire devenir un vulgaire organe d'enregistrement. Par conséquent, comme le craint Madame Castets-Renard, le pouvoir normatif risque fortement - qui plus

¹ L. 22-24 mars 1841, relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines et ateliers : J.-B. Duvergier, préc. t. 41, p. 33 s., spéc. les comm. sur la conciliation du capitalisme libéral et de la protection de la main d'œuvre ; L. 9-10 avr. 1898, concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail : *ibid.* t. 98, spéc. art. 1^{er} al. 1^{er}, p. 133 s., consacrant la théorie du risque pour réparer les accidents du travail, en l'absence d'obligation de sécurité (*Contra*, sans suite jurisprudentielle, M. Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels* : Rev. crit. légis. et jurispr. 1883, p. 596 s. & 677 s., *passim* spéc. nos 6-7 p. 600-601) ou de faute à l'origine du dommage (*Cass. civ.*, 16 juin 1896, *Oriolle et a. c/ V^{te} Teffaine*, S. 1897, I, p. 17 s., note A. Esmein ; DP 1897, I, p. 433 s., note R. Saleilles, 1^{re} esp.). - Sur quoi, M. Bonnechère, *Le droit du travail*, Paris, éd. La Découverte, 1997, coll. Repères n° 230, p. 10 s. ; G. Aubin et J. Bouveresse, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, coll. dr. fondamental - dr. soc., 318 p., *passim*.

² *Observations finales*, in *L'expertise*, préc., p. 131.

³ La dénaturation se définit comme la méconnaissance du sens clair et précis d'un écrit qui n'est susceptible que d'une seule acception : *Cass. civ.* 6 juin 1921 (*Bacou c/ Saint Pé*) (DP 1921, I, p. 73 s., rapp. A. Colin et la note ; S. 1921, I, p. 193 s., note L. Hugueney) & 12 janv. 1938 (*D^{elle} Bienvenu c/ Drouilly*) (DH 1938, p. 197). - Sur l'admission du contrôle de dénaturation, cf. *Cass. civ.* 15 avr. 1872 (*V^{te} Foucauld et Colombe c/ Pringault*), préc.

⁴ G. Couchez, *Procédure civile*, préc., nos 368-369 p. 294 ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 163 p. 652, 2.

est, sans aucune légitimité - d'être mis en œuvre par l'homme de l'art et non plus par l'autorité judiciaire : son accessibilité nécessairement réduite à la technicité du débat pose, en négatif, la question des prérogatives réelles des techniciens¹. En effet, le juge n'étant pas personnellement omniscient, il n'est guère en mesure de pouvoir utilement réfuter les enseignements des investigations menées. Force est alors pour lui de s'en remettre à ces conclusions techniques, reflet d'une étude scientifique, c'est-à-dire reposant sur des méthodes éprouvées et reconnues. De son côté, le sachant est censé ne fournir qu'un avis consultatif, mais cette limite semble difficile à respecter tant sa réponse est potentiellement juridique en ce qu'elle appelle une manière de concevoir la solution du litige². Supposer le contraire méconnaîtrait « la force psychologique » conquise par les sciences depuis la dernière guerre mondiale, tout autant que « le pouvoir de fascination que leur ésotérisme même exerce sur le profane »³ ; si tous les moyens de preuve sont juridiquement utilisables quant aux faits, ils ne sont concrètement pas utilisés de manière identique, en raison de leur degré de perfection⁴. Au final, la démarcation entre les rôles du juge et ceux du spécialiste s'en trouve notablement brouillée, au point de transférer *de facto* une part de la normativité, en principe réservée au premier, tant la distinction entre les domaines technique et juridique devient artificielle en présence d'une notion relative⁵. Le risque est bien ainsi que l'essentiel du pouvoir juridictionnel se condense dans la procédure, le fond du conflit se trouvant quasiment réglé par quelques spécialistes⁶, alors même que la loi se défie ouvertement d'eux en les sommant ailleurs de s'expliquer sur leur production⁷. En somme, le développement

¹ *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 239 p. 371.

² En ce sens, F. Zénati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil* : D. 2002, chron. p. 22. - Adde C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 296 p. 440, relevant que « le danger est en effet que le juge se décharge sur l'expert pour élaborer la norme technique (...) et qu'il reprenne cette norme telle quelle dans sa décision », puisqu'il ne peut que difficilement appréhender le contenu normatif de concepts complexes. - Rappr. G. Couchez, *Procédure civile*, préc., n° 365 p. 292.

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 103 p. 186. - Adde F. Zénati, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, préc., p. 22. - Spéc. en matière économique, R. Savatier, *L'ordre public économique* : D. 1965, chron. p. 40-41, I B.

⁴ Comp. Ph. Salvage, *La viabilité de l'enfant nouveau-né* : RTD civ. 1976, n°s 29 s. p. 746-747.

⁵ En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 258 p. 395-396 & n° 397 p. 441.

⁶ En ce sens, F. X. Testu, *Présentation générale*, in *L'expertise*, préc., p. 3 s., spéc. p. 5.

⁷ Spéc. C. civ., art 1386-II al. 1^{er}, 4^o & 5^o, et al. 2, pour la responsabilité du fait des produits défectueux, et, plus généralement, la protection du consommateur avec les obligations d'information, de sécurité (C. consom., art. L. 221-I al. 1^{er}), les garanties contre les vices...

d'un droit consultatif - spécialement avec la réforme des procédures civiles en 1975¹ - traduit formidablement cet accroissement de l'importance des faits dans le règlement du contentieux, au détriment d'une loi qui n'est plus guère perçue comme un ferment sûr ou suffisant de la décision². Ce n'est pas à dire, pour autant, que les faits soient superflus en dehors de la relativité, mais bien qu'ils fournissent habituellement au raisonnement judiciaire la seule prémisse mineure, sans interférer dans la majeure.

142. - De fait, la technicité croissante du droit conduit assez insidieusement à déposséder le ministère public de ses attributions³, à savoir celles de porter la parole au nom de la loi, c'est-à-dire promouvoir l'œuvre parlementaire en se faisant l'agent du pouvoir exécutif⁴. La dérive fut flagrante lorsque la Cour de cassation décida d'entendre le professeur Jean Bernard - alors président du Comité consultatif national d'éthique - en vue d'évaluer la compatibilité des conventions de mère porteuse aux bonnes mœurs⁵. L'instauration d'une telle pratique conduit à s'interroger sur ce qui distingue l'*amicus curiæ* des techniciens reconnus par l'article 232 du Code de procédure civile⁶. En réalité, l'institution ne fait nullement double emploi : pour factuelle qu'elle soit apparemment, la question qui lui est posée se détache du procès à l'occasion duquel elle est apparue⁷. Pour tenue qu'elle soit de prime abord, la différence est tout de même significative. En effet, la

¹ Sur quoi, G. Couchez, *Procédure civile*, préc., n° 363 p. 290.

² Le professeur Zénati conclut que cette consécration normative et donc juridique du fait marque une rupture dans la manière de concevoir la production du droit, in *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, préc., p. 22. - Sur l'« hypertrophie des faits », cf. spéc. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n°s 163 s. p. 235 s. - Rapp., sur l'influence des sciences dans l'élaboration des lois, H. Gaumont-Prat, comm. sous CCNE, avis n° 54, 22 avr. 1997 : D. 1998, somm. p. 167-168.

³ En ce sens, R. Encinas de Munagorri, obs. sous Cass. ch. Mixte, 23 nov. 2004 : RTD civ. 2005, p. 93 n° 4.

⁴ L. 16-24 août 1790, préc., titre VIII : J.-B. Duvergier, préc., t. I, p. 324-325. - J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 96 p. 174 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 119 p. 117 s. - Rapp., en faveur d'un système plus activiste, sur l'ex-modèle soviétique, in H. Puget, *Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'ombudsman et la prokuratura* : RID comp. 1965, p. 5 s., spéc. 12 s.

⁵ Cass. ass. plén., 31 mai 1991 (Proc. gén. Cass.) : JCP 1991, éd. G, II, 21752, p. 377 s., communication J. Bernard, concl. H. Dontenwille et note F. Terré ; D. 1991, p. 417 s., rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin - Cf. déjà CA Paris, 21 juin & 6 juill. 1988 (Hudon) : D. 1989, p. 341-342, note Y. Laurin ; Gaz. Pal. 1988, 2, p. 699 s., note Y. Laurin.

⁶ Sur le refus d'y voir « l'illustration d'une mesure d'instruction de portée générale », cf. P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, préc., n° 547 p. 252. - Comp. S. Menétrey, *L'amicus curiæ, vers un principe commun de droit procédural*, Paris, Dalloz, 2010, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses vol. 97, 512 p.

⁷ En ce sens, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 490 p. 456. - Adde spéc. CA Paris, 16 oct. 1992 (X. c/ Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus VIH), où le professeur Montagnier fut invité à déterminer si la déclaration du sida constituait un dommage futur suffisamment certain pour être actuellement et totalement indemnisé : D. 1993, p. 172 s., note Y. Laurin.

juridiction du droit¹ outrepasserait sa compétence si l'audition de l'*amicus curiæ* consistait uniquement à éclairer les hauts magistrats sur des faits restés obscurs². Cela montre bien, comme le soutient le professeur Ghestin, que le pouvoir judiciaire ressent le besoin d'« expliquer un fait commun à toute une série de litiges et dont la bonne appréciation est nécessaire pour forger (...) la règle de droit opportune » en raison de l'insuffisance d'un texte de loi³ ; à cet égard, l'article R. 625-3 du Code de justice administrative⁴ est significatif en ce qu'il précise que « la formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». Finalement, à l'instar du droit anglais⁵, l'*amicus curiæ* concourt davantage à la recherche du droit qu'à celle du fait⁶ ; force est bien de constater, plus généralement, que les notions relatives amènent à faire des mesures d'instruction une véritable expertise du droit⁷, en offrant indéniablement au juge l'appui intellectuel d'une caution scientifique indiscutable⁸. Néanmoins, le droit procédural n'entérine absolument pas cette évolution prétorienne au plan théorique : s'il ne semble pas empêcher cette dérive, il ne permet pas non plus d'en tirer les conséquences. Au contraire, les juridictions n'échappent point à la combinaison des articles 232 et 238 alinéa 3 du Code de procédure civile, qui impose de considérer toute mesure d'instruction seulement comme appoint dans l'administration de la

¹ Rapp., en droit international et spécialement européen, Y. Laurin, *L'amicus curiæ* : JCP 1992, éd. G, I, 3603, n^{os} 4 s. p. 346-347.

² En ce sens, M. Gobert, *La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante* : Petites affiches 23 oct. 1991 n^o 127, p. 8 s. n^{os} 11 s. - Sur le débat de l'opportunité d'un tel recours, M. Gobert : RTD civ. 1996, p. 283-284, à propos de *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, coord. M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud, coll. Thèmes et commentaires, colloque des instituts d'études judiciaires – 20, 143 p. ; L. Cadiet, *Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil*, in *Mélanges offerts à Pierre Couvra – La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers t. 39, spéc. p. 8-9.

³ *Introduction générale*, préc., n^o 490 p. 457.

⁴ D. n^o 2010-164, 22 févr. 2010, relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives : JO 23 févr. 2010, texte 15.

⁵ Y. Laurin, *L'amicus curiæ*, préc., n^o 2 p. 346.

⁶ J.-C. Woog et Y. Laurin, *Rép. pr. civ. Dalloz*, 1993, v^o *Amicus curiæ*, n^o 11 p. 2. – Rapp. J.-F. Burgelin, *La paille et la poutre* : D. 2004, p. 1250 *in fine*, estimant que « le rôle d'un avocat général à la Cour de cassation est celui d'un *amicus curiæ* ».

⁷ Rapp. D. Mazeaud, favorable à l'institution, *L'expertise de droit à travers l'amicus curiæ*, in *L'expertise*, préc., p. 109 s. - Plus circonspect, F. Terré, *Observations finales*, préc., *ibid.* p. 135.

⁸ Comp. R. Perrot pour qui le juge « compte beaucoup sur l'autorité morale des “amis de la cour” pour lui éviter d'avoir à rendre un arrêt qui pourrait laisser des cicatrices » : RTD civ. 1989, p. 138 n^o 2. – Rapp. F. Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle*, préc., t. I vol. 2, n^{os} 215 s. p. 545 s.

preuve (ce qui ressort de l'énoncé même du titre VII du livre I du Code de procédure civile¹). Ainsi légalement renvoyée au domaine du fait, les résultats techniques tombent forcément dans l'escarcelle des plaideurs qui doivent donc être à même d'en débattre, conformément aux principes posés dans les articles 14 et 16 du Code de procédure civile².

II - Discussion des parties

143. - L'influence ambiguë que la science exerce sur le procès vaut aussi pour les règles qui président aux modalités de son acceptation procédurale. Comme un magistrat mais à la différence d'un témoin³, la personne du technicien ne doit pas être suspectée de favoritisme (C. proc. civ., art. 234). Les rédacteurs du nouveau Code de procédure civile avaient déjà compris l'enjeu concret des analyses techniques, puisque l'article 237 impose que la mission soit accomplie « avec conscience, objectivité et impartialité ». Mais la Cour de cassation renforce encore cette exigence quand elle se réfère, dans un arrêt du 5 décembre 2002, à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴ ; ce visa lui permet de ne plus se contenter d'assimiler les causes de récusation de l'expert à celles du juge, limitativement énumérées par la loi (art. 341), et renvoie donc, plus globalement, à l'absence de conflit d'intérêts avec les parties. Pourtant, l'indépendance du technicien ne semble pas suffire à garantir un procès équitable. En matière pénale, Maître Henri Leclerc déplore ainsi que le juge d'instruction soit sous la coupe de l'expert psychiatrique qui décide de la responsabilité du prévenu par la seule constatation scientifique de l'existence d'un trouble psychique ayant aboli son discernement : « un homme dans le secret recherche la vérité puis la dit et l'impose »⁵ ! En somme, les mesures d'instruction prennent une importance disproportionnée et bafouent quelque peu les droits de la défense, dont le respect a

¹ L'administration judiciaire de la preuve, art. 132 s.

² Rappr. C. just. adm., art. R. 625-3 al. 2.

³ Rappr. la comparaison de l'*amicus curiæ* avec d'autres institutions, in J.-C. Woog et Y. Laurin, *Rép. pr. civ.*, v° *Amicus curiæ*, préc., n°s 21 s. p. 4.

⁴ Cass. 2^e civ., 5 déc. 2002 (*Sté Pasteur vaccins c/ Girard et a.*) : Bull. civ. II, n° 275 p. 218 ; D. 2003, p. 2260 s., note approbative A. Penneau. - Adde J.-P. Marguénaud, *Le droit à « l'expertise équitable »* : D. 2000, chron. p. 112-113, I A.

⁵ *L'expertise psychiatrique et la défense*, in *L'expertise*, préc., p. 32. - Adde N. Guibert et A. Pereira, *Une juridiction spéciale pour les accusés « irresponsables »* : Le Monde jeudi 25 déc. 2003, p. 6. - Rappr. *ibid.* *Les autres pays d'Europe accordent plus de pouvoir au juge.*

cependant été érigé en principe général du droit par le Conseil d'Etat¹ et le Conseil constitutionnel². Malgré cette suprématie du spécialiste, la troisième Chambre civile paraît n'accorder qu'une autorité bien relative aux opérations techniques : même si les plaideurs ont participé à une expertise lors d'une précédente instance sans y avoir eu la qualité de partie, elle ne peut ultérieurement leur être opposée³. Comme tout élément purement factuel cette fois, l'avis formulé par l'homme de l'art doit donc être sujet au principe de la contradiction⁴. Là encore, cette solution a reçu l'aval européen dans une décision de la Cour strasbourgeoise du 13 février 2003⁵ : elle estime, dans le domaine voisin de l'appréciation de la condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux, qu'un requérant n'a pas accès à un tribunal de pleine juridiction, du moment que celui-ci s'en remet aux dires du Ministre des Affaires étrangères pour statuer. En d'autres termes, le recours à un tiers au procès est valable seulement si ses conclusions font l'objet d'une critique par les parties⁶ : chaque requérant ou litigant doit, en effet, « être en mesure de se faire entendre afin d'exposer son point de vue »⁷, tout simplement parce que les éléments d'expertise participent à la conclusion de l'instance, en jouant potentiellement en sa défaveur. Certes, la règle vaut aussi bien pour le fait que pour le droit⁸ ; en ce dernier cas, toutefois, le justiciable

¹ CE, 3 déc. 1969 (*Chevrot*) : Rec. CE, p. 550-551 ; D. 1970, p. 69 s., concl. Gentot ; plus spécialement sur le caractère contradictoire des procédures contentieuses, cf. CE, 13 déc. 1968 (*Assoc. synd. des propr. de Champigny-sur-Marne et a.*) : Rec. CE, p. 645 s. ; AJDA 1969, p. 179 s., note A. Homont. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 629 p. 246. - H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. 2 : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 175 s.

² *Cons. const.*, 13 nov. 1985, déc. n° 85-142 DC : Rec. Cons. const., p. 116 s.

³ *Cass. 3^e civ.*, 9 juin 1993 (*Salmet c/ Besson et a.*) : Bull. civ. III, n° 84 p. 55 ; JCP 1993, éd. G, IV, 2018 p. 244-245. - Adde J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1139 p. 853-854.

⁴ Sur le débat sémantique entre principes du contradictoire et de la contradiction après les décrets n° 2004-836 du 20 août 2004 et n° 2005-790 du 12 juillet 2005, cf. L. Miniato, *Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ?* : D. 2005, tribune p. 2537.

⁵ CEDH, 13 févr. 2003, *Chevrol c/ France* : D. 2003, inf. rap. p. 741-742 et la note.

⁶ En ce sens, en matière administrative, CEDH, 18 mars 1997, *Montovanelli c/ France* : D. 1997, somm. p. 361-362, comm. S. Perez ; RTD civ. 1997, n° 2 p. 1007 s., obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; JCP 1998, éd. G, I, 107, n° 24 p. 180, obs. F. Sudre, in *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* ; JDI 1998, p. 184, obs. E. Tamion.

⁷ J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 604 p. 571. - Rappr. la maxime *Audiatur et altera pars*, in H. Roland, *Lexique juridique - Expressions latines*, préc. v° *Audi alteram partem* ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., v° *Audi alteram partem*, n° 27 p. 39 s.

⁸ C. proc. civ., art. 16 al. 3 et 444 al 1^{er}. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, n° 604 p. 572 s., c.

n'en discute pas le contenu, mais son applicabilité à la demande initiale, alors qu'il peut contester l'avis d'un technicien, éventuellement même en sollicitant l'élargissement de sa mission, voire une nouvelle mesure d'instruction confiée à un autre¹. Une telle approche atténuée considérablement la portée doctrinale des mesures d'instruction et les ramène dans le domaine factuel. Subséquemment, comme les résultats du technicien ne sont qu'un élément associé aux preuves matérielles, le pouvoir judiciaire conserve la maîtrise de leur pertinence.

§ 2 : L'emprise politique du pouvoir judiciaire

144. - La raison a beau décider en maîtresse selon le mot de La Fontaine², l'article 246 du Code de procédure civile dispose néanmoins que « le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien ». En réalité, cette disposition traduit surtout une prédominance souveraine du pouvoir judiciaire³. Si cette précision procédurale réclame évidemment d'en dégager le motif, elle n'en est pas moins conforme à la mission primordiale de la Justice : contrôler la bonne exécution des lois de la République. Dans cette perspective, les mesures d'instruction ne sauraient s'imposer *ipso facto*, sans quoi elles pourraient parfois se révéler parfaitement contre-productives au regard de l'objectif législatif poursuivi à travers la notion relative en cause. Le philosophe Hans Jonas développe une idée similaire lorsqu'il insinue que la raison scientifique, occultant la sagesse passée, se croit autorisée à régir l'intégralité de l'existence, et que son manque d'humilité laisse démuni pour réfléchir aux fins humaines⁴. Sans refuser d'ouvrir le droit de la preuve aux méthodes modernes⁵, le magistrat doit conserver quelque influence dans l'appréciation des résultats

¹ C. proc. civ., art. 149, 236 & 245 ; adde la possibilité de contre-enquête en vue de fixer les modalités d'exercice de l'autorité parentale, C. civ. art. 373-2-12 al. 2. - J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1123 p. 845-846.

² *Fables*, préc., *Un animal dans la lune*, p. 223 : « Pendant qu'un Philosophe assure Que toujours par leurs sens les hommes sont dupés, Un autre Philosophe jure Qu'ils ne nous ont jamais trompés. (...) Quand l'eau courbe un bâton, ma raison le redresse, La raison décide en maîtresse ».

³ Rappr. *Petit Robert*, préc., v° Maîtrise, I.

⁴ Propos rapportés par C. Chalier, *Dieu sans puissance*, in *Le concept de Dieu après Auschwitz, Une voix juive*, Paris, Payot et Rivages, 1994, trad. de l'allemand par Ph. Ivenel, coll. Rivages poche Petite Bibliothèque n° 123, p. 59 et la réf.

⁵ H. Leclerc, *Le doute, devoir du juge*, in *Le doute et le droit*, préc., spéc. p. 56. - R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, préc., p. 84 s. - Sur le remodelage de la hiérarchie des modes de preuve, cf. les propos critiques de Bl. Mallet-Bricout, note sous *Cass. 3^e civ., 10 mars 1999 (Béal c/ Mme Ruczinski)* : D. 2001, p. 819-820, n° 8 s.

techniques relativement aux intérêts en jeu¹. L'homme de l'art voit finalement son intervention contenue à un double point de vue : non seulement il formule un avis limité dans son objet (I) aux besoins du juge, mais, plus fondamentalement, il ne propose qu'un avis discutable sur le fond (II) devant le prétoire.

I - Un avis limité dans son objet

145. - L'importance du rôle de l'autorité judiciaire transparait avant tout dans la détermination de la tâche dévolue au technicien et dans le contrôle qu'elle exerce en permanence sur lui ; « à proprement parler, résume Madame Frison-Roche, l'expert n'est pas le maître chez lui »². Reconnu comme discrétionnaire par la Cour de cassation³, ce pouvoir n'en appelle pas moins une argumentation. *A priori*, l'incursion de la science dans le prétoire devrait être circonscrite par l'article 144 du Code de procédure civile. Déjà théoriquement exclu du droit, l'homme de l'art se retrouve ainsi confiné aux seuls aspects pour lesquels le juge n'a pas une connaissance suffisante. Cependant, confrontée à la relativité, cette justification se retourne contre l'objectif affiché d'indépendance des magistrats. L'avis d'un spécialiste a pour conséquence de contribuer nécessairement à la définition des notions relatives, fût-ce de façon médiate, étant donnée l'étroite connexion du fait et du droit. En définitive, elle aboutit à pervertir l'article 144 : de l'existence d'une jurisprudence établie en droit dépendra le recours aux mesures d'instruction. Au demeurant, systématiser ces dernières en présence d'une notion relative tournerait à l'absurde : faudrait-il faire examiner le « motif grave et légitime » auquel l'article 272 alinéa premier conditionne l'appel contre la décision ordonnant une expertise indépendamment du

¹ *Petit Robert*, préc., v° I. Politique, I A, I & 2 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Politique, subst. - Comp., en droit pénal, le rôle du ministère public quant à la politique criminelle du Gouvernement : G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°s 170 s. p. 129 s., spéc. n° 173 p. 135 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n°s 146-147 p. 116-117 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, T. II : Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^e éd. 2001, n°s 227-228 p. 294 s. ; sur le rôle du Garde des sceaux dans la politique d'action publique, cf. *Cons. const.*, 2 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, considérants n°s 96 s. pour l'art. 63 de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : JO 10 mars 2004, p. 4637 s. - *Adde*, sur la notion de mort, le conflit entre morale sociale et besoins de la science expérimentale, in D. Kessler, concl. sur *CE* 2 juill. 1993 (*Milhaud*) : RFD adm. 1993, p. 1009.

² *La procédure de l'expertise*, in *L'expertise*, préc., n° 43 p. 102. - C. proc. civ., art. 149 & 236 (étendue de la mission), 155 s. & 241 s. (contrôle de l'exécution) ; spéc. pour l'expert, art. 265. - En ce sens, *Cass. 1^{re} civ.* 26 nov. 1980 (*Pierre Lavoix c/ Georges Lavoix et a.*) : Bull. civ. I, n° 308 p. 244-245.

³ Sur le caractère potestatif d'ordonner une mesure d'instruction, cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 6 janv. 1998 (*Crédit soc. des fonctionnaires c/ Mme X*) : Bull. civ. I, n° 3 p. 2-3. - J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1114 p. 842.

jugement sur le fond ? Plus sûrement, elles deviendraient, en réalité, superfétatoires, les juges disposant, grâce au précédent, « d'éléments suffisants pour statuer » dans tout litige comparable. C'est encourager quelque peu le sachant à exprimer un avis qui ne se contente pas d'analyser une situation matérielle mais d'en apprécier la portée, au-delà du fait mais aussi de l'espèce. Cette option est d'ailleurs confirmée par la haute juridiction : elle estime qu' « aucune disposition ne sanctionne par la nullité l'inobservation des obligations imposées (...) au technicien commis » par l'article 238 du Code de procédure civile¹, allant même jusqu'à reconnaître au juge le « droit de s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion d'ordre juridique excédant les limites de sa mission »². Nonobstant, elle met le scientifique en porte-à-faux avec ses attributions juridictionnelles et ses compétences personnelles : normalement appelé hors le domaine normatif, son analyse factuelle dépasse l'espèce pour laquelle il s'exprime. Assez fâcheusement donc, ces investigations opèrent un glissement, non du droit vers la science, mais plutôt de la science vers l'herméneutique politique - « mélange des genres » que dénonce le professeur François Terré³. L'expert quitte son domaine pour empiéter sur celui de l'autorité judiciaire. Or, comme le souligne le doyen Bernard Beignier, « c'est toujours au juge de réintroduire le droit dans une loi qui le chasse »⁴.

II - Un avis discutable sur le fond

146. - D'aucuns brandiront l'article 720-I-I du Code de procédure pénale pour figurer une entorse majeure au principe de libre appréciation par les magistrats des

¹ Cass. 2^e civ., 16 déc. 1985 (*Aupetitgendre c/ Cts Robinet et a.*) : D. 1986, p. 419-420, note T. Moussa ; *ibid.* inf. rap. p. 228-229, comm. critiques P. Julien.

² Cass. 3^e civ., 29 mai 1985 (*Epx Van Vugt*) : JCP 1985, éd. G, IV, p. 278 (2^e col.) ; *adde* Cass. 3^e civ., 5 mars 2003 (*Cts Rosteau c/ Pellorce et a.*) : Procédures mai 2003, comm. n° 110, note R. Perrot ; JCP 2003, éd. G, II, 10106 p. 1209-1210, note J. Junillon ; D. 2003, inf. rap. p. 863 et la note. - G. Couchez, *Procédure civile*, préc., n° 367 *in fine* p. 293-294.

³ *Observations finales*, in *L'expertise*, préc., p. 136, à propos de l'intervention d'un *amicus curiæ* dans l'affaire des maternités substituées. - *Adde*, sur l'inefficacité des précautions légales relatives à la mission de l'expert, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n°s 255 s. p. 389 s. - *Comp.*, plus neutres, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 490 p. 457.

⁴ D. 2003, p. 2660, note sous CA Aix-en-Provence, 8 janv. 2003 (*Axa Conseil vie*).

résultats d'expertise¹. Ce serait occulter, toutefois, le fait que la suspension de peine que ce texte organise tend à remettre en cause la sanction d'un trouble à l'ordre public², alors que les notions relatives, en droit civil, concernent exclusivement des intérêts privés ; le caractère rétributif de la peine pénale implique effectivement d'impérieux motifs pour être anéanti³. A l'opposé, dans sa *Théorie pure du droit*, Kelsen soutient l'autonomie du droit par rapport à toute autre science⁴. Cette doctrine n'ignore certes pas qu'un système juridique est conditionné par de multiples facteurs (historiques, économiques et sociaux, techniques ou moraux), mais elle autorise à saisir la relativité dans son sens immanent, c'est-à-dire d'un point de vue essentiellement politique. Pour tempérer le caractère quelque peu excessif d'une telle approche, sans doute faut-il comprendre que le juge civil doit seulement exploiter les conclusions d'un technicien comme élément de comparaison à ce que le législateur a semblé vouloir accepter socialement. L'article 246 du Code de procédure civile ne signifie donc certainement pas que le sens des conclusions proposées par l'homme de l'art puisse être modifié à fantaisie ; il lui confère plutôt la faculté d'en ramener les conséquences adéquates sur le terrain proprement juridique, le libérant ainsi d'un certain scientisme⁵. Pareille assertion invite surtout à faire clairement le départ entre vérités scientifique et judiciaire, tout simplement parce que l'objectivité de la première risque potentiellement de desservir le caractère conjoncturel de la seconde⁶. Respecter strictement la rationalité du technicien conduirait parfois à des effets opposés à ceux légalement poursuivis. Là encore, la souveraineté du magistrat ne consiste aucunement à sélectionner ce qui siérait le mieux à la

¹ En ce sens, *Cass. crim., 11 mars 1964 (Genty)* : Bull. crim., n° 89 p. 202 s. ; & 8 nov. 1973 (*Marinelli*) : *ibid.*, n° 412 p. 1016 s. - En effet, le deuxième alinéa de cette disposition empêche le Juge d'application des peines ou la Juridiction régionale de libération conditionnelle d'accorder une suspension de peine en cas de contradiction des expertises ou de conclusions négatives de celles-ci.

² Rappr. *CA Paris, 18 sept. 2002*, pour une application symbolique de cet élargissement au profit de M. Papon : D. 2002, p. 2893 s., note M. Herzog-Evans, spéc. II B 2 p. 2896.

³ Cf., d'ailleurs, C. pr. pén., art. 720-1-1 al. 6, qui permet de mettre fin à cette suspension « si les conditions de celle-ci ne sont plus remplies ».

⁴ Sur quoi P. Dubouchet, *La théorie pure du droit de Kelsen et la logique*, préc., et les réf. - *Adde Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Autonomie, C.

⁵ Cf. v° Scientisme, in *Petit Robert & Dictionnaire de la langue philosophique*, préc.

⁶ En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 255 p. 391. - Comp. V. Lasserre-Kiesow, *La vérité en droit civil* : D. 2010, chron. p. 907 s. et les réf. ; E. Poillot, *Le siège de la chose jugée* : RRJ 2007, p. 1920 s.

décision qu'il envisage de prendre¹. Au contraire, les avis doivent réellement servir à fonder cette dernière, mais uniquement pour démontrer en quoi la solution judiciaire correspond à la protection législative dont le juge est le gardien² ; par conséquent, la Cour de cassation protège cette indépendance en considérant aussi que l'appréciation donnée par un conseil ordinal ne lie point les juridictions du fond, en raison de leur différence d'autorité³. C'est en fonction de l'esprit d'une notion relative considérée et non par défiance, que ces dernières peuvent se détacher du technicien, encore que sa crédibilité puisse être mise en doute, spécialement en raison de l'inconstance des opinions émises⁴. Autrement dit, leur collaboration se manifeste par une divergence quant à l'approche des faits, et donc quant à leur rôle judiciaire respectif. En effet, en réponse au vœu du professeur François Terré de transposer les travaux de Max Weber sur *Le savant et le politique*, le scientifique se fonde sur une éthique matérialiste, le magistrat sur une éthique plus idéaliste⁵. L'un décrit, avec sans doute une part de *juris dictio*, tandis que l'autre prescrit, détenant seul *l'imperium*. Au demeurant, la justice ne vise pas à obtenir une exactitude absolue, mais une harmonie judiciaire, le départ entre les solutions concevables ne devant être motivé que par référence aux règles que le système juridique se donne à lui-même ; « contrairement aux définitions scientifiques, qui prétendent rendre compte de vérités objectives, les définitions juridiques s'analysent en effet comme des choix porteurs des valeurs d'une société », remarque le

¹ Sur l'utilisation du syllogisme régressif, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 55 p. 42-43 et les réf. ; G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n° 198 p. 88-89 et les réf.

² Spéc., à propos des immeubles qui « ne peuvent être commodément partagés ou attribués » (C. civ., art. 827), *Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1986 (Mme Hengel c/ Mme Nury-Bean)* : Bull. civ. I, n° 63 p. 60-61, censurant les conseillers de la cour de Pau qui ordonnent un tirage au sort au lieu d'« user de leur pouvoir de décision pour se prononcer en fonction des avantages et des inconvénients respectifs (...) des deux tracés proposés par l'expert ».

³ *Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1998 (Tocqueville c/ Clinique des Ormeaux)* : D. 1999, somm. p. 115, comm. Ph. Delebecque, sur « la gravité du comportement » d'un anesthésiste justifiant la résiliation unilatérale du contrat par l'établissement de soins.

⁴ En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 259 p. 398.

⁵ Paris, Plon & Union gén. d'Éditions, 1963, trad. de l'allemand par J. Freund, révisé par E. Fleischmann et E. de Dampierre, préface de R. Aron, coll. 10-18 n° 134, 223 p. - F. Terré, *Observations finales, in L'expertise*, préc., p. 132.

professeur Lebreton¹. Cela ressortait clairement, par exemple, de l'ancien article 311-12 du Code civil d'après lequel les tribunaux devaient régler les conflits de filiation en déterminant seulement celle qui était « la plus vraisemblable » ; nombre d'auteurs soulignaient alors que la biologie ne devait pas nécessairement primer sur l'intérêt de l'enfant². La remarque pourrait perdre en pertinence au regard de l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars 2000³ au soutien du nouvel article 310-3 qui se contente désormais d'affirmer que « la filiation se prouve et se conteste par tous moyens » (al. 2). Mais l'article 1316-2 semble, malgré tout, pondérer la puissance de la technologie en admettant que « le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable » ; ce n'est là cependant qu'une conséquence logique de l'égale valeur des écrits sous forme électronique et sur support papier (art. 1316-1). Dans un ordre d'idées voisin, les instances communautaires jugent que les autorités gouvernementales peuvent s'écarter des avis scientifiques au nom du principe de précaution, en fonction du risque acceptable pour la société⁴. En somme, le pouvoir judiciaire se fait modérateur de la précision scientifique issue des mesures d'instruction, à l'aune du dessein législatif. « Ce n'est donc pas en termes de dépossession ou de conflit de pouvoir et d'autorité qu'il faut concevoir la relation entre le juge et l'expert. Ainsi, le juge n'est pas et ne doit pas être aveugle, comme le suggère l'expression familière selon laquelle l'expert doit être l'œil du juge »⁵. Dans le même esprit, le doyen Carbonnier invite à distinguer nettement une

¹ In *Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, Milhaud)* : D. 1994, chron. p. 353. - Adde M.-A. Hermitte, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation - L'exemple des droits intellectuels*, in *La jurisprudence* : Arch. philo. dr., t. 30, Paris, Sirey, 1985, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 331 ; G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français*, préc., spéc. n^{os} 24 s. p. 456 s., qui tend à soutenir l'idée qu'un juge doit davantage se fonder sur des principes moraux que scientifiques. - Comp. O. Cayla, *Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit* : Droits 1993 n^o 18 p. 3 s.

² A. Bénabent, *La famille*, préc., n^o 559 p. 358 & n^o 564 p. 369 ; J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, préc., p. 198-199 & p. 216-217 ; J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Fondation et vie de la famille*, préc., n^o 434 p. 201 s. & n^o 461 p. 229 ; G. Cornu, *La famille*, préc., n^o 201 p. 324 s. & XII in n^o 202 p. 328 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, préc., n^{os} 694-695 p. 574 s. - J. Vidal, *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sc. soc. de Toulouse, 1978, p. 1113 s.

³ Préc.

⁴ *TPICE*, 11 sept. 2002 (*Pfizer Animal Health*, aff. T-13/99 & *Alpharma*, aff. T-70-99) : Rec. CJCE, II, p. 3305 s. (1^{re} esp.) & p. 3495 s. (2^e esp.) ; JCP 2003, éd. E, I, 1114, n^o 11 p. 1237-1238, n^o 11, chron. G. Parléani. - R. Rivais, *Le tribunal de Luxembourg affirme la primauté du principe de précaution sur l'avis d'experts* : Le Monde, vendredi 13 sept. 2002, p. 13.

⁵ M.-A. Frison-Roche et D. Mazeaud, *Avant propos*, in *L'expertise*, préc., p. 1. - Comp. P. Oriane, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., spéc. n^o 3 p. 1044 (et n^o 7 p. 1052, considérant comme chimérique la question de placer l'avis technique dans la hiérarchie normative).

interprétation sociologique dans laquelle la science se substitue complètement au pouvoir judiciaire, d'une expertise sociologique dans laquelle elle intervient simplement à titre auxiliaire¹.

147. - Quand bien même les sciences exactes permettraient de déceler une vérité objective, aucun argument procédural n'impose finalement au pouvoir judiciaire d'y céder automatiquement. En un sens, elle rendrait trop rigide le fondement donné au jugement, comparée à la souplesse législative de la relativité. La loi elle-même consacre parfois une échappatoire moins axiomatique ; ainsi la loi du 3 janvier 1972 invitait-elle les tribunaux à régler les conflits de filiation par la possession d'état lorsque les éléments de preuve ne leur paraissent pas suffisants (C. civ., art. 311-12 ancien). Ils conserveraient donc potentiellement une faculté d'appréciation à l'aune d'une certaine utilité législative.

Section 2 : Contexte législatif

148. - Dans son ouvrage de *Linguistique juridique*, le doyen Cornu écrit que « si nul ne peut se soustraire à la loi en prétendant qu'il l'ignore, l'exception d'incompréhension est aussi inopérante que l'exception d'ignorance. La présomption que chacun connaît la loi se double de la présomption que chacun la comprend »². Paradoxalement, la maxime³ qui supporte cette fiction juridique se retourne contre le législateur en le forçant à demeurer intelligible⁴.

149. - Prétendre qu'une disposition est claire suggère qu'une lecture littérale devrait suffire à en pénétrer le sens, sans avoir besoin de faire appel à aucune information extérieure à l'énoncé de la règle. Alors qu'elles empruntent davantage au langage vulgaire qu'à un ésotérisme scientifique, les notions relatives manquent cependant cet objectif : le pouvoir judiciaire ne peut se contenter du texte auquel il a matériellement accès, ce qui l'astreint à déterminer la signification juridique d'une expression formellement banale. Une herméneutique focalisée sur le seul texte estomperait l'aspect factuel de la relativité. Elle doit donc forcément interagir avec l'analyse technique des faits : l'une vient en complément de l'autre, et réciproquement. Comme l'observe le professeur François Terré, elles « se

¹ *Sociologie juridique*, préc., p. 264 s.

² *Op. cit.*, n° 6 p. 31.

³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., v° Nul n'est censé ignorer la loi, n° 291 p. 579 s., spéc. 2 p. 581 s. - Adde H. Roland, *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Ignorantia legis non excusat*.

⁴ Au sens courant et non philosophique qui l'oppose à la sensibilité : *Petit Robert*, préc., v° Intelligible, 1 & 2.

complètent dans la vie du droit plus qu'elles ne s'excluent »¹. Or, l'étude des mesures d'instruction a souligné combien elles participent à forger une certaine normalité juridique, bien qu'elles soient essentiellement tournées vers les particularités de chaque espèce. Se pose inmanquablement la question de leur conciliation ; le conflit potentiellement engendré devrait cependant aisément être purgé en fonction de la valeur respective de l'une et l'autre méthode. En ce sens, l'homme de l'art apparaît simplement comme un auxiliaire au service du juge, tandis que la loi s'impose à lui. Encore faudrait-il que le Parlement fournisse une définition explicite des concepts employés ! Pour conforter la prééminence du texte légal, les juridictions n'ont alors d'autre option que de tisser des liens avec les éléments législatifs susceptibles d'expliquer les notions relatives² ; la doctrine trouve là une place de choix, soit pour orienter la sémantique vers les circonstances de leur formation, soit pour englober plus généralement celles-ci dans l'ensemble du droit positif³. « Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office de juge ? », s'interrogeait Portalis dans son *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*⁴. Mais, déjà, la collision entre différentes approches montre que le contexte législatif ne saurait acquérir valeur absolue. Ensuite et surtout, les tribunaux ne peuvent se borner à citer un auteur particulier, comme ils le feraient de toute autre source du droit⁵. A la différence de l'époque romaine⁶, l'*opinio communis doctorum* procède seulement par autorité⁷, laissant libre cours à

¹ *Introduction générale au droit*, préc., n° 472 p. 476.

² *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Contexte ; *Petit Robert*, préc., v° Contexte & Tisser.

³ *Ibid.*, v° Contexte, comp. les sens 1 & 2. - Rapp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 239 et 241 p. 103. - Adde F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 241 p. 256.

⁴ Bordeaux, éd. confluences, 1999, préf. M. Massenet, coll. Voix de la cité, p. 22.

⁵ Au moins, selon le professeur François Terré, doit-il « s'approprier tout le raisonnement ayant conduit à la solution consacrée », in *Introduction générale au droit*, préc., n° 240 p. 256.

⁶ Sur quoi, R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., t. I^{er}, n° 69 p. 80 s.

⁷ En ce sens, J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 151 p. 287-288 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., nos 240-241 p. 255 s. - Pour quelques nuances, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 241 p. 201 (distinguant « source formelle » et « source essentielle dans la recherche de la justice ») et n° 574 p. 529. - Adde, pour une étude historique et comparative, R. David, *La doctrine, la raison, l'équité* : RRJ 1986, p. 118 s. - Comp. A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 2^e éd. 2001, Faculté dr. et sc. politique d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie Juridique, Présentation traduction et notes par A. Sériaux, n° 24 p. 54 : « Le jurisconsulte est un homme d'autorité dans la mesure où son savoir est socialement reconnu et il manque de toute *potestas*, car il n'a aucun pouvoir socialement reconnu », & note 67 p. 54-55 : il « propose une solution qu'il estime juste, mais il ne peut l'imposer ».

la déclinaison de théories diverses¹. Aussi serait-il impropre de justifier une décision sur pareil fondement, la sécurité juridique s'accommodant mal de cette incertitude.

150. - Quand bien même le travail définitoire concourt à maîtriser le régime juridique des notions relatives, il constitue uniquement un commentaire exégétique et jamais une disposition obligatoire. Ainsi que le remarquent les professeurs Laurent et Boyer, « la difficulté est que l'interprétation doctrinale évolue dans la sphère de la réflexion et se trouve dépourvue de toute force contraignante »². Comme le résultat des investigations techniques, le contexte législatif se révèle n'être qu'un outil profitable au syllogisme judiciaire, « un mobile de décision parmi d'autres »³, sans pouvoir systématiquement emporter la conviction des magistrats. D'une philologie génétique (§ 1) à une philologie *de lege lata* (§ 2), plus axée sur le droit objectif en vigueur que sur son origine historique, l'Ecole ne propose finalement au Palais qu'une explication détachée de toute considération pratique.

§ 1 : Philologie génétique

151. - L'objectivité requise dans la décision de justice invite le pouvoir judiciaire à ne point se départir des notions relatives elles-mêmes, en dépit de leur imprécision normative. Dans cette perspective, l'ensemble des éléments conjoncturels ayant présidé à leur formation assure la meilleure proximité rationnellement envisageable⁴. Une partie de la doctrine peut alors estimer que « la prédétermination de la norme n'est en réalité pas douteuse et a simplement pour caractéristique de ne pas être maximale », ce qui l'autorise à conclure à l'existence d'une « norme embryonnaire » dans les notions relatives, que l'autorité judiciaire est alors implicitement chargée de formaliser⁵. Sans doute la prospection de la genèse législative serre-t-elle au plus près la relativité, mais elle n'acquiert

¹ Comp., au Bas Empire romain, la manière dont une loi de 426 règle les divergences entre les prudents, in B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 243 p. 104

² *Introduction au droit*, préc., n° 242 p. 104.

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 151 p. 287.

⁴ *Petit Robert*, préc., v^s Génétique, 1, & Genèse, 2. - Rappr. J. Carbonnier, *Introduction*, n° 160 p. 308.

⁵ C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 33 p. 85 ; l'auteur ajoute (*ibid.*, n° 34 p. 86) que « la prédétermination de la norme des notions-cadres a une ampleur suffisante pour leur conférer une normativité. Elle permet même de guider le juge quant au sens à donner à la norme et restreint sa liberté (...). En dépit de leur indétermination, le juge sait qu'il doit les apprécier conformément à cette fonction d'adaptation ».

pas la force obligatoire du texte promulgué et publié au *Journal officiel*¹. L'intention parlementaire (I) pâtit, en définitive, d'une officialisation restreinte (II), assez peu propice à une information pertinente du justiciable.

I - Intention parlementaire

152. - « Vainement, irait-on chercher dans les discussions des chambres quelques phrases isolées qu'on opposerait au droit commun. Ce n'est pas avec l'éloquence quelquefois outrée de la tribune qu'on peut faire fléchir le droit commun. Le droit commun ne le cède qu'au texte et non pas aux discours faits en dehors des textes ». En affirmant, dès le XIX^e siècle, spécialement sous l'influence de Troplong², que les travaux préparatoires sont inopérants contre une disposition légale claire³, la Cour de cassation insinue en même temps que ces documents sont susceptibles de présenter quelque intérêt lorsque la loi se révèle insuffisamment explicite ; ceux-ci sont d'ailleurs bien souvent partie intégrante du raisonnement du Conseil constitutionnel, en particulier pour émettre des réserves d'interprétation⁴. Pareille jurisprudence évoque la dualité classique des volontés réelle et déclarée en droit des obligations. A l'instar du consentement, certes, toute loi « est une volition précédée d'une réflexion »⁵, mais un minimum de sécurité juridique implique qu'une discordance entre celles-ci soit effectivement prouvée pour que la volonté interne puisse finalement prévaloir (et mettre obstacle à la perfection de la convention)⁶. Comme en

¹ Sur quoi, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^{os} 338 s. p. 305 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 497 s. p. 194 s.

² Rapp. sur *Cass. req.*, 11 juill. 1845 (*Borie & Fleury c/ Préfet du Loiret*) : DP 1845, I, p. 391.

³ *Cass. civ.*, 4 juin 1889 (*C^{ie} assur. Le Monde c/ Barrault et a.*), où la haute juridiction estime qu'« il ne suffit pas qu'une opinion se soit produite dans la discussion d'une loi, si le vote d'aucun texte conforme n'est venu l'appuyer » : DP 1890, I, p. 352 ; *Cass. civ.*, 22 nov. 1932 (*Marchon c/ Epx Fousset et a.*) : DH 1933, p. 2-3, et la note avec les réf. ; *Cass. 3^e civ.*, 11 janv. 1972 (*Sté V^{re} Serre et Expert c/ Roche*) : D 1972, p. 271 et la note.

⁴ Cf. G. Drago, I B, in *chron. de justice constitutionnelle* : *Justices* 1995, p. 197-198.

⁵ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n^o 87 p. 97. - Adde C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, n^o 88 p. 157, pour l'idée de « prédétermination » de la norme ; G. Timsit, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, coll. Les voies du droit, p. 121 s. - Rapp. Portalis, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. VI, 1836, p. 43 (séance du 3 frimaire an X) : « Les lois sont des volontés. Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine, est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite, est du ressort des lois ».

⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n^o 87 p. 97-98. - Comp., en droit allemand, B.G.B. § 116 & 133 (*Code civil allemand*, Paris, Imprimerie nationale, MDCCCIV, traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann, R. Saleilles, p. 117 s. et p. 149-150), d'inspiration moins individualiste que le droit français ; sur le droit anglais, cf. H. Capitant, *Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, préc., p. 204 s.

matière contractuelle, recourir au processus d'élaboration du texte n'a d'autre ambition que de déceler l'intention originelle des rédacteurs, faute de pouvoir « s'arrêter au sens littéral des termes » (C. civ., art. 1156). De fait, le juge n'a aucune compétence pour modifier les notions relatives : son interprétation doit uniquement permettre de rendre celles-ci concrètement applicables¹. En soi, l'École de l'exégèse n'avait pas tort de vouloir écarter toute intervention subjective du pouvoir judiciaire, en préférant placer l'herméneutique sous la coupe de celui ayant inspiré la rédaction des dispositions litigieuses. Au surplus, cette logique - apparemment si évidente² -, laisse accroire que le droit est assimilable à une science exacte rigoureuse³. Bien que la méthode exégétique corresponde quasiment à une nécessité pour expliquer de nouvelles règles⁴, sa systématisation à l'extrême a témoigné qu'elle ne pouvait suffire en toute occasion⁵. Le doyen Gény, notamment, outre qu'il dénonça le postulat de la plénitude de la loi écrite, démontra le caractère artificiel de certaines argumentations, conduisant à prêter au législateur un dessein qu'il n'avait probablement jamais eu : il exhorte d'admettre que « la logique reste impuissante à combler tous les vides résultant de l'insuffisance des textes »⁶. Au demeurant, utiliser la doctrine exégétique pour les notions relatives paraît critiquable, étant donné que, par hypothèse, le Parlement a délibérément choisi de ne point véritablement se prononcer sur le sens et la portée des mesures adoptées. En ce sens, « les lacunes *intra legem* nécessitent une interprétation du droit qui est plus franchement une création du droit »⁷ ; le raisonnement exégétique devient

¹ Comp. la différence proposée par le professeur J. Gaudemet entre « l'interprétation qui tend à préciser le sens » et celle « qui veut dépasser le texte », in *L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique* : RID Antiquité 1970, t. XVII, p. 243 : « Au premier cas il s'agit simplement d'explicitier le texte pour le rendre applicable. Au second il s'agit véritablement d'une œuvre créatrice. Cette création n'est cependant pas pleinement libre et c'est en cela que l'interprète se distingue du législateur. Car s'il va au-delà du texte, il doit cependant partir de ce texte et ne pas rompre tout lien avec lui. L'une des principales difficultés d'une théorie de l'interprétation consiste précisément à fixer les limites de cette liberté ».

² Cf. H. Capitant, *Les Travaux préparatoires et l'interprétation des Lois*, préc., p. 210 *in fine*.

³ Rappr. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 470 p. 474.

⁴ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 286 p. 117. - Rappr. la recrudescence de l'intérêt porté aux travaux préparatoires lors des profonds mouvements de réforme du Code civil, in M. Couderc, *Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers* : D 1975, chron. p. 249 s.

⁵ Sur la mutation d'une méthode en doctrine, cf. J.-L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, coll. Quadrige n° 339, n° 21 s. p. 45 s.

⁶ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. premier, n° 81 bis p. 195 ; *adde ibid.* p. 198-199 et nos 32-33 p. 64 s. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 518 p. 115 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 471 p. 474.

⁷ Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 6 août 1986 n° 94, p. 30 ; *adde ibid.* p. 21.

alors essentiellement spéculatif, l'intention législative étant dégagée sur la base de simples présomptions¹. Aussi la décision du magistrat finit-elle par n'être fondée que sur des conjectures, bien peu conformes à la publicité requise pour qu'une règle de droit soit opposable au justiciable.

II - Officialisation restreinte

153. - Sans doute, comme le suggère le professeur Gautier, l'herméneutique requiert-elle du juge qu'il s'imprègne du droit préalablement à la décision². A cet effet, exposés des motifs, rapports, débats au Sénat ou à l'Assemblée nationale et autres travaux préparatoires participent à la définition potentielle des notions relatives. Néanmoins, ils reflètent nombre de déclarations individuelles dans lesquelles chaque plaideur peut puiser autant d'arguments divergents³ ! Cette surenchère montre combien la seule intention du législateur diffère d'une règle prescriptive. La publicité dont elle bénéficie est ainsi limitée dans sa portée normative (2), parce qu'elle est aussi contenue dans son objet (1).

I. Une publicité contenue dans son objet

154. - D'aucuns feront valoir que la plupart des travaux préparatoires au vote d'une loi bénéficie d'une assez large diffusion publique⁴, ce qui soulève en conséquence la question de l'utilité de celle-ci. A l'évidence, la publicité contribue à éclairer sur la *ratio legis*, à laquelle la haute juridiction n'hésite pas à se référer pour blâmer toute exégèse fantaisiste des juges du fond. Dans différents arrêts datant de 1981⁵, la Cour de cassation fut ainsi amenée à préciser que l'« intérêt légitime » conditionnant le changement de prénom n'est

¹ Rappr. F. Jacques, *Interpréter, prototype ou simple ressemblance de famille ?*, préc., p. 39. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 288 p. 118. - Adde L. Husson, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse*, préc., p. 115 s. ; *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse* : RTD civ. 1976, p. 431 s.

² P.-Y. Gautier, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence* : D. 2003, chron. p. 2842 n° 13 : « Il va lire pour produire. Et plus il lit, plus sa pensée s'affermir ».

³ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 288 p. 118. - Adde les propos de M. Lerebours-Pigeonnière, in M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., p. 76.

⁴ Débats parlementaires par le biais du *Journal officiel* (Const. 4 oct. 1958, art. 33 al. 1^{er}), motifs des projets et propositions de lois, rapports des commissions par les éditions de la Documentation française, etc.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. (Dame Zygel) & 20 oct. 1981 (M^{elle} Avenoso) : Bull. civ. I, n° 41 p. 33-34 & n° 299 p. 251-252, censurant pour manque de base légale les cours de Lyon et Bastia, sur le fondement de l'article 57 ancien du Code civil (L. n° 55-1465, 12 nov. 1955, complétant l'article 57 du code civil, afin d'autoriser l'adjonction de prénoms ou la modification des prénoms figurant dans l'acte de naissance : JO 13 nov. 1955, p. 11082) (décisions transposables sur le terrain de l'actuel article 60).

pas nécessairement un « intérêt majeur » ; une interprétation aussi restrictive¹ a beau favoriser la stabilité de l'état des personnes et la notion figurer expressément dans les travaux parlementaires², elle correspond cependant à une étape dans le processus législatif qui retenait alors une procédure administrative et requérait des motifs sérieux et légitimes³. Promouvoir ainsi le principe de légalité suppose toutefois, soit que les magistrats aient délibérément retenu une définition des notions relatives contraire à l'esprit de la loi, soit que les travaux parlementaires se révèlent suffisamment univoques. Fonder un raisonnement sur ces derniers devient effectivement spécieux lorsqu'ils présentent des contradictions. Or, c'est bien le propre des débats liminaires à l'adoption d'une loi que de refléter de légitimes antinomies. En somme, comme le souligne Planiol, chacune des parties au litige y trouve « des arguments qui s'annulent réciproquement »⁴. Autant, en droit des obligations, la recherche du *for interne* est circonscrite au seul contractant prétendument abusé, autant les travaux préparatoires énoncent une multitude d'opinions personnelles desquelles nul ne peut prétendre faire jaillir un sentiment général⁵. De plus, les délibérations des assemblées traduisent une volonté incertaine, tandis que la loi est la manifestation d'un choix, fût-il ambigu. Aussi semble-t-il fallacieux de conférer la précellence à une option politique lorsque le pouvoir législatif lui-même n'a pas désiré véritablement trancher : l'intention des chambres s'exprime donc mieux, selon le doyen Carbonnier, dans le vote final qui clôt les débats, que dans les nombreuses hésitations qui l'ont précédé⁶. En comparaison, le juge anglais tend à considérer la loi comme une entité à part entière⁷ qui, le jour de son adoption, s'est

¹ *Adde CA Paris, 14 mai 1960*, considérant que par « intérêt légitime, le législateur a incontestablement (*sic*) entendu que les raisons invoquées par les parties en faveur de la modification sollicitée présentent un caractère majeur et exceptionnel » : D. 1960, p. 623-624 et la note.

² Rapport AN, n° 11301.

³ Le texte définitif ne fait plus état, au contraire, que de la légitimité du changement ; il retient la voie judiciaire (cf. C. civ., art. 60 et 57 ancien), l'ordre public se trouvant moins en jeu que dans la modification du nom lui-même.

⁴ *Traité élémentaire de droit civil*, t. premier, n° 218 p. 88.

⁵ Rappr. H. Capitant, *Les Travaux préparatoires dans l'interprétation des Lois*, préc., p. 213 ; *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, préc., p. 78.

⁶ *Introduction*, préc., n° 160 p. 308. - *Adde*, pour une réserve générale sur les travaux préparatoires, F. Génys, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. I, n° 104 p. 293 s.

⁷ Cf. *Petit Robert*, préc., v° Entité, 2 : « Objet considéré comme un être doué d'une unité matérielle, alors que son existence objective n'est fondée que sur des rapports ». - *Adde Dictionnaire étymologique*, préc., v° Entité, traduisant le grec philosophique « *to on* », « ce qui est » ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Entité in v° Etre I.

détachée de la volonté de ceux qui l'ont élaborée¹. Aussi le professeur Jean Hauser insiste-t-il : « légiférer, c'est décider ; décider, c'est décevoir et imposer »². En aucune manière les travaux préparatoires ne satisfont le caractère normatif et ne sauraient donc valablement justifier une décision exploitant la relativité d'un texte.

2. Une publicité limitée dans sa portée normative

155. - En un certain sens, toute publicité effectuée par le biais de canaux officiels - autrement dit indépendante d'une politique éditoriale - devrait faciliter l'interprétation des notions relatives. Elle n'est pas, pour autant, gage de normativité : condition indéniablement nécessaire à l'information du justiciable, elle se révèle, en définitive, parfaitement insuffisante pour conférer le titre de règle de droit obligatoire. D'une part, tout acte qui n'émane point des instances exécutive ou législative fait l'objet d'une diffusion sélective, sans caractère systématique : les recueils de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, les bulletins d'information, les rapports annuels, présentent davantage une tendance jurisprudentielle qu'un tableau exhaustif de l'application des lois, et servent de plus en plus à manifester de prévisibles évolutions ou revirements sur le fond du droit, sans qu'intervienne cependant aucune altération formelle du fondement utilisé ; de leur côté, les travaux préparatoires occultent bien souvent l'apport doctrinal autant que les bruits de couloir des assemblées parlementaires influencées par de multiples groupes de pression³. D'autre part, et surtout, une publication n'équivaut pas à une promulgation, acte par lequel le Président de la République atteste l'existence d'une loi et donne l'ordre aux autorités publiques de la mettre en œuvre et de la faire observer⁴. En comparaison, les opinions dissidentes annexées

¹ Cf. H. Capitant, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, préc., p. 80.

² *Y a-t-il une « procéduralisation » de la famille ?*, in *Journées Jean-François Overstake : Les procédures familiales*, colloque organisé par le Centre d'études et de recherches en droit de la famille et des personnes & l'Institut d'Etudes Judiciaires de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Bordeaux, 28-29 avr. 2004. - Rappr. le titre de l'ouvrage de Pierre Mendès-France issu d'un discours à l'Assemblée nationale le 3 juin 1953, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1986, coll. Hors série, T. 3 : *Gouverner, c'est choisir : 1954-1955*, 831 p.

³ Rappr. le sens anglais du terme « lobby », in *Petit Robert*, préc., v° Lobby. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 160 p. 308.

⁴ *CE*, 8 févr. 1974 (*Cne de Montory et a.*) : *Rec. CE*, p. 93-94 ; *JCP* 1974, éd. G, II, 17703, obs. G. Liet-Vaux (2^e esp.). - Sur les formes de la promulgation, cf. D. n° 59-635, 19 mai 1959, relatif aux formes de la promulgation des lois par le Président de la République (*JO* 20 mai 1959, p. 5107), tel que modifié par D. n° 90-218, 8 mars 1990 (*JO* 11 mars 1990, p. 3013). - Adde *Const.* 4 oct. 1958, art. 10. - Rappr. le rôle historique de la signature pour singulariser la promulgation, in F. Laurent, *Principes de droit civil*, t. premier, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C^{ie}, Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1869, n^{os} 9 s. p. 53 s.

aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme n'ont aucune valeur par rapport à la décision elle-même (Conv. EDH, art. 45 § 2)¹ : même si les deux sont une forme de *juris dictio* (actuelle ou prospective), seule cette dernière est revêtue de l'*imperium* – quand bien même, en raison de la souveraineté des Etats, elle n'a pas véritablement force exécutoire². Si une loi nouvelle abroge l'ancienne dans les dispositions qui ne lui sont pas compatibles, la jurisprudence et les travaux préparatoires demeurent intimement liés à leur contexte respectif. En conséquence, qu'une même notion relative soit insérée dans les diverses branches du droit civil pose la question de savoir quels éléments viennent la définir, et finalement tenir lieu de base légale à la décision. La plus récente conception théorique anéantit-elle celles qui la précèdent ? Le juge doit-il retenir une approche spécifique au domaine concerné ou, au contraire, faire preuve d'éclectisme ? La nature de la bonne foi se nuancerait ainsi, puisque la notion figure dans des matières aussi variées que les obligations (C. civ., art. 1134 al. 3), les régimes matrimoniaux (art. 220 al. 2), les biens (art. 549 et 555) ou les incapacités (art. 435 al. 2 et 465 al. 1^{er}, 1^o) ; à moins que la définition insérée dans l'article 550 n'annonce une spécificité propre au droit de propriété, opposée à une condition générale des conventions. Dans le même esprit, le droit au respect d'une « vie familiale

¹ Sur quoi, *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Opinion dissidente ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^o Opinion individuelle (ou séparée). - J. L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, 2002, coll. Juris Classeur Juris code, n^o 0961 p. 280 ; Y. Laurin, *L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme* : Gaz. Pal. 1993, I, doct. p. 12-13. - Pour l'Organisation des Nations Unies, cf. art. 57 du Statut de la Cour Internationale de Justice, & art. 95 § 2 du Règlement de la Cour (et art. 107 § 3 pour les avis) : *Charte des Nations Unies, Statut et règlement de la Cour et autres textes*, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, n^o 5, 1989, p. 82 & 152 (et 160) ; Ngyen Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public, Formation du droit, sujets, Relations diplomatiques et consulaires, Responsabilité, Règlement des différends, Maintien de la paix, Espaces internationaux, Relations économiques, Environnement*, Paris, LGDJ, 7^e éd. 2002, n^o 260 p. 397-398.

² Elle est obligatoire en cela que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour » (art. 46 § 1), sans que le Conseil de l'Europe ait faculté d'annuler l'acte incriminé, ni celle d'user de la force publique pour en assurer l'effectivité, puisque c'est l'Etat considéré qui, seul, doit se comporter de telle sorte que cesse la violation constatée de la Convention. - G. Cohen-Jonathan, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1989, coll. dr. publ. positif, p. 206 s. & p. 228 s. ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6^e éd. 2003, coll. dr. fondamental - classiques, n^{os} 339 s. p. 568 s. ; J. L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, préc., n^{os} 0962 s. p. 281-282. - Rapp. l'obligation de l'Etat signataire de mettre sa législation interne en conformité avec la jurisprudence strasbourgeoise, in M. Maymon-Goutaloy, *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme* : D. 1985, chron. p. 211 s.

normale »¹ conduit à s'interroger préalablement sur le concept de famille. Or, cette notion - floue à part entière - révèle un glissement progressif de l'acte (de mariage) vers le fait : la communauté de vie finit par supplanter l'échange de consentement, comme condition d'existence². Dès lors, la loi³, comme le juge⁴, doit prendre en compte la famille naturelle : « nulle discrimination fondée sur les conditions de naissance n'est plus tolérée ni idéologiquement acceptable. Tel est l'avertissement sans frais que, dans un arrêt *Marcks*, la Cour européenne des droits de l'homme a entendu délivrer »⁵. La jurisprudence franchit encore une étape lorsqu'elle accepte de reconnaître comme fondatrice une communauté d'intérêts, englobant ainsi parenté⁶ et fratrie⁷. En fait, de simples considérations relatives à la filiation deviennent un critère décisif pour consacrer des « familles autrement »⁸ ; elles permettent, à l'occasion, de réduire la famille au foyer maternel⁹, ce qui revient finalement à quelque amalgame entre exercice d'une autorité parentale et famille¹⁰. Cette « famille

¹ *Cons. const.*, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC : L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 12^e éd. 2003, n° 46 p. 822 s., spéc. considérants n°s 69 s. p. 828 s. et les obs. n°s 31 s. p. 844-845 ; L. Favoreu, in *RFD const.* 1993, I B 3 p. 595-596 & II A 2 p. 599 ; B. Genevois, *Un statut constitutionnel pour les étrangers - A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 2003* : *RFD adm.* 1993, III C p. 879-880. - *CE*, 8 déc. 1978 (*Gisti et a.*) : *Rec. CE*, p. 493 s., concl. M. Dondoux ; D. 1979, p. 661 s., note L. Hamon.

² R. Verdot, *La cohabitation* : D. 1964, chron. p. 121 s. - Adde M.-Ch. Manigne, *La communauté de vie*, préc., *passim*, spéc. les propos de M. Lecanuet à l'Assemblée nationale, n° 19 : « Qu'est-ce que le mariage ? C'est une communauté de vie ».

³ Cf. spéc. D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, préc., art. 22 (C. proc. civ., art. 828) & 31, permettant aux parties de se faire représenter par leur concubin, et C. trav., art. R. 1453-2. - B. Daille-Duclos, *La réforme en profondeur de la procédure civile* : *Les Echos*, mardi 9 févr. 1999, p. 57, 1^{re} col.

⁴ Notamment *TA Poitiers*, 8 janv. 1997 (*Mabaya*) : D. 1997, p. 526 s., note St. Braconnier.

⁵ M. Beaubrun, *La sécurité des règlements successoraux*, préc., n° 6 p. 389 et les réf. - Rappr. F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., spéc. I A, p. 252 s.

⁶ Pour une constatation d'état, rappr. E. Job, note sous *CA Papeete*, 26 oct. 1995 (*X. et a. c/ M^{elle} Y et a.*), préc., spéc. p. 607 : adde obs. J. Hauser : *RTD civ.* 1997, p. 406 s. n° 16.

⁷ Cf. cependant les difficultés de mise en œuvre de l'article 371-5 du Code civil en cas de famille recomposée, in J. Massip, *La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs*, préc., n° 5 p. 902-903.

⁸ F. Dreiffus-Netter, *Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?* : D. 1998, chron. p. 100. - Comp. la dissociation du mariage et de la famille à travers la notion de domicile, in A. Mayer-Jack, *Singularités du domicile conjugal et avènement du domicile familial*, préc.

⁹ Rappr. F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., I C p. 258 s.

¹⁰ Rappr. A.-M. Leroyer, *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale*, préc. - Adde le rôle des parâtre et marâtre, in F. Boulanger, *Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002* : D. 2002, chron. p. 1571 s. ; *Faut-il revoir les règles d'attribution de l'autorité parentale ? (examen critique de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993)* : *ibid.* 1999, p. 233 s.

accordéon »¹ embarrasse le Conseil d'Etat qui, dans un arrêt du 12 janvier 2001, n'a pas véritablement refusé d'ériger « le droit de mener une vie familiale normale » en liberté fondamentale, mais a réservé la question dont la résolution n'était pas nécessaire à l'espèce (la requérante ayant obtenu satisfaction sur la base de l'atteinte au droit d'asile)² ! En effet, malgré l'implosion du modèle traditionnel et l'admission d'autres formes d'unions³, la notion de famille continue tacitement de prendre le modèle de la famille légitime unie comme paradigme comparatif⁴ : « le *consortium omnis vitae* fournit au juge un standard juridique et à l'interprète une clé pour la lecture de nombre de règles particulières »⁵. De même, le caractère institutionnel cède difficilement la place à une logique purement volontariste du droit de la famille⁶. « La famille que je veux, quand je veux ? », s'interroge Madame Claire Neirinck⁷ ; les Lumières discutaient déjà entre une famille motivée par l'amour (institution

¹ R. Lindon, *La "famille accordéon"* : JCP 1965, éd. G, I, 1965. - Rapp. J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?* : D. 1997, chron. p. 133 s. - R. Théry, *Trois conceptions de la famille dans notre droit* : D. 1953, chron. p. 47 s.

² (*Mme Hyacinthe*) : Rec. CE 2001, p. 12 s. ; obs. L. Favoreu, in *La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés* : D. 2001, chron. p. 1741, XI.

³ Comp. M. Beaubrun, *La sécurité dans les règlements successoraux*, préc., n° 6 p. 389.

⁴ Cf. l'expression de « modèle social immanent porté par l'irrationnel collectif », utilisée par F. Dekewer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., p. 249. - Rapp. H. Fulchiron, *Rép. civ. Dalloz*, 1991, v° Autorité parentale, n° 20 p. 5 et les réf. in n° 138 p. 19. - Du point de vue dogmatique, cf. Ph. Malaurie, note sous *CE 9 oct. 1996 (Dpt de Paris) & Cons. constit. 30 déc. 1996* : D. 1997, p. 117 s. ; rapp. concl. Ch. Maugué (1^{re} esp.) : JCP 1997, éd. G, II, 22766 p. 34 s. ; comp. *CEDH, 17 oct. 1986, Rees c/ Royaume Uni*, d'après lequel, « en garantissant le droit de se marier, l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent », étant entendu que « le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille » : en dr. § 49 ; JDI 1987, p. 795 s. obs. P. Rolland.

⁵ Ph. Rémy, note sous *Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1973 (Piris c/ Dame Piris)* : D. 1974, p. 454 in fine, II. - Avec quelques nuances, F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., concl. p. 270.

⁶ Comp. la prévalence de l'aspect statutaire sur la convention collective avec l'arrêt *Revêt-Sol*, pour une protection plus efficace des représentants du personnel en cas de licenciement : *Cass. soc., 14 juin 1972 (SA Comptoir des revêtements Revêt-Sol COR c/ Dal Poz)* : Bull. civ. V, n° 425 p. 388-389 ; D. 1973, p. 114 s., note N. Catala ; *Cass. ch. mixte, 31 juin 1974 (Sté gén. des grandes sources d'eaux minérales fr. c/ Castagné)* : D. 1974, p. 593 s., concl. A. Touffait ; A. Mazeaud, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 2^e éd. 2000, coll. Domat dr. priv., n° 232 p. 124-125 ; cité in Ch. Radé, *Réflexions à partir de l'application de l'article 1142 du Code civil en droit du travail* : *Rev. contrats* 2005, p. 197 s. - Adde J.-M. Verdier, *La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique du statut* : *Dr. soc.* 2001, p. 634 s. ; obs. sous *Cass. soc., 1^{er} oct. 2003 (Boucherit c/ Sté Entrepose Montalev)* : D. 2004, somm. p. 380-381 - *Contra, Accords collectifs et action « syndicale » en justice : le rôle fondateur de l'article L. 411-11 du code du travail (réflexions à partir de l'arrêt Euro Disney du 12 juin 2001)* : D. 2002, chron. p. 503 s.

⁷ *La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille*, Ramonville Saint-Agne, Ed. érès, 2003, dir. Claire Neirinck, 199 p., spéc. M. Pierre, *Qu'est-ce que la famille*, p. 21 s. ; S. Mirabail, *Le couple*, p. 29 s. ; & Cl. Neirinck, *Conclusion* p. 193 s.

sociale) et une famille dictée par l'instinct (état de nature)¹ ! Les juridictions esquivent le débat dès l'instant que le sens proposé heurte de front les canons doctrinaux² : en dépit de l'évolution des mentalités, l'ordre administratif estime qu'un arrêté de reconduite à la frontière porte atteinte non à la vie familiale mais à la vie privée d'un partenaire homosexuel ayant conclu un pacte civil de solidarité³ ; au niveau européen, la Cour de Strasbourg ne condamne pas la France pour avoir écarté l'adoption par un homosexuel, au motif que « le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille »⁴ ; elle admet néanmoins que les transsexuels ne peuvent être privés « en toutes circonstances » du droit de se marier, puisque, en stricte logique juridique, la condition de différence sexuelle est remplie⁵. Pareilles incertitudes sont intenable à l'endroit de la sécurité juridique et prêtent le flanc à de pures spéculations. En somme, prétendre éclairer la relativité d'une loi par la volonté initiale de son instigateur verse dans la tautologie et n'apporte à l'autorité judiciaire aucune justification juridiquement et évidemment contraignante⁶. L'interprète doit donc se régler sur une méthode herméneutique susceptible de satisfaire cette condition de coercition, afin que la sanction juridictionnelle conserve sa prévisibilité.

¹ Sur quoi, Ph. Dupire, *Liberté et contrainte juridique : la définition kantienne du droit*, in *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 165.

² Cf., avant la première guerre mondiale, la conformité à l'ordre public d'une clause réservant une allocation de charbon aux ouvriers mariés, excluant de fait ceux vivant en concubinage, in *Cass. civ.*, 18 nov. 1913 (*C^e des houillères de Montrambert et de la Béraudière c/ Malescourt*) : DP 1917, I, p. 161-162 et la note.

³ *TA Lille*, 3 juill. 2002 : D. 2004, p. 587 s., note X. Labbé, spéc. I B, p. 588 et les réf.

⁴ *CEDH*, 26 févr. 2002, *Fretté c/ France* : Europe 2003, comm. 206, N. Deffains ; RTD civ. 2002, p. 280-281 n° 17, obs. J. Hauser & p. 389 s. n° I, obs. J.-P. Marguénaud et J. Raynard ; D. 2002, inf. rap. p. 935 et la note ; *JDI* 2003, p. 551 s., obs. P. Tavernier ; M. -Ch. Le Boursicot, *Précisions sur la capacité et l'aptitude à adopter après l'arrêt de la CEDH sur l'adoption par des homosexuels* : Rev. jur. personnes fam. avr. 2002, p. 20-21. - Rejetant l'assimilation du concubinage homosexuel au concubinage classique, *CJCE*, 17 févr. 1998, *Mme Grant c/ South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96 : D. 1998, somm. p. 372 s., comm. J. Rideau. - Comp, considérant que le modèle familial normal requiert la présence « d'image et de référent paternel », *CAA Nancy*, 21 déc. 2000 (*Dpt du Jura*) : D. 2001, p. 1575 s., note R. Piastra, spéc. II p. 1577 s.

⁵ *CEDH*, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume Uni*, qui ne fait plus de l'élément chromosomique le critère déterminant du sexe tandis que le pays défendeur retient le sexe enregistré à la naissance pour le mariage : Dr. fam. 2002, comm. 133, note A. Gouttenoire-Cornut, spéc. II (doutant de l'extension de la solution au mariage homosexuel) ; *JCP* 2003, éd. G, I, 101, n° I p. 15-16, obs. Y. Favier. - Adde le filiation face au transsexualisme, in *CEDH*, 22 avr. 1997, *X. et a. c/ Royaume-Uni* : D. 1997, p. 583 s., note S. Grataloup ; *ibid.*, somm. p. 362-363, comm. N. Fricero ; St. Evain, *Le juge européen, le transsexualisme et les droits de l'homme (A propos de l'arrêt : CEDH, 22 avril 1997, aff. X, Y et Z c/ Royaume-Uni)* : *JCP* 1997, éd. G, I, 4071 p. 523 s.

⁶ Comp. H. Capitant, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, préc., p. 80 in fine.

§ 2 : Philologie de *lege lata*

156. - La persistance du principe de légalité préside au maintien d'un fondement juridique accessible au justiciable préalablement à l'introduction de l'instance. Sous peine de verser dans une hétérogénéité nuisible à l'égalité des citoyens - proclamée en exergue de la Déclaration de 1789 (art. 1^{er}), le pouvoir judiciaire ne peut donc prétexter l'insuffisance technique des notions relatives pour élaborer sa propre politique législative. Cette dernière implique effectivement moins une interprétation rationnelle qu'une critique subjective, dans la mesure où le juge tendrait, dans ce second cas, à se référer à une hypothétique *lex ferenda*, à la loi telle qu'il souhaiterait qu'elle fût établie¹ ; la modification du droit positif « est affaire de politique et non de juriste »² ! Il doit, au contraire, raisonner à partir de la législation telle qu'elle existe réellement³. Usant ainsi du seul droit en vigueur, l'interprétation *de lege lata* présente l'avantage de reposer sur une règle de droit obligatoire. Naturellement, la tentation est grande de procéder au rapprochement de notions relatives similaires ; par cette sorte de droit comparé interne, l'exégète transpose néanmoins chacune hors de la branche du droit civil à laquelle elle est normalement rattachée. Dès lors, une telle collation formelle (I) d'expressions identiques n'est envisageable qu'en contemplation d'une insertion thématique (II).

I - Collation formelle

157. - Faute d'une définition analogique, le régime juridique des notions relatives pourrait emprunter au mécanisme des présomptions, tel que présenté à l'article 1349 du Code civil⁴. L'esprit est, en effet, assez spontanément enclin à raisonner par induction, à partir d'éléments connus et maîtrisés. Néanmoins, le caractère indirect d'une

¹ *Lexique des termes juridiques*, préc., v° *De lege ferenda* ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Législative (politique)*. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 25 p. 56-57. - Comp. H. Capitant, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, préc., p. 79.

² B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 330 p. 130.

³ *Lexique juridique - Expressions latines & Lexique des termes juridiques*, préc., v° *De lege lata*. - Rappr. *Vocabulaire juridique*, préc. v° *De lege lata*.

⁴ *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Présomption*, I ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° *Présomption*.

telle analyse introduit inévitablement quelque incertitude¹ : la transposition logique ainsi effectuée ne permet pas forcément d'établir les différences ou ressemblances entre deux domaines juridiques distincts. Le contraire supposerait, de la part des magistrats, un pouvoir d'appréciation peu compatible avec l'objectivité de la règle juridique. L'article 1353 du Code civil ne s'abandonne-t-il pas d'ailleurs « aux lumières et à la prudence » du juge dans la seule mesure de « présomptions graves, précises et concordantes » ? Pourtant, sauf à prétendre cloisonner exagérément la législation, puiser dans d'autres branches du droit une notion formellement semblable à celle étudiée relève de l'évidence : « serviteur du droit dans son ensemble, et non seulement de la règle de droit qui contient le standard, il puisera dans cet ensemble les références lui permettant de légitimer son appréciation »². Les divers degrés de la faute civile fournissent un premier exemple topique d'expressions apparemment interchangeables, spécialement avec les droits du travail, administratif ou répressif. De leur côté, les critères retenus en matière de propriété (art. 550) pourraient utilement servir de base comparative à la notion de bonne foi qui apparaît en droit des obligations à de nombreuses reprises sans y être définie³. De même, bien que l'article 1112 du Code civil fournisse des éléments pour cerner les notions de « personne raisonnable » et de « mal considérable et présent », force est de constater que la violence demeure un vice du consentement plutôt vague ; Monsieur Christophe Willmann prétend combler cette imprécision du droit des obligations par l'examen des solutions retenues dans la législation pénale ou consumériste qui usent des mêmes données psychologiques et physiologiques⁴. Immédiatement se pose une autre question : sur quel critère instituer la supériorité d'une discipline juridique sur une autre, en dehors des principes issus de la hiérarchie des normes ? A cette fin, le projet de nouveau Code pénal suggérait une hypothèse intéressante : le président Badinter soutenait que la loi pénale exprime, par les sanctions qu'elle édicte, le

¹ Rapp., à propos des présomptions de fait, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 513 p. 510 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1636 p. 608-609. - Adde J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 473 p. 441-442, sur « l'interprétation créatrice des textes ».

² P. Oriane, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., p. 1048, et les exemples. - L'auteur insiste cependant sur le fait qu'un comportement impliquant la violation d'une prescription peut être, par ailleurs, considéré comme licite, tel le « trajet normal » qu'un salarié doit parcourir pour se rendre de son domicile au lieu d'exécution de son contrat (*ibid.* p. 1049).

³ Pour les conventions en général (art. 1134 al. 3), mais aussi, plus spécialement, quand un incapable (art. 435 al. 2 et 465 al. 1, 1°) ou le mariage (art. 220 al. 2) sont en cause.

⁴ Note sous Cass. 3^e civ., 13 janv. 1999 (SA *Jojema c/ Mme Bosse-Platière*) : D. 2000, p. 79-80 n°s 16-17.

système des valeurs d'une société¹, ce que traduit l'adage selon lequel le criminel tient le civil en l'état². En somme, le criminel mettrait le civil en l'état ! Mais l'idée ne résoudrait que les rapports entre le droit civil et la matière pénale ; de plus, loi et jurisprudence opèrent fréquemment une dissociation des comportements civils et pénaux³. Surtout, pareille méthode exégétique finit par constituer un cercle indéfiniment vicieux et tautologique, puisqu'elle consiste à définir une notion relative par elle-même. A l'identité terminologique, l'interprète peut alors préférer substituer des concepts simplement voisins.

158. - Une notion relative étant rarement isolée, le juge pourrait s'aviser de solliciter l'ensemble du droit civil afin d'y déceler des éléments comparables. Spécialement, le Code civil emploie diverses expressions comme mesure temporelle des situations d'urgence⁴ : le cas du « péril imminent » (art. 75 pour la célébration nuptiale) côtoie les conditions de « plus bref délai » (art. 468 al. 2 *in fine* ancien, et 983), de « bref délai » (art. 1648 al. 1^{er} ancien, 75 al. 2 et 80) ou d'absence de « délai injustifié » (art. 1369-5 al. 2 pour accuser réception d'un contrat électronique). A propos du nom, la lecture des articles 60 et 61 d'une part, et 264 alinéa 2 d'autre part, laisse entendre que l'« intérêt particulier » à conserver celui de l'ex-conjoint est moins exigeant que l'« intérêt légitime » à en changer ; ni l'incidence sociale ni l'impact prospectif ne permet de distinguer les deux formules, seule la radicalité du changement s'oppose au confort de l'usage et justifie donc une appréciation plus accommodante. D'aucuns feront alors valoir que la relativité semble inciter le pouvoir judiciaire à se fonder sur des seuils ; c'est aussi insinuer que le Parlement a délibérément voulu échafauder une certaine gradation entre différentes formules légales. Ce postulat se vérifie parfois, comme en matière de désintéret des parents à l'égard d'un enfant : alors

¹ Cf. S. Cimamonti, *L'ordre public et le droit pénal*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 90.

² C. proc. pén., art. 4-1 pour la faute intentionnelle. – *Adde Adages du droit français*, préc., v° Le criminel tient le civil en l'état, n° 67 p ; 124 s.

³ Sur quoi, *ibid.* p. 95 s. – *Adde Y. Mayaud, Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) : D. 2000, chron. p. 603 s., spéc. I p. 603 s. - Comp. CA Paris, 20 avr. 2000 (Villetard c/ Sté Fruehaut France) : ibid., p. 758 s., note Y. Saint-Jours ; & Cass. soc., 15 juin 2000 (Dinardo c/ Sté Grivetto), retenant que la relaxe pénale de l'employeur n'absout que sa propre faute inexcusable : ibid., p. 795, note Y. Saint-Jours.*

⁴ Ce terme apparaît pour lui-même aux articles 1 (entré en en vigueur de la loi), 9 (atteinte à l'intimité de la vie privée), 220-1 (manquement grave d'un époux à ses devoirs), 257 et 249-3 (mesures provisoires du divorce), 375-5 (assistance éducative), 433 et 436 (dans la sauvegarde de justice), 391 et 397 (ouverture et fonctionnement de la tutelle), 457-1, 450, 459, 505 et 810-4 (tutelle et curatelle), 515-9 (protection contre la violence), 784 (acceptation de la succession), 815-2 (indivision successorale), 815-6 (partage successoral), 1029, 1724 (réparation de la chose louée), 1780 (contestation en matière de louage de service), 1890 (dépense dans le commodat).

qu'aucune qualification n'est requise quand il conduit à une simple délégation d'autorité parentale (art. 377 al. 3 ancien). Le désintérêt doit être manifeste pour qu'une demande en déclaration d'abandon puisse être introduite (art. 350) ; aussi paraît-il curieux que la loi du 4 mars 2002 fasse disparaître cette nuance, puisque le nouvel article 377 alinéa 2 entraîne tout de même des conséquences beaucoup moins radicales, le lien de filiation n'étant pas définitivement tranché¹. C'est bien là, d'ailleurs, une limite notable à ce type d'investigation herméneutique : si cette technique de rapprochement lexical présente l'intérêt de formuler une hiérarchie des notions relatives entre elles², elle n'offre point pour autant les caractéristiques de chacun des concepts en cause. Pour pallier cet inconvénient, la doctrine a pu essayer de s'en remettre à des notions dont le régime juridique a des contours plus précis. Notamment, la faute lourde est considérée comme équipollente au dol³ et la mauvaise foi comme une inexécution contractuelle⁴. Toutefois, cette absence de concordance formelle laisse présumer un choix législatif : non seulement le Parlement sait utiliser des notions identiques quand il le souhaite, mais encore, dans la mesure où les textes ainsi manipulés sont hétérogènes, toute transposition peut se révéler hasardeuse. Monsieur Daviaud l'a justement montré au détriment des juridictions, à l'endroit de l'article 220 du Code civil, qui confrontent « sommes modestes » (al. 3) et « dépenses manifestement excessives » (al. 2) pour faire jouer la solidarité matrimoniale⁵. Cette forme de métathèse aboutit même à une contradiction de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans l'assimilation du prix vil (art. 1658) à la lésion⁶. Aussi le professeur Cornu souligne-t-il

¹ L. n° 2002-305 relative à l'autorité parentale, art. 7-1 : JO 5 mars 2002, p. 4162. - Rapp. Rapp. Sénat, n° 197, 1969-1970, p. 91 : « Dans certains de ces cas la déclaration d'abandon peut être trop sévère et il est opportun que le juge dispose d'une autre possibilité ».

² *Contra* C. civ., art. 60 et 61 usant du même « intérêt légitime » alors que le prénom est un signe distinctif privé et le nom d'ordre social ; pourtant, la différence d'autorité compétente pour apprécier cette condition au changement d'état civil suggère bien une disparité de régime.

³ Cf. les réserves in F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 540 p. 507-508 & n° 550 p. 516, I ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n° 1678 p. 583. - J. Carbonnier, *Les Obligations*, préc., n° 156 p. 300 ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 412 p. 276-277, b ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 951 p. 479.

⁴ Cf. G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, préc., spéc. n° 26 p. 96 s. (sur les rapports de bailleur à preneur). - Rapp. F. Osman, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire*, préc., n°s 14 s. p. 76 s.

⁵ Ph. Daviaud, *De l'entretien du ménage aux besoins de la vie courante (article 220 du code civil)* : D. 2003, chron. p. 848 s.

⁶ Cass. 3^e civ., 29 avr. (Mme Compain c/ Cts Couteau) & 16 déc. 1998 (Mme Angele c/ Epx Eloidin) : D. 2000, p. 504 s., note M.-Ch. Cauchy-Psaume.

que « le vocabulaire juridique est défavorable à la synonymie parce qu'il est à la recherche de la plus haute précision, et qu'il dispose d'un nombre défini de signes pour exprimer un nombre illimité de significations »¹. Mieux vaut sans doute conclure, avec la sagesse populaire, que « comparaison n'est pas raison », parce qu'elle n'est ni un argument, ni une preuve du sens à donner à une notion relative². D'ailleurs, l'adage rejoint la critique classiquement articulée à l'encontre du procédé analogique : permuter des notions en raison de leur morphologie éclaire peut-être la lettre, mais au risque de trahir leur esprit respectif ; « car une connaissance est fautive, quand elle ne concorde pas avec l'objet auquel on la rapporte, alors même qu'elle renfermerait des choses valables pour d'autres objets », si bien, prévient Kant, qu'elle « peut fort bien être complètement conforme à la forme logique, c'est-à-dire ne pas se contredire elle-même, et cependant être en contradiction avec l'objet »³. Pour sa part, le doyen Carbonnier n'accepte l'argument *a pari* que par une similarité de *ratio legis*⁴. C'est là quelque peu enclorre la relativité à l'intérieur du seul champ juridique dans lequel elle figure.

II - Insertion thématique

159. - De manière tout à fait symptomatique, la Cour de cassation observe que « le terme de bonne foi, employé par l'article 555 du Code civil, s'entend par référence à l'article 550 du même code et ne vise que celui qui possède comme propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore le vice »⁵. Dans le même esprit, la doctrine considère que le « juste titre » requis à l'article 2272 pour prescrire signifie que le *negotium* a transféré la propriété selon les normes propres au droit civil⁶. En fait, ces exemples tendent à expliquer un texte « à la lumière de la contribution apportée par lui à la réalisation des objectifs généraux du corps de règles dans lequel il est inséré »⁷. Le professeur Eisenmann écrivait pareillement que, « en vérité, on ne peut jamais définir une espèce d'un genre

¹ *Linguistique juridique*, préc., n° 34 p. 180.

² *Petit Robert*, préc., v° Comparaison, 3 *in fine*.

³ *Critique de la raison pure*, préc., p. 81.

⁴ *Introduction*, préc., n° 156 p. 300.

⁵ *Cass. 3^e civ.*, 12 juill. 2000 (*Kalil c/ Sté frigorifique de Bergevin*) : D. 2000, inf. rap. p. 252 et la note.

⁶ En ce sens, J.-M. Trigeaud, *La possession des biens immobiliers, Nature et fondement*, Paris, Economica, 1981, n° 216 p. 219.- Rapp. P. Lipinski, note sous *Cass. 3^e civ.*, 13 déc. 2000 (*Antunes c/ Epx Pujol*) : D. 2001, p. 2154 s.

⁷ F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 473 p. 477.

isolément, comme en elle-même, c'est-à-dire sans avoir égard aux autres espèces, en les ignorant ; il faut considérer le genre tout entier, toutes les espèces, sinon même leurs subdivisions ultérieures »¹. De telles interprétations téléologiques permettent avant tout de prévenir l'arbitraire et le subjectivisme judiciaires, en se maintenant sur le terrain du seul droit positif² ; elles se justifient par la rareté des définitions internes à la loi³. Au demeurant, l'ébauche parfois esquissée se révèle malheureusement plutôt contre-productive⁴ : la notion très subjective de « personne raisonnable » victime de violence (art. 1112 al. 1^{er}) est développée au second alinéa par une série d'indices objectifs⁵ ; le deuxième paragraphe de l'article 350, censé exposer en quoi consiste le désintéret manifeste des parents (al. 1^{er}), repose lui-même sur un élément parfaitement imprécis (« les relations nécessaires au maintien de liens affectifs »)⁶. Ensuite, s'astreindre à rechercher la finalité d'une notion relative par son contexte conjure toute dérive vers les opinions doctrinales, par nature fluctuantes dans le temps et loin d'obtenir aisément l'unanimité. « Lorsque la disposition de

¹ Ch. Eisenmann, *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique* : Arch. philo. dr., t. 11 : *la logique du droit*, Paris, Sirey, 1966, publié avec le concours du C.N.R.S., n° 8 p. 30, explicitant ainsi « le contenu de la fameuse formule suivant laquelle les définitions s'opèrent par l'indication cumulative du "genus proximus" - terme plus large - et de la "differentia specifica" - principe de division du genus, de la différenciation de ses espèces, donc de l'espèce sur laquelle éventuellement on se concentrera et que l'on vise donc particulièrement par rapport aux autres, au sein du genre ». - Rappr. H. Lécuyer, *La notion juridique de couple* : Dr. et patrimoine 1997 n° 53, p. 64.

² Comp. J.-F. Perrin, *Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?*, préc., p. 216-217, distinguant deux attitudes parlementaires : soit utiliser une loi incomplète mais contenant des directives, soit déléguer « à l'autorité d'exécution le soin de forger elle-même les critères de son appréciation ».

³ *Contra* D. n° 2002-120, 30 janv. 2002, relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains : JO 31 janv. 2002, p. 2090-2091, précisant les nombreuses caractéristiques du « logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes », que tout bailleur doit remettre à son cocontractant (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 6 al. 1^{er}, modifié par L. n° 2000-1208, 13 déc. 2000, art. 187, II, 2° : JO 14 déc. 2000, p. 19823). - Adde G. Cornu, *Les définitions dans la loi*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 s. ; *Les définitions dans la loi et les textes réglementaires - Rapport de synthèse* : RRJ 1987, p. 1175 s., spéc. p. 1179-1180 les différents types de définitions ; S. Balian, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse dr., dactyl., Paris II, 1986.

⁴ Comp., en procédure pénale, le « trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public » conditionnant la détention provisoire, in Ch. Guéry, note critique sous *CA Douai, 17 juin 1997* : D. 1997, p. 593 s., spéc. n° 11 p. 595 & n° 17 p. 596.

⁵ Sur l'individualisation judiciaire *in concreto* de la violence, cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 241 p. 229-230 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 219 p. 157 ; J. Carbonnier, *Les Obligations*, préc., n° 43 p. 102 s. et n° 52 p. 115.

⁶ L'alinéa 3 ne fournit qu'une liste d'exemples. - Sur quoi, *Code des personnes et de la famille*, préc., n° 2224 p. 478 ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 602 p. 505-506, spéc. 3° ; Y. Patureau, *Le désintéret de l'enfant déclaré judiciairement abandonné* : D. 1978, chron. p. 167 s., spéc. II (débat parlementaire) et III (interprétation doctrinale et jurisprudentielle) p. 168 s. - Rappr. D. Huet-Weiller, *La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350, alinéa 3, du Code civil (Loi du 11 juillet 1966)* : JCP 1969, éd. G, I, 2259.

sens incertain oblige à sacrifier l'un de deux intérêts également légitimes, insiste le professeur Esmein, (...) c'est dans l'esprit de la loi, c'est-à-dire dans l'idée, ou dans les idées fondamentales, que fait apparaître l'analyse de son texte », « qu'une solution rationnelle peut être trouvée »¹. Autrement dit, la jurisprudence doit avoir égard à la place d'une notion relative dans le Code civil et donc ne pas prendre un parti systématiquement favorable à l'un des plaideurs, spécialement celui qui est réputé le plus faible (comme en matière d'autorité parentale, de contrats...). Enfin, une herméneutique axée sur le dessein législatif permet d'affiner la définition des notions relatives par une confrontation raisonnée avec l'ensemble du Code. Non seulement, elle postule l'omission de redondance normative : les magistrats ne peuvent ainsi accéder au changement de prénom pour de simples convenances personnelles, sous peine de vider de sa substance le pseudonyme, justifiant par ricochet la qualification de l'intérêt commandée par l'article 60² ; ils ne sauraient non plus juxtaposer défaut de conformité et vice caché, quand bien même ce dernier se définit comme « un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale »³. Mais encore, cette méthode interprétative impose d'exclure toute acception qui contredirait d'autres règles. La doctrine estime notamment que « la nébuleuse notion d'intérêt de la famille » vise essentiellement les conjoints dans le changement de régime matrimonial (art. 1397 al.1^{er}) : d'une part, « la loi (...) a manifesté de façon irréversible sa préférence pour les époux au détriment de l'intérêt immédiat des enfants » en les faisant échapper à l'action en retranchement (art. 1527 al. 1^{er}

¹ P. Esmein, *La jurisprudence et la loi*, préc., p. 22 et les réf., à propos de la déclaration de reprise de fermage et du droit au renouvellement du bail commercial.

² Sur le fondement de l'article 57 ancien, rappr. *CA Paris*, 24 févr. 1962 (Agnès) : D. 1962, p. 430 et la note ; JCP 1962, éd. G, II, 12640 et 12688 bis, obs. P. Nepveu ; & *Cass. 1^{re} civ.*, 3 janv. 1964 (Agnès c/ Proc. gén. Paris) : *ibid.* et *ibid.*, 1964, II, 13492, sur l'adjonction d'un pseudonyme professionnel. - Adde Th. Garé, note critique sous *CA Paris*, 21 nov. 1995 : D. 1996, p. 355-356 ; et *TGI Agen*, 19 juin 1992 : *ibid.* 1994, p. 86 s., note P. Nicoleau ; Defrénois 1994, art. 35845, p. 772-773 n° 49, obs. J. Massip. - Sur la recherche du seuil qualitatif, comp. le besoin d'assimilation (*TGI Montluçon*, 12 avr. 1974 : D. 1974, p. 639-640, note G. D. Ayache) et le « caprice personnel » (*CA Paris*, 2 mars 1963, *Samuel S.* : *ibid.* p. 524 et la note).

³ *Cass. 1^{re} civ.*, 14 mai 1996 (*Chavanne c/ La Préservatrice foncière assur. et a.*) : D. 1998, p. 305 s., note F. Jault-Seseke (1^{re} esp.) ; & 27 oct. 1993 (*C^e La Concorde c/ Sté MTS et a.*) : Bull. civ. I, n° 305 p. 210-211. - Sur la distinction, A. Bénabent, *Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie (à propos des cinq arrêts des 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993)* : *ibid.* 1994, chron. p. 115-116 ; Ch. Boullez, *La garantie des vices cachés : la part maudite de la jurisprudence* : *Gaz. Pal.* 1994, 2, doctr. p. 1241 s. - D. Boulanger, *Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996)* : JCP 1996, éd. N, I, p. 1585 s. ; Ch. Radé, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, Chavanne c/ Sté Lambert distribution)* : *ibid.*, éd. G, 1997, I, 4009, p. 135 s. ; note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 5 nov. 1996 (*M^{elle} Badiou c/ Faure et a.*), préc., *passim*, spéc. nos 4-6 p. 315-316. - Rappr. O. Tournafond, obs. sous *Cass. 1^{re} civ.*, 18 juill. 2000 (*Le Continent c/ UAP*), préc., sur les hésitations durables de la jurisprudence : D. 1997, somm. p. 346-347. - Sur le degré de gravité du vice conditionnant l'anormalité, cf. Cl. Mouloungui, note sous *Cass. 1^{re} civ.*, 11 févr. 1997 (*Gourichon et a. c/ Régie nat. des Usines Renault et a.*) : *ibid.* p. 535, I et les réf.

et 920 s.) ou à une tierce-opposition (art. 1397 al. 9 *a contrario*) ; d'autre part, elle permet de réaliser des transferts de biens hors de tout contrôle judiciaire en supprimant l'interdiction de la vente entre époux¹. Néanmoins, présupposer une telle plénitude de la loi écrite pour clarifier la relativité conduit inéluctablement à des abus². Sans doute l'étude contextuelle souscrit-elle au respect d'un certain objectif législatif, mais sans véritablement parvenir à livrer les conditions précises de sa mise en œuvre. Pour conclure avec le professeur François Terré, en effet, l'interprétation téléologique conduit souvent « à faire prévaloir l'esprit sur la lettre au prix d'un recul de la rigidité des mots »³.

160. - Appréhender le Code civil par une analyse purement rationnelle contrevient finalement à l'idée que la relativité appelle une norme comportementale : pareil système herméneutique inflige aux notions relatives quelque infirmité. Ainsi l'environnement législatif peut-il sans doute éclairer le juge, mais en ne lui proposant qu'un approfondissement textuel, au demeurant totalement dépourvu de valeur dans la hiérarchie normative. A l'opposé, les mesures d'instruction se révèlent parfaitement insuffisantes, non seulement parce que les juridictions ne sont point tenues de s'y conformer, mais surtout parce que les expertises n'apportent qu'une appréciation circonstancielle. La fascination pour un principe légicentriste a donc montré ses limites en voulant confondre la règle de droit au seul texte formel, contrairement à ce que suggère incidemment l'article 12 du Code de procédure civile. Selon le docteur Patrick Declerck, « c'est oublier trop facilement que la loi justement ne se réduit pas au règlement. Ce dernier n'étant que l'expression du choix d'un mode d'organisation. Choix arbitraire dans la mesure où il pourrait tout aussi bien - au moins sur certains points - être autre. La loi, en revanche, la vraie, ne saurait, en dernière analyse, être autre que l'expression du principe de réalité lui-même. Ce dernier, loin de tout arbitraire subjectif, est indiscutable dans la mesure où il porte en lui la définition des conditions de possibilité du fonctionnement de la réalité »⁴. En effet, s'il a pour lui sa force

¹ L. n° 85-1372, 23 déc. 1985, relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, art. 35 : JO 26 déc. 1985, p. 15113. - J.-P. Langlade-O'Sughrue, *Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial*, préc., n° 7 p. 252. - Adde A. Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 9^e éd. 1998, nos 369-370 p. 175-176 (vente entre époux) et nos 1169 s. p. 533 s. (action en réduction) ; M. Grimaldi, *Droit civil, Successions*, Paris, Litec, 6^e éd. 2001, coll. Juris Classeur Manuels, n° 329-1 p. 324 s.

² Cf. la critique de l'école de l'exégèse, in J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 153 p. 111.

³ *Introduction générale au droit*, préc., n° 473 p. 477.

⁴ *Les naufragés, Avec les clochards de Paris*, Paris, Plon, 2001, coll. Terre Humaine, p. 370.

rationnelle, le fondement ainsi dégagé pour justifier la décision de justice ne répondrait toujours que partiellement à la définition des notions relatives. Cet échec inciterait donc à renverser la logique du raisonnement : au lieu de partir d'une spéculation théorique pour y confronter les faits litigieux, le pouvoir judiciaire pourrait se contenter d'observer la pratique sociale pour en induire une référence. La norme prendrait alors une coloration plus empirique.

Chapitre second : **Une norme essentiellement empirique**

161. - Selon Jean-Paul Sartre, « il n'est d'autre connaissance qu'intuitive. La déduction et le discours, improprement appelés connaissances, ne sont que des instruments qui conduisent à l'intuition. Lorsqu'on atteint celle-ci, les moyens utilisés pour l'atteindre s'effacent devant elle ; dans les cas où elle ne peut être atteinte, le raisonnement et le discours demeurent comme des plaques indicatrices qui pointent vers une intuition hors de portée (...) »¹. En ce sens, la stérilité déontique d'une démarche exclusivement discursive, fondée sur la seule base textuelle des notions relatives, resserre les possibilités de définir ces dernières dans les limites d'une approche plus analogique et inductive, qui porte en elle son évidence. Ce serait, en quelque sorte, passer d'un rationalisme exacerbé à la description pure ; la norme de référence, utile à l'évaluation de la situation pendante devant le juge, pourrait donc sourdre des faits eux-mêmes². Un adage d'ancienne jurisprudence a d'ailleurs su figer cette idée : « où la loi fault l'usage prévaut »³.

162. - Le fondement de la décision juridictionnelle découlerait alors moins d'un raisonnement cartésien que de l'observation de la réalité sociale. Cette hypothèse semble essentiellement s'appuyer sur « la conviction qu'il n'y a pas d'autre certitude scientifique que celle des faits »⁴. Elle apparaît aussi comme une réminiscence du behaviorisme exposé aux Etats-Unis vers le début du XX^e siècle par Watson, et dont Ernest Hemingway fut l'un des chantres littéraires : le psychologue réduit l'homme à ses faits et gestes ; le prix Nobel remplace les développements psychologiques par le récit de l'action et

¹ *L'être et le néant*, préc., p. 208.

² *Petit Robert*, préc., v^{is} Analogie, I *in fine*, & Intuition, I. - Rappr. l'opposition des suffixes « -graphie », et ceux dérivés du grec « logos » : *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o -logie *in* v^o Logique. - *Adde Lexique juridique – Expressions latines*, préc., v^o *Ex facto oritur jus*, dans les deux sens de l'expression.

³ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., v^o Où la loi fault l'usage prévaut, n^o 307 p. 607 s.

⁴ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Empirisme, B, *in* v^o Expérience I (Empirique).

du comportement de ses personnages¹. En d'autres termes, et pour reprendre la philosophie kantienne, c'est admettre que la conceptualisation requise pour la mise en œuvre des notions relatives repose sur une connaissance expérimentale, donc réduite à un simple constat *a posteriori*². Le prêtre romain Paul estime, dans un titre consacré à la justice et au droit, que « tous les peuples policés se gouvernent en partie par le droit commun à tous les hommes, et en partie par un droit qui leur est propre. Car, lorsqu'une nation se fait un droit, il lui devient particulier, et on l'appelle droit civil, parce qu'il est propre à tous les citoyens. Mais le droit que les lumières de la raison ont établi chez tous les hommes, est également observé partout ; et on l'appelle droit des gens, parce qu'il oblige toutes les nations »³. Une intéressante concordance étymologique est à remarquer entre le terme "coutume" et le verbe "custoditur" (conjugaison du verbe "observer"), comparable aussi aux termes anglophone ("custom"), hispanique ("costumbre") ou italien ("consuetudine") ; elle autorise quelque assimilation entre cette espèce de sagesse naturelle et la coutume. Cette traduction du Digeste fait surtout ressortir que cette dernière apparaît non seulement comme un équivalent de la règle de droit (abstraite, générale et impersonnelle), mais aussi qu'elle évoque implicitement l'idée de normalité. Certes, la norme sous-jacente à toute notion relative laisse ainsi augurer le passage d'un droit strictement écrit à un droit positif davantage populaire. Néanmoins, affirmer que la coutume est universelle n'assure pas directement son caractère impératif. Or, le problème est bien de déterminer comment les magistrats peuvent sanctionner un comportement contraire à la norme qu'ils ont décelée. Effectivement, toutes les collections de faits bruts, aussi nombreuses et pertinentes soient-elles, ne représenteront jamais qu'un état anthropologique à un instant donné, sans fournir au pouvoir judiciaire le support du jugement de valeur inhérent à la sanction juridique. En ce sens, le professeur Claude Bernard remarquait, à la fin du XIX^e siècle, que « les observations empiriques sont

¹ Sur quoi, v° Behaviorisme, in *Dictionnaire de la langue philosophique*, Petit Robert & Petit Robert des noms propres, préc., & *Grand Larousse Universel*, préc., t. 2. - *Ibid.*, t. 15, & *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Watson (John Broadus). - Adde J. Wróblewski, *L'interprétation en droit : théorie et idéologie*, préc., spéc. n^{os} 8 p. 56-57, 10 p. 58-59 & 14 p. 65-66.

² *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Empirique ; *Petit Robert*, préc., v° Empirique, 2. - Adde E. Kant, *Critique de la raison pure*, préc., p. 76.

³ D. I. I. 9 : « *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitas est : vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines consuit, id apud peræque custoditur : vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur* ». - M. Hulot et M. Berthelot, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien*, Metz, Behmer et Lamort, Paris, Rondonneau, an XII (1805), t. 1, p. 41.

les observations faites sans aucune idée préconçue et dans le seul but de constater le fait sans chercher à le comprendre. Ce genre d'observation doit toujours être la base première de la science, sans quoi on fausse ou on trompe l'observation si on veut lui donner une signification avant de la connaître en elle-même. Mais, une fois les faits d'observation empirique établis, il faut leur donner une signification, en déduire des lois à l'aide d'hypothèses et d'observations, qui sont leur pierre de touche, propre à les vérifier. C'est à ces dernières observations qu'il faut donner le nom d'observations scientifiques. Elles sont nécessairement faites en vue d'une idée préconçue qu'il s'agit de vérifier »¹. L'objectif consiste finalement à déterminer pourquoi la coutume ne saurait être facultative. Doivent cependant être écartés divers critères fallacieux qui pourraient justifier son application. Pour contrecarrer quelque peu l'apologie du Code et dénoncer le fétichisme législatif², le mouvement du libre droit (au premier rang duquel œuvra François Géný au début du XX^e siècle³), a voulu restituer leur place aux différentes sources de droit « sous la sphère des règles sanctionnées par l'Etat ». « Mais, comme le relève Monsieur Poumarède, l'essor du pluralisme juridique n'est pas, en soi, une garantie de reconnaissance de la coutume » comme système juridique à part entière, déterminant sa force coercitive⁴. Pour d'autres, elle serait obligatoire en tant qu'elle a toujours existé et suffisamment perduré. A travers cette seule répétition temporelle⁵, d'aucuns soutiennent qu'elle correspondrait, en fait, à une source du droit... *sui generis*, dans le sens le plus péjoratif du terme la réduisant à une règle inexplicablement suivie, parce qu'immémoriale ! Dernier baroud d'honneur d'une doctrine qui s'avoue vaincue, cette périphrase esquivé le problème. Quelques uns encore ont alors voulu éclairer la coutume par le mythe. Le doyen Carbonnier souligne, toutefois, que ce

¹ *Principes de médecine expérimentale*, Paris, PUF, 1947, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Logique et Philosophie des Sciences, Avant propos L. Binet, Introduction et notes L. Delhoume, p. 3.

² Sur quoi, cf. spéc. F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. premier, nos 35-36 p. 70 s. et n° 96 p. 255.

³ Sur quoi, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 159 p. 115 et les réf. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 292 s. p. 118-119 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., nos 471-472 p. 474 s. - Sur le mouvement du *Freiesrecht* dans les pays austro-allemands (dont l'échec est essentiellement dû à un défaut de systématisation synthétique des différents courants et à l'enracinement des interprétations conceptuelles), cf. F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. second, nos 205 s p. 330 s.

⁴ In *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., v° Coutume, n° 2 p. 118-119.

⁵ A la fin du XIX^e siècle, Gabriel de Tarde résume la coutume à un simple phénomène d'imitation : *Les lois de l'imitation, étude sociologique*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1890, spéc. chap. VII, p. 340 s.

dernier ne crée pas l'*opinio necessitatis* mais la renforce éventuellement¹ : la coutume n'y trouve donc qu'un appui narratif, ce qui ne peut signifier qu'elle en découle ni qu'elle en reçoive l'impulsion primaire. Au demeurant, un même mythe peut déboucher sur des règles de droit singulièrement opposées, en empruntant « des raisonnements législatifs différents »². Ce caractère d'apophtegme quasi surnaturel conféré à la coutume n'explique en rien son efficacité immédiate. Une fois encore, pour que tous s'y plient sans s'interroger sur sa provenance, c'est qu'elle poursuit nécessairement un dessein que d'autres pratiques sociales n'atteignent pas. Effectivement, tous les comportements ne peuvent pas être retenus comme autant de références comparatives, sans quoi les juges ne prononceraient aucune sanction ; cette véritable lapalissade invite donc à rechercher le critère grâce auquel seuls certains usages accèdent au rang de source du droit. Si elles divergent dans leur nature, coutume, habitude et tradition ont une cause commune : une pratique constante et répétée³. Les deux dernières (auxquelles peuvent être ajoutés, dans une certaine mesure, les usages⁴) sont restreintes à une entité localement ou personnellement définie⁵, alors que la coutume transcende ces contingences pour régir l'ensemble de la société. C'est cependant dans une éventuelle transgression que réside la différence fondamentale. Contrevenir à la coutume est

¹ *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 120 s., spéc. p. 123-124 où l'auteur explique que « le commandement ne peut sortir du récit que par une moralité qui lui est extérieure ». - Adde in G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1972, t. I : *Introduction générale à l'étude du droit*, n° 114 p. 202 s., les deux opinions à propos de l'interprétation de l'*opinio juris seu necessitatis* qui fonde le caractère obligatoire de la coutume : le consentement de tous, pour l'Ecole historique et François Gény ; la consécration jurisprudentielle (« *juge made* » et Common law), pour Edouard Lambert.

² Le doyen Carbonnier illustre cette proposition par le mythe des frères ennemis qui ordonne une dévolution successorale égalitaire à Rome (entre Rémus et Romulus) ou instaure le droit d'aînesse en Israël (de Caïn sur Abel), in *Flexible droit*, préc., p. 124. - Adde le rapport du confucianisme au clonage humain in M. Delmas-Marty, *Faut-il interdire le clonage humain ?* : D. 2003, chron. p. 2518 et la note 9, avec la conclusion sur l'incidence marginale de l'éthique dans l'interdépendance économique et scientifique mondiale (p. 2519 *in fine*).

³ Le proverbe germanique « *Einmal ist keinmal* » est encore plus évocateur que celui relevé en France par Loysel, d'après lequel « une fois n'est pas coutume », puisqu'il affirme, littéralement, qu'« une fois c'est jamais » ! - Adde H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., v° Une fois n'est pas coutume, n° 456 p. 925-926.

⁴ Cf. spéc. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Usage, I b ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Usage, I°. - Adde, sur la distinction entre usage et coutume, M. Merlin, *Rép. univ. et raisonné de jur.*, Paris, Garnery Libraire, 4^e éd. 1815, t. quatorzième, v° Usage, § I, I, p. 321, 1^{re} col.

⁵ Chaque province ou institution affectionne et entretient (de façon mercantile ?) son propre folklore (au sens noble du terme d'après son étymologie anglaise signifiant « science du peuple » : *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Folk-lore) : des conférences de Carême à Notre-Dame-de-Paris aux processions de la Grande Jurade pour le ban des vendanges à Saint-Emilion, c'est l'occasion pour la communauté concernée de raviver chaque fois les valeurs qui la soudent. Quelle famille n'a pas non plus ses « petites » traditions, véritable codification tacite issue elle-même, généralement, d'habitudes comportementales d'un de ses membres ? Y faillir n'équivaut d'ailleurs point à un rejet catégorique mais à une nécessité ou une contestation passagères.

possible puisqu'elle est sujette à évolution, mais sa mutation effective suppose l'approbation de tous. Au contraire, un seul peut enfreindre une tradition et tenter d'en forger une nouvelle (sans pour autant faire disparaître l'ancienne). Ainsi, en matière commerciale, un usage conventionnel n'a-t-il pas une force impérative, ce qui explique que les parties puissent toujours valablement s'en écarter d'un commun accord ; le juge ne doit pas l'appliquer s'il fait état de la volonté expresse contraire des contractants qui étaient libres de ne pas le suivre¹. Seule la coutume devient une norme sanctionnée judiciairement, le contrevenant à quelque usage n'étant le plus souvent que raillé². Sans doute cela reflète-t-il l'idée que ces règles sont de pure forme tandis que la coutume touche au fond ; en effet, habitude et tradition gouvernent seulement des commodités d'ordre privé et aucun jugement de valeurs ne motive les usages³.

163. - Par conséquent, à l'instar de toute règle de droit, la coutume se forme paradoxalement sur l'« attente d'une réciprocité à venir »⁴, propre à engendrer cette sécurité juridique souhaitée par le justiciable. En cela, elle réussit une curieuse alchimie des articles 6 et 1134 du Code civil : d'un côté, elle vaut comme loi pour tout sujet de droit qui a tacitement contribué à son élaboration ; de l'autre, elle tend vers la protection d'un certain ordre public. La norme empirique recèle donc un caractère apodictique : elle est

¹ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. I : *Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de commerce, Propriété industrielle*, Paris LGDJ, 18^e éd. 2001, par L. Vogel, n° 42 p. 29-30 ; M. Pédamon, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 2000, coll. précis dr. priv., n° 16 p. 16-17. - *Adde Cass. com. 26 nov. 1974 (Durepaire c/ SA Spécilait)* : Bull. civ. IV, n° 305 p. 251-252 ; *a contrario*, *CA Paris, 1^{er} juill. 1970 (Sté André Citroën c/ Sté Publi-Service)* : JCP 1971, éd. G, II, 16821, obs. M. Pédamon.

² Rappr. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 60 p. 25. - Comp. P. Leconte, *Ridicule*, film sur les écrans en 1996, qui illustre comment, pour obtenir le financement royal d'un projet de drainage de marais, un malheureux seigneur apprend les convenances de la Cour de Versailles, montrant ainsi en quoi l'ignare doit obéir à certaines règles pour être simplement entendu, malgré la pertinence de ses propos, au risque de passer pour un inculte ou un rustre malappris. - M. Maffesoli, *Le temps des tribus - Le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse*, Paris, éd. Méridiens Klincksieck, 1988, coll. « Sociologies au quotidien », p. 172-173.

³ La portée ontologique du coup de semonce traditionnel annonçant une attaque victorieuse des Girondins de Bordeaux aurait été assez vaine à chercher en son temps ! Son abandon en est la confirmation.

⁴ Opposée à l'imitation tournée vers le passé, in J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 127.

progressivement parvenue à distinguer ce qui est répréhensible ou bien fondé¹, c'est-à-dire profitable à la pérennité de l'institution juridique dont procède la notion relative litigieuse. En effet, aucune société ne semble pouvoir édicter, par et pour elle-même, une règle contraire à sa propre cohésion actuelle et future². De là naît la reconnaissance par les intéressés eux-mêmes de la valeur contraignante de la règle³; et c'est justement en cette qualité qu'elle participe à la perfection du principe de légalité⁴.

164. - Fort classiquement donc, la norme empirique se définit à travers son origine et son objet : une source coutumière (*Section 1*), d'une part, qui dépasse alors le rang de simple autorité⁵; une finalité institutionnelle (*Section 2*), d'autre part, qui subordonne ainsi

¹ V° Apodictique, in *Petit Robert & Dictionnaire de la langue philosophique*, préc. : « qui a une évidence de droit et non pas seulement de fait », en cela qu'elle est absolument nécessaire. - En comparaison, ce n'est que l'utilité qui régit les usages mondains ou vestimentaires, qu'il s'agisse d'entretenir des relations professionnelles convenables (manière de saluer un supérieur militaire), d'éviter le désordre (préséances sociales), d'être socialement reconnu (habits religieux) ou de se prémunir contre les intempéries (ciré des gens de mer), etc. En somme, ces derniers ne présentent pas une valeur juridique car ils relèvent plus de la culture que de la nature : F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 205 p. 226. - Adde J. Gandouin, *Guide du protocole et des usages*, Paris, Stock, 7^e éd. 1995, p. 61 s.

² Rappr. l'idée selon laquelle toute habitude sociale véhicule un sentiment d'éternité, in M. Maffesoli, *La Transfiguration du politique - La tribalisation du monde*, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, coll. Le livre de poche biblio essais n° 4207, p. 168-169. - Comp. les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en droit constitutionnel, et les principes généraux du droit administratif, qui, bien que non expressément énoncés, appartiennent à l'évidence à tout régime démocratique : *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Principes généraux du droit & Principes de valeur constitutionnelle ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 491 s. p. 459 s. ; B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, préc., p. 555-556 & 566 ; B. Mathieu et M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, coll. manuel, p. 267 s. ; L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, préc., n°s 169 s. p. 171 s. & n°s 118 s. p. 120 s. ; P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, préc., p. 512, b, & 542 s. ; D. G. Lavroff, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, préc., n° 86 p. 200 s. ; F. Hamon, M. Troper et G. Burdeau, *Droit constitutionnel*, préc., p. 732 s. ; G. Braibant et B. Stirn, *Le droit administratif français*, préc., p. 259 s. ; G. Dupuis, M.-J. Guédon et P. Chrétien, *Droit administratif*, préc., p. 88 s. & 137 s. ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, préc., n° 44 p. 51 & n°s 72 s. p. 72 s. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, préc., T. 1, n°s 75 s. p. 49 s. & n°s 120 s. p. 94 s. - Sur l'intégration des principes fondamentaux au bloc de constitutionnalité, cf. *Cons. const.*, 16 juill. 1971, déc. n° 71-44 DC : JO 18 juill. 1971, p. 7114. - Adde V. Bouvier, *Le Conseil constitutionnel et la coutume - Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : Droits 1986-3*, p. 87 s.

³ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1993, dir. A.-J. Arnaud, v° Coutume. - Comp. la force obligatoire variable qui caractérise l'usage, in *Vocabulaire juridique*, préc., v° Usage.

⁴ Ce qui a pu faire croire que la coutume accède à la vie juridique uniquement grâce aux instances juridictionnelles. - Cf. notamment E. Lambert, *Etude de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1903, *Première série Le régime successoral - Introduction - La fonction du droit civil comparé*, t. 1 *Les Conceptions étroites ou unilatérales*, p. 135 s., spéc. p. 137 pour une critique sociologique de l'élément psychologique dans la théorie romano-canonique de la coutume ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., n° 14 - Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 207 p. 228 & n° 231 p. 249, soulignant que « les phénomènes juridiques ne se réduisent pas à leurs manifestations contentieuses ».

⁵ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 135 p. 245, spéc. l'introduction au paragraphe ; G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n° 418 p. 73. - Adde B. Oppetit, *Droit et modernité*, préc., p. 41 s., sur « la survie de la coutume et du droit spontané ».

le pouvoir judiciaire puisque le résultat herméneutique n'est point arbitraire¹. Si « la coutume ordonne » en effet², c'est qu'elle seule permet d'englober la diversité des comportements acceptables en vertu de la relativité, tout en maintenant l'objectif de politique législative.

Section I : Une source coutumière

165. - Portalis avait proposé, dans son discours préliminaire à l'adoption du Code civil, de voir reconnaître la nécessité de s'en remettre à « un usage ancien, constant et bien établi » à défaut de texte précis³. Sa volonté n'est pas sans rappeler le Digeste qui affirmait déjà explicitement la fonction herméneutique de la coutume : « *optima enim est legum interpres consuetudo* »⁴. De prime abord, en effet, quand un doute s'élève sur le sens d'une notion relative, la manière dont elle est généralement exécutée peut constituer une interprétation pertinente. Cette option présente surtout l'avantage d'empêcher l'arbitraire judiciaire en offrant un fondement sérieux à la décision ; ainsi que le suggère Toullier, « le juge intègre met sa conscience à l'abri du remords et du danger de s'abandonner à sa propre raison », en prenant pour guide la coutume⁵.

166. - Au demeurant, le principe de légalité n'exclut pas forcément le recours à la coutume. Rares sont les ordres juridiques qui lui refusent une place ; ainsi, « malgré une intense activité législative et un régime autoritaire, dans lequel le prince gardait le chimérique espoir de tout réglementer », le Bas-Empire romain dut lui conférer autorité⁶. D'ailleurs, la loi du 30 ventôse an III - qui réunit les lois constitutives du Code civil⁷ - abrogea sans doute les coutumes locales et générales en vigueur sous l'Ancien Régime, mais essentiellement dans le but d'éviter tout conflit de lois pour les matières faisant l'objet de la codification. En somme, la formulation instantanée du droit par l'écrit se révèle parfaitement conciliable avec

¹ Cf. *Petit Robert*, préc., v° Subordonner, I.

² J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 123.

³ P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., t. I^{er} p. 471.

⁴ D. I. 3. 37 : « Lorsqu'on veut interpréter une loi, il est bon d'examiner d'abord quel a été sur cette matière l'usage du peuple dans les temps anciens : car la coutume est une excellente interprète des lois ». - Adde M. Merlin, *Rép. univ. et raisonné de jur.*, Paris, Garnery, 4^e éd. 1815, t. quatorzième, v° Usage, § II, I p. 323.

⁵ C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, Warée, 4^e éd. 1824, t. premier, n° 157 p. 125.

⁶ Sur quoi, J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1979, n° 68 p. 114-115.

⁷ Art. 7 : J. B. Duverger, préc.

un processus de création plus progressif¹. Cette idée n'est pas sans évoquer la distinction proposée par l'économiste autrichien Hayek entre deux ordres, l'un construit (ou « *Taxis* »), l'autre auto-généré (ou « *Kosmos* »)². Pour sa part, le doyen Duguit soulignait que, « à côté de l'expression législative du droit, la coutume continue à jouer un rôle important et beaucoup de règles coutumières viennent se superposer aux règles législatives. Il se produit entre la loi écrite et la règle coutumière une série d'actions et de réactions »³. Dans cet esprit se pose néanmoins la question de savoir si la volonté individuelle peut contribuer à aménager les frontières de la normalité juridique. De fait, c'est admettre qu'une simple pratique, plus ou moins généralisée et répétée, finisse par donner naissance à une véritable règle de droit, venant compléter le texte des notions relatives, substantiellement insuffisant. Cette concomitance de deux règles pour un même objet amène inévitablement à discuter leur rapport de forces. Pourtant, le problème semble ainsi mal engagé, car demander si des comportements sociaux sont susceptibles d'établir une source du droit, c'est plutôt rechercher s'ils apparaissent à tout litigant comme légitimant l'intervention du pouvoir judiciaire pour en sanctionner la violation⁴. Que la coutume puisse naturellement varier dans le temps et l'espace n'implique certainement pas que celle retenue *hic et nunc* par le juge soit une affabulation ; elle doit, par conséquent, reposer sur des fondements sérieux. Continuellement changeante dans ses manifestations, la coutume reste cependant identique sur le fond, c'est-à-dire habile à inspirer un sentiment de justice⁵.

¹ Comp., critiquant un principe d'incompatibilité entre l'existence d'une coutume et la notion de rigidité constitutionnelle, M. Troper, *Nécessité fait loi - Réflexions sur la coutume constitutionnelle*, in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, éd. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 309 s.

² F. A. Hayek, *Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, vol. I : Règles et ordre, Paris, PUF, 3^e éd. 1992, coll. Libre échange, chap. 2 p. 41 s. & chap. 4 p. 87 s.

³ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3^e éd. 1927, t. premier : *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, § 64 p. 689.

⁴ Rappr. *ibid.*, § 16 p. 153 s.

⁵ *Ibid.*, § 11 p. 121 s. ; *adde* § 14 p. 155 *in fine* : « si la coutume constitue une règle obligatoire, (...) ce n'est pas parce qu'elle est une source du droit, mais simplement parce que les procédés qui résultent de l'usage ont pour but et pour effet de sanctionner une norme juridique qui est obligatoire pour elle-même ».

167. - La coutume assure ainsi le passage de la loi formelle à un droit matériel¹, en en précisant les conditions de mise en œuvre : les notions relatives ont besoin de la coutume pour être effectives et devenir réellement une règle de droit. Finalement, si elle apparaît comme le complément nécessaire des notions relatives, c'est qu'elle épouse intimement leur nature, à la fois purement comportementale et essentiellement normative. Pour reprendre une formule du doyen Génay, elle représente « un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique »². Aussi ce double aspect impose-t-il qu'à la réception sociale de la coutume (§ 1) se greffe sa réception judiciaire (§ 2).

§ 1 : Réception sociale de la coutume

168. - N'est-ce pas donner « une base singulièrement fragile au droit que de le fonder uniquement sur le sentiment de la masse des esprits »³ ? Pourtant, la formation par l'usage de règles s'imposant au justiciable ne peut être que difficilement niée. Sans doute est-ce dans la crainte d'une sanction obligatoire que la coutume présente une différence notable avec tout autre précepte moral, théologique ou de bienséance⁴. En somme, l'interprétation des notions relatives par une source coutumière se révèle pertinente du seul fait que cette dernière contribue à sécréter dans la société civile une régulation des rapports sociaux. Le professeur Jestaz propose ainsi une vision très ouverte du système juridique, au sens où serait « droit ce que le groupe social s'accorde à traiter comme tel »⁵. La norme juridique ne saurait dès lors être confondue toute entière avec un ordre hégémonique, édicté et imposé par l'Etat : elle laisse place à un droit spontané⁶. Comme le remarque Génay, « l'usage (...)

¹ Sur la distinction des lois aux sens matériel et formel, cf. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Loi, I, 1 & 6 ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Loi, I & 3 ; G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, section I, p. 479-480 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 244 p. 205-206 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 5 p. 13 s.

² F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. premier, n° 110 p. 320.

³ L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 11 p. 118, et p. 118 s. sur la réfutation de cette objection.

⁴ Sur quoi, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 6 s. p. 7 s. & n°s 58 s. p. 24 s. ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., n°s 30 s. p. 42 s. - Pour quelques nuances, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 10 s. p. 11 s.

⁵ Ph. Jestaz, *Le droit*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 2010, coll. Connaissance du droit, p. 26, à propos de la contrainte comme élément quasi indispensable du droit.

⁶ F. A. von Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. I, préc., chap. 2, *passim* ; P. Deumier, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, coll. Recherches Juridiques, 477 p. - Adde L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 12 p. 128 ; *L'Etat - le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, préface F. Moderne, § V p. 560 s. - M. Djuvara, *Quelques considérations sur la nature des sources et sur la formation du droit positif*, préc., *passim*.

suppose (...) une série d'actes ou de faits, parfois même, mais plus rarement, d'omissions, de nature à constituer un rapport bien défini de la vie sociale, et susceptible en même temps d'une sanction juridique »¹, parce que sa violation engendre le sentiment de briser un certain équilibre². Mais, d'un point de vue théorique, l'évidence de l'*animus (I)* semble contrariée par l'imprécision du *corpus (II)* : l'absence de formalisation textuelle laisse planer un doute sur la teneur de la coutume ; ses fluctuations spatiales et temporelles démontrent à elles seules qu'elle est différemment comprise dans la société³.

I - Evidence de l'*animus*

169. - « Donner et retenir ne vaut » : cet adage, bien qu'attaché au droit des libéralités⁴, pourrait trouver une application fort inattendue à l'endroit de la coutume ! Celle-ci devrait, en effet, apparaître comme une source définitivement tarie depuis que la Révolution a résolu de confier le pouvoir législatif aux seuls représentants élus de la nation⁵ ; le contraire anéantirait cette exclusivité, soit que les parlementaires délèguent à nouveau leur mission constitutionnelle, soit que la population y participe parallèlement⁶. Le domaine de la coutume devrait, par conséquent, être regardé comme restreint à celui que la loi ne régit point. Néanmoins, le Code civil n'hésite pas à renvoyer expressément à l'usage à maintes reprises ; comme le note Capitant, « la coutume doit conserver sa force génératrice, car, fondée sur la volonté de ceux qui l'adoptent, créée et acceptée par les intéressés eux-mêmes comme étant la règle qui s'adapte le mieux à une situation

¹ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. premier, préc., n° 119 p. 357.

² Le doyen Duguit montre qu'il ressort plus d'une croyance en l'idée de justice que de la conformité à un droit prétendument supérieur, in *La règle de droit - Le problème de l'État*, préc., § 11 p. 118-119.

³ Rappr. *ibid.*, p. 117 : « on ne peut point indiquer un critérium constant, mais seulement un critérium perpétuellement changeant, cependant toujours perceptible ».

⁴ Rappr. C. civ., art. 894. - *Adages du droit français*, préc., v° Donner et retenir ne vaut, n° 101 p. 177 s. - Sur l'irrévocabilité des donations en dehors du mariage, cf. M. Grimaldi, *Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants*, Paris, Litec, 2000, n°s 1208 s. p. 151 s. ; J. Maury, *Successions et libéralités*, Paris, Litec, 3^e éd. 2002, coll. Juris classeur Objectif droit, n°s 321 s. p. 186 s. ; F. Terré et Y. Lequette, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1997, coll. Précis dr. priv., n°s 428 s. p. 350 s. ; Ph. Malaurie, *Les successions, Les libéralités*, préc., n°s 430 s. p. 223 s.

⁵ Const. 4 oct. 1958, art. 3 al. 1^{er} ; Décl. dr. de l'homme et du citoyen, art. 6.

⁶ Hormis le cas du référendum où elle remplace les assemblées - sans donc faire double emploi ; cf. Const. 4 oct. 1958, art. 3 al. 1^{er}, 11, 72-1 & 89. - Pour une réfutation de l'objection tirée du principe de souveraineté nationale, cf. A. Lebrun, *La coutume, Ses sources - son autorité en droit privé, Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Université de Caen, Paris, LGDJ, 1932, n°s 363 s. p. 386 s.

déterminée, elle trouve sa justification dans son origine »¹. A ce titre, le Parlement semble reconnaître la coutume comme l'indispensable supplément des notions relatives, en en faisant ainsi une source *intra legem* (1) ; du même coup, il admet préalablement qu'elle repose sur la conscience d'un devoir juridique (2), « la conscience claire et unanime du peuple »².

I. Source *intra legem*

170. - Toute la difficulté d'accepter la coutume comme source du droit à part entière tient, en fait, à l'absence d'un énoncé exprès, au moins sous la forme des anciens coutumiers³. La loi, elle, tire sa force de la volonté étatique, assortie d'une puissance publique contraignante. Aussi l'idée - importée de Grèce par les rhéteurs romains⁴ - de ramener la coutume à une loi tacite n'enlève-t-elle rien à cette apparente commodité d'une matérialisation, d'un support textuel tangible⁵. Cette solution conduit à ne faire de la coutume qu'une source indirecte, comme si elle requérait un vecteur pour sa consécration effective⁶. Ainsi ne deviendrait-elle une règle de droit que pour autant qu'elle soit utilisée par

¹ H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil - Notions générales*, Paris, E. Pedone, 5^e éd. 1929, n° 17 p. 47, où l'auteur conclut que « loi et coutume sont deux modes de production différents, inassimilables ».

² L. Duguit, *L'Etat - le droit objectif et la loi positive*, préc., § IV p. 557. - Rappr. C. B. M. Toullier, *Le droit civil français*, t. 1^{er}, préc., n° 159 p. 127 : « l'usage tire sa force du consentement tacite ou présumé du peuple et du législateur ».

³ Sur quoi, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 47 p. 49 & n° 203 p. 224 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 431 p. 170, montrant que la rédaction remédiait à l'incertitude des dispositions et à l'insécurité en résultant. - Br. Basdevant-Gaudemet et J. Gaudemet, *Introduction historique au droit - XII^e - XX^e siècles*, Paris, LGDJ, 2000, coll. manuel, n°s 58-59 p. 73 s. & n°s 260 s. p. 249 s. ; A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Précis dr. publ. sc. politique, n°s 429 s. p. 145 s. ; J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, coll. Droit fondamental - Droit politique et théorique, n° 67 p. 121 s. & n°s 127 s. p. 220 s. - Adde Centre d'Histoire et d'Ethnologie juridiques, *La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent*, Université Libre de Bruxelles, Ed. de l'Institut de Sociologie, 1962, dir. J. Gilissen, 339 p. ; spéc. R. Filhol, *La rédaction des coutumes en France aux XV^e et XVI^e siècles*, p. 63 s.

⁴ Sur quoi, J. Gaudemet, *Coutume et raison en droit romain. A propos de C. J. 8, 52, 2* : R. histoire dr. 1938, p. 141 s.

⁵ Comp. l'écueil sur lequel a pu un temps achercher le développement de la photographie numérique, in M. Alberganti, *Impalpable image numérique* : Le Monde, jeudi 9 sept. 2004, où le journaliste explique que « certains amateurs abandonnent rapidement leur appareil électronique (...) pour retourner vers le bon vieux 24 x 36 argentique, au motif que l'image électronique "n'existe pas". Plus philosophique que technologique, ce revirement (...) accuse la photo numérique d'en rester au stade du projet, de l'intention, quand l'argentique induisait un acte définitif » (p. 1) : « la lumière impressionne irrémédiablement la pellicule sensible. Lorsqu'elle touche les composants électroniques (...), elle n'engendre qu'une série de valeurs numériques binaires qui peuvent s'effacer » (p. 24), donnant « l'illusion d'un droit à l'erreur » (*ibid.*).

⁶ En ce sens, Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 4. - Rappr. J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, préc., p. 37, 41 & 43, avec les réf.

les magistrats¹. A dire vrai, l'étendue de leurs pouvoirs plaide plutôt en sens contraire, conformément à l'article 5 du Code civil : c'est en raison de sa qualité de norme qu'elle fonde la décision de justice et justifie l'interprétation des notions relatives. Sous peine, en effet, d'être instaurée postérieurement à l'introduction de l'instance, la règle est nécessairement parfaite avant l'intervention du juge. Ce dernier en concrétise peut-être le sens et la réalité, mais il n'en devient pas pour autant l'instigateur ; d'ailleurs, un événement juridique ne se réduit pas à sa manifestation contentieuse et la coutume peut parfaitement prospérer sans le soutien d'un procès. En la matière, la sentence est déclarative et non constitutive, en ce sens que le plaideur vient faire reconnaître un droit subjectif, et non un droit objectif, parce qu'il l'estime fidèle à une règle préexistante². De la même manière, d'aucuns pourraient prétendre que la coutume acquiert sa valeur juridique seulement grâce aux notions relatives qui la sous-tendent³. A l'inverse, là encore, le Parlement choisit délibérément qu'elle soit judiciairement sanctionnée, mais elle reste intrinsèquement impérative ; pour paraphraser Duguit, le pouvoir législatif convient que, derrière les notions relatives, une règle de droit existe déjà et qu'elle en constitue l'essence même⁴. « De même les Droits de l'Homme sont-ils déclarés car il s'agit bien, dans l'idéologie de la Constituante, de reconnaître des droits existant depuis toujours puisqu'ils sont inhérents à la nature humaine », remarque Jean Barbey⁵. La relativité n'a donc pas pour vocation d'assurer la

¹ En ce sens, E. Lambert, *Etudes de droit commun*, préc., t. I, p. 135 s. & p. 802 : la jurisprudence est « l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit » ; Ch. Feddal, *La coutume : fait moral et source du droit* : Gaz. Pal. 1997, I, doctr. p. 230, II B. - Rapp. J. Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, préc., n° 20 p. 427-428 ; J. Ghestin, *Les données positives du droit* : RTD civ. 2002, p. 16 n° 14. - Comp. A. Tunc, *Coutume et « common law »*, précisant l'incidence durable d'un énoncé erroné dans un système de précédent judiciaire, préc., p. 55 ; E. Géraud-Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, in Centre de recherches administratives et politiques, *Les bonnes mœurs*, préc., II p. 70 s., spéc. p. 74 s.

² L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 15 p. 164 (où l'auteur souligne aussi « que les décisions du juge soient appliquées sans résistance, que la masse des individus s'incline devant elles, cela est la preuve qu'elles sont conformes à la vraie norme juridique ») & § 64 p. 688.

³ J. Bonnet, *La notion juridique de bonnes mœurs*, préc., *passim* ; J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, préc., n° 21 p. 5 ; G. Teboul, *Logique de compétence et logique de validation - Coutume et source formelle de droit* : RD publ. 1993, p. 940 s. ; J.-S. Navarro, *Standards et règles de droit*, préc., spéc. n° I p. 834. - Comp., en droits suisse et japonais, la subsidiarité de la coutume : G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, LGDJ, 2007, coll. Manuel, n° 572 p. 273-274 & n° 586 p. 280 s. ; C. Armarelle, *Droit suisse*, Le Mont-sur-Lausanne, LEP, 2008, coll. Mix et Remix, p. 14 ; Y. Leroi et M. Bernadette Schoenenberger, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich-Bruxelles-Paris, Schulthess-Bruylant-LGDJ, 2^e éd. 2009, *passim* ; T. Taniguchi, *La loi et la coutume au Japon*, in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 571 s.

⁴ L. Duguit, *L'Etat - le droit objectif et la loi positive*, préc., p. 552.

⁵ Genèse et consécration des lois fondamentales : Droits 1986-3, p. 84. - Rapp. L. Duguit *L'Etat - le droit objectif et la loi positive*, préc. p. 554.

promotion de la coutume dans la hiérarchie normative ; cette source empirique parachève plutôt leur interprétation et facilite ainsi leur mise en œuvre judiciaire¹. A la différence d'un décret d'application qui reste sous l'étroite sujétion des dispositions législatives qu'il complète, le droit coutumier existe indépendamment des notions relatives. En conclusion, ces dernières apparaissent comme le moyen technique utilisé par le législateur de constater et d'accepter une pratique sociale qu'il juge pertinente pour parvenir à ses fins politiques.

2. Conscience d'un devoir juridique

171. - En recourant à la relativité, le Parlement se repose sur une conduite populaire qu'il n'a point provoquée. A elle seule, cette spontanéité dans l'émergence d'une règle est cependant insuffisante. Un fait ne saurait certainement pouvoir engendrer une norme juridique. En comparaison, les conventions n'engagent que ceux qui les ont formées, sans préjudicier aux tiers (C. civ., art. 1134 al. 1^{er} & 1165). La coutume, quant à elle, s'impose au-delà du seul rapport juridique concerné, non qu'elle soit simplement opposable comme un fait, mais bien parce qu'elle constitue une source d'obligation *erga omnes*². Malgré des nuances tenant à l'espace et au temps, elle est globalement suivie dans la société. En somme, ce qui importe essentiellement pour caractériser une coutume, c'est qu'elle se forme et se maintienne, par une sorte de « soumission résignée »³, sans aucune contradiction de la part de ceux qui auraient quelque intérêt à la contester. Ainsi, plus que son origine, est-ce la conscience de devoir y obéir qui caractérise la coutume⁴ : le justiciable agit devant les tribunaux parce qu'il a l'impression qu'existe un droit en sa faveur, quand bien même il ne figure explicitement dans aucun texte de droit positif⁵. Même si Merlin ne le mentionnait pas parmi ses éléments constitutifs⁶, la doctrine ne parvient pas à se dispenser d'un élément

¹ Rappr. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., p. 299.

² Pour reprendre la terminologie de l'article 1134 du Code civil, elle tient « lieu de loi ». - J. Hauser, *Les contrats*, préc., p. 111 s., spéc. p. 115 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., nos 458 s. p. 444 s., spéc. n° 465 p. 449-450.

³ J. Combacau, *La Coutume - Ouverture : De la régularité à la règle* : Droits 1986-3, p. 10. - Adde L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 11 p. 123-124 ; F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1^{er}, préc., n° 119 p. 358.

⁴ Rappr. A. Tunc, *Coutume et « common law »*, préc., p. 59.

⁵ Rappr. F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1^{er}, préc., n° 119 p. 363, récusant Savigny en se fondant sur le sentiment que les litigants « agissent, en vertu d'une règle non exprimée, s'imposant à eux comme règle de droit objectif ».

⁶ *Rép. univ. et raisonné de jur.*, préc., v° Usage, § I, III p. 321-322.

d'ordre psychologique¹ ; Gény conçoit ainsi l'*opinio juris* comme une croyance de ceux qui s'attachent dans la coutume à son caractère obligatoire : « les actes composant cet usage n'ont d'effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective »². Une telle définition ramène l'essentiel de cette norme empirique à « un phénomène d'opinion publique »³, c'est-à-dire à la reproduction d'un comportement déjà observé pour des situations similaires. Surtout, elle soulève l'insoluble question du premier acte en date, et donc celle de savoir pourquoi et comment cette conviction de nécessité a pu se figer à un instant donné⁴. Pour sortir de cette impasse théorique, mieux vaut-il sans doute convenir que « l'*opinio iuris* n'est pas produite par la répétition d'un fait, c'est elle qui fonde la répétition »⁵. Le sentiment d'une obligation normative prévaut donc sur l'identité de causes concrètes⁶. Ainsi s'opère un véritable renversement de la pensée classique : ce n'est point en raison d'une application généralisée que le justiciable respecte la coutume par mimétisme, mais c'est bien plutôt parce qu'il se sent intimement obligé que le règlement de relations juridiques comparables est relativement unifié. Autrement dit, la conscience d'un devoir juridique s'élabore dans le for intérieur de l'individu, sans être le fruit d'un consensus

¹ Sur quoi, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 207 p. 225-226 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., nos 545-546 p. 504-505 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 906-907 p. 340-341.

² F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1^{er}, préc., n° 119 p. 361. - *Adde Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Opinio necessitatis*.

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 18.

⁴ Cf. P. Amserek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, coll. Bibliothèque philo. dr. n° 2, p. 167. - Rappr. D. Lévy, De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 81 s. ; Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel, in *Mélanges offerts à Marcel Waline - Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. I, p. 39 s., spéc. p. 43.

⁵ V. Bouvier, *Le Conseil constitutionnel et la coutume*, préc., p. 94. - *Contra* H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, préc., n° 14 p. 42 : « La règle de droit tire son autorité de la conviction qui se forme peu à peu dans les esprits, à la suite de la répétition constante des mêmes situations, que cette règle doit nécessairement s'appliquer, lorsque la même opération, le même événement se reproduisent. (...) D'abord établi, adopté par quelques uns (...), il se généralise, il est accepté par tous ceux entre lesquels le même rapport se reproduit, et ainsi, dans l'esprit de tous, il acquiert la force d'une règle abstraite » ; avec quelques nuances, E.-H. Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* : RTD civ. 1911, p. 229-230 (« A force de voir les mêmes actes se répéter indéfiniment de la même façon, la grande masse ne conçoit pas les relations sociales autrement qu'elle les a vues fonctionner, et compte absolument que leur cycle se déroulera toujours dans le même sens. En un mot nos sentiments instinctifs nous portent à suivre constamment nos habitudes »), & p. 233.

⁶ Rappr. V. Bouvier, *Le Conseil constitutionnel et la coutume*, préc., p. 96 : « la répétition, élément matériel, n'a qu'une valeur indicative. Elle réaffirme le caractère obligatoire de la règle et ne constitue pas en elle-même une condition de validité ».

populaire¹. Mais une telle conclusion présente le risque évident d'une dispersion quant au corpus de la coutume.

II - Imprécision du corpus

172. - Puisque juge et loi ne font que sanctionner et se rallier à la coutume, la question de son contenu reste entière² ; le premier ne saurait se satisfaire d'asseoir sa décision sur un vague sentiment de justice. Le principe de légalité invite, effectivement, à spécifier ses éléments, car, en définitive, la création d'une règle équivaut toujours à reconnaître que tel type de comportements est plus admissible qu'un autre. Le doyen Gény note qu' « il serait assurément fort simple de comprendre, sous le nom de droit coutumier, toute formation de règles juridiques s'opérant en dehors de la loi écrite »³ ! Mais cette approche négative élude complètement les conditions que réclame cette norme pour s'imposer comme source formelle du droit positif. De plus, la doctrine se contente de considérations générales qui se révèlent très éloignées des préoccupations de la pratique judiciaire⁴. Toutefois, en prétendant parvenir à dégager une meilleure solution, une analyse plus consciencieuse des faits sociaux se heurte au besoin d'opérer une synthèse⁵. Or, tout prendre en compte relève non seulement de la gageure pour le juge, mais reviendrait surtout à considérer n'importe quels agissements, contrairement à la nature même de la coutume ; aussi n'y aurait-il jamais aucune sanction, puisque ces agissements se fondraient tous en une espèce d'amalgame confus présentant plus un état des lieux sociologique qu'une référence normative. Cette première branche infructueuse de l'alternative accule donc à se replier sur une sélection. Là aussi, divers moyens s'offrent au pouvoir judiciaire, ce qui revient à lui conférer implicitement un rôle prépondérant dans l'admission d'une coutume.

¹ En ce sens, cf. J. Carbonnier, *La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume*, in *Flexible droit*, préc., p. 118 s. - Adde L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 13 p. 145 s., spéc. la critique de l'École historique allemande sur la notion de collectivité personnifiée, et la réf. à Zitelmann.

² J. Combacau, *De la régularité à la règle*, préc., spéc. p. 5 s.

³ In *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1^{er}, préc., n° 110 p. 319.

⁴ Adde, *ibid.*, malgré la critique formulée, n° 119 p. 355 s. - J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 17-18 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., nos 206-207 p. 226 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., nos 544-545 p. 503-504 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 903 s. p. 340-341.

⁵ Comp. la discussion suscitée par la réforme du Code civil polonais, en 1964, qui élimina des expressions comme les « bonnes mœurs », pour introduire un critère de concordance aux « règles de la vie en société », les juristes se débattant entre doctrine morale, avant-garde ou majorité sociale, in Z. Ziembinski, *Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes*, préc., p. 900.

173. - Le magistrat peut se borner à réaliser un jugement intrinsèque, c'est-à-dire en appréhendant la relativité de manière absolument contingente au litige. En effet, comme la norme se révèle essentiellement empirique, elle semblerait d'autant mieux adaptée que les faits sociaux utiles à son élaboration seraient issus spécifiquement de l'instance en cause¹. Aussi la définition des notions relatives ne serait-elle concevable qu'après que les parties auraient pu exposer leurs prétentions respectives (d'où l'intérêt de respecter strictement le principe du contradictoire proclamé aux articles 14 et suivants du Code de procédure civile²). Dans la mesure où le contenu de la relativité s'établit au cours de chaque procès, le juge est relégué dans un rôle tenant à la fois du conciliateur (l'accord émanant des parties), du médiateur (étant donné qu'il s'investit dans ce rapprochement) et de l'arbitre (pour imposer la décision), sans véritablement s'apparenter à un magistrat (puisque'il n'est pas maître de la règle de droit)³. Assez proche d'une procédure accusatoire à l'état pur⁴, ce jugement interne aboutit à quelque absurdité : le contentieux basculerait inévitablement sous l'influence du plus persuasif⁵ ; en matière gracieuse, cela reviendrait à retenir l'approche qui sied le plus aux intérêts du requérant, encore que le ministère public puisse faire œuvre modératrice⁶. Pareillement, abandonner la relativité aux litigants connaît une limite dans l'atteinte à d'autres dispositions : par exemple, les « motifs graves » autorisant une dispense d'âge (C. civ., art. 145) ne peuvent anéantir les empêchements dirimants au mariage, notamment parce que la prohibition de l'inceste est un « principe fondateur du droit de la

¹ Sur la norme comme une conciliation d'intérêts, cf. J. Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, préc., n° 15 p. 424-425 & n° 29 p. 433-434 ; Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95, p. 33-34.

² Sur le débat sémantique entre principes du contradictoire et de la contradiction, cf. L. Miniato, *Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ?*, préc.

³ *Vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Conciliateur, Arbitre & Médiation ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Conciliation & Médiateur (Proc. gén.) ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^{js} Conciliation & Médiation (Pr. civ.). - Adde E. Pattaro, *Interprétation et science juridique*, préc., n° 2 p. 105 s.

⁴ *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Accusatoire ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^o Procédure accusatoire ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^o Accusatoire. - L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 1100 s. p. 469 s. ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 245 s. p. 183 s. ; P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 215 s. p. 105 s. ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 522 p. 484, a, & n°s 534 s. p. 504 s. ; G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n°s 97 s. p. 437 s. (relativement à l'instance et à la matière du litige) ; H. Croze et Ch. Morel, *Procédure civile*, préc., n°s 160 s. p. 166 s.

⁵ La Fontaine n'a-t-il pas écrit que « la raison du plus fort est toujours la meilleure », in *Fables*, préc., Livre I, Fable X : *Le loup et l'agneau*, p. 62 ? - Rapp. P. Amselek, *Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit*, in *Le doute et le droit*, préc., p. 71-72.

⁶ C. proc. civ., art. 798 et 800 (TGI) & 421 s.

famille »¹ ; la « violation grave ou renouvelée » des obligations matrimoniales, justifiant le divorce pour faute (art. 242), ne saurait passer pour un manquement extrême en raison d'une conception originale d'un de ces devoirs² ; à l'inverse, les « motifs légitimes » de refuser une expertise biologique conforte l'impossibilité de renverser un titre d'enfant naturel ou légitime conforme à la possession d'état³. Or, l'idée même de norme suppose un jugement de valeur⁴, en conséquence de quoi elle doit forcément être détachée du cadre propre au litige pour demeurer pertinente. Sinon, « ce serait confondre le droit avec le fait, méconnaître l'importance des valeurs, le respect des minorités, la recherche du raisonnable »⁵. La coutume a beau être variable par nature, elle n'en conserve pas moins une vocation universelle, à l'instar de toute règle juridique : sauf à prétendre régir un unique procès, cette référence doit être socialement transversale.

174. - Si l'adoption d'une loi (au sens formel) manifeste « la magie de la majorité » (qui, en s'exprimant, « dit forcément juste »)⁶, l'affirmation apparaît beaucoup moins évidente à l'endroit d'une norme empirique. L'une comme l'autre reflète la volonté du peuple⁷, mais seule la première naît dans le champ clos d'une assemblée dont l'effectif est prédéterminé : tout scrutin aboutit à une proportion que le principe démocratique d'un régime parlementaire représentatif appelle à respecter⁸. Mais ce dernier est plus diffus

¹ A. Bateur, *L'Interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille* : RTD civ. 2000, p. 759.

² Rappr. spéc. J.-M. Bruguière, *Le devoir conjugal - Philosophie du code et morale du juge* : D. 2000, chron. p. 10 s. passim.

³ Art. 320 & 333. - Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000, préc. - Rappr. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1979 (Cts W.-L. c/ W.-L.), évinçant une loi belge édictant l'imprescriptibilité des actions en contestation d'état, comme contraire à l'ordre public international français : Gaz. Pal. 1980, 2, p. 764, note approbative J. M. - *Contra*, dans le cas d'une supposition d'enfant, Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005 : D. 2006, pan. p. 1202-1203 n° 1, obs. H. Gaumont-Prat ; RTD civ. 2005, p. 582 n° 15, obs. J. Hauser.

⁴ Sur quoi, cf. spéc. C. Cossio, *La norme et l'impératif chez Husserl - Notes analytiques pour en faire l'étude*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 145 s. - J. Parain-Vial, *La nature du concept juridique et la logique* : Arch. philo. dr. 1966, t. 11 : *la logique du droit*, p. 45 s. - Adde M. Delmas-Marty, *Les standards en droit criminel* : RRJ 1988, p. 1020.

⁵ R. Legros, *Les notions à contenu variable en droit pénal*, préc., n° 12 p. 26. - Rappr. G. Lebreton, *Y a-t-il un progrès du droit ?*, préc., I B 2 p. 101.

⁶ M.-A. Frison-Roche, *La procédure injuste*, préc., p. 79.

⁷ Sur quoi, R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale, Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Economica, 1984, coll. « Classiques » Série politique et constitutionnelle, 228 p.

⁸ Const. 4 oct. 1958, art. 3, sous réserve d'une adoption par le biais de l'article 49 al. 3 ; Décl. dr. homme et du citoyen, art. 6. - Adde G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 35 p. 94 s.

relativement à la coutume¹, car le plus grand nombre repose ici essentiellement sur l'opinion publique. Sans doute la théorie juridique retient-elle assez couramment comme prémisse des présomptions ce qui se réalise le plus fréquemment² et le Digeste encourageait même à « toujours avoir égard dans l'interprétation des choses obscures (...) à ce qui, le plus souvent, a coutume de se produire »³. Mais la loi s'appuie sur le *plerumque fit* dans des domaines essentiellement matériels⁴ et non d'ordre irrationnel (comme les bonnes mœurs ou le bon père de famille). Nul ne peut néanmoins soutenir que, en l'occurrence, une telle norme resterait alors spontanée : l'économiste et démographe Alfred Sauvy montra combien cette opinion publique est provoquée, orchestrée par les médias, les chefs religieux, politiques ou syndicaux⁵ ; d'autres à sa suite ont carrément nié son existence⁶, confortant ainsi l'idée que restreindre l'interprétation du droit à l'opinion publique reviendrait à photographier un ectoplasme ! Surtout, quoi qu'en disent les dictionnaires selon le professeur Stéphane Rials⁷, là où la législation s'impose et bénéficie potentiellement à tous, la

¹ Comp. le *consensus omnium* en droit international public, in Pr. Weil, *Vers une normativité relative en droit international ?* : RGDI publ. 1982, n^{os} 29 s. p. 34 s. & n^o 40 p. 42 s. - Rappr. l'idée d'équilibre entre intérêts divergents, in A. Yokaris, *L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues*, préc., p. 930 & 935.

² *Adages du droit français*, préc., n^o 335 p. 666-667, v^o *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* ; rappr. *ibid.*, v^o *Ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones*. - *Vocabulaire juridique*, préc., v^o *Plerumque fit* ; *Locutions latines du droit français*, préc., v^o *Plerumque fit*.

³ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Semper in obscuris inspicere debet quod verisimile est aut quod plerumque fieri solet* : en cas d'obscurité, il faut toujours considérer ce qui est vraisemblable ou ce qui, le plus souvent, a coutume de se produire.

⁴ Par exemple : présomption de paternité (C. civ., art. 312), durée de gestation (art. 311), mort en matière de disparition (art. 88), propriété immobilière des constructions et plantations (art. 553).

⁵ *Le pouvoir et l'opinion : essai de psychologie politique et sociale*, Paris, Payot, 1949, coll. Bibliothèque politique et économique, spéc. n^o 7 p. 39. - Adde M. Druon, *A propos des sondages* : Le Monde, mardi 5, p. 1 et 8 (I. - *Une manipulation de l'opinion*) & mercredi 6 sept. 1972, p. 7 (II. - *Une pollution de la démocratie*). - Rappr. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n^o 36 p. 96 s. - En dépit d'un discours officiel niant toute différenciation sociale, ce sont bien « la morale, les goûts et les modes de vie de l'élite culturelle dominants qui servent d'étalon », notent F. Ost et M. Van de Kerchove, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., v^o *Mœurs (Bonnes)*, n^o 5 p. 382. - Rappr. D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, préc., p. 16-17 et les réf. ; M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur des standards*, préc., p. 1138 s. et les réf. - Comp. l'incidence d'une conception prépondérante du couple dans le refus d'y assimiler le concubinage homosexuel, in *CJCE*, 17 févr. 1998, préc., p. 373.

⁶ P. Bourdieu critiquant radicalement les sondages, *L'opinion publique n'existe pas*, in *Questions de sociologie*, Paris, Ed. de Minuit, 1984, p. 222 s.

⁷ *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n^o 72 p. 61 : « la normalité est le commun dénominateur de tous les standards (...) dans toute la polysémie du terme (...), car la normalité, c'est à la fois (...) ce qui sert de règle et de modèle et ce qui est dépourvu de tout caractère exceptionnel, ce qui est conforme au type le plus fréquent » ; *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 44. - Rappr. A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit*, préc., p. 248 et les réf.

coutume manquerait sa fonction d'être une règle abstraite et générale si elle reflétait exclusivement une majorité - la protection de certains s'en trouvant conséquemment amenuisée¹. Dès lors, le raisonnement inductif pourrait être enclin à rechercher une simple moyenne entre les différents comportements observés, quasiment arithmétique, mais là encore dénuée de toute ambition qualitative². De plus, que vaudrait pareil compromis dans lequel peu de justiciables se reconnaîtraient ? Sous couvert de généralité, le risque serait donc grand de déboucher sur un droit incompris, autrement dit sur un jugement inéquitable à leurs yeux³. Par conséquent, la logique tendrait à se rabattre sur le plus petit commun dénominateur social⁴. Tout en ayant le mérite d'être globale et non-fragmentaire, une telle norme démontrerait à l'envi que le Parlement abdique toute prétention de modèle exemplaire⁵. De fait, la norme de référence semble bien loin d'être ce vecteur d'idéaux revendiqué par nombre d'auteurs⁶, pour seulement répondre aux « besoins et intérêts

¹ Comp. C. Nourissat, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?* : D. 2000, chron. p. 369 s., spéc. n° 1 p. 369.

² D. Lochak, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs - Puissance et impuissance de la norme juridique*, in *Les bonnes mœurs*, préc., p. 45 s., concluant que « le jugement n'est plus qu'un simulacre d'application d'une règle de droit dépourvue de toute substance juridique, de toute normativité propre » (p. 53). - Rapp. le rapport entre morale et moyenne sociologique, in R. Lenoir, *Mœurs, morale et droit chez Durkheim* : Droits 1994 n° 19, p. 26 s. ; F. Senn, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, préc., p. 54 s., spéc. la référence à la préparation du Code civil allemand. - Comp. la détermination du prix abusif, in A. Brunet et A. Ghazi, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat* : D. 1998, chron. p. 7 n° 22 s.

³ Contra P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, préc., n° 20 p. 596.

⁴ Comp. l'idée de consensus social dans l'élaboration du droit, in B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire* : D. 1996, chron. p. 284 (I 2), à propos de la décision du Conseil constitutionnel sur les lois bioéthiques de 1994 ; N. J. Mazen, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain*, préc., p. 1159 & 1162 ; A.-G. Slama, *Le nouvel ordre juridique « moral »* : Droits 1994 n° 19, p. 39-40.

⁵ Comp. Ph. Malaurie, note sous *CE, 9 oct. 1996 (Dpt de Paris) & Cons. const., 30 déc. 1996*, préc., spéc. in fine p. 119 ; adde concl. Ch. Maugué : JCP 1997, éd. G, II, 22766 p.36 ; R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, préc., spéc. p. 76 s. & p. 91. - Rapp. le refus de confondre le bon père de famille avec un consommateur (en raison de sa sur-protection en tant que personne vulnérable), in *CA Bourges, 5 oct. 1998 (SPRL Postina International c/ Mme Maoulane)* : JCP 1999, éd. G, IV, 2473 p. 1547. - Adde la distinction entre standards dogmatiques et descriptifs, in St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 102 s. p. 130 s. ; & *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 44. - Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., n° 5 s. p. 876 s.

⁶ P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, Paris, PUF, 1968, t. III : *le droit familial*, p. 33 s. - A. Jeanmeaud, *La règle de droit comme modèle*, préc., et les réf., spéc. n° 4 p. 200 ; Cl. Haroche et A. Montoia, *Former et réformer les mœurs : une question morale et politique*, in *Les bonnes mœurs*, préc., p. 191 s., *passim* ; aux Etats-Unis, R. Pound, in F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 357 ; H. Lécuyer, *La notion juridique de couple*, préc., I B p. 63-64.

propres de ses destinataires »¹. Au demeurant, une partie de la doctrine s'inquiète même que, en droit de la famille, la législation s'aligne sur une minorité, voire sur une frange marginale revendicatrice, « de sorte que la légitimité des choix opérés par le législateur est devenue contestable, tant est grande l'inversion des règles logiques »². A l'opposé pourtant, faire reposer les notions relatives sur une perfection philosophique conduit à une impasse au plan judiciaire : les magistrats tomberaient systématiquement en voie de condamnation, aucun acte ne pouvant pratiquement atteindre cette dernière. Néanmoins, le législateur reconnaît parfois les mérites de certaines habitudes pour les ériger en normes, à l'image de ces « bonnes pratiques » professionnelles qui fournissent au juge un repère qualitatif³. En conclusion, aucune méthode ne parvient à figurer clairement la conversion des pratiques sociales en règle juridique. Cette carence est sans doute l'élément le plus perturbateur de la relativité dans un système où la production du droit objectif découle habituellement d'un processus formalisé et précis⁴. Malgré un contenu particulièrement insaisissable, la coutume n'en fonde pas moins la décision de justice et doit donc rester sous la puissance de l'autorité judiciaire⁵.

§ 2 : Réception judiciaire de la coutume

175. - « La coutume présente l'avantage de correspondre parfaitement aux besoins et aux idées du groupe social et elle évolue avec lui ; elle a le défaut d'être mouvante et imprécise »⁶, inconvénient qui peut tout aussi bien qualifier les législations modernes¹.

¹ D. Lochak, *Présentation, in Les usages sociaux du droit*, préc., p. 8.

² L. Ruet, *Du principe de rivalité* : D. 2002, chron. p. 3093 n° 20, ajoutant pour conclure qu'« il est loin d'être certain que les effets de la rivalité familiale soient bénéfiques sur le moyen ou long terme, et il est d'autres manières de réaliser l'idéal de justice que le culte forcené de l'égalitarisme » (n° 31 p. 3095). - Rapp. F. Gaudu, *A propos du « contrat d'union civile » : critique d'un profane* : *ibid.* 1998, p. 19 s., spéc. n° 2 p. 19.

³ Notamment, C. com., art. L. 442-6, I 7° (concurrency), & L. 821-1 (commissariat aux comptes) ; CSS, art. L. 138-9 al. 3 (avantages financiers consentis par l'industrie pharmaceutique) ; C. santé publ., art. L. 1111-2 al. 6 et L. 1111-9 (information du malade), L. 1131-2 (examen des caractéristiques génétiques), L. 1222-1 al. 2, 3° (transfusion sanguine), L. 5121-5 (commercialisation des médicaments). - Adde A. Couret et M. Tudel, *Le nouveau contrôle légal des comptes* : D. 2003, chron. p. 2293 n° 13 ; R. Romi, « Engagements de bonnes pratiques » et « Chartes », « Nouveaux » instruments de lutte contre le bruit : Petites affiches 15 août 2003 n° 163, p. 4-5.

⁴ Const. 4 oct. 1958, titre V, art. 34 s., pour la loi, les règlements ou les ordonnances. - Rapp. J. Combacau, *De la régularité à la règle*, préc., p. 6.

⁵ Sur la propension à faire de la coutume un droit au moins autant judiciaire que populaire, cf. spéc. A. Tunc, *Coutume et « common law »*, préc.

⁶ *Dictionnaire de droit*, préc., v° Coutume.

Mais là où l'interprétation d'une loi (au sens formel) appartient au juge censé la maîtriser, une doctrine classique perçoit la coutume comme donnée de fait, dont l'établissement revient aux plaideurs², à l'instar de tout élément contingent à l'instance. Cette conclusion paraît néanmoins quelque peu hâtive à l'endroit d'un paramètre essentiellement coercitif. A la différence des usages de fait, la coutume ne peut être écartée, car elle est le complément logique des notions relatives³ ; comme règle de droit⁴, elle révèle la nécessité d'un contrôle par la Cour de cassation (II) sur son contenu. Aussi la preuve d'un tel fait normatif (I) suppose-t-elle un rôle majeur du pouvoir judiciaire : l'appréciation de la coutume se rapporte à l'*imperium* et dépasse donc le simple acte de raisonnement sur le fond du litige⁵.

I - Preuve d'un fait normatif

176. - D'une manière générale, l'objet de la preuve est de constater les points de fait susceptibles d'une dénégation⁶. De ce point de vue, la règle de droit ne saurait faire la matière d'une preuve⁷. La coutume n'offre cependant pas la même certitude qu'une disposition textuellement formalisée. Celui qui l'invoque, comme établissant une prescription contestable par l'autre partie en raison de sa variabilité spatiale et temporelle, devrait donc

¹ Rappr. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 12 p. 28 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 372 p. 372 s.

² H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1014-1015 p. 354 & n° 1662 p. 572 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 588 p. 498. – Plus nuancés, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 565 s. p. 518 s. – *Cass. ass. plén.*, 26 févr. 1988 (SA La Bresse c/ Monnier) : Bull. ass. plén., n° 2 p. 2 ; sous réserve de l'insertion de la coutume dans un texte, in *Cass. soc.*, 19 juin 1947 (Sté du laboratoire du calcium français c/ Jeanson) : S. 1947, I, p. 175-176, et la note.

³ *Dictionnaire de droit*, préc., v° Usage(s) de fait ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Usages conventionnels, in v° Usage. – J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, n°s 552 s. p. 508 s.

⁴ Sur la coutume comme règle de droit, cf. G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, préc., n°s 90 s. p. 151 s. ; F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. 2, n°s 145 s. p. 29 s. & n°s 179 p. 202 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I : *Théorie générale du droit et des droits, Les personnes - La famille, La propriété et les autres droits réels et principaux*, Paris, Sirey, 3^e éd. 1938, n° 98 p. 76 s. – Sur la reconnaissance d'une coutume *contra legem*, cf. B. Beignier, note sous *TGI Saintes*, 2 juill. 1991 (Ets Bisseuil c/ Coudreau) : D. 1992, p. 468, II.

⁵ Rappr. v° *Imperium*, in *Lexique des termes juridiques & Vocabulaire juridique*, préc.

⁶ En ce sens, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préc., n°s 115 s. p. 128 s. – Rappr. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. huitième, § 749 p. 151-152 ; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. sixième, in *Cours de Code Napoléon*, XXIX, Paris, Imprimerie générale, Durand et Pedone Lauriel, Hachette et C^{ie}, 1876, n° 182 p. 181 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 638-639 p. 609 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 478 p. 483.

⁷ *Ibid.*, n°s 505-506 p. 503-504 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 635 p. 606-607.

être tenu d'attester l'exactitude de son assertion. Tel est du moins l'enseignement d'une jurisprudence éprouvée de la Cour de cassation, jusque devant sa formation la plus solennelle, qui tend à soumettre la coutume au régime procédural des faits¹. Mais la remarque peut aussi bien valoir pour toute loi absconse. N'est-ce pas le rôle des avocats que de convaincre les magistrats que leur exégèse d'une disposition se révèle la plus pertinente ? Celle-ci ne tombe pas pour autant dans le domaine du fait. L'exercice appartient davantage à la théorie de l'interprétation qu'à celle des preuves ! La haute juridiction s'autorise nonobstant d'une doctrine quasiment unanime². Celle-ci avance essentiellement l'idée que l'existence actuelle d'une coutume ne peut ressortir de précédents judiciaires risquant d'être périmés³ ; Demolombe ajoute³ que sa notoriété ne dispense point le juge d'en ordonner la preuve, malgré la connaissance personnelle qu'il en aurait, car le problème probatoire se reporterait sur le fait même de cette renommée⁴.

177. - A juste titre, la coutume apparaît comme un fait. La ressemblance n'aboutit cependant à une assimilation complète que par un abus lexical : à prendre le terme *lato sensu*, il s'applique aisément à la coutume ; le pas est sitôt franchi pour lui affecter le régime juridique correspondant. Seulement, l'argument est parfaitement extensible à la loi puisqu'elle repose sur le fait d'une promulgation ; le juge ne devrait donc la mettre en œuvre qu'autant qu'une partie l'allègue et en prouve le contenu ! Mieux vaudrait parler, en effet, d'une accumulation convergente de faits sociaux, ce qui distingue alors la coutume d'un événement quelconque faisant l'objet du débat judiciaire (et donc spécifique à l'instance)⁵. Nul ne prétendrait, en l'occurrence, que le magistrat puisse se contenter d'une simple vérité judiciaire, c'est-à-dire qui démontre plus une conviction légalement établie qu'une réalité

¹ Cass. ass. plén., 26 févr. 1988 (SA La Bresse c/ Monnier) : Bull. ass. plén., n° 2 p. 2. - Adde Cass. civ., 13 juill. 1829 (Les armateurs du navire l'Espérance c/ Cie assur. gén. maritimes) : S. 1829, I, p. 317-318. - Rapp., implicitement, Cass. req., 4 janv. 1904 (Artiguenave c/ Ducos) : S. 1906, I, p. 406-407 et la note.

² J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 564 s. p. 518 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 507 p. 504 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 914-915 p. 342-343. - Contra, F. C. de Savigny, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, vol. I, § XXX p. 181-182.

³ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. huitième, § 749, note 4 p. 152 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIX, préc., n° 185 p. 183.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Dictionnaire de droit*, préc., v° Fait juridique ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Fait juridique, 2. - Adde F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 509 p. 506.

objective¹. La coutume ne touche donc pas au fond du litige mais à la substance du droit applicable, et cette différence a une incidence théorique considérable : elle est moyen de droit et non de fait. « Sans doute, comme le souligne le doyen Gény, le droit coutumier résulte de faits et se prouve par des faits. Mais ces faits constituent eux-mêmes la règle de droit, qu'il s'agit de connaître » pour la résolution du litige². Qu'une règle de droit puisse être dégagée d'un ensemble de faits n'est pas une absurdité juridique ; ce mécanisme se retrouve dans l'usucapion, qui convertit le fait de la possession en droit de propriété³. Avec le fondateur de l'Ecole historique allemande, une conclusion s'impose : loi et droit coutumier partagent une nature identique⁴. Aussi, alors que la décision sur la pertinence des faits est souveraine, l'admission par le juge d'une coutume constitue indéniablement un motif de droit, dont la Cour de cassation doit alors assurer le contrôle.

II - Nécessité d'un contrôle par la Cour de cassation

178. - A l'évidence, le Code civil admet expressément une certaine disparité normative en conférant aux usages locaux la faculté de compléter la disposition qui les renferme⁵. Nul ne devrait donc songer à prétendre que les variations spatio-temporelles d'une coutume ôtent aux notions relatives leur valeur de règle de droit. Aussi faut-il sans

¹ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 2003, coll. Méthodes du droit, n° 269 p. 313 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 627 p. 600-601. - Adde l'adage d'après lequel « la chose jugée est tenue pour vérité » : *Adages du droit français*, préc., v° *Res judicata pro veritate accipitur*, n° 396 p. 790 s. ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Res judicata pro veritate accipitur (habetur)*. - Pour quelques nuances, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 486 p. 488-489.

² *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, préc., t. premier, n° 118 p. 353.

³ Rappr. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 163 p. 315-316, qui élargit l'analyse à la possession d'état ; *Les biens*, préc., n° 784 p. 1721-1722 & n°s 851 s. p. 1814 s. ; adde, sur C. civ. art. 197, *La famille, l'enfant, le couple*, préc., n° 541 p. 1201, b, & n° 657 p. 1478-1479. - Ch. Atias, *Les biens*, préc., n°s 308 s. p. 232 s. ; F. Zénati et Th. Revet, *Les biens*, préc., n°s 313 s. p. 345 s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les biens*, préc., n°s 122 p. 30 & 555 s. p. 151 s. ; J.-L. Bergel, M. Brushi et S. Cinamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, LGDJ, 2000, n°s 198 s. p. 209 s. ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n°s 455 s. p. 337 s. - Pour quelques nuances sur cette comparaison, cf. M. Merlin, *Rép. univ. et raisonné de jur.*, v° Usage, préc., § I, II, p. 321.

⁴ F. C. de Savigny, *Traité de droit romain*, vol. I, préc., § XXX p. 183.

⁵ Notamment en matière immobilière (art. 590 & 593 : droits de l'usufruitier ; 645 : régime des eaux ; 663 & 671 : hauteur des clôtures et plantations ; 674 : distance entre ouvrages), locative (art. 1736, 1748, 1759 & 1762 : dénonciation du bail ; 1753 : paiement du sous-loyer ; 1754 : désignation des réparations ; 1757 : garnissage des lieux ; 1758 : durée du bail en meublé ; 1777 : étendue des obligations des fermiers successifs) ou contractuelle (art. 1159 : interprétation des clauses ambiguës ; 1648 ancien : délai d'action pour vice rédhibitoire). - Pour l'acceptation de mutations plus temporelles, cf. art. 389-3 (actes autorisés au mineur), 591 & 593 *in fine* (droits de l'usufruitier), 1135 & 1160 (obligations associées aux conventions). - Les deux aspects peuvent se combiner.

doute convenir que la légalité d'un jugement - à laquelle préside la Cour de cassation - tient moins à une harmonisation jurisprudentielle qu'à une motivation logique. Classiquement cependant, cette ambition est atteinte tant par la recherche d'une cohérence au fond du droit coutumier (1) que par une formalisation explicite de la coutume, ce qui requiert une interprétation indépendante des justiciables (2).

I. Recherche d'une cohérence au fond du droit coutumier

179. - L'article 604 du Code de procédure civile donne mission à la Cour de cassation de condamner la non-conformité d'une décision aux règles de droit. Certes, elle censure les juridictions refusant d'appliquer un usage dont une disposition prescrit l'observance ; mais c'est seulement au motif qu'une telle méconnaissance équivaut à la violation de la loi qui le contient¹. De fait, elle abandonne systématiquement aux juges du fond la constatation et l'interprétation de l'usage². La souveraineté de ces derniers est si complète qu'elle leur permet même de rétracter une appréciation antérieure³. Or, comme le souligne le professeur Terré, « la promulgation d'un code civil unique aurait manqué son objectif si chaque juridiction avait pu librement interpréter la loi »⁴ ; les Révolutionnaires avaient tellement conscience de rompre avec l'Ancien Régime des parlements qu'ils instaurèrent, dès l'origine, un seul Tribunal de cassation pour assurer l'unité jurisprudentielle dans l'application du droit⁵. Au-delà de cette considération d'histoire politique, la position de la haute juridiction demeure à plusieurs égards critiquable. D'une part, la qualification des

¹ Cf. E. Faye, *La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile, suivi du Code des lois - Décrets, Ordonnances et Règlements*, Glashtten im Taunus, Verlag Detlev Auvermann KG, Paris, Librairie E. Duchemin, 1970, n° 104 p. 122-123 ; E.-H. Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, préc., p. 282-283. - *A contrario*, cassant un arrêt de la cour de Riom ayant appliqué un usage local à une situation normalement réglée par une loi générale impérative, *Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1982 (Anseel c/ SARL Challeton)* : Bull. civ. I, n° 114 p. 100.

² E. Faye, *La Cour de cassation*, préc., n° 151 p. 167. - *Cass. civ., 5 janv. 1855 (Femme Benoît)* : DP 1855, I, p. 85, et la note 2 pour quelques nuances entre usages « appliqués entre particuliers à titre de statuts sociaux » et « usages auxquels on prétendrait faire attribuer force de loi ». - *Rappr. Cass. req., 21 mai 1900 (Barailon c/ Coste)* : S. 1901, I, p. 186-187.

³ En ce sens, *Cass. civ., 12 janv. 1938 (D^{elle} Bienvenu c/ Drouilly)* : DH 1938, p. 197.

⁴ *Introduction générale au droit*, préc., n° 115 p. 110. - Comp. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n° 01.22 p. 2-3.

⁵ D. 27 nov.-1^{er} déc. 1790, portant institution d'un tribunal de cassation, et réglant sa compétence, son organisation et ses attributions, art. 3 (« Il annulera (...) tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ») : J.-B. Duvergier, préc., t. 2, p. 56. - *Rappr. C. org. jud., art. L. 411-1.* - Adde F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 106 p. 101 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 445 et 447 p. 408-409.

faits, et, par voie de conséquence, l'éventuelle sanction subséquente, dépendent étroitement de la constatation et de l'interprétation de la coutume. D'ailleurs, pour les matières beaucoup plus sensibles à l'ordre public comme le droit social, la cour régulatrice réinvestit pleinement son pouvoir¹. D'autre part, et surtout, la coutume constitue le fondement juridique de la décision, plus spécialement encore lorsque le Code civil s'y reporte expressément². Aucune raison ne saurait donc justifier un régime exorbitant de celui de toute autre mesure législative. A ce titre, doit être condamnée une jurisprudence (pourtant constante³) refusant qu'un pourvoi puisse être fondé sur la violation de la coutume⁴. En effet, la nature évolutive de la coutume et le respect de ses conditions de mise en œuvre ne sont absolument pas antinomiques : la haute juridiction peut parfaitement contribuer à l'un sans méconnaître l'autre (au demeurant, la question semble quelque peu relever des méthodes d'application de la loi dans le temps et l'espace, qui consistent à déterminer la norme compétente pour une instance donnée). Souffrir le contraire reviendrait à nier le caractère général et impersonnel des notions relatives. Le droit positif ne peut être laissé à la libre disposition des plaideurs : ils ne sauraient, en effet, se faire eux-mêmes les exégètes de la relativité car, s'ils contribuent à forger la coutume par leur attitude sociale, la norme ne peut dépendre de leur seule volonté. Ne deviendrait-elle pas alors purement potestative⁵ ? Comme le remarque Hobbes dès 1651, dans un chapitre du *Léviathan* relatif aux lois de nature, « attendu que chacun est présumé faire toutes choses pour son bénéfice propre, en

¹ Sur la qualification de l'usage d'entreprise, cf. *Cass. soc.*, 14 févr. 1987 (*La C^{ie} Air Inter c/ Depoil*) : Bull. civ. V, n° 15 p. 8.

² C. civ., art. 645 (partage des eaux utiles), 1648 al. 1^{er} ancien (détermination du « bref délai » pour agir en résolution de la vente pour vice rédhibitoire), 1754 (désignation des « réparations locatives ou de menu entretien ») et 1777 al. 2 (« logements convenables et autres facilités » dans la succession au fermage).

³ *Cass. req.*, 3 juill. 1844 (*Filhon c/ Barrouil*) : D. jur. méth., v° Notaire-Notariat, n° 362 note 2 p. 659-660. - *Cass. req.*, 13 nov. 1901 (*Valent c/ Michoux-Lemaire*) : DP 1902, I, p. 94-95, et la note. - *Cass. civ.*, 25 mars 1908 (*Lenoin c/ Briard*) : DP 1910, I, p. 454-455, et la note. - *Cass. civ.*, 12 janv. 1938 (*D^{elle} Bienvenu c/ Drouilly*), préc. - *Cass. req.*, 15 mars 1944 (*Sté SILBAC c/ Girard et a.*) : S. 1945, I, p. 40, et la note. - *Cass. 1^{re} civ.*, 6 janv. 1987 (*Southern Pacific Properties Limited et a. c/ Rép. arabe d'Égypte*) : Bull. civ. I, n° 2 p. 1-2, spéc. le troisième moyen.

⁴ En ce sens, C. Levillain, note sous *Cass. req.*, 5 juill. 1899 (*Pham-Van-Tanh c/ Dang-Thi-Lahn*), à propos de l'application des lois et coutumes de Cochinchine : DP 1902, I, p. 193 s.

⁵ Comp., en droit des contrats, la nullité de l'obligation affectée d'une condition laissée à la discrétion du débiteur (C. civ., art. 1174), parce qu'elle correspond, en réalité, à une absence d'engagement : J. Hauser, *Les contrats*, préc., p. 85 ; Ch. Larroumet, *Les Obligations, Le Contrat*, préc., n° 314 p. 279 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., nos 1271 s. p. 443 s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Le rapport d'obligation*, préc., nos 294 s. p. 186 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., nos 1125-1126, p. 1019 s., et la critique de la distinction entre potestativité pure et simple. - Adde, sur ce distinguo doctrinal, J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 s., qui propose de substituer le critère de l'arbitraire.

sa propre cause nul n'est l'arbitre qui convient. Et, quand bien même serait-il celui qui convient le mieux, il reste que l'équité attribuant à chacune des parties un bénéfice égal, si l'une d'elles était instituée juge, l'autre devrait l'être aussi ; en sorte que le litige (...) demeure »¹. L'appréciation de la coutume reflète parfaitement la thèse du philosophe anglais² : les nécessités d'une vie sociale imposent que la règle soit posée par une autorité tierce. Cette dissociation est consubstantielle à l'idée de justice.

2. Interprétation indépendante des justiciables

180. - Tout en reconnaissant, aux articles 1134 et 1165, que la convention fait la loi des parties, le Code civil n'en confie pas moins l'interprétation des clauses obscures au pouvoir judiciaire (art. 1156 s.), excluant *a contrario* les stipulants de cette tâche³. Pareillement, l'appréciation des notions relatives doit donc provenir d'un tiers qui tranche, non en fonction des intérêts particuliers en cause, mais à l'aune de critères extérieurs aux litigants⁴ ; la coutume a beau résulter d'une volonté collective, elle n'en demeure pas moins une règle fondatrice de l'ordre social. C'est pourquoi l'appréciation de la relativité ne peut appartenir qu'au pouvoir judiciaire qui en est le gardien et non aux parties elles-mêmes. En ce sens, la cour d'appel de Versailles retient « que le professionnel ne peut se faire juge du caractère légitime du motif invoqué par l'abonné pour résilier le contrat ; qu'en énumérant les cas limitatifs dans lesquels la résiliation est possible sans indemnité, Orange prive l'abonné de la possibilité de résilier pour d'autres motifs que ceux énoncés et qui pourraient être considérés comme légitimes par une juridiction »⁵. Cette décision rejoint un arrêt de la Chambre commerciale d'après lequel la qualification de faute grave - justifiant la rupture d'un

¹ Th. Hobbes, *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, Paris, Gallimard, 2000, coll. folio essais n° 375, Traduction, introduction, notes et notices par G. Mairet, I 15, p. 264-265.

² Rappr. la philosophie générale de l'ouvrage, in *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Léviathan : « Si l'état de nature est celui de la guerre permanente (*homo homini lupus*), l'instinct de conservation conduit les hommes au pacte (ou contrat) social par lequel ils renoncent à leurs droits naturels et les transfèrent à la société ».

³ J. Hauser, *Les contrats*, préc., p. 78 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 420 p. 410-411, réservant le cas d'un contrat interprétatif ; J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billau, *Les effets du contrat*, préc., n°s 8 s. p. 15 s. ; Ch. Larroumet, *Les Obligations, Le Contrat*, préc., n°s 115 p. 96 & 141 p. 122 s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *L'acte juridique*, préc., n° 393 p. 300 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Contrat*, préc., n°s 188 s. p. 66 s.

⁴ Pour quelques nuances tenant à la distinction du fait et du droit, cf. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 421 p. 411.

⁵ *CA Versailles, 4 févr. 2004 (Sté Orange France c/ UFC « Que choisir »)*, déclarant abusive l'existence d'une période initiale d'un an avec une possibilité de résiliation anticipée pour les seuls motifs stipulés limitativement par l'opérateur de téléphonie mobile : D. 2004, AJ p. 636 (2^e col.), obs. V. Avena-Robardet, p. 637, 2^e §.

contrat d'agent commercial - ne saurait procéder, de façon anticipée, de la convention liant les cocontractants¹. D'aucuns font pourtant valoir que « l'usage (...) n'étant pas écrit, son existence comme sa portée exacte sont difficiles à connaître et l'on comprend que le contrôle de la Cour de cassation s'en trouve entravé. Ce contrôle, du reste, n'est pas même souhaitable, car l'usage doit (...) pouvoir se modifier sans que cette évolution soit gênée par l'autorité d'un arrêt de la Cour suprême »². Cette opinion appelle cependant trois remarques.

181. - Tout d'abord, la flexibilité que le renvoi à la coutume confère au droit objectif n'empêche pas, là encore, la Cour de cassation de veiller à sa cohérence, ou tout du moins à la justification des évolutions et nuances jurisprudentielles dans le temps et l'espace. Ensuite, l'argument généralement avancé d'un risque d'abrogation par désuétude coutumière de la loi écrite, considérée comme une source prééminente du droit³, est fallacieux en ce qui concerne les notions relatives : c'est le législateur lui-même qui fait le choix de s'en remettre nécessairement à la coutume, fût-ce implicitement. Sous peine de transgresser la séparation des pouvoirs, l'autorité judiciaire ne peut y obvier. Au contraire, une cassation pour refus d'application est alors encourue, dans la mesure où ce renvoi est impératif. Sur un plan strictement formel, enfin, l'obstacle aurait pu résider plutôt dans l'article 1020 du nouveau Code de procédure civile qui imposait à la Cour de cassation de viser systématiquement dans ses arrêts « le texte de loi sur lequel la cassation est fondée » ; mais l'article 14 du décret du 28 mai 2008 en a sensiblement modifié la portée en substituant au seul texte d'origine parlementaire « la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée »⁴. A rebours, un problème se pose pour les juridictions du fond dans la mesure où elles doivent motiver suffisamment leurs décisions pour que la Cour de cassation puisse exercer un contrôle

¹ *Cass. com.*, 28 mai 2002 (*Sté Laboratoire Arkopharma et a. c/ M^{elle} Gravier*) : Bull. civ. IV, n° 91 p. 98-99 ; D. 2002, AJ p. 2405 et la note ; *ibid.*, somm. p. 3004-3005, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 2003, p. 459, obs. Ph. Delebecque ; JCP 2002, éd. E, II, 1842 p. 2063 s., note V. Perruchot-Triboulet ; RTD civ. 2002, p. 833 s. n° 2, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2003, p. 158 n° 11, obs. B. Bouloc ; Dr. et patrimoine oct. 2002 n° 108, p. 102-103, obs. P. Chauvel ; RJDA 11/2002, n° 1131 p. 956-957, et les obs.

² J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n° 62.83 p. 247.

³ En ce sens, concl. M. Laferrière sur *Cass. ch. réunies*, 31 janv. 1901 (*Loup c/ Bœuf et a.*) : DP 1901, I, p. 169 s. - Adde G. Ripert, note sous *Cass. com.*, 16 mai 1949 (*Sté Entreprise maritime et com. c/ Sté Baudin & Orsini et a.*) : D. 1950, p. 629.

⁴ D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, art. 14 : JO 24 mai 2008, texte 16.

effectif¹. Néanmoins, cette dernière n'hésite pas à assouplir cette règle quand elle recourt à un principe général du droit, par nature énoncé dans aucune disposition écrite². Pratiquement, de plus, le visa de l'article du Code civil supportant la notion relative remplit la condition litigieuse, mais pourrait évidemment être utilement complété par un « chapeau » développant le contenu de la coutume applicable³. Cette invitation semble d'autant plus pressente au regard de l'actuelle rédaction de l'article 1020 du Code de procédure civile. La vocation d'une telle démarche n'est point, cependant, de fondre différents usages en une seule règle parfaitement abstraite ; son intérêt, notamment au regard des exigences du procès équitable, est bien davantage de formaliser la norme justificatrice du dispositif final.

182. - Néanmoins, si la connaissance des usages est utile au magistrat, elle ne consiste qu'en une accumulation casuistique, et ne fournit pas, à proprement parler, une référence. Or, le caractère normatif des notions relatives exige davantage qu'un simple constat anthropologique : il implique de rechercher pourquoi certaines pratiques sociales sont juridiquement irrecevables, d'autres valables. L'argumentation inductive ne serait donc pas seulement descriptive : en tant que raisonnement, elle coordonne forcément en un système cohérent les comportements observés, en ce sens que la norme « ne s'édifie solidement que par l'association bien équilibrée de l'empirisme et du rationalisme »⁴. En somme, le standard référentiel du jugement résulte d'un juste milieu : l'observation des

¹ Un recours serait alors ouvert pour violation de la règle de droit, en particulier pour fausse interprétation ; sur quoi, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n^{os} 72.01 s. p. 330-331. - Rappr. les défauts de motif et de base légale, *ibid.*, n^{os} 77.01 s. p. 366 s. & n^{os} 78.02 s. p. 388 s. - Adde J. Voulet, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation* : JCP 1970, éd. G, I, 2305, spéc. n^{os} 24-25.

² Sur quoi, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n^{os} 132 s. p. 325 s. ; J. Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, préc., t. I, p. 51 s. ; M. de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 1998, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie juridique, 298 p. - A. Perdriau, *Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, préc., n^{os} 39 s. ; P. Sargos, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation - Les garde-fous des excès du droit* : JCP 2001, éd. G, I, 306 p. 589 s. ; J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé* : D. 2002, chron. p. 228 s. & 345 s. - Adde *Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation* : Cah. dr. entr. 1989/5, p. 12 s. - Sur l'amplification du mouvement, N. Molfessis, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : RTD civ. 2001, p. 699 s. n^o 3. - Cf. déjà une référence expresse aux principes généraux à propos de *Cass. req.*, 17 déc. 1844 (*M^e Ravel c/ Reyne*) : DP 1845, I, p. 70-71, et la note.

³ Cf. A. Perdriau, *Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile*, préc., spéc. n^{os} 49 et 80 s. - Adde *Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation* : JCP 1995, éd. G, I, 3866 p. 341 s.

⁴ Cf. Bernard, *Principes de médecine expérimentale*, préc., p. 56, et les explications p. 56 s. - Comp. E. Kant, *Critique de la raison pure*, préc., p. 161, où l'auteur conclut que les jugements synthétiques purs se rapportent à la possibilité d'une expérience et que cela fonde la valeur objective de leur synthèse (*adde* p. 216 s., spéc. p. 222 & 231).

phénomènes vulgaires se double d'une réflexion axiologique et revêt, par conséquent, le caractère conquérant de toute science, qui consiste à régler ces faits sociaux dans certaines limites.

Section 2 : Une finalité institutionnelle

183. - A la veille de la Grande Guerre, le philosophe allemand Husserl convenait que « la faute cardinale de l'argumentation empiriste est d'identifier ou de confondre l'exigence fondamentale d'un retour "aux choses mêmes", avec l'exigence de fonder toute connaissance dans l'expérience. (...) Quand on affirme sans nuances que tous les jugements admettent l'expérience pour fondement, et même l'exigent (...), c'est alors qu'on cède à une "construction spéculative *a priori*" »¹. Comme en écho à cette inquiétude, le Cercle de Vienne appela de ses vœux un positivisme logique, c'est-à-dire une certaine épistémologie par introduction de la raison dans les résultats tirés de l'expérience². Au plan strictement juridique, cette idée se retrouve dans la doctrine qui tend à critiquer cette hypertrophie des faits³.

184. - L'étude des phénomènes sociaux est certainement indispensable pour bâtir une coutume, mais elle se révèle parfaitement insuffisante. Kant soulignait ainsi que « si toute notre connaissance débute avec l'expérience, cela ne prouve pas qu'elle dérive toute de l'expérience, car il se pourrait bien que même notre connaissance par expérience fût un composé de ce que nous recevons des impressions sensibles et de ce que notre propre pouvoir de connaître (...) produit de lui-même »⁴. La difficulté tient au fait que les notions relatives sont amphibologiques par nature : elles sont susceptibles de revêtir plusieurs

¹ E. Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologique pures*, Paris, Gallimard, 1950, coll. Tel n° 94, traduit de l'allemand par P. Ricœur, T. I^{er} : *Introduction générale à la phénoménologie pure*, chap. II § 19, p. 64-65.

² Sur quoi, *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Vienne (cercle de) ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Empirisme logique, in v° Expérience I (Empirique), C 3. - *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, Carnap-Hahn-Neurath-Schlick-Waismann-Wittgenstein, Paris, PUF, 1985, coll. Philosophie d'aujourd'hui, dir. A. Soulez, 364 p. - Adde B. Bourgeois, *La raison dans le droit*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. Juris-Classeur, 1999, p. 25 s. - Rappr. J. Ratzinger, pape Benoît XVI, in *Foi, raison et université : souvenirs et réflexions*, discours prononcé à l'Université de Ratisbonne, 12 sept. 2006, sur les rapports entre la foi et la raison, reprenant notamment un argument de l'empereur byzantin Manuel II Paléologue – tiré d'un dialogue avec un érudit persan en 1391 – d'après lequel ne pas agir selon la raison est contraire à la nature de Dieu (à la différence de l'islam, religion dans laquelle Dieu transcende les concepts tels que la rationalité).

³ Spéc. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., nos 163 s. p. 235 s.

⁴ *Critique de la raison pure*, préc., p. 31 (introduction à la 2^e édition).

interprétations également valables¹. Or, au risque de ruiner toute anticipation sur la décision, le juge ne saurait prolonger par un choix arbitraire de la norme l'exigence d'objectivité requise au travers du droit procédural. Aussi n'est-ce plus se contenter de savoir si la coutume complète pertinemment les notions relatives, mais c'est caractériser pourquoi² ; l'ambiguïté oblige donc à rechercher un critérium qui justifie d'éliminer certaines acceptions pour n'en retenir qu'une, applicable *erga omnes* ; « on voit poindre ici l'idée, remarque le professeur Philippe Jestaz, que le droit cesse là où la solution ne relève pas d'un critère »³. De fait, l'existence d'une coutume rend compte d'une pratique sociale, mais n'en explique pas les causes. En soi, comme le remarque le doyen Ripert, la sociologie « est impuissante à dire si la constatation de ce qui est peut conduire à l'affirmation de ce qui doit être »⁴. Déterminer un tel « seuil de juridicité »⁵ rejoint la problématique kantienne de comprendre comment une diversité d'éléments éminemment subjectifs parvient à acquérir une valeur objective, « c'est-à-dire fournir les conditions de la possibilité de toute connaissance des objets »⁶. D'un point de vue judiciaire, la réponse à cette interrogation justifie l'accession du juge à la contrainte ; et, sur un plan davantage théorique, elle marque le passage rationnel d'un comportement spontanément reproduit dans une collectivité, à une obligation juridique générale⁷. Sans doute est-ce pourtant de la confrontation de ces deux aspects que la règle surgit : alors que les usages sociaux sont essentiellement fluctuants, la norme de référence doit être constante pour obtenir la confiance du justiciable. En ce sens, Ripert notait que « de la permanence des règles dépend l'utilité de l'action, car aucune prévision ne peut être faite que sur la considération de ce qui existe. (...) Les hommes ne peuvent agir sans connaître la valeur et les conséquences de leurs actes, sans envisager la sanction de leur

¹ Petit Robert, préc., v° Ambigu, uè, I 1.

² Rappr. M. Troper, *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, préc., p. 16, même si l'auteur estime cette question purement théorique, alors qu'elle a une incidence pratique considérable au plan juridictionnel.

³ *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts*, préc., p. 488 ; et l'auteur d'ajouter : « en allant plus loin, on découvre sans peine que le concept de critère, qui contient déjà l'idée d'abstraction, contient aussi celle de justice » (*ibid.*), après avoir indiqué « qu'à représenter le droit comme un art fondé sur des critères de justice (et non directement sur la Justice avec une majuscule), on échappe à la nécessité de cette définition car le terme précis de critère prend alors le pas sur celui beaucoup plus insaisissable de justice » (p. 487).

⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 64 p. 159.

⁵ B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, préc., p. 43 *in fine*.

⁶ E. Kant, *Critique de la raison pure*, préc., p. 103.

⁷ Rappr. J. Combacau, *De la régularité à la règle*, préc., p. 3.

désobéissance »¹. La frontière entre licite et illicite passe donc par la conscience populaire de dépasser une règle de simple convenance sociale, sans dimension axiologique.

185. - Comme le résumait justement Ihéring, « le droit est une idée pratique, c'est-à-dire indiquant un but »². C'est pourquoi la pertinence d'un fondement coutumier se mesure à l'aptitude de ce dernier à préserver effectivement et durablement l'institution juridique dont dépend une notion relative. Pour reprendre une formule du conseiller Jean-Pierre Gridel, « il entre dans les attributions des juges de défendre un ordre public "notionnel", en veillant sur le contenu des mécanismes que le législateur a institués et sur le respect des finalités qu'il leur a conférées »³. Cette prépondérance de l'ordre public (§ 1) signifie donc que ne peuvent valoir comme droit que les comportements sociaux conformes à l'intérêt général, les autres devant être écartés pour violation de l'esprit législatif. Toutefois, en acceptant qu'il soit ainsi spécifique à chaque notion relative, se pose par conséquent la question de la force de l'ordre public (§ 2).

§ 1 : Prépondérance de l'ordre public

186. - Au début du XX^e siècle, le doyen Josserand a parfait l'idée que le droit cesse où commence l'abus, en ce sens qu'un acte peut être accompli conformément au droit subjectif dont son auteur est investi, tout en heurtant la politique juridique dans sa généralité⁴. Cette pensée apporte aux notions relatives un éclairage fort intéressant puisqu'elle implique, en effet, que l'éventail des comportements sociaux concevables en raison de leur apparente imprécision est confiné dans la logique législative. En somme, la coutume joue comme une limite à la volonté du justiciable, en vue d'affermir le respect de

¹ *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 1 p. 1-2. - Rappr. J. Ghestin, *Les données positives du droit* : RTD civ. 2002, p. 14 n° 9.

² R. d'Ihéring, *Le combat pour le droit*, Vienne, G. J. Manz, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, traduit de l'allemand par A. F. Meydiéu, p. 1.

³ Note sous Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003 : D. 2004, p. 22. - Rappr. B. Teyssié, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* : D. 2004, chron. p. 1687 n° 27.

⁴ *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927, n° 245 p. 312-313 ; *De l'abus des droits*, Paris, Librairie nouvelle dr. et jurispr., A. Rousseau, éd., 1905, spéc. p. 43 s. - Rappr. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, la mémoire du droit, 2^e éd. 1999 (réimpression Paris, Félix Alcan, 1920), p. 198 s., à propos de l'abus du droit de propriété.

règles que le législateur estime fondamentales¹. Néanmoins, si ce point de vue évoque immanquablement l'ordre public², il repose essentiellement sur une approche aux relents philosophique et moral, bien peu compatible avec l'esprit de certaines notions plutôt tournées vers une réalité matérielle. De façon plus systémique, l'herméneutique n'est donc valable qu'autant qu'elle considère que tout droit subjectif doit tendre vers le but en vue duquel il est accordé³. Une nouvelle fois, le proverbe a raison : nécessité fait loi ! Dès lors, la norme empiriquement établie doit sans aucun doute fonder les notions relatives, mais plus sûrement contribuer à la cohérence du droit objectif dans lequel elles s'insèrent. Avant tout, chercher ainsi à préserver la pérennité de l'institution⁴ (II) en cause permet au pouvoir judiciaire de rester sur un terrain strictement juridique, évinçant du même coup toute tentation jusnaturaliste (I).

I - Tentation jusnaturaliste

187. - Aucune disposition ne formalisant expressément la coutume, les motifs de la mutation des comportements sociaux en norme juridique pourraient être recherchés en dehors du droit positif, parmi des idéaux politiques, religieux, moraux⁵... A considérer qu'elle ne puisse forger une règle référentielle contraire à la survie de la société, l'existence

¹ O. Playoust, *Normativité et légitimité du droit*, préc., 2 a, p. 211 : « le droit, science sociale, poursuit un but de paix sociale, d'équilibre entre les individus et l'ordre dans la société. Cette fin suppose une modélisation juridique des comportements humains afin de les rendre cohérents avec l'ordre juridique défendu ». - Rapp., en droit japonais, la restriction aux libertés par le « bien-être public », in M. Ueno, *Les standards en droit japonais* : RRJ 1988, p. 917 s., 1 ; Ch. Boutayeb, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire* : RTD eur. 2003, p. 587 s. - Adde F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préc., t. 2, n° 175 p. 177.

² *Vocabulaire juridique*, préc., v° Ordre public, 1 ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Ordre public (Dr. civ.) ; *Dictionnaire de droit*, préc., v° Ordre public. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 452 in fine p. 180. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 426 p. 435-436 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 349 p. 345 ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 984 p. 2037-2038.

³ Rappr. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n°s 291 s. p. 368 s. - *Contra*, pour un droit subjectif entièrement à la disposition de son titulaire, M. Planiol, G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II^e : *Obligation*. - *Contrats*. - *Sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1949, n° 976 s. p. 336 s. ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 2008 (réimpression Paris, Dalloz, 1952), coll. Bibliothèque Dalloz, préface Ch. Atias, p. 285 s., critiquant la théorie finaliste de Josserand.

⁴ Au sens d'un « (...) ensemble de règles concernant un même objet », in *Vocabulaire juridique*, préc., v° Institution, 2. - *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Institution, 1^o in fine. - J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1969, coll. « philosophie du droit » n° 11, n°s 86-87 p. 100-101.

⁵ M. Troper, *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, préc., p. 14-15. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 7 p. 6. - Rappr. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 32 p. 35-36.

d'un tel droit spontané ferait aisément accroire que les notions relatives reposent sur un ordre de valeurs immuables et transcendantes. Sans doute, du fond de sa geôle, Julien Sorel exagérerait-il quelque peu en affirmant qu'« il n'y a point de droit naturel : ce mot n'est qu'une antique niaiserie (...). Il n'y a de droit que lorsqu'il y a une loi pour défendre de faire telle chose, sous peine de punition »¹. A tout le moins faut-il convenir que morale et justice se révèlent totalement inopérantes comme critère général, car toute notion relative n'est pas nécessairement inspirée par de tels concepts² : ainsi du « logement décent »³, de la répartition des « urgentes » ou « grosses réparations » dans le bail (C. civ., art. 1724, 605 & 606), de la « résidence habituelle » en matière de filiation (art. 311-15 & -18) ou comme condition d'accès à la nationalité française (art. 21-7 al. 1^{er}, 21-17 & 22-1), de la « partie considérable et reconnaissable » d'un champ emportée par une « force subite » hydraulique (art. 559), de l'« interpellation suffisante » dans la sommation de payer (art. 1153), ou de la « contestation sérieuse » ou du « dommage imminent » dans la procédure de référé (C. proc. civ., art. 808 & 809), essentiellement parce que la relativité touche ici davantage à la matérialité des faits qu'aux personnes. D'un point de vue théorique, surtout, comme le souligne le professeur Michel Troper, cette préférence naturaliste « souffre évidemment d'un vice fondamental : une norme juridique ne peut trouver le fondement de sa validité dans une norme appartenant à un autre système normatif »⁴. Au demeurant, le progrès scientifique finit toujours par triompher de postulats fantaisistes, à l'instar du principe vital de

¹ Stendhal, *Le Rouge et le Noir, Chronique du XIX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1972, coll. folio n° 17, Préface Cl. Roy, Postface et notes B. Didier, L. II chap. XLIV, p. 566. - A l'opposé, J.-J. Rousseau, *Emile ou de l'éducation*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, n° 117, chronologie et introduction M. Launay, Livre IV^e, p. 376 : « il est donc au fond des âmes un principe inné de justice et de vertu, sur lequel, malgré nos propres maximes, nous jugeons nos actions et celles d'autrui comme bonnes ou mauvaises, et c'est à ce principe que je donne le nom de conscience ».

² En ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 174 p. 413. - Adde, sur la gratuité du don sanguin, B. Beignier, in *L'ordre public et les personnes*, préc., p. 16 : « on invoque un principe moral à l'appui d'une simple mesure de prévention sociale ».

³ C. civ., art. 1719, 1^o. - L. n° 89-462, 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 6 al. 1^{er}, modifié ; D. n° 2002-120, 30 janv. 2002 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains : JO 31 janv. 2002, p. 2090 s. & 14 déc. 2000, p. 19823.

⁴ *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, préc., p. 15.

l'ancienne médecine censé expliquer le métabolisme humain¹ ! Par ailleurs, prétendre associer la coutume à quelque éthique relève de l'antinomie tant l'une est mouvante et l'autre essentiellement statique pour pouvoir servir comme repère durablement stable². D'aucuns montreront cependant que cet éther hypothétique fait rarement l'unanimité. Dans son étude sur *Les forces créatrices du droit*, Ripert résumait sa réflexion dans un titre sans équivoque : « Incertitudes de la morale sociale »³, soutenant « qu'il n'existe plus qu'un accord assez vague sur les règles les plus importantes de la morale, ce qui permet, par indépendance d'esprit, intérêt personnel, snobisme ou étrangeté de pensée, de soutenir toutes les thèses »⁴. Plus nuancé, le professeur Alain Sériaux estime que le juste milieu naturel demeure inchangé seulement si les circonstances sont absolument identiques⁵. Conclure à la stérilité d'une justification métaphysique de la coutume n'interdit pas, bien au contraire, d'examiner pourquoi elle est suivie et sanctionnée⁶. Les thuriféraires d'une éthique sociale se rabattront peut-être sur l'idée d'une morale utilitaire⁷, mais ce serait la dépouiller quelque peu de son caractère surnaturel et donc *in fine* de sa force mystérieuse. Ainsi poursuivait Stendhal sur un ton des plus matérialistes : « avant la loi, il n'y a de naturel que la force du lion, ou le besoin de l'être qui a faim, qui a froid, le besoin en un mot... »⁸. C'est là toute la théorie du doyen Duguit qui refuse de justifier le caractère obligatoire de la norme

¹ Sur quoi, *Petit Robert*, préc., v° Vitalisme : « doctrine suivant laquelle les phénomènes vitaux sont irréductibles aux phénomènes physicochimiques et manifestent l'existence d'une "force vitale" qui rend la matière vivante et organisée ». - *Adde*, sur les médecins fondateurs de cette pensée à la fin du XVIII^e siècle, *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Barthez (Paul-Joseph) & Bordeu (Théophile de).

² En ce sens, à propos de la famille, cf. F. Dreiffus-Netter, *Adoption ou assistance médicale à la procréation*, préc., introduction au I, p. 101.

³ *Op. cit.*, p. 152, in chap. III : *Religion et morale*.

⁴ *Ibid.*, n° 62 p. 155, le mot choquant suffisamment pour se voir couramment remplacé par celui de « conscience sociale » (n° 63 p. 157).

⁵ A. Sériaux, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 2^e éd. 1999, coll. Que sais-je ? n° 2806, III p. 41 s. - *Adde* le contenu variable du droit naturel dans la philosophie de l'Allemand Stammler, à la fin du XIX^e siècle : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 362 p. 143-144 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 48 p. 85.

⁶ En ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 27 p. 78 s. & n° 132 p. 326-327.

⁷ Rappr. E. Putman, *L'éthique de la Lex Mercatoria* : RRJ 2008, p. 1855 s.

⁸ *Op. cit. loc. cit.* - Rappr. les thèses de la philosophie utilitariste anglaise du XVIII^e siècle, spécialement celle de Jeremy Bentham qui consiste en une recherche calculée des plaisirs : « l'art juridique est annexé dans l'économie politique, sous la dictature de "l'utile" », in M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. "philosophie du droit" n° 6, p. 73 ; R. Sève, *La métaphysique et l'utilitarisme* : Arch. philo. dr. 1981, t. 26 : *l'utile et le juste*, p. 155 s.

par un principe *a priori*, et propose d'y substituer la solidarité sociale, mue par le sentiment individuel de la sanction¹, critère proprement juridique.

II - Pérennité de l'institution

188. - Tandis que la Révolution proclamait des libertés de nature significativement individualiste, inviolables et imprescriptibles, la deuxième Déclaration rappela dès 1793 que la fin de la société est le bien commun². Affirmant, d'un côté, les droits fondamentaux de l'être humain et, de l'autre, la nécessité d'une soumission à l'autorité publique, elle opère ainsi la jonction des intérêts individuels et de l'intérêt général. Les notions relatives participeraient donc implicitement d'une philosophie thomiste, en ce sens que « la justice particulière s'applique à chaque personne privée en tant que cette personne rentre dans la communauté, comme la partie dans le tout »³. Elles viendraient en quelque sorte concrétiser le droit naturel⁴, ce qui eut l'heur d'agréer à Portalis soutenant que « la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée »⁵. Aucun usage social ne pourrait donc forger une coutume, dès l'instant qu'il blesse la justice commutative dans les rapports entre particuliers ou la justice distributive dans ceux du citoyen à la nation⁶. Dans sa thèse de doctorat, Lebrun ajoutait : « pour qu'un fait donne naissance à une coutume, il faut (...) qu'il fournisse des garanties telles qu'on doive raisonnablement présumer, que la règle qu'il indique est la meilleure, ou tout au moins qu'elle est conforme au bien commun,

¹ L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 13 p. 142 s. - Sur son inspiration germanique, cf. Schloßmann, in B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 371-372 p. 145-146.

² Décl. Dr. de l'homme et du citoyen, 24 juin 1793, art. 1^{er} : « le but de la société est le bonheur commun. Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la puissance de ses droits » naturels et imprescriptibles. - Adde Cambacérès : « la meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et les progrès de la morale publique », cité in J. Commaille, *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque* : Droits 1994 n^o 19, p. 70 avec la réf.

³ Th. d'Aquin, *Somme théologique*, éd. Lachat-Virès, VIII, II^e partie, 2^e partie, questions LVIII, art. 8 & LXI, art. 1 et 2, p. 449, 490 & 494.

⁴ Rappr. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 133 p. 135 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 358-359 p. 141-142. - Comp. P. Diener, *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires* : D. 1997, chron. p. 148 n^o 10.

⁵ *Discours préliminaire*, préc., p. 23-24. - Comp. l'opposition entre un droit pragmatique et une législation volontariste, in Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., 2, p. 253-254.

⁶ Comp. L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 12 p. 132. - Adde *ibid.* § 11 p. 124 : « l'homme ne peut pas se représenter les choses sociales autrement que dans le cadre de la justice ».

c'est-à-dire utile et juste »¹. Même si une partie de la doctrine tenta de le remettre à l'honneur², le concept aboutit pourtant, là encore, à une impasse ; selon le doyen Carbonnier, il ne fait qu'ajouter « un nimbe de théologie à une position banale de toutes les politiques : l'intérêt général doit passer avant les intérêts particuliers »³. L'article 6 du Code civil lui offre peut-être une traduction avantageuse en faisant plier la volonté individuelle devant l'ordre public, mais il est largement démenti par l'article 16 qui « assure la primauté de la personne » depuis la loi bioéthique de 1994⁴. A nouveau, de plus, certaines notions relatives, purs moyens de technique juridique, sont dénuées de toute ambition théologale. Grotius eut beau faire évoluer la théorie du droit naturel au début du XVII^e siècle, en le situant au niveau juridique et en le tournant vers la satisfaction de droits subjectifs innés, sans référence religieuse⁵, il continua de lui attribuer pour fonction de donner une direction au droit positif : le jusnaturalisme est donc encore perçu comme conditionnant l'établissement des règles. De la part de l'autorité judiciaire, cependant, cette conclusion suppose un contrôle de conformité à une norme supérieure, dont elle n'a pas le pouvoir⁶.

189. - Or, avec la relativité, le problème est totalement inverse. C'est, en effet, la loi qui arrête un objectif politique déterminé, et l'interprétation prétorienne doit alors retenir un fondement qui le satisfasse. En comparaison, et sauf à lui assigner une improbable motivation philosophique, l'expression « en tant que de raison », souvent utilisée par le législateur contemporain⁷, illustre le propos. En somme, la question de la validité d'une

¹ A. Lebrun, *La coutume*, préc., n° 217 p. 227 ; *adde ibid.* n° 210 p. 218 s.

² Cf. spéc. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, préc., n° 136 s. p. 159 s. ; G. Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1980, t. I : *Présentation de l'univers politique*, vol. I : *société, politique et droit*, n°s 36 s. p. 68 s. (sur l'idée de but social) & n°s 53 s. p. 91 s. (sur son contenu : le bien public) ; L. Le Fur, *Les grands problèmes du droit*, Paris, Sirey, 1937, chap. I^{er}, V p. 33-34, & chap. III, IV p. 130 s. - Rapp. la notion de « paix sociale », in L. Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, préc., p. 388.

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 48 p. 85. - *Adde*, sur la relation entre droit et théologie, *Petit Robert des noms propres*, préc., v^s thomisme & Somme théologique.

⁴ L. n° 94-653, 29 juill. 1994 relative au respect du corps humain, art. 2 : JO 30 juill. 1994, p. 11056.

⁵ B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 361 p. 142 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 13 p. 12-13 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 47 p. 84.

⁶ En ce sens, rapp. *ibid.*, n° 50 p. 89, f. - La situation est différente en droit communautaire où les juridictions y furent contraintes (*Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, Administration des Douanes c/ Sté Cafés Jacques Vabre et a.* : Bull. ch. mixte, n° 4 p. 6 s. ; *CE, 20 oct. 1989, Nicolo* : Rec. CE 1989, p. 190 s.), en raison d'une déclaration d'incompétence du Conseil constitutionnel, in *Cons. const., 15 janv. 1975*, déc. n° 74-54 DC : JO 16 janv. 1975, p. 671.

⁷ Spéc. C. civ., art. 724-I, 815-6 al. 3, 1578 al. 2, 1871-I.

coutume se règle, non par la conception classique d'un rapport de conformité¹, mais exclusivement dans celle de finalité. Historiquement d'ailleurs, la codification des coutumes permit à l'Etat de faire le tri au regard de ce qui était politiquement souhaité, lui réservant donc le monopole dans la détermination du droit² ; la relativité prolonge cette philosophie, puisque l'autorité judiciaire ne peut retenir comme fondement que les comportements sociaux en adéquation avec l'institution législative en cause. Ainsi son pouvoir tient-il plus d'un contrôle d'opportunité que de conformité. Pour autant, des usages contraires à la loi peuvent coexister avec le fondement recherché. Seulement, d'un point de vue logique, le choix d'une téléologie les récuse fatalement. Cette méthode rend donc inconcevable toute interprétation en opposition avec le contexte légal dans lequel s'insèrent les notions relatives, et manifeste la nécessité d'une coutume exclusivement *pro legem*. De la même manière, le Bas-Empire romain exigeait que cette source fût conforme à la *ratio*³. Cet ordre public institutionnel supplée l'indigence technique des notions relatives⁴, et joue finalement comme une limite, les usages abusifs - préjudiciables à la société - ne pouvant en aucun cas l'emporter contre la loi⁵. N'est-ce pas, au demeurant, ce que suggère la légitimité parfois requise dans le Code civil⁶ ? Etymologiquement, en effet, cette condition à l'obtention d'un droit se réfère davantage à l'institution légalement concernée qu'à une prétention relevant de la morale, de l'équité ou de tout autre fondement extra-juridique⁷. Ainsi le changement de nom ou de prénom n'est-il acceptable que dans la mesure où la mutation sollicitée permet une meilleure identification de la personne, but ultime de ces institutions de police

¹ J. Ghestin, *Les données positives du droit*, préc., n° 12 in fine p. 15.

² *Ibid.*, n° 14 in limine p. 16.

³ J. Gaudemet, *Coutume et raison en droit romain*, préc., p. 162 s.

⁴ Comp. D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public*, préc., p. 884 in limine & 891.

⁵ En ce sens, Merlin, *Rép. univ. et raisonné de jur.*, v° Usage, préc., § II, III, p. 327 ; C. B. M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, préc., n° 165 p. 130. - Rappr. l'utilité publique comme limite à l'exercice égoïste du droit de propriété, in M.-A. Hermitte, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation*, préc., p. 336.

⁶ Cf. spéc. art. 10 (manifestation de la vérité en justice), 60 et 61 pour la modification des prénom et nom de famille, 510 (gestion du patrimoine des personnes protégées), 772, 780, 786, 790 et 808 (option de l'héritier), 812-1-1, 812-4 et -5 (mandat successoral), 1386-4 (sécurité des produits), 1851 (révocation du gérant), 1953 et 1960 (responsabilité dans le dépôt), 2285 (distribution du prix du gage entre créanciers), & 2323 (sûretés réelles). – Comp. les dispositions tenant davantage à la morale ou à l'équité : art. 900-1, pour les clauses d'inaliénabilité dans les libéralités.

⁷ *Petit Robert*, préc., v° Légitime, I, & Loi, l'encadré in fine ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Légitime.

civile¹, excluant donc toute velléité privée² En somme, les sanctions judiciaires ne doivent pas uniquement être prévisibles ; elles doivent aussi être en congruence avec la branche du droit mise en œuvre. Sans ce double objectif, les notions relatives renverraient à des usages sociaux inaptes à réaliser le dessein politique en cause. Naîtrait alors une contradiction théorique, par négation du principe d'effectivité du droit. L'avantage d'un critère tiré de la survie de l'institution juridique est de dépasser l'opposition, plus ou moins philosophique, entre intérêts individuels et intérêt général, pour ne s'attacher qu'au droit positif, sans autre considération morale³. Les vertus du raisonnement apagogique en donnent une confirmation⁴ : une hypothèse interprétative de la relativité n'est recevable que dans la mesure où, menée dans ses derniers retranchements, elle favorise une certaine pérennité du droit en vigueur. C'est à cette condition primordiale que se reconnaît la valeur d'un critère discriminant les comportements sociaux.

§ 2 : Force de l'ordre public

190. - A l'évidence, les notions relatives fragmentent l'ordre public en autant d'institutions juridiques que le Code civil en renferme, ce qui tendrait à vérifier « un décalage entre la définition même de l'ordre public, telle que l'on continue de la donner depuis un

¹ Cf. notamment le débat autour de substitutions successives de prénom, in *CA Paris*, 26 sept. 1996 (*Mme Bellec*) : Defrénois 1997, art. 36634, p. 984-985 n° 95, obs. J. Massip ; Petites affiches 2 juin 1997 n° 66, p. 17-18, note G. Yamba ; & déjà *Cass. 1^{re} civ.*, 6 mars 1990 (*Karabaghli c/ Proc. gén. CA Paris*) (motif religieux) : Bull. civ. I, n° 62 p. 46 ; D. 1990, p. 477-478, note J. Massip. - Sur une identification socialement plus pertinente, cf. *CA Paris*, 24 févr. 1978 (*D^{elle} R*) (transsexualisme sans modification du sexe à l'état civil) : JCP 1979, éd. G, II, 19202, obs. J. Penneau ; *TGI Saint-Etienne*, 26 mars 1980 (prénom sans lien avec le sexe) : D. 1981, p. 270 s. (2^e esp.), et la note ; *ibid.*, chron. p. 139 s., L. Linossier, *Le transsexualisme : esquisse pour un profil culturel et juridique (A propos de deux jugements du tribunal de grande instance de Saint-Etienne 11 juil. 1979 et 26 mars 1980)* ; *CA Paris*, 25 nov. 1993 (distorsion entre prénom et apparence physique) : RTD civ. 1994, p. 322-323 n° 2, obs. J. Hauser.

² Convenance personnelle ou intérêt professionnel, par exemple, in *Cass. 1^{re} civ.*, 22 févr. 1972 (*Mansard c/ proc. gén. CA Bordeaux*) : D. 1972, p. 317-318, note R. Lindon ; *TGI Agen*, 19 juin 1992 : *ibid.* 1994, p. 86 s., note P. Nicoleau ; & *CA Riom*, 4 oct. 1982 (*Dewas*) : *ibid.* 1982, p. 616 s., note G. A.

³ Sur la distinction et l'imbrication partielle des règles morales et juridiques, cf. J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 94 s. ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, préc., n° 184 p. 212-213 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 69 p. 171 s. ; P. Roubier, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Dalloz, 2005, coll. Bibliothèque Dalloz, préface D. Deroussin, n° 6 p. 40 s. ; A. Bernard, *La confusion des ordres*, préc., B, p. 278, et les réf. - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 7 s. p. 7 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, n° 10-11, p. 11 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 16 p. 38 s., b & n° 18 p. 43 s. ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., n° 38 s. p. 48 s. - Comp. G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., n° 2 s. p. 3 s. - *Contra*, pour un retour à un ordre public moral, F. Gaudu, *A propos du « contrat d'union civile »*, préc., spéc. n° 30 p. 24.

⁴ Sur quoi, v° *Ab absurbo*, in *Locutions latines du droit français & Lexique juridique - Expressions latines*, préc. - J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., n° 255-256 p. 296 s.

siècle, et son contenu »¹. Ces nuances dénotent-elles pour autant une crise ? Là où la doctrine classique recherche un idéal philosophique et moral, la relativité oblige à un recentrage proprement juridique. Or, comme elle intervient dans de multiples domaines, elle favorise ainsi un éclatement de l'ordre public, et rien ne justifie qu'une branche du droit puisse l'emporter sur une autre. D'aucuns soutiendront que la notion « se dégrade alors au point de devenir incohérente et donc inutile »². Foin d'un tel fatalisme, le droit des obligations fournit une comparaison intéressante : « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun » (C. civ., art. 1157³). Ainsi que le relevait le professeur Julliot de la Morandière, la diversité n'empêche pas l'unité de l'ordre public⁴ : les notions relatives doivent donc s'interpréter les unes par les autres en conférant à chacune la signification qui assure la cohérence du droit objectif⁵. Finalement, l'introversion de l'herméneutique sur chaque notion relative ne présente qu'un risque de dislocation (I) de l'ordre public quand naissent des conflits notionnels (II).

I - Un risque de dislocation

191. - Expurgé, dans une certaine mesure, de toute fonction métaphysique, l'ordre public semble perdre sa dimension transversale et devenir propre à chaque notion relative. La théorie classique permet de contrôler la conformité des conduites individuelles à une conception vulgairement partagée du bien commun. Par conséquent, elle tend à sanctionner uniquement les comportements qui heurtent l'état des mœurs à un moment donné. De manière tout à fait paradoxale, cependant, elle remet finalement en cause la conjonction de la morale et du droit, puisqu'elle ne véhicule plus vraiment un modèle parfait ! L'intérêt d'une démarche plus juridique est, fort opportunément, de neutraliser cette référence symbolique : la moralité publique s'efface au profit d'une ambition politique précise. A travers la relativité, l'État s'octroie, du même coup, une faculté d'investigation

¹ D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public*, préc., p. 885.

² *Ibid.* p. 886.

³ Rappr. *Adages du droit français*, préc., n° 11 p. 18, v° *Actus interpretandu est potius ut valeat quam pereat*, et les réf.

⁴ L. Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, préc., p. 382.

⁵ Comp. C. civ., art. 1161. - Rappr. *Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1965 (Dupont c/ d'Hooghe)*, retenant que les juges du fond doivent dégager des termes contradictoires d'une promesse de vente et de conventions ultérieures la véritable intention des parties : JCP 1965, éd. G, II, 14426, note J. A.

beaucoup plus approfondie sur l'ensemble de la vie privée des citoyens¹. En effet, le pouvoir judiciaire ne se contente plus de sauvegarder un idéal philosophique, en condamnant une déviance socialement ressentie ; il poursuit un but bien plus immédiat : promouvoir l'esprit des dispositions qui englobent chaque notion relative, en vérifiant l'adéquation des faits et actes à l'institution juridique qui les régit. De là naît la crainte, nourrie par quelques auteurs², d'un affadissement de l'ordre public, mais surtout l'explication de sa diversité actuelle, qui se traduit notamment par la multiplication de principes fondamentaux : « d'autres rochers émergent, ordres inattendus de notre temps », constatait le doyen Carbonnier pour un colloque sur *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*³. Une telle sectorisation du concept, par branche du droit⁴, n'empêche pas pour autant l'intérêt général de prospérer⁵. Mais c'est aussi accepter une modification éventuelle de sa teneur par l'adoption de législations nouvelles⁶, c'est-à-dire en raison de son « utilité sociale »⁷. La révision du procès de Baudelaire puise sa justification dans cette approche : l'outrage aux bonnes mœurs est remplacé par un affront à l'opinion littéraire et artistique, qui fait évidemment défaut en

¹ Sur quoi, B. Lavaud-Legendre, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, PUF-Le Monde, 2005, coll. Partage du savoir, préface A. Garapon, 248 p., qui conclut que la libéralisation de la moralité publique conduit à une pénalisation des relations humaines et une judiciarisation croissante. - Adde L. Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, préc., p. 392, concluant déjà, en 1939, que « le contrôle des activités individuelles se fait, sur le terrain économique, de jour en jour plus étroit ».

² F. Terré, *Rapport introductif*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 6-7 ; P. Fraiseix, *De l'Etat-nation à l'Etat « groupusculaire » : chronique d'un dépérissement engagé* : D. 2000, chron. p. 64, I B. - J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?* : *ibid.* 1998, chron. p. 333 *in fine*, concluant sur un abus préjudiciable de l'intérêt général. - Comp. l'absence critiquée d'une protection globale et cohérente de l'être humain avant sa naissance, in Fl. Bellivier et P. Egea, *Les chemins de la liberté (petite leçon de biopolitique)* : *ibid.* 2004, chron. p. 647 s.

³ *Exorde*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 1. - Rapp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 494 p. 462-463. - Adde V. Petev, *Les standards et les principes généraux du droit* : RRJ 1988, p. 829-830, III 1 ; A. Pizzorusso, *Standards et contrôle de constitutionnalité des lois*, préc., n° 5 p. 984-985 ; J.-F. Niort et G. Vannier, *Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles* : Droits 1994 n° 19, p. 161 s., spéc. I p. 162 s. - Sur la « confiance légitime », « âme des contrats civils », cf. G. Cornu : RTD civ. 1963, p. 574 n° 6, à propos d'un mandat apparent. - Ph. Le Tourneau, *Rép. civ.*, v° Bonne foi, préc., spéc. n° 43 p. 6 ; *contra* R. Vouin, *La bonne foi*, préc., p. 223, 456 & 458.

⁴ M. S. Zaki, *Définir l'équité*, préc., spéc. n° 11 p. 91 ; R. Savatier, *L'ordre public économique*, comparé à l'ordre public social ou patrimonial, préc., spéc. p. 38-39 ; G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Rép. not. Defrénois, 1979, p. 95 s., spéc. n°s 15 s. p. 110 s. ; L. Rozès, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail* : Dr. soc. 1977, p. 311 s., *passim*.

⁵ En ce sens, comp. B. Teyssié, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail*, préc., n° 1 p. 1680 : si l'intérêt de l'entreprise est « d'un format inférieur à celui de l'intérêt général (...), il est, en revanche, au-delà des seuls intérêts des travailleurs... comme de l'employeur ».

⁶ Comp. P. Lerebours-Pigeonnière, rapp. sur Cass. civ., 22 mars 1944 (*C^e des chemins de fer portugais et a. c/ Vve Anferte et a.*) : DC 1944, p. 146. - Adde note P. L.-P., *ibid.* p. 148, 1^{re} col. ; note J.-P. Niboyet : S. 1945, I, p. 78-79, et la réf. à Pillet sur la notion d'« actualité » de l'ordre public.

⁷ A. Euillet, *L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général* : RD sanit. soc. 2002 n° 38, p. 207 s.

1949¹. Toutefois, l'évolution du contenu de l'ordre public ne doit pas être synonyme d'avilissement. A titre d'exemple, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant ou de l'intérêt légitime à changer les éléments du nom² ne saurait aboutir à la satisfaction d'un simple désir ou plaisir personnel³. Malgré cette transformation conceptuelle, l'ordre public continue d'intéresser la société et non l'individu en tant que tel⁴. C'est pourquoi l'interprétation judiciaire ne saurait s'abandonner au pyrrhonisme ; elle doit, au contraire, systématiquement se résoudre en faveur de celui-ci.

II - Conflits notionnels

192. - Potentiellement, plusieurs notions relatives peuvent entrer en concurrence dans la solution d'une instance⁵. Néanmoins, le problème ne pourrait se résoudre en termes de conformité puisque, insérées dans le même Code civil, elles occupent le même rang dans la hiérarchie des sources. Mais surtout, à la différence du droit international privé ou du droit transitoire, la logique devrait ici refuser que le juge ait à choisir entre deux règles⁶. Au contraire, l'inférence finaliste suppose de tendre à la consolidation de chacune des institutions juridiques en cause. Par conséquent, sous peine d'anéantir la vocation même de l'ordre public, l'herméneutique de la relativité doit en favoriser la promotion. En somme, l'ordre public prime systématiquement, soit en faisant office de départiteur (1), soit qu'il en sorte renforcé (2).

¹ Sur quoi, *Cass. crim.*, 31 mai 1949 (*Baudelaire, Poulet-Malassis et de Broise*) : D. 1949, p. 348-349 et la note ; J. Hamelin, *La réhabilitation judiciaire de Baudelaire* : *ibid.*, chron. p. 187 s. - Rappr. CEDH, 24 mai 1988, *Müller et a. c/ Suisse*, spéc. l'opinion dissidente du juge Spielmann sur la relativité de la notion d'obscénité (en annexe *Trib. Seine*, 20 août 1857, *Baudelaire et a.*).

² C. civ., art. 371-1 al. 1^{er}, 371-5, 373-2 al. 3 & 373-2-1, 311, notamment. - Art. 60 & 61.

³ A propos de l'intérêt de l'enfant, cf. E. Bertrand et P. Julian, *La logique et l'éthique judiciaires*, préc., *passim*. - Sur les nom et prénom, cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 20 févr. 1996 (*M^{elle} Balaguer c/ Proc. gén. CA Paris*) : Bull. civ. I, n° 98 p. 67-68 ; Defrénois 1996, art. 36381, p. 985-986 n° 86, obs. J. Massip ; *ibid.* 1997, art. 36667, p. 1198 s., note F. Ruel ; RTD civ. 1996, p. 356-357 n° 2, obs. J. Hauser.

⁴ Comp. la problématique, in P. Bellet, *Le juge et l'équité*, préc., p. 9-10. - Adde l'ingérence des bonnes mœurs dans la vie privée, in B. Beignier, *L'ordre public et les personnes*, préc., spéc. p. 23.

⁵ Rappr. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Conflit, 5.

⁶ Comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 554 p. 214. - P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 7^e éd. 2001, coll. Domat dr. priv., n° 44 p. 33, n°s 46 s. p. 35 s., n°s 109 s. p. 75 s. & n°s 141 s. 99 s. ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, préc., n° 5 p. 3.

I. Un ordre public départiteur

193. - L'hétérogénéité des notions relatives engendre inévitablement des zones d'interférence entre domaines juridiques qui peuvent poursuivre des buts sensiblement antinomiques¹, et néanmoins également légitimes. En fait, le problème concerne moins les situations dans lesquelles les parties allèguent des dispositions incompatibles, que celles dans lesquelles la résolution de l'instance requiert d'associer plusieurs articles du Code civil : dans le premier cas, le juge donnera fort banalement raison à l'une des thèses ; dans le second, au contraire, il doit faire face à une discordance textuelle. Dans la mesure où l'interprétation doit avoir une finalité institutionnelle, elle interdit que le pouvoir judiciaire puisse apprécier les règles les unes contre les autres. Non seulement cette hypothèse reviendrait à discuter l'intérêt (voire l'existence) d'une branche du droit ; mais surtout, elle heurterait l'article 12 du Code de procédure civile qui l'oblige à statuer conformément à l'ensemble des dispositions applicables. Plutôt qu'à une exclusion, la solution passe donc par une conciliation². La recherche d'un certain ordre public incite, en effet, à analyser l'une sans ignorer l'autre. D'ailleurs, l'inverse finirait implicitement par hiérarchiser les notions relatives entre elles, sans juste motif, et donc à instaurer des degrés dans la sauvegarde de l'ordre public³ ! L'ineptie de ce résultat démontre la pertinence d'un ordre public *a minima*. Toutefois, l'exégèse ne doit pas consister à déterminer un ordre public hybride (prompt à causer « le moindre dommage »⁴), mais bien à valoriser l'essence de chaque norme. Le professeur Pizzorusso considère ainsi que « les notions à contenu variable (...) ont la

¹ Comp. M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., n° 26 p. 70-71, montrant que la politique jurisprudentielle va du choix exclusif à la solution moyenne.

² En ce sens, F. Terré, *Rapport introductif, in L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 8 *in fine*, qui parle d'une « préoccupation d'harmonie ». - Rappr. *ibid.*, III p. 107, Ph. Malaurie, *Rapport de synthèse*. - Adde J. Hauser, *L'enfant et la famille : de l'hexagone à l'ensemble vide ? Eloge du compromis* : Petites affiches 7 août 1995 n° 94, p. 18, I b.

³ L. Rozès, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, préc., p. 315 (2^e col. *in limine*) ; Ch. Bigot, *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information* : D. 1998, chron. p. 238 n° 17 ; D. Jacotot et Ch. Bourrier, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée* : *ibid.* 1996, p. 346 n° 23, à propos des ordres publics social et économique ; Pr. Pavlopoulos, *Le standard en droit public*, préc., p. 973-974. - Comp. J. Hauser, *La CIDE : la Cour de cassation persiste et signe !* : RTD civ. 1993, p. 814 n° 12, assénant que « le risque est considérable de voir des dispositions précises, importantes, utiles, non contestées, remises en cause au nom d'un intérêt aussi supérieur que vague ». - Cass. 1^{re} civ., 18 avr. 2000 : D. 2000, inf. rap. p. 142, où l'« intérêt supérieur de l'enfant » occulte un droit de garde, au nom d'un éventuel « déséquilibre psychologique grave ».

⁴ TGI Paris, 14 mai 1974 (*Carole Laure c/ Sté V.M. Productions*) : D. 1974, p. 766 s., note R. Lindon (2^e esp.), dans un conflit entre droit de l'auteur sur son œuvre et droit de l'interprète au respect de sa personnalité.

particularité d'offrir la possibilité (...) de résoudre les éventuels contrastes entre elles, (...) en recherchant un équilibre entre les exigences contradictoires qu'elles présupposent »¹. Ainsi le débiteur d'une dette indéterminée n'est-il tenu de s'en libérer ni de la meilleure espèce ou qualité, ni de la plus mauvaise (C. civ. art. 1022 & 1246). De même, cette « politique des petits pas » est pertinemment illustrée à travers l'assurance sur la vie : inspirée par un *votum mortis*, le mécanisme a longtemps choqué les bonnes mœurs, alors qu'il relève désormais d'une gestion patrimoniale en bon père de famille². En somme, la confrontation normative se mue en une coexistence logique. Aussi, puisqu'elle figure souvent comme panacée, la notion d'intérêt (supérieur) de l'enfant n'en ressort-elle nullement amoindrie de sa collation avec nombre d'autres mesures³. En définitive, l'intérêt général apparaît, non comme un départiteur entre les règles de droit elles-mêmes, mais entre des jugements qui préservent ou non chacune des institutions juridiques en cause. Ce sont là prémices à favoriser la complémentarité des notions relatives.

2. Un ordre public renforcé

194. - Tandis que leur diversité amène souvent à quelque contrariété, les notions relatives peuvent aussi fructueusement se cumuler au cours d'un procès⁴. Elles sont alors généralement incluses dans un même domaine juridique. Ainsi le divorce pour faute est-il acquis seulement à la double condition que la « violation grave ou renouvelée des

¹ *Standards et contrôle de constitutionnalité des lois*, préc., n° 6 p. 985. - Rappr. Cass. civ., 27 nov. 1844 (*Derosne c/ Puzin et a.*) : DP 1845, I, p. 13 s., et la note.

² J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v° *Ordre public et bonnes mœurs*, préc., n° 136 p. 17 et les réf.

³ Par rapport au désintérêt manifeste des parents, cf. Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1981 (*Aide soc. enf. Paris c/ D^{elle} B*) : D. 1981, p. 495 s., note P. Raynaud, spéc. II p. 497-498. - Par rapport aux « motifs graves » de refuser un droit de visite, cf. H. Fulchiron, *Rép. civ.*, v° *Autorité parentale*, préc., spéc. n°s 28 p. 6, 75 p. 11, 209 s. p. 28 & 229 p. 30 ; CA Agen, 24 juill. 1996 : D. 1997, p. 578 s., note P. Nicoleau et C. Talbert, spéc. n° 21 p. 582. - Comp. F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., p. 261 s., *passim*. - Rappr. Th. Dubaele, introduction in *Droits de l'enfant* : D. 1996, somm. p. 231 ; & comm. F. Vauvillé, *ibid.*, p. 235 s., sous Cass. 1^{re} civ., 17 janv. & 24 oct. 1995.

⁴ Comp., en droit pénal, le concours idéal d'infractions, quoique le conflit soit, en principe résolu en donnant la préférence à la qualification la plus élevée : R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, préc., n°s 392 s. p. 515 s. ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n°s 686-687 p. 526 s. ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n°s 232 s. p. 128 s. ; J. Leroy, *Droit pénal général*, Paris, LGDJ, 2003, coll. manuel, n°s 254 s. p. 164 s. - Adde Y. Chalaron, *Le concours idéal d'infractions* : JCP 1967, éd. G, I, 2088 ; P. Serlooten, *Les qualifications multiples* : Rev. sc. crim. 1973, p. 45 s., spéc. n°s 15 s. p. 56 s. ; et la réponse de A. Dekeuwer, *La classification des concours de qualification* : *ibid.* 1974, p. 511 s.

devoirs et obligations du mariage » rende la vie commune intolérable (C. civ., art. 242)¹ ; de même, l'intérêt (supérieur) de l'enfant commande-t-il de ne refuser un droit de visite et d'hébergement (au parent non titulaire de l'autorité) ou des relations avec ses ascendants, « que pour des motifs graves » (art. 373-2-1²)³ ; la prescription acquisitive réclame une possession aux multiples caractères additionnels (art. 2261) ; la validité des conventions requiert à la fois « un objet certain » et « une cause licite » (art. 1108) ; le principe d'une solidarité entre époux est recouvré pour les emprunts conclus unilatéralement s'ils concernent des achats nécessaires « aux besoins de la vie courante » et portent « sur des sommes modestes » (art. 220 al. 3)⁴. Là encore, seul l'argument institutionnel permet de fournir le critère interprétatif. En effet, isoler chaque notion relative atténuerait nettement la redondance qualitative affichée dans la loi. L'autorité judiciaire se trouve donc astreinte à apprécier chacune avec le soutien logique de l'autre. L'objectif semble évident : éviter qu'une situation factuelle ne soit trop aisément modifiable. Restent quelques exemples absolument contre-productifs : le caractère quasiment sacré de la propriété⁵ est mis à mal lorsque l'article 559 exige non seulement une « force subite » de la rivière ou du fleuve ravageur, mais aussi que la partie emportée soit « considérable et reconnaissable », pour que le propriétaire puisse agir ; pareillement, les conditions restrictives du retrait total de l'autorité

¹ Sur le caractère non alternatif de ces deux conditions, cf. *Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2005* : Bull. civ. I, n^{os} 8 à 14, p. 7 s. ; D. 2006, pan. P. 337-338, obs. L. Williatte-Pelliteri ; AJ famille 9/2005, p. 320-321, obs. St. David ; Dr. famille 2005, comm. 53, note V. Larribau-Terneyre ; RTD civ. 2005, p. 370 n^o 13, obs. J. Hauser ; *Cass. 2^e civ., 21 mars 1982 (Cantaloube c/ Mme Cantaloube)* : Bull. civ. II, n^o 56 p. 39-40 ; *11 juill. 1988 (X c/ Mme Y)* : *ibid.*, n^o 166 p. 89 ; *20 avr. 1989* : *ibid.*, n^o 91 p. 45 ; & - même de façon atténuée - *30 nov. 2000*, préc. - Adde G. Henaff, *La communauté de vie du couple en droit français* : RTD civ. 1996, p. 562 s., n^{os} 13 s.

² Comp. L. n^o 2007-293, 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance, art. 8 : JO 6 mars 2007, texte 7, faisant disparaître les « motifs graves » comme obstacle aux relations de l'enfant avec ses ascendants, in C. civ., art. 371-4 : si l'accomplissement de cette condition tend à favoriser la persistance des liens personnels, il n'est pas forcément en cohérence avec l'objet de la loi.

³ Rappr. *TGI Bressuire, 6 janv. 2000* : D. 2000, inf. rap. p. 88. - Comp., sur le fondement de l'article 292 ancien, la modification de la convention homologuée dans le divorce par consentement mutuel, *Cass. 2^e civ., 16 févr. 1994 (Mme X c/ Y)* : Bull. civ. II, n^o 60 p. 34 ; D. 1995, somm. p. 133-134, comm. Th. Dubaele, favorable à une « vision "minimale" » des motifs graves ; RTD civ. 1994, p. 328-329 n^o 11, obs. J. Hauser.

⁴ Adde art. 515-4 al. 2 pour le pacte civil de solidarité ; & *Cons. const., 9 nov. 1999, déc. n^o 99-419 DC*, préc., relevant que cette solidarité « ne saurait faire obstacle, en cas d'excès commis par l'un des partenaires, à l'application des règles de droit commun relatives à la responsabilité civile » : JO 16 nov. 1999, p. 16965, 1^{re} col.

⁵ Décl. dr. de l'homme et du citoyen 26 août 1789, art. 2 & 17.

parentale paraissent bien peu propices à concrétiser l'intérêt de l'enfant¹. Dans l'un et l'autre cas, cependant, la volonté du législateur est très certainement de ne pas aggraver le trouble par des actions inutiles ou nuisibles. Finalement, alors qu'une partie de la doctrine pourrait s'émouvoir d'une protection affaiblie en raison de l'imprécision législative, la relativité parvient au contraire le plus souvent à renforcer cette protection.

195. - Quoiqu'elle puise sa force dans la rationalité scientifique, une définition purement axiomatique pêche par désagrégation des notions relatives ; seul au contraire correspond à leur nature un raisonnement inductif, parce qu'il allie nécessairement leur double dimension, à la fois comportementale et coercitive. La norme empirique parvient alors à combler avantageusement l'insuffisance technique de la relativité, tout en conférant à la décision de justice un fondement irrécusable. Par conséquent, elle garantit non seulement la prévisibilité de la sanction, mais encore le respect du principe de légalité. Aussi, quand bien même la relativité place la magistrature au cœur du procès, le spectre d'un pouvoir judiciaire exorbitant se trouve-t-il refoulé dans une stricte logique positiviste : l'herméneutique ne modifie en rien l'ordonnement juridique et ne fait que concrétiser l'intention législative. N'est-ce point là qu'une des multiples facettes de cette tendance des instances politiques à déléguer leurs prérogatives, en raison de leur impéritie à diriger la société ? Néanmoins, cette indéniable propension à vouloir adapter le droit aux faits n'abdique pas complètement sa fonction régulatrice : si elle symbolise la difficulté à formaliser des règles pour des situations atypiques, elle s'en remet à la coutume dont l'avantage est de concourir spontanément à la pérennité sociale. De fait, cette source du droit traduit aussi l'intention parlementaire de n'avoir pas systématiquement recours à une législation absolument rigide, qui ne laisserait aux juridictions aucune marge d'appréciation. Cette souplesse de la norme caractérise incontestablement le régime juridique des notions relatives, dans la mesure où seule la coutume permet une modulation *intuitu personæ* de la règle de droit.

¹ Art. 371-1, ensemble art. 378-1 al. 1^{er} évoquant notamment « une consommation habituelle et excessive » (sic) de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants ou une « inconduite notoire » qui doivent, de plus, mettre l'enfant « manifestement en danger ». - Au demeurant, les autres éléments de cette énumération ne sont pas sous le sceau de la relativité, facilitant ainsi davantage la déchéance des droits parentaux.

LIVRE II :

APPLICATION MODULEE DE LA COUTUME

196. - Afin d'accéder à une connaissance sûre, « nous avons trois moyens principaux : l'observation de la nature, la réflexion et l'expérience. L'observation recueille les faits, la réflexion les combine, l'expérience vérifie le résultat de la combinaison. Il faut que l'observation de la nature soit assidue, que la réflexion soit profonde, et que l'expérience soit exacte »¹. Aussi sagace soit-elle, cette analyse de Diderot appelle néanmoins un complément par la philosophie kantienne. De fait, la pertinence d'une règle n'empêche pas l'existence de certaines déviations, plus ou moins marginales². Tout va alors dépendre du degré de transgression judiciairement admissible pour que la norme commune demeure socialement valable.

197. - En fait, le problème semble venir de ce que, au plan juridique, l'être humain se fonde dans le concept purement abstrait de sujet de droits³. Cette difficulté entraîne une double conséquence : non seulement, l'hypothèse d'une égalité théorique -

¹ D. Diderot, *Pensées sur l'interprétation de la nature*, in *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1994, coll. Bouquins, publié avec le concours du Centre national des Lettres, éd. établie par L. Versini, T. I : *Philosophie*, n° 15 p. 566.

² Cf. Ch. Serrus, *Préface* in E. Kant, *Critique de la raison pure*, préc., p. XII et les réf.

³ B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 1 p. 9 ; J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 193 p. 373 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, préc., n° 9 p. 9 ; H., L. & D. Mazeaud, F. Chabas et Fl. Laroche-Gisserot, *Les personnes*, préc., n°s 438-439 p. 5 & n° 441 p. 8 ; Ph. Malaurie, *Les personnes, Les incapacités*, préc., n° 2 p. 3 ; G. Goubeaux, *Les personnes*, préc., n°s 5 s. p. 14 s. - Adde R. Martin, *Personne et sujet de droit* : RTD civ. 1981, p. 785 s., spéc. introduction & n°s 5 s. (I) p. 785 s. - Comp. l'analyse sémantique et pragmatique de la notion de sujet ainsi que l'esquisse d'une ontologie de la personne, in P. Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, coll. Points-Essais n° 330, 424 p.

malgré quelques aménagements marginaux tenant essentiellement à la capacité d'exercice¹⁻² ; mais encore, en contrepartie, le devoir de respecter les lois - sous peine de rétablir une possibilité de supériorité³. La personne se constitue donc en dépassant tout enracinement dans le solipsisme⁴ : elle n'est pas un être concret. « Alors que la logique individualiste repose sur une identité séparée et enclose sur elle-même, la personne (*persona*) ne vaut que par rapport aux autres », remarque Michel Maffesoli⁵. Or, pour sa part, la coutume dérive plutôt de l'agrégation de conduites isolées, qui maintiennent ainsi dans le champ du droit des habitudes particulières et créent le sentiment d'une appartenance à une entité spécifique. Cette source décrit ce qui se passe réellement, au lieu de refléter ce qui doit être, conformément à la vocation classique de la norme. Cette dissemblance exprime la nécessité de comparer les notions relatives à ce que le professeur Catherine Thibierge qualifie de « droit dur »⁶. Sans doute sont-elles techniquement insuffisantes pour le juge contraint de statuer. Mais leur imprécision tient plus à l'absence de véritable obligation qu'à un défaut de sanction⁷ : que la coutume fasse l'objet d'une négociation sociale permanente n'ôte rien à sa force contraignante. A travers la coutume, finalement, le législateur parvient bien à aliéner le justiciable par un ordre d'essence politique, tout en lui concédant une part de souveraineté sur son existence proche⁸. Ainsi, bien plus qu'une marge d'interprétation, la coutume confère-t-elle aux notions relatives une souplesse d'application. Dans cette perspective, l'automatisme de la conclusion syllogistique se trouve profondément remise en question. En

¹ Mineurs (C. civ., art. 371 s. & 388 s.) et majeurs protégés (art. 414 s.), consommateurs (C. consom.)...

² *Décl. dr. homme et citoyen*, 26 août 1789, art. 1^{er}. - B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 2 p. 11-12 ; J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n°s 281 s. p. 520 s. et n° 289 p. 536 s. ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, préc., n° 12 p. 13 ; G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, préc., n°s 457 s. p. 195 s. ; Ph. Malaurie, *Les personnes, Les incapacités*, préc., n°s 269 s. p. 85 s. ; G. Goubeaux, *Les personnes*, préc., n° 32 p. 41 & n° 36 p. 43-44. - Comp. *ibid.*, n° 281 p. 252 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 199 s. p. 149 s.

³ J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 275 p. 512-513 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 983 s. p. 364 s.

⁴ Comp. J. Carbonnier, *Les personnes*, n° 195 p. 379-380 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 315 p. 321 ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, préc., n° 11 p. 10.

⁵ *In Le temps des tribus, Le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse*, Paris, éd. Méridiens Klincksieck, 1988, coll. « Sociologies au quotidien », p. 22.

⁶ Sur quoi, C. Thibierge, *Le droit souple*, préc., p. 609 (et la définition, p. 615).

⁷ Comp. *ibid.*, p. 610 s., droit flou (où la teneur de la norme est indéterminée) et droit doux ou mou (dont la vigueur est affaiblie).

⁸ En ce sens, rapp. M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., p. 63 & p. 142 s. (où le sociologue envisage la combinaison de la diversité et de l'équilibre social).

raison même de la relativité, le fondement juridique de la décision subit une mutation sémantique : la coutume correspond autant à la régularité dans le sens juridiquement habituel d'une conformité à la loi, que dans le sens - plus vulgaire - d'une fréquence anthropologique¹. Là où la sanction est ordinairement requise dès que les conditions légales sont insatisfaites, la relativité permet au juge d'entrer en voie de condamnation seulement dans la mesure où la finalité institutionnelle des notions relatives en cause est enfreinte. Dès lors, il est tenu d'accepter tous les comportements qui, malgré leur hétérogénéité, ne sont pas anormaux, c'est-à-dire ne heurtent pas la norme coutumière. La particularité des notions relatives est ainsi d'allier l'ordre juridique et la simple déviance non irrégulière². Cette idée rejoint une décision du Conseil constitutionnel, en date du 13 mars 2003, à propos du traitement automatisé de données nominatives dans la loi pour la sécurité intérieure³ : en reconnaissant que n'est pas manifestement déséquilibrée la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée, les sages de la rue Montpensier acceptent, implicitement mais nécessairement, la possibilité d'une disproportion, afin que les intérêts individuels ne puissent l'emporter complètement sur ceux de la société en général.

198. - Selon le doyen Josserand, les droits ne pouvaient revêtir un caractère absolu : ils doivent être exercés dans l'esprit d'une politique législative, sans quoi leurs titulaires versent dans un abus socialement nuisible et donc susceptible d'engager leur responsabilité⁴. Cette idée esquisse le régime juridique des notions relatives. Invariablement, en effet, le droit représente une articulation des intérêts particuliers et de l'intérêt général⁵ : certaines branches - alors qualifiées d'ordre public - ne souffrent aucune dérogation ; à l'opposé, d'autres font, par définition, le lit de la négociation. « Bien entendu, il ne faut pas

¹ *Petit Robert*, préc., v° Régulier, I, I & 5 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Normal, A & B, in v° Norme.

² *Petit Robert*, préc., v° Irrégulier, 2, & Anomal et Anomalie. - *Adde Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Anomal.

³ L. n° 2003-239, 18 mars 2003, art. 21 s. : JO 19 mars 2003, p. 4764 s. - *Cons. const.*, 13 mars 2003, déc. n° 2003-467 DC, considérants n°s 19 s. : *ibid.*, p. 4792-4793 ; D. 2004, somm. p. 1273-1274, obs. S. Nicot, 2 ; RD publ. 2003, p. 1147 s., comm. Ch. Lazerges et D. Rousseau ; Petites affiches 28 mars 2003 n° 63, spéc. p. 10 s., note J.-E. Schoettl ; J. Boyer, *Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, ou « Splendeurs et misères... »)* : *ibid.* 22 mai 2003 n° 102, p. 4 s., note J. Boyer.

⁴ L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc. n°s 291 s. p. 368 s. - *Adde G. Ripert*, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 91 p. 232 s., et les réf. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 428 p. 436-437 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 786 p. 769-770.

⁵ Sur la diversité potentielle de cette conjonction, cf. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, préc., n° 18 p. 29.

être angélique ou exagérément naïf, note Madame Dominique Schnapper. La réalité sociale n'est jamais conforme à l'Idée (...); l'affirmation de l'égalité civile, juridique et politique de personnes si évidemment diverses et inégales ne peut manquer d'apparaître fallacieuse si on la compare à la réalité sociale »¹. En somme, non seulement, contrainte et autonomie finissent toujours par se neutraliser réciproquement, mais encore, elles sont éminemment variables dans le temps et dans l'espace. En ce sens, le législateur s'efforce d'assurer, à travers la relativité, une juste proportion : la mission du droit ne s'épuise donc ni dans la préservation de l'intérêt collectif, ni dans la sauvegarde ou l'épanouissement de la libre volonté². Sur un plan davantage philosophique - en conclusion d'une étude sur les fins du droit -, le professeur Bruno Oppetit relève aussi que « le droit est médiation entre le juste et le raisonnable, entre l'individuel et le social, entre le consensus et le conflit »³. Bien qu'habituellement rattaché au droit de propriété, un adage de l'Ancien Droit résume parfaitement cette opinion : « *abusus non tollit usum* », l'abus n'exclut pas l'usage⁴. Autrement dit, la flexibilité de la coutume n'enlève rien à son caractère obligatoire.

199. - Dans un sens classique, les définitions législatives permettent de préciser les conditions d'exercice d'un droit, en sorte que les magistrats n'ont qu'un rôle interprétatif très circonscrit. La coutume, au contraire, n'est point une norme aussi rigide⁵. Comme fondement des notions relatives, elle apporte donc une certaine souplesse dans leur mise en œuvre concrète. La fonction juridictionnelle s'en trouve conséquemment nuancée, sans perdre pour autant sa substance : parce que la coutume demeure, malgré tout, une règle de droit, elle appelle des moyens coercitifs pour garantir son exécution. Finalement, le pouvoir judiciaire doit composer avec l'ambition d'une rationalité formelle et abstraite véhiculée par le droit objectif, et avec la nécessité de prendre en considération la multiplicité

¹ *La communauté des citoyens, utopie créatrice* : Le Monde, vendredi 12 nov. 2004, p. 15 (5^e col.). – *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2005, coll. Folio-Essais n° 427, 320 p., insistant sur la nécessité de la nation, base de la démocratie, comme cadre de vie premier des citoyens, notion atteinte par l'idéologie productiviste qui exalte l'individu.

² *Contra*, rappr. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 962 p. 359, estimant que, « si l'usage de la liberté n'était pas discrétionnaire, ce serait la négation même de la liberté. (...) En résumé, la liberté est une prérogative laissant toute initiative d'accéder ou de ne pas accéder à la situation juridique concernée ».

³ B. Oppetit, *Philosophie du droit*, préc., n° 20 p. 31.

⁴ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Abusus non tollit usum*.

⁵ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 911-912 p. 342 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 542 p. 502-503 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 208 p. 228-229 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 12 p. 28 et spéc., sur l'absurdité d'une législation uniforme en matière foncière et familiale, n° 135 p. 246-247.

des comportements sociaux à partir d'un même droit subjectif¹ : à l'acceptation de l'anomalie (*Titre 1^{er}*) répond alors la sanction de l'anormalité (*Titre 2*).

¹ Rappr. D. Schnapper, *La communauté des citoyens, utopie créatrice*, préc., 2^e col.

TITRE I :

ACCEPTATION DE L'ANOMALIE

200. - Dans *Le Petit Prince*, Antoine de Saint-Exupéry prêtait à un monarque absolu et universel quelques paroles de sagesse : « il faut exiger de chacun ce que chacun peut donner (...). L'autorité repose d'abord sur la raison (...). J'ai le droit d'exiger l'obéissance parce que mes ordres sont raisonnables »¹. Ces propos ne sont que l'écho poétique d'un brocard plus strictement juridique : « *summum jus, summa injuria* », dû à Cicéron². Concernant essentiellement l'abus dans l'exercice des droits subjectifs³, cet adage est aisément transposable au droit objectif proprement dit. Sans doute a-t-il pour primordial objet d'assurer l'ordre et la sécurité dans la société, mais une application trop rigoureuse déboucherait inexorablement sur quelque iniquité.

201. - Néanmoins, le caractère irrésistible de la loi forme traditionnellement antithèse avec cette théorie : « *dura lex sed lex* »⁴ ! Sous cette injonction lapidaire, la force contraignante de la législation l'emporte nécessairement « sans considération pour les résultats auxquels son application ou sa conception va conduire »⁵. Or, comme le soulignait

¹ A. de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, Paris, Gallimard, 2000, chap. X, p. 40.

² *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Summum jus, summa injuria* ; *Vocabulaire juridique*, préc., p. 925.

³ Cf. *Adages du droit français*, préc., n° 423 p. 849 s., v° *Summum jus summa injuria* ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 761 s. p. 747 s.

⁴ V° *Dura lex sed lex*, in *Lexique juridique - Expressions latines* ; *Adages du droit français*, n° 105 p. 186 s.

⁵ *Ibid.*, p. 186 in fine.

le professeur Boulanger, « le droit n'est pas géométrie, il est science sociale »¹ ; plus incisif, le doyen Ripert avançait que celui-ci « s'occupe des rapports entre les hommes, les sciences ne connaissent pas les hommes mais les nombres. Si le juriste veut établir des lois sur les nombres, il est obligé de dédaigner l'humain »². Prétendre régler la société de manière trop stricte peut, en effet, se révéler complètement contre-productif et engendrer finalement un phénomène de résistance qui aboutirait, en cas de généralisation, à l'inefficacité totale de la règle de droit : l'objectif politique recherché par le Parlement est alors loin d'être atteint. Par conséquent, bien qu'elle soit apparemment satisfaisante dans l'abstrait, la loi devient matériellement inepte. Dans cette perspective, la coutume présente l'avantage de faire office de correctif à l'inflexibilité théorique de la règle de droit. Les notions relatives auxquelles elle sert de fondement atténueraient donc ce risque d'insubordination sociale vis-à-vis de la loi : elles parviendraient à préserver son caractère obligatoire, tout en offrant un assouplissement dans sa mise en œuvre. Au demeurant, cette conclusion démontre à l'envi une évolution sensible quant à la nature de la règle de droit dont la propriété habituellement prescriptive régresse³. D'une certaine façon, l'effectivité des notions relatives passe par leur concrétisation sociologique. Ainsi se développe une véritable tension entre un canon juridique et la nécessité de prendre en considération la réalité des liens sociaux (qui ne peuvent être que de type communautaire, c'est-à-dire construits sur des besoins réciproques)⁴. Seulement, si c'est d'elle-même que la nation tire sa régulation, Montaigne pouvait bien s'inquiéter de savoir si toute obligation ne devient pas alors purement stochastique, et donc imprévisible parce qu'aléatoire : « que nous dira donc en cette nécessité la philosophie ? Que nous suyons les loix de nostre pays ? c'est à dire cette mer flotante des opinions d'un peuple ou d'un Prince, qui me peindront la justice d'autant de couleurs et la reformeront en autant de visages qu'il y aura en eux de changemens de passion ? Je ne puis avoir le jugement si flexible. Quelle bonté est-ce que je voyois hier en credit, et demain plus, et que le trajet d'une riviere faict crime ? Quelle verité que ces

¹ M. Boulanger, *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., n° 26 p. 70.

² G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 15 p. 42-43.

³ Rappr. J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, coll. Droit et Société - Recherches et Travaux n° 5, Maison des Sciences de l'Homme - Réseau Européen Droit et Société, dir. J. Clam et G. Martin, p. 36 s.

⁴ Comp. D. Schnapper, *La communauté des citoyens, utopie créatrice*, préc., 2^e col.

montaignes bornent, qui est mensonge au monde qui se tient au delà ? »¹. En effet, dès l'instant que la norme devient essentiellement casuelle, elle traduit peu ou prou l'abdication de toute morale juridique transversale. Au contraire, l'idée n'est pas de faire primer le point de vue commun sur une ambition d'ordre politique, mais bien plutôt de faire en sorte que cette aspiration soit atteinte, nonobstant une réalité sociale particulièrement mouvante. Mieux même, la coutume s'appuie sur cette disparité pour que la sanction judiciaire demeure compréhensible du justiciable. En ce sens, Michel Maffesoli estime que « les divers modes de structurations sociales ne valent que dans la mesure, et si elles restent en adéquation avec la base populaire qui leur a servi de support »². Dès lors, le recours à la relativité semble signifier que la pérennité d'une institution juridique est mieux assurée par des usages vulgaires que par une norme trop exclusive. En somme, l'Etat se trouve relégué à simplement gérer des excès potentiels³. D'aucuns pourraient avoir la nostalgie d'un droit objectif « où la normativité paraissait absolue, à proportion de la force des commandements » ; mais le professeur Libchaber a sans doute raison de conclure au seul « affadissement de la teneur normative », car ce dernier ne consume en rien la fonction et la substance de la règle : organiser la vie en société⁴.

202. - De prime abord, les sources formelles du droit, traditionnellement reconnues comme statiques et rationnelles⁵, paraissent tout à fait antinomiques d'un droit spontané, empirique et dynamique, d'origine populaire. Curieusement, pourtant, les notions relatives obligent à juxtaposer l'autoritarisme intrinsèque des pouvoirs publics et la puissance des masses sociales. Mais la coutume qui les sous-tend parvient, néanmoins, à nouer une véritable dialectique - au sens aristotélicien⁶ - entre ces deux aspects. De fait, ce n'est que

¹ M. Eyquem de Montaigne, *Les Essais*, Paris PUF, 2^e éd. 1992, coll. Quadrige n° 95, éd. de P. Villey, Livre II, chap. XII : *Apologie de Raimond Sebond*, p. 579. - Adde A. Cuneo, cité en épigraphe de son roman *Le trajet d'une rivière*, Paris, Denoël, 1995, coll. Folio n° 2910, 752 p.

² *Le temps des tribus*, préc., chap. 3, p. 80 ; adde chap. 6, spéc. p. 154.

³ Rappr. *ibid.*, la deuxième loi, p. 84 (et la réf.) : « le pouvoir peut et doit s'occuper de la gestion de la vie, la puissance quant à elle est responsable de la survie », le pouvoir étant d'essence économique et politique, la puissance du domaine de la socialité (*ibid.*, spéc. p. 14). - Rappr. J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, préc. p. 135, A in fine.

⁴ RTD civ. 1999, p. 243 n° 3. - Adde Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé* : RRJ 1982 p. 219 s. *passim*.

⁵ Rappr. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 16-17.

⁶ M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., note II p. 215 : « renvoi permanent d'un pôle à un autre ». Adde *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Dialectique, A 2, spéc. a. - Rappr. l'étymologie, *ibid.* in limine.

par un abus de langage que la règle juridique est réduite à son caractère obligatoire¹. Dans son sens étymologique, la norme désigne d'abord un modèle comparatif, par métonymie de l'outil utilisé par les Grecs ou les Romains pour tracer une ligne droite ou perpendiculaire² ; cet étalon appelle alors inmanquablement un jugement d'appréciation³. Or, la coutume décline bien un ordre impératif et une recommandation d'idéal : elle est à la fois prescriptive et incitative, laissant ainsi aux magistrats une marge de manœuvre ; elle respecte une certaine autonomie de l'individu, tout en insérant ses actes dans une dimension sociale limitative⁴.

203. - Si la coutume reste bien ainsi une norme de référence contraignante pour le justiciable et le juge⁵, la souplesse de son contenu se traduit à un double point de vue. Au plan théorique, d'une part, elle contribue à une parfaite adéquation normative (*Chapitre 1^{er}*) : cette source du droit permet effectivement aux juridictions de faire évoluer les notions relatives dans le temps et l'espace, pour que leur signification demeure systématiquement appropriée aux instances soumises au prétoire, autrement dit en fonction du requérant ou des parties au litige⁶. Inéluctablement, cette adaptation de la règle aux faits sociaux s'accompagne, d'autre part, d'un aspect davantage procédural. Car, quand bien même arbitraire et subjectivisme sont écartés, le pouvoir d'appréciation de l'autorité judiciaire en sort considérablement renforcé : la sanction ne peut plus être aussi mécaniquement prononcée qu'en présence d'une législation techniquement précise et complète, de telle sorte que l'application de la coutume implique finalement l'existence de seuils normatifs (*Chapitre 2*).

¹ Comp. la discussion sur l'existence d'une sanction comme critère distinctif de la règle de droit, in F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 27 p. 31-32.

² *Dictionnaire étymologique*, préc., v° Norme ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Norme in limine & Règle, spéc. B ; *Petit Robert*, préc., v° Règle, II 1, et l'encadré. - Cf. spéc. A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, préc. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 11 p. 25-26.

³ Sur la double nature de la règle de droit, cf. spéc. C. Thibierge, *Le droit souple*, préc., p. 619-620.

⁴ Rappr. L. Duguit, *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, préc., § 7 p. 82 s., sur l'objet de la norme sociale, & § 18-19 p. 200 s., sur la doctrine individualiste.

⁵ Spéc. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 541 p. 500-501.

⁶ *Petit Robert*, préc., v° Adapter, 2 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Adapter in v° Adaptation.

Chapitre premier :

Adéquation normative

204. - Comme le concède le professeur Parain-Vial, « le juriste sait (...), qu'en un sens, ses concepts représentent la réalité d'autant plus mal qu'ils sont précis »¹ ! De fait, dès l'instant que le syllogisme judiciaire oblige mécaniquement à tenir compte des circonstances propres à l'instance², une définition trop minutieuse finirait par apparaître dérisoire, voire plus radicalement arbitraire, en ce sens qu'elle tendrait à vouloir représenter une réalité fuyante et toujours imparfaitement connue. En principe générale et abstraite, la législation ne se prête normalement qu'à l'élaboration de dispositions compendieuses et postule donc forcément l'appréciation de l'autorité chargée de la mettre en œuvre pour déterminer si les faits d'une espèce entrent dans son champ d'application³. Autant laisser dès l'origine au juge une certaine marge de manœuvre. D'ailleurs, Maître Soulez-Larivière soulignait ainsi, au sujet de la loi sur le port de signes manifestant « ostensiblement » une appartenance religieuse⁴, que le Parlement ne saurait fournir moult détails car, « s'il le voulait, il deviendrait ridicule, ou pire : odieux, et serait aussitôt rejeté »⁵.

205. - Aussi le pouvoir d'interprétation de l'autorité judiciaire prend-il tout son relief, afin d'éviter pareille insubordination à la loi. Seulement, promouvoir l'adéquation de la règle renverse quelque peu le raisonnement habituel. C'est bien ce que dénonce vigoureusement une partie de la doctrine : « le verbe adapter comporte ici une notable

¹ J. Parain-Vial, *La nature du concept juridique et la logique* : Arch. philo. dr. 1966, t. XI : *la logique du droit*, p. 49.

² En ce sens, rappr. Ph. Malaurie, *Laïcité, voile islamique et réforme législative - Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004* : JCP 2004, éd. G, I, 124, n° 8 p. 10. – Sur l'intérêt de la flexibilité du droit, cf. S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc., spéc. n°s 4 s. p. 1664-1665.

³ Rappr. M. Canto-Sperber et P. Ricœur, *Une laïcité d'exclusion est le meilleur ennemi de l'égalité* : Le Monde jeudi 11 déc. 2003, p. 20, notant qu'« aucun énoncé de principe ne dispense d'une réflexion sur les cas où il s'applique. Dans toutes les solutions sociales stables, il y a une part de convention. Telle est la formule générale sur laquelle la société moderne règle les rapports de liberté ». - Adde X. Lagarde, *Pourquoi le droit est-il complexe ?* : Le débat nov.-déc. 2003 n° 127, p. 151 s.

⁴ C. éducation, art. L.141-5-1 ; L. n° 2004-228, 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, art. 1^{er} : JO 17 mars 2004, p. 5190 ; D. 2004, légis. p. 854.

⁵ D. Soulez-Larivière, *Voile, liberté et ordre public* : Libération lundi 2 févr. 2004, p. 40.

ambiguïté : à l'évocation d'un accord, d'une concordance, la construction réfléchie - le droit doit s'adapter - ajoute la nuance essentielle d'une soumission du sujet - le droit - à l'objet - le fait »¹. Alors que la législation sert normalement de modèle d'appréciation, les notions relatives imposeraient au contraire aux juridictions de prendre en considération la situation factuelle d'une espèce ponctuelle pour déterminer la norme applicable. Néanmoins, derrière cette propension à vouloir aligner le droit sur le fait², se cache le risque non négligeable d'un éclatement, d'une multiplication des standards de référence. Par conséquent, l'entière coïncidence d'une législation avec les comportements sociaux n'est guère souhaitable du moment qu'elle consiste pour le Parlement à fixer un objectif en fonction de pratiques courantes ; elle le deviendrait s'il conservait les rênes de l'ambition politique, tout en veillant à ce que les moyens de sa réalisation soient compatibles avec la réalité sociale. « Dans le travail législatif, le fait est-il la conclusion inévitable ou n'est-il qu'une hypothèse chargée d'espoirs ? », s'interrogeaient Messieurs Atias et Linotte³. Le législateur, en effet, ne doit faire montre de pragmatisme que pour mieux parvenir à des fins d'ordre idéologique. D'ailleurs, les textes ne présenteraient aucun intérêt s'ils se contentaient d'entériner ce qui existe déjà concrètement - à moins d'une réelle utilité⁴ ; car la base même du processus judiciaire réside dans un jugement de valeur, ce qui suppose une comparaison et non une parfaite analogie. Pour que la loi soit réellement appliquée, elle doit certainement être comprise par les justiciables, mais cela ne saurait signifier que ces derniers puissent finalement la choisir au gré de leurs besoins : fondée sur un simple constat sociologique, elle mettrait forcément obstacle à toute appréciation critique. Au demeurant, elle ne ferait que traduire une impartialité idéologique, émanation d'un scientisme quasiment sacralisé : dans un tel système, rien n'est plus valable s'il n'est rationnellement expliqué. Le doyen Carbonnier a montré l'importance croissante des sondages d'opinion pour la réformation

¹ Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., p. 251, 2^e col., et la réf.

² Rappr. Cl. Colcombet, *Commentaire de la loi du 4 janvier 1970 sur l'autorité parentale* : D. 1971, chron. p. 16-17 n^{os} 89 s., estimant que le législateur avait mis le droit en accord avec les faits, antérieurement à l'exercice commun de l'autorité parentale, en l'accordant à la seule mère malgré une double reconnaissance de l'enfant.

³ In *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., p. 254, 1^{re} col.

⁴ *Ibid.*, rappr. l'exemple des clercs de notaire assermentés pour recueillir la signature des clients, p. 256 *in limine*.

des lois¹. Certes, les aspirations morales peuvent alors être prises en compte, mais elles apparaîtraient comme une donnée matérielle parmi d'autres, au lieu d'un idéal poursuivi. Or, la relativité n'est absolument pas neutre : le qualificatif adjoint aux notions requiert une évaluation de nature qualitative ou quantitative. Ainsi la loi reste-t-elle un acte volontariste dirigé vers la satisfaction d'un certain bien-être social². En soi, le terme qualificatif démontre que tout comportement ne saurait être admis au prétexte qu'il est banal, sans que ce soit manquer de réalisme³. Toute autre analyse conduirait à confondre méthode et finalité législative : s'informer de la réalité sociale n'est qu'une phase préalable à la hiérarchisation des données recueillies, en fonction d'un dessein politique⁴. Tout simplement, en déterminant un objectif commun, le pouvoir législatif réalise l'égalité entre les citoyens proclamée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

206. - En décidant naguère que « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle »⁵, malgré sa valeur constitutionnelle en matière pénale⁶, la Chambre criminelle incite à réconcilier l'évolution et

¹ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, préc., p. 194 s, 201 s. (4) & 298 s. - Adde F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, n^{os} 160 s. p. 351 s. - Sur la méthode sociologique, cf. *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v^o Durkheim Emile & Connaissance.

² En ce sens, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n^o 16 p. 47 & 49 : « le droit ne doit pas suivre les mœurs, il doit les diriger et au besoin les combattre » car, « contrairement à ce que disent les sociologues, ce ne sont pas les mœurs qui créent le droit. Il arrive même que les lois, combattant des pratiques nouvelles, arrivent à les modifier, ou tout au moins essayent d'empêcher une trop rapide transformation des mœurs ». - Rapp. J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 416, pressentant que « le droit du pays passe dans nos artères, nos muscles, notre esprit. Nous sommes ce que nous ont faits les coutumes séculaires, ce que nous ont faits aussi le dressage de lois plus passagères. Le droit modèle l'homme ; il le déforme, à l'occasion » !

³ Comp. F. Génay, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du Code civil)*, in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, t. second, § 2 p. 994 s.

⁴ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 334 p. 131. - Comp., sur l'unité de l'être (réalité) et du devoir-être (finalité), M. Villey, *Philosophie du droit*, I, préc., spéc. n^{os} 108 s. p. 167 s. (spéc. n^o 112 p. 172) & n^{os} 122 s. p. 184 s. ; Rev. histoire dr. 1976, p. 637, séance 21 févr. 1976 de la Société d'histoire du droit. - Contra A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société - du XIX^e siècle à nos jours*, préc., p. 65, estimant que le droit est une science « dont le fondement est puisé dans la réalité ».

⁵ *Cass. crim.*, 30 janv. 2002 : Bull. crim., n^o 16 p. 52. - Sur la position de la jurisprudence civile, cf. spéc. *Cass. I^{re} civ.*, 9 oct. 2001 (*Franck X c/ Y*) : Bull. civ. I, n^o 249 p. 157-158 ; D. 2001, p. 3470 s., rapp. P. Sargos et note D. Thouvenin.

⁶ *Cons. const.*, 18 janv. 1985, déc. n^o 84-183 DC : D. 1986, p. 425 s., note Th. Renoux, spéc. n^{os} 28 s. p. 432-433 ; & déjà implicitement, 19-20 janv. 1981, déc. n^o 80-127 DC : *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., n^o 30 p. 427 s. ; JCP 1981, éd. G, II, 19701, obs. Cl. Franck. - Le Conseil constitutionnel estime que l'article 2 du Code civil, pour sa part, a seulement valeur de loi ordinaire : *Cons. const.*, 22 juill. & 30 déc. 1980, déc. n^o 80-119 DC & 80-126 DC : JO 24 juill. 1980, p. 1868 ; *ibid.* 31 déc. 1980, p. 3243 (sur l'article 13) ; D. 1981, inf. rap. p. 356 s. & 359-360, comm. L. Hamon ; AJDA 1980, p. 480-481 n^o 77 & p. 602 s. n^o 109, note G. Carcassonne.

la fiabilité du droit¹. Certes, l'article 2 du Code civil vise fondamentalement les conflits de lois dans le temps, mais la législation a pour prolongement évident l'œuvre prétorienne qui contribue à en fixer le sens. Dès lors, puisque l'accommodation de la règle n'est qu'une forme d'interprétation, l'une et l'autre doivent tout de même inspirer confiance au justiciable². Or, à lui seul, le principe de sécurité juridique fournit une clef pertinente car, ainsi que le remarque le professeur Bernard Pacteau, cette dernière se mesure à la capacité de savoir et de prévoir³. Autant la connaissance du droit s'inscrit, en pratique, dans une perspective individualiste, enclose dans le schéma concret de son application ; autant l'espérance, au plan théorique, ressort davantage d'une dynamique sociale d'ensemble, ouverte sur l'échange, le commerce juridique : tandis que l'une est tournée vers l'acquis d'un passé, l'autre tente de se projeter raisonnablement dans un avenir commun.

207. - Finalement, l'intérêt majeur des notions relatives réside dans leur aptitude à combiner ces deux aspects apparemment opposés⁴ : individualisation et généralité de la norme. Au fond, à l'instar de la sanction pénale (C. pén., art. 132-24)⁵, la relativité permet d'adapter la décision à la personnalité des parties ou du requérant, c'est-à-dire à l'aune de l'ensemble des circonstances particulières à l'espèce. En la forme, néanmoins, elles demeurent une règle de droit formulée au sujet de situations typiques, indifférenciées et exprimées en termes parfaitement abstraits. Si la flexibilité de la coutume qui fonde la relativité laisse donc poindre une détermination *in casu*⁶ de la norme (*Section 1*), elle n'empêche pas pour autant de préserver une appréciation *in abstracto* des faits (*Section 2*).

¹ Sur quoi, B. de Lamy, obs. sous *Cass. crim. 30 janv. 2002* : D. 2003, somm. p. 173, 2^e col.

² J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 133, 2, p. 241 *in fine*. - Rappr. A. Hervieu, *Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle* : RRJ 1989, n°s 28 s. p. 295 s. - Y. Gaudemet, *Rapport & D. Foussard, Rapport de synthèse, in Sécurité du droit et jurisprudence* : Cah. dr. entr. 1990/6, p. 12 s. & 17 s.

³ *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, préc., p. 154, 1^{re} col.

⁴ Comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 450 *in fine* p. 179, à propos des assouplissements au caractère général des loi et règlement.

⁵ Sur quoi, cf. spéc. Th. Papatheodorou, *La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français* : Rev. sc. crim. 1997, p. 15 s. - B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n°s 650-651 p. 520-521 ; R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, préc., n° 661 p. 832-833. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Personnalisation, 1 et 2, & Personnaliser.

⁶ *Petit Robert*, préc., v^{js} Personnaliser, 2, & Personnel, 1 1 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Individualisation, 2 & *In casu*.

Section I : Détermination *in casu* de la norme

208. - Non sans véhémence, d'aucuns récriminent contre la législation contemporaine, souvent jugée trop floue malgré sa prolifération et, de la sorte, exposée à tout arbitraire et subjectivité dans l'interprétation. A ceux qui aspirent ainsi à davantage de rigueur, Portalis fournissait par anticipation une réponse dans son *Discours préliminaire* : empruntant à Montesquieu, il affirmait en effet que « l'uniformité est un genre de perfection qui (...) saisit quelquefois les grands esprits, et frappe infailliblement les petits »¹.

209. - De manière surprenante, le propos semble particulièrement conservateur au moment de promouvoir un code civil commun à tous les Français ! Il n'en figure pas moins au tout début du *Discours préliminaire*, afin de rappeler qu'en certaines occurrences, la variété des traditions peut aussi bien valoir qu'une totale homogénéité législative. De fait, les usages présentent l'avantage considérable d'être globalement connus et généralement adoptés, puisqu'ils découlent des pratiques suivies par ceux auxquels ils s'appliquent. Pareil intérêt ne doit pas pour autant occulter la réponse à une autre question : quel bénéfice le Parlement escompte-t-il de jugements fondés sur la coutume ? Plus avant, cette préoccupation requiert de s'interroger sur les motivations qui conduisent à préférer une telle diversité normative. Un constat s'impose tout d'abord. Les tenants d'un catastrophisme social s'insurgent, en effet, contre le déclin des grandes structures institutionnelles². Pire, cette observation suggère inévitablement, en parallèle, la montée de l'individualisme ! Seulement, cette conclusion est vue à travers le prisme purement théorique d'une conception classique du pouvoir législatif : dans cette perspective, le Code civil est perçu comme un correctif d'ordre politique traduisant un dessein et un compromis transversaux, à long terme, dépassant les intérêts particuliers. Or, d'un point de vue concret, Monsieur Maffesoli remarque que « la société (...) ne se résume pas dans une quelconque

¹ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, préc., p. 14. - Ch.-L. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, préc., livre XXIX, chap. XVIII, ajoutant : « Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne le pas découvrir : les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité, et dans quels cas il faut des différences ? (...) Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? ». - Rappr. Aristote, *Politique, Livre II*, Paris, Les Belles Lettres, 1998, coll. classiques en poche n° 29 bilingue, 1261 a-II-1 s., p. 4 s., spéc. 1261 b-7, p. 6 s., pour qui l'unité est très souvent pernicieuse pour la structuration de la cité.

² Sur quoi, cf. spéc. M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., n° 1 p. 47 s., spéc. p. 52-53.

mécanicité rationnelle, elle vit et s'organise, dans le sens fort du terme, au travers des rencontres, des situations, des expériences au sein des divers groupes auxquels chaque individu appartient. Ces groupes s'entrecroisent les uns les autres et constituent à la fois une masse indifférenciée et des polarités très diversifiées »¹. D'ailleurs, Marx montra combien cette atomisation crée une interdépendance sociale dans laquelle chacun tente de tirer le maximum d'avantages de sa condition et de ses ressources². Aussi l'herméneutique des notions relatives doit-elle intégrer cette dimension en associant d'autres principes à la règle formelle³. Par ailleurs, l'école germanique du *Freiesrecht* a systématisé cette conception de la jurisprudence en estimant que la norme juridique se déduit des faits : le juge doit préalablement comprendre l'espèce aussi complètement que possible, en sorte que la décision se dégage avec une telle évidence que la loi n'est plus qu'un justificatif *a posteriori*⁴. Cependant, cette doctrine assez spécieuse bafoue ouvertement l'exigence de prévisibilité et de sécurité juridique : aussi imparfaites soient-elles techniquement, les notions relatives ne décrivent pas une réalité mais formulent ce qui doit être, de manière à ce que le justiciable puisse anticiper les conséquences juridiques d'un état de fait⁵. Admettre le contraire aboutirait peu ou prou au non-droit, faute de cohérence judiciaire en raison d'inévitables contradictions⁶. En somme, l'adaptation concrète des notions relatives ne doit pas s'effectuer en fonction de besoins individuels, mais dans un souci de sauvegarde systémique⁷ ; l'idéal

¹ *Ibid.*, p. 112-113, et, plus généralement, la notion de « socialité élective », n° 4 p. 110 s.

² In K. Marx, *Misère de la philosophie - Réponse à la Philosophie de la Misère de Proudhon*, Paris, Payot, 2002, coll. Petite bibliothèque Payot n° 294, préface J. Kessler, 254 p. - *Adde Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Marx Karl, spéc. p. 356-357.

³ Rappr. Ronald Dworkin, cité in B. Oppetit, *Philosophie du droit*, préc., n° 63 p. 84 s.

⁴ Cf. la critique de J. Maury, in *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, préc., spéc. p. 31-32. - *Adde* J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 33 p. 29 ; *ibid.*, sur le syllogisme ascendant, n° 55 p. 42-43. - Rappr. Th. Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, préc., n° 48 in fine et 55 s.

⁵ J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, préc., p. 36.

⁶ J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 25 s. - Comp. F. Terré sur la dislocation d'une conception uniforme de l'ordre public sous la pression de nouveaux concepts plus axés sur des intérêts ciblés, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Rapport introductif*, préc., p. 6-7 ; S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc., n° 17 s. p. 1667-1668.

⁷ Sur l'instinct de survie à long terme du peuple, cf. M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., p. 119-120. - Comp. la formidable propension d'une espèce animale à sa conservation, in L. Jacquet, *La marche de l'Empereur*, Bonne Pioche, 2004.

politique ne doit pas disparaître au seul motif d'une valorisation du contexte social¹. La réciproque se vérifie alors : la pérennité d'une institution juridique est davantage possible dans la proximité sociale que dans une rationalité abstraite.

210. - A plus d'un titre, enfin, la légistique ressemble à la querelle du donatisme à l'époque de l'Antiquité tardive : à ceux qui prônaient l'isolement de l'Eglise pour la garder pure, l'évêque d'Hippone rétorquait que la cité de Dieu doit au contraire épouser les turbulences du monde, car c'est uniquement à ce prix qu'elle peut perdurer². De même, afin que la loi soit acceptée, elle doit assimiler les fluctuations spatiales et temporelles de la société. Figée, elle occasionnerait un phénomène d'exclusion, préjudiciable *in fine* à sa réalisation, parce qu'incomprise. Elle doit donc être suffisamment flexible pour gagner en généralité et éviter toute discrimination injustifiée : les notions relatives sont à la fois le reflet et la synthèse des différents usages sociaux³. La mise en œuvre de la norme laisse alors poindre un véritable tribalisme juridique (§ 1). Mais, en alliant la réalité sociale à une finalité politique, ce pluralisme sert aussi de matrice aux valeurs futures : la relativité contribue ainsi au progrès permanent du droit (§ 2).

§ 1 : Tribalisme⁴ juridique

211. - « Tous les étrangers ne sont pas des barbares, et tous nos compatriotes ne sont pas civilisés : de même toute campagne n'est pas agreste et toute ville n'est pas polie ». La Bruyère⁵, indéniablement, invite ses lecteurs à savoir raison garder dans les jugements à porter. Par là même se trouve confirmée l'idée d'après laquelle la relativité nécessite de spécifier préalablement avec justesse une norme de référence. Les propos de l'illustre moraliste insinuent incontestablement la pertinence limitée de tout idéal, de toute

¹ Rappr. R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, préc., p. 77-78 & 82.

² Sur quoi, *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Augustin (saint). - Adde spéc. P. Brown, *La vie de saint Augustin*, Paris, Le Seuil, 2001, coll. Points Histoire n° H 287, spéc. 28. *L'unité réalisée*, p. 433 s.

³ Comp. S. Moscovici, *La machine à faire des dieux - sociologie et psychologie*, Paris, Fayard, 1988, coll. L'espace du politique, p. 159 s., la complémentarité des sociétés « instituée » et « institutante ». - J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 125 s., in *La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume*.

⁴ Vocabulaire emprunté à M. Maffesoli, *Le temps des tribus, Le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, coll. « Sociologies au quotidien », 226 p. ; *La transfiguration du politique, La tribalisation du monde*, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, coll. Le livre de poche - biblio essais n° 4207, 243 p.

⁵ In *Les Caractères ou Les Mœurs de ce siècle*, Paris, Gallimard, 1975, coll. folio classique n° 693, *Des jugements*, 22 in fine, p. 280.

moyenne ou de tout simple commun dénominateur. L'exclusion de tels absolus ne saurait toutefois satisfaire ; elle sous-entend surtout que l'évaluation judiciaire doit s'effectuer différemment selon les personnes concernées¹. Préfigure-t-elle cette « reconstitution d'un droit de classe » dénoncée par le doyen Josserand au lendemain de l'entrée du Front Populaire à l'Hôtel Matignon² ? De prime abord, les notions relatives opèrent effectivement « une fragmentation du droit qui s'oppose (...) vigoureusement à la conception unitaire de notre code civil »³ : alors que l'œuvre napoléonienne s'attachait à anéantir les distinctions sociales d'Ancien Régime, ce ne serait plus à l'aune d'une personne ou d'une situation fictive et abstraite que l'interprétation serait conduite, mais en raison d'une qualité distinctive « correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions que chacun de nous peut occuper dans la société »⁴. Néanmoins, dans toute communauté complexe peuvent être distingués des groupes composés d'individus semblables au regard de certains critères, sans qu'ils soient forcément envisagés sous un angle marxiste⁵. A la différence des trois états de l'Ancien Droit, déjà, l'absence d'étanchéité caractérise ces strates sociales⁶. Ensuite, ce tribalisme juridique n'équivaut nullement à une lutte sociale mais correspond à une adaptation du droit à son contexte matériel d'application. Enfin, les notions relatives ne doivent pas apparaître comme un moyen de multiplier les exceptions au droit commun ; elles sont uniquement une technique de modulation de la règle de droit. Au demeurant, c'est « donner au mot coutume son acception la plus large ; la plus proche de son étymologie aussi (*consuetudo*) : l'ensemble des usages communs qui permet qu'un ensemble social se reconnaisse pour ce qu'il est »⁷. Autrement dit, là où quelque hapax normatif (*I*) pourrait

¹ Comp. l'appréciation du risque de confusion en matière de marque commerciale, in S. Durrande, *Droit des marques* : D. 2005, pan. p. 506, 2.

² L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe* : DH 1937, chron. p. 1 s.

³ *Ibid.* p. 1.

⁴ *Ibid.*, & p. 2 *in fine* : « c'est seulement ès qualités que chacun de nous peut désormais prétendre à la protection de la loi et des pouvoirs publics ».

⁵ Cf., cependant, in *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Stratification sociale, p. 570, distinguant les thèses néo-marxistes fondamentalement bimodales opposant classes dominante et dominée, et les conceptions du philosophe allemand ayant, certes, en commun le principe de lutte des classes, mais reposant sur une multitude de théories variables en fonction du sujet abordé.

⁶ Rappr. A. Sériaux, *Droit des obligations*, préc., n° 22 p. 76 s. - *Contra* J. Mestre, *Des limites de l'obligation de renseignement* : RTD civ. 1986, p. 339 s. n° 1.

⁷ M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., p. 36.

constituer un moyen risqué de réguler la société, il ne devrait au contraire avoir d'autre finalité que d'assurer la compréhension de la norme (II).

I - Hapax normatif

212. - Les notions relatives participent-elles vraiment de la théorie de la *sociological jurisprudence*¹ ? Dans une fin de XIX^e siècle marquée par l'évolutionnisme darwinien², le mouvement réaliste américain estima, à l'instar de l'Ecole allemande du *Freisrecht*, que le droit devait lui aussi pourvoir à son « indispensable mise à jour »³ : il est alors perçu comme un édifice en perpétuelle construction, ouvert sur les besoins sociaux auxquels il doit répondre⁴. En réaction contre un formalisme excessif, cette partie de la doctrine s'interroge donc sur l'interprétation judiciaire. Ses auteurs invitent ainsi la magistrature à demeurer particulièrement attentive à ce qui constitue la spécificité d'un procès, ce qui le distingue d'espèces comparables de manière à parvenir à la solution la plus adéquate au regard du cadre législatif : le magistrat n'est plus « l'esclave des précédents (...) mais l'habile orfèvre qui va ciseler dans le matériau brut un chef-d'œuvre »⁵ ! Dès lors, une conclusion s'impose : le juge est investi d'un indéniable pouvoir créateur⁶. Pour Al Sanhoury, disciple d'Edouard Lambert à l'Institut de droit comparé de Lyon, puisqu'une norme rigide ne peut anticiper tous ses cas d'application, la technique du standard remédie de la manière la plus adéquate à cette difficulté : elle met en harmonie l'ensemble des prescriptions

¹ Sur quoi, rappr. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 3 p. 12 s. et les réf. - Adde F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., spéc. introduction p. 344 s. & I p. 350 s., avec les réf.

² Pourtant encore combattu par les tenants d'un créationnisme sectaire, cf. C. Lesnes, *Inquiétante offensive des créationnistes américains & Trois questions à... Eugénie Scott* : Le Monde mercredi 27 avr. 2005, p. 22. - Adde Petit Robert des noms propres, préc., v^{js} Darwin, Lamarck & Cuvier ; Petit Robert, v^{js} Evolutionnisme & Fixisme.

³ F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 346.

⁴ A propos de R. Pound, cf. P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Paris, L'Hermès, 4^e éd. 1998, coll. Philosophie du droit, chap. XII p. 194 s.

⁵ F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 348.

⁶ Au service des intérêts de la société ou des aspirations de l'homme, selon la finalité qui distingue les membres de l'Ecole sociologique des représentants du mouvement réaliste : *ibid.*, note 4 p. 345.

juridiques avec les conditions de vie et les besoins du moment¹ ; la jurisprudence sociologique permet ainsi « une interprétation circonstancielle, imprégnée des phénomènes économiques et sociaux » et réalise « la souplesse et l'adaptation nécessaires à la règle de droit »². Cette théorie semble avant tout en quête d'un équilibre entre intérêts antagonistes³. Finalement, le pragmatisme l'emporte sur une sorte d'*elegantia juris*⁴ ! Le libre droit se révèle davantage préoccupé de parvenir à une solution juste que de sa justification, en sorte que le but transcende la méthode, ouvrant un champ remarquable à l'intuition du juge⁵. Dans cette perspective, seule la relativité est apte à opérer cette indispensable individualisation de la justice. Comme le soutient Holmes en exergue de son ouvrage sur le *common law*⁶, « la vie du droit, ce n'est pas la logique : c'est l'expérience. Ce qui est ressenti comme nécessité d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens, jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes ». Néanmoins, une double objection doit être formulée à l'encontre de cet amalgame potentiel entre une interprétation sociologique et les notions relatives.

213. - La première réside dans un simple constat. L'importance accordée au contexte d'un procès n'est certainement pas une préoccupation récente du législateur : dès 1804, le Code civil comporta des notions relatives - d'ailleurs héritières du droit romain - telles les bonnes mœurs, le bon père de famille ou la bonne foi. Il a fait ainsi montre d'une inconstante faculté adaptative, contrairement à la rigidité consubstantielle prêtée par Pound

¹ A.-A. Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise – Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard juridique*, Paris, Marcel Giard, 1925, coll. Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série centrale t. 10, 361 p. ; *Le Standard Juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, préc., p. 144 s. - Adde F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 352.

² C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 3 p. 15-16.

³ En ce sens, cf. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, préc., p. 205-206. - P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, coll. Droit privé, n° 19 p. 25 s.

⁴ Cité in F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 346. - Adde G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n° 83, 2 p. 321.

⁵ Cf. spéc. J. C. Hutchinson Jr, *Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, préc., p. 531 s.

⁶ O. W. Holmes, *The Common Law*, Boston, Little-Brown, 1881, p. 1.

à tout système romano-germanique qui viserait à proscrire toute initiative prétorienne¹. Même si la jurisprudence peut y apparaître seulement « abstraite et conceptuelle, logique et déductive »², la technique du standard occupe donc une place de choix³. A l'inverse, l'évolution du droit attendue d'une jurisprudence sociologique peut être grandement freinée lorsque l'interprète fait preuve d'une tendance particulièrement réactionnaire et conservatrice, « la passion ou les préjugés » triomphant alors « face aux données brutes les plus élémentaires »⁴ ; au début des années 1920, Edouard Lambert donna l'exemple des Etats-Unis où les juges s'opposèrent à la législation sociale pourtant initiée par le Congrès lui-même⁵.

214. - Aussi, face à cette antilogie, la seconde observation tient-elle davantage à la substance du réalisme juridique, et concerne en outre la définition même de l'individualisation de la règle de droit. Sous peine d'anéantir, en effet, la vocation normative des notions relatives, le pluralisme juridique ne semble concevable que dans la mesure où la référence comparative est essentiellement moniste. Celle-ci n'en devient pas pour autant étroite ; elle récuse seulement l'idée qu'une même notion puisse être soumise à de multiples régimes juridiques, le contraire débouchant inévitablement sur des jugements *sui generis*⁶. L'accommodation du droit que permet la coutume ne doit point avoir pour résultante son atomisation, par création d'une norme spécifique à chaque espèce ; pareil morcellement rejaillirait inévitablement sur l'objectif politique de pérenniser une institution juridique⁷. De la signification, que la doctrine réaliste entend associer à l'appréciation circonstancielle, dépend donc la validité de l'hapax utilisé en justice. De fait, la sauvegarde de son caractère normatif

¹ F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 347. - Comp. B. N. Cardozo, cité *ibid.*, note 36 p. 355.

² P. Morvan, *Le principe de droit privé*, préc., n° 19 p. 25.

³ Cf. les études de Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil - Etude des lacunes intra-legem*, préc. ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc. ; S. Chassagnard, *La notion de normalité en droit privé français*, préc. - Sur cette même base, cf. le droit administratif comme œuvre presque exclusivement prétorienne, in St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préc.

⁴ F. Michaut, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*, préc., p. 349.

⁵ *In Le gouvernement des juges*, Paris, Dalloz, 2005 (réimpression 1921), coll. Bibliothèque Dalloz, préface F. Moderne, 276 p. - Adde P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, préc., p. 209 s.

⁶ Rappr. Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, préc., § 1 & 2, n^{os} 723 s. p. 345 s.

⁷ Rappr. G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 10 p. 1102-1103.

est conditionnée par une alternative : ou bien l'adaptation du droit aux faits découle d'un subjectivisme pur, c'est-à-dire enclos sur l'instance ; ou bien elle prend une coloration plus intersubjective, en considérant moins une relation personnelle qu'un environnement social¹, ce que n'effectuait pas le « le bon juge Magnaud » de Château-Thierry. Cette première option absolument subjectiviste présente certainement l'avantage de justifier par elle-même la raison d'être des notions relatives : vouloir uniformiser à outrance par une norme de référence générale reviendrait à abandonner leur flexibilité intrinsèque, par une sorte d'iniquité consistant à nier l'hétérogénéité sociale². D'un point de vue strictement logique, néanmoins, les disparités de solution n'induisent pas que l'appréciation *in concreto* soit la mieux adaptée, sinon exclusive ; que les circonstances varient au gré d'espèces comparables n'écarte pas l'utilisation par le juge d'un modèle comparatif transversal³. Surtout, quand bien même la coutume résulte des faits sociaux, elle perdrait son abstraction si l'interprète la laissait envahir par le fait particulier, sans quoi l'autorité judiciaire ne ferait plus que le constater sans pouvoir réellement l'infléchir. Par conséquent, le droit ne serait plus vraiment facteur d'égalisation⁴. D'ailleurs, cette propension à la casuistique se confond avec la critique habituellement formulée contre l'impossibilité de dégager une jurisprudence cohérente en présence d'une notion relative⁵. Or, d'aucuns soulignent combien un individualisme exacerbé est parfaitement antinomique des fondements de l'ordre juridique et finalement destructeur de l'ordre public⁶. Comme le relève Monsieur Khairallah à propos du concept d'homme raisonnable, la souplesse d'un standard ne saurait conduire à quelque discordance⁷ ; elle

¹ Comp. J. Wróblewski, *Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit*, préc., n° 7 p. 851-852.

² En ce sens, J. C. Barbosa Moreira, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne*, préc., n°s 4-5 p. 1150 s.

³ Comp. M. Donnier, *L'intérêt de l'enfant* : D. 1959, chron. p. 181 (1^{re} col.).

⁴ Rappr. L. Josserand, *Sur la reconstitution d'un droit de classe*, préc., conclusion p. 4. - Adde Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil* : Petites affiches 1^{er} sept. 1986, n° 105, préc., § 4 p. 6.

⁵ A propos de l'intérêt de la famille dans le changement de régime matrimonial, cf. M. Henry, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1986 (*Cts Hercot*) : JCP 1987, éd. G, II, 20809, spéc. I B & II A.

⁶ En ce sens, F. Dekeuwer-Defossez, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., p. 250. - G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, préc., n° 7 p. 351-352.

⁷ In *Le « raisonnable » en droit privé français - développements récents*, préc., n° 32 p. 462, même si l'auteur reconnaît par ailleurs sa variabilité naturelle (n° 18 p. 451-452, et les réf.).

implique seulement d'adapter l'appréciation à un type de situations similaires¹. C'est bien là toute la nuance que comporte la seconde branche, intersubjective, de l'alternative. Elle confirme l'idée, soutenue par le professeur Rivero, que « la règle ne peut régir les espèces qu'en les réunissant dans le cadre d'une catégorie »². La Cour de cassation en fait la démonstration lorsqu'elle considère que l'anormalité d'un risque - mort d'un équipage aguerri à l'occasion d'une régates à proximité des côtes -, requise pour engager la responsabilité du gardien sur le fondement de l'article 1384 alinéa premier du Code civil, doit s'apprécier dans les circonstances de la cause, spécialement en raison de la qualité des victimes³ ; elle use même parfois d'une tournure grammaticale négative pour accentuer cette exigence⁴. En exceptant de se référer à un cadre universel, la haute juridiction convient que la justice, autant que la sécurité, implique un traitement égal de situations équivalentes⁵. A dire vrai, cette acception de l'hapax normatif est une illustration juridique des champs sociaux autonomes dégagés par Pierre Bourdieu⁶. Au demeurant, la législation concrétise explicitement cette approche à travers la notion de faillite, distincte selon que l'insolvabilité est civile ou commerciale⁷. De manière plus affinée, cependant, cette parcellisation du droit doit s'entendre plus d'une appréciation *ratione personae* que *ratione materiae*. Elle devient, en effet, critiquable dès l'instant qu'elle répond à un besoin et non à une réalité⁸, c'est-à-dire chaque fois qu'une même notion relative se trouve soumise à une disparité de régimes : sous le seul prétexte de satisfaire des intérêts particuliers, le risque est d'aboutir à un cloisonnement des différents domaines juridiques, sans plus aucune logique d'ensemble.

¹ Rapp. G. Tixier, *La règle du « reasonableness » dans la jurisprudence anglo-américaine*, préc., p. 278-279.

² *In Apologie pour les « faiseurs de systèmes »*, préc., p. 100.

³ Cass. 2^e civ., 8 mars 1995 (*Cts Bizouard et a. c/ AGF et a.*) : Bull. civ. II, n° 83 p. 47 s. - *Adde* comm. J. Mouly : D. 1998, somm. p. 44, b ; obs. P. Jourdain : RTD civ. 1996, p. 906 n° 6 ; obs. G. Viney : JCP 1995, éd. G, I, 3893, n° 16 p. 509. - Plus critique, note J. Gardach : *ibid.*, II, 22499, p. 370 s. - Rapp., déjà, Cass. 2^e civ. 16 juin 1976 (*Dame Chedeville et a. c/ Dame Roussel et a.*) : *ibid.* 1977, II, 18585, obs. A. Bénabent.

⁴ Par exemple, Cass. 2^e civ., 12 nov. 1997 (*SARL Pontoizeau Automobiles c/ SA Guénant Automobiles et a.*) : D. 1997, inf. rap. p. 257 : « le caractère manifestement excessif des conséquences de l'exécution provisoire ordonnée ne doit être apprécié qu'au regard de la situation du débiteur, compte tenu de ses facultés et des facultés de remboursement de la partie adverse ».

⁵ En ce sens, P. Bellet, *Le juge et l'équité*, préc., p. 11.

⁶ *Adde* A. Bernard, *La confusion des ordres*, préc., I A p. 275-276 et les réf.

⁷ Spéc. P.-L. Chatain et F. Ferrière, *Le nouveau régime de traitement du surendettement*, préc., II B, 1° p. 291-292, & I B, introduction p. 288 (pour le versant procédural).

⁸ Comp. F. Rangeon, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, in *Les usages sociaux du droit*, préc., p. 127 & 138. - *Adde* *ibid.*, D. Lochak, *Présentation*, préc., p. 8.

L'essentiel, remarque un universitaire allemand, est de réussir à déterminer dans quelle mesure les inégalités factuelles ont une importance suffisamment caractérisée pour que le législateur soit contraint de les traduire dans les textes¹. C'est bien, au contraire, une telle « anarchie de règles non harmonisées » que dénonce vigoureusement le professeur Yvonne Lambert-Faivre au sujet de *la gravité à géométrie variable d'un dommage corporel* en fonction du Fonds d'indemnisation sollicité par l'ayant droit². Un constat identiquement regrettable peut être effectué au sujet d'un grand nombre de notions relatives qui interfèrent avec le concept référent de famille³. L'exemple emblématique demeure tout de même la qualification de la faute : elle varie selon notamment que le débiteur intervienne ou non dans le cadre de l'Administration⁴ ; plus encore, un même acte peut parfois changer la nature de la faute⁵, si bien qu'une imprudence est disqualifiée en faute personnelle, détachable de la mission de service public, uniquement à cause de sa gravité, condition qui s'oppose à l'article 1383 du Code civil⁶. En définitive, les notions relatives, une fois édictées par le législateur, restent largement inachevées : fixant seulement un objectif institutionnel, le Parlement offre par conséquent à leurs destinataires d'en préciser les critères. Kelsen allait en ce sens lorsqu'il prétendait que chaque personne contribue à la création de la règle. En revanche, là où le maître autrichien se montre partisan d'un droit individualisé, il n'envisage certainement pas une substitution de pouvoir ; il soutient plutôt que l'effectivité du droit repose sur l'appropriation de la règle par le justiciable⁷. En somme, l'interprétation judiciaire est réalisée

¹ Ch. Starck, *L'égalité en tant que mesure du droit (Problèmes d'application du principe d'égalité)*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., 3 p. 184 s. & IV p. 193-194.

² D. 2005, point de vue p. 811.

³ Sur quoi, spéc. J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, préc., p. 99 s.

⁴ Rappr. les antinomies relatives à la jurisprudence en matière de responsabilité médicale, longtemps stigmatisés par la doctrine : spéc. L. Boy, note sous *TGI Paris, 5 mai (Mme X c/ Dr Y et a.) & 20 oct. 1997 (M^{elle} X c/ Clinique de l'Alma et a.)* : D. 1998, p. 562, II A ; D. Mazeaud, obs. sous *Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2000* : *ibid.* 2001, somm. p. 2236-2237.

⁵ Cf. l'incidence de la difficulté d'agir de l'Administration sur la qualification du fait générateur : *CE, 13 mars (Améon et a.) & 29 avr. 1998 (Cne de Hannappes)* : *ibid.* 1998, p. 535 s., note G. Lebreton ; *ibid.* 2000, somm. p. 246-247, obs. P. Bon et D. de Béchillon. - *Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1999 (Agent jud. Trésor)* : *ibid.* 1999, p. 398 s., note H. Matsopoulou, spéc. p. 402. - *Comp. J. Penneau, obs. critiques sous Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2000 & 27 mars 2001* : *ibid.* 2001, somm. p. 3083-3084 ; Y. Lambert-Faivre, *La réparation de l'accident médical - obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non* : *ibid.*, chron. p. 570 s.

⁶ *Cass. 1^{re} civ. 21 oct. 1997 (Corrocher c/ Ville de Vichy et a.)* : *ibid.* 1997, inf. rap. p. 243.

⁷ Sur quoi, rappr. J. Maury, *Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit*, préc., p. 29 ; G. Timsit, *Sur l'engendrement du droit*, préc., I p. 52 s. & 3 p. 57 s.

en fonction du litigant et non spécifiquement pour lui, en sorte que la norme de référence figure moins un acte de volition qu'une recherche contextuelle.

II - Compréhension de la norme

215. - Dès l'instant que, par l'abolition des privilèges, la Révolution refusait un classement officiel des individus¹, les notions relatives devraient elles-mêmes être rétives à la résurgence d'un droit de classe. Si, d'un point de vue sociologique, le doyen Ripert acquiesce à leur existence concrète, il exhorte cependant à se départir des conceptions marxistes qui tendent à sérier les personnes sur l'unique critère de la possession, car « ce n'est pas sur ce seul élément que les hommes se rapprochent et s'unissent ; des considérations intellectuelles et morales sont souvent plus importantes dans la vie que la jouissance des biens »². En un certain sens, cette remarque signifie que l'égalité civile n'a pas pour corollaire systématique l'uniformité sociale³. C'est justement tout l'avantage d'un certain tribalisme juridique que de renvoyer à une communauté de valeurs, sans être assimilable à une quelconque aliénation sociale⁴ ; le magistrat doit ainsi prendre la réalité comme élément d'appréciation, non de classification⁵. Bien que le dispositif des décisions ait forcément un contenu personnalisé, ni l'interprétation ni l'appréciation ne doivent, pour autant, poursuivre un dessein individuel : son objet demeure effectivement la préservation de l'institution juridique qui renferme la notion relative litigieuse. Or, pour que la règle de droit ait des chances d'être respectée, ses destinataires doivent clairement discerner la finalité sociale qui y est attachée⁶. Autant la norme de référence traduit cet objectif politique par une certaine

¹ Décl. dr. homme et citoyen, art. 1^{er}, la seconde phrase de cette disposition précisant toutefois que des distinctions sociales peuvent être fondées sur l'utilité commune. - Comp. Conv. EDH, art. 14 sur l'interdiction de discrimination ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 20 s., spéc. art. 21 sur l'interdiction des discriminations ; Traité sur l'Union européenne, art. 2 et art. 3 § 3 al. 2 ; Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 10, 18 et 19.

² *In Les forces créatrices du droit*, préc., n° 37 p. 100. - *Adde ibid.*, n° 98 p. 252 s.

³ Rappr. H. Battifol, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, LGDJ, 1976, p. 447 s., spéc. p. 448 sur l'égalité supposant une coïncidence de situations. - *Adde*, pour une étude en droit allemand, Ch. Starck, *L'égalité en tant que mesure du droit*, préc., p. 181 s., spéc. 2 p. 183-184.

⁴ Cf. *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Aliénation ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Aliénation, C, par rapport au vocable germanique « *Entfremdung* », signifiant littéralement le « fait de devenir étranger à ».

⁵ En ce sens, G. Cornu, *L'âge civil*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 24.

⁶ Rappr. *Petit Robert*, préc., v° Comprendre, II, 1 & 2.

immutabilité, autant la caractéristique attribuée aux notions autorise une fluctuation des seuils de la contrainte juridique autour de celui-ci. La coutume révèle ainsi toute sa convenance puisqu'elle est issue des individus auxquels elle s'applique : son absence de rigidité permet au pouvoir judiciaire d'ajuster son appréciation factuelle en fonction du contexte d'application de la règle de droit¹. En d'autres termes, une décision est pertinente - et donc acceptée - à la condition primordiale que la signification conférée à la relativité soit partagée par le justiciable en cause. Cette proposition rejoint l'idée d'un « cercle herméneutique », au sens où la compréhension du langage juridique consiste en une communion de pensée². Elle reflète aussi les travaux d'ordre sociologique de Michel Maffesoli et Serge Moscovici sur le « nous culturel ». Alors que l'individualisme obnubile quelque peu la réflexion contemporaine, ces auteurs montrent combien l'individu a perdu la substantialité dont le créditait la philosophie des Lumières³ : jamais il n'a acquis de véritable autonomie (au sens étymologique le plus fort du terme⁴), puisqu'il vit en permanence dans l'interaction⁵. En cela, « la métaphore de la tribu (...) permet de rendre compte du processus de désindividualisation », l'individu finissant toujours par se fondre « dans un ensemble qui a sa propre autonomie et sa dynamique spécifique »⁶. Dans le même temps, ce fractionnement du droit nuance la conception habituelle que le monde juridique se fait de la généralité de la loi : dans le sillage de Simmel, elle paraît être « ce à quoi tous sont partie prenante plutôt que ce qui est commun à tous »⁷, et justifie la variabilité des usages dans le temps et

¹ En ce sens, F. Pasqualini, *La révision des clauses pénales*, préc., nos 16 s. p. 776 s., sur la qualité « manifestement excessive ou dérisoire » posée par l'article 1152 alinéa 2 du Code civil. - Rapp. P. Ricoeur, *Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, préc., spéc. p. 180 & 186.

² V. Petev, *L'interprétation des faits et l'interprétation du droit*, préc., p. 57, et les développements subséquents p. 58. - Sur ce phénomène d'identification au droit, adde E. Pattaro, *Interprétation, systématisation et science juridique*, préc., n° 2 p. 105 s. - Rapp. S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., p. 241 s., sur la confiance comme condition de la soumission à la règle. - Comp. P. Amserek, *L'interprétation à tort et à travers*, préc., p. 13, pour qui « l'herméneutique est devenue le lit de Procuste de la pensée contemporaine » !

³ En ce sens, M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., p. 21-22 ; adde *ibid.* p. 151-152 ; & *La transfiguration du politique*, préc., chap. V : Le « nous communautaire », p. 163 s. - S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., p. 299-300, sur l'autonomie relative des individus. - Rapp. G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n° 54 p. 233 ; Th. Ivainier, *L'ambiguïté dans les contrats*, préc., n° 20 p. 156.

⁴ *Petit Robert*, préc., v^s Auto-, -Nome et Autonome : « grec *autonomos* “qui se régit par ses propres lois” ».

⁵ S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., p. 11 s. & p. 309 ; M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., p. 173-173, sur la nécessité des liens.

⁶ *Ibid.* p. 17 & 78.

⁷ *Ibid.* p. 129 et les réf., in note I p. 212.

l'espace¹. La mise en œuvre des notions relatives passe donc par la recherche du critère normatif auquel s'identifient les parties ou les requérants. Au demeurant, la jurisprudence fournit un large florilège d'exemples : ainsi, en matière de voisinage, ce qui pourrait sembler ici anodin dégénère ailleurs en abus du droit de propriété² ou en responsabilité du fait des choses³ ; les « motifs graves » mettant obstacle aux relations personnelles d'un enfant (C. civ., art. 371-4 al. 1^{er} ancien) requéraient des titulaires de l'autorité parentale moins une appréciation de nécessité que d'opportunité⁴, mais l'intérêt de l'enfant que la loi du 5 mars 2007⁵ substitue désormais à ce critère pourrait bouleverser cette solution dans la mesure où le maintien de relations avec les ascendants devrait s'incliner plus facilement devant la protection du mineur⁶ ; l'âge - sinon l'époque - tempore, au moins partiellement, l'atteinte aux bonnes mœurs⁷ ; pour sa part, l'origine sociale n'est point sans incidence sur la bonne foi

¹ Comp. in A. Bernard, *La confusion des ordres*, préc., p. 277, la théorie de la multiplicité des cités. - Rappr. E. Pigani, *Vérité en deça des Pyrénées...*, soulignant que la morale est soumise à une culture donnée : Rev. Psychologies oct. 1991 n° 91, p. 44-45.

² CA Colmar, 2 mai 1855 (*Dærr c/ Keller*), pour une cheminée obstruant le jour : DP 1856, 2, p. 9-10, et la note. - Cass. req., 3 août 1915 (*Coquerel c/ Clément-Bayard*), pour une clôture acérée proche d'un terrain d'envol : *ibid.* 1917, I, p. 79, et la note. - Rappr. le trouble manifestement illicite causé à l'exercice d'une servitude par des piquets reliés par une chaîne cadénassée, in Cass. ass. plén., 28 juin 1996 (*Mme Daverio c/ Cts Lasserre*) : D. 1996, p. 497 s., concl. J.-F. Weber et note J.-M. Coulon ; Rev. huissiers 1996, p. 1386 s., concl. J.-F. Weber et note M. Séné ; JCP 1996, éd. G, II, 22712, p. 405 s., note G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 1996, 2, p. 398-399, note A. Perdriau ; R. Martin, *Référé - Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage*, préc.

³ CA Versailles, 6 déc. 1996 (*EARL ferme de la Sainte Fontaine c/ Bruchard et a.*), en raison de la « position anormale » de branchages stockés à proximité d'un troupeau de bovins : D. 1997, inf. rap. p. 32.

⁴ Pour une jurisprudence antérieure à la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, cf. spéc. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1997 (*Mme L c/ M. & Mme M*) : Dr. fam. 1997, comm. 173, note P. Murat ; Defrénois 1998, art. 36815, p. 720-721 n° 57, obs. J. Massip ; & CA Bordeaux, 19 sept. 1996 : RTD civ. 1998, p. 355 n° 18, obs. J. Hauser. - Adde CA Lyon, 14 mars 2000, à cause du passé familial : Dr. fam. 2000, comm. 126, note P. Berthet. - Cass. 1^{re} civ., 5 mai 1986 (*F c/ Dame D*) : D. 1986, p. 496-497, note J. Massip ; RTD civ. 1986, p. 736 s. n° 4, obs. J. Rubellin-Devichi ; & 21 juill. 1987 (*Mme X c/ Epx Y*) : Bull. civ. I, n° 235, p. 172, malgré la disparition du lien de filiation. - *Contra* J. Carbonnier, note critique sous CA Paris, 30 avr. 1959 (*Epx Legros c/ Epx Van Leckwyck*) : D. 1960, p. 673 s.

⁵ N° 2007-293, art. 8, préc.

⁶ Qualifier l'intérêt de supérieur, à l'instar de la Convention internationale des droits de l'enfant, aurait mieux préserver le dessein législatif initial de favoriser les liens de l'enfant avec ses proches.

⁷ A. Riou, *L'évolution de la « censure » cinématographique*, préc., spéc. p. 31, 2^e col. & p. 32 (4^e col.)-33 (1^{re} col.). - Rappr., bien que n'invoquant pas l'atteinte aux bonnes mœurs, pour une publicité travestissant *La Cène* de Léonard de Vinci, mais constituant un « trouble manifestement illicite » et « manifestement outrageant à l'égard de la communauté catholique », TGI Paris, 10 mars (*Assoc. Croyances et Libertés c/ Sté Marithé François Girbaud*) & CA Paris, 8 avr. 2005 (*Sté JCDecaux Publicité Lumineuse c/ Assoc. Croyances et Libertés*) : D. 2005, p. 1326 s., note P. Rolland, spéc. *La marge d'appréciation des autorités nationales*, p. 1329-1330, et *La démocratie et « l'esprit de tolérance »*, p. 1330-1331.

d'une personne surendettée¹, sur le caractère abusif de certaines clauses dans les contrats d'adhésion², sur la gravité des injures dans l'ancien divorce pour faute³, voire plus généralement sur l'intensité de la faute⁴... De cette liste non exhaustive s'infère plus systématiquement l'idée que la soumission au droit est plus sévère à raison de la fonction sociale du justiciable⁵. Ceci explique sans doute que l'application d'une notion relative puisse ne pas concerner toutes les situations entrant dans son champ d'intervention. La preuve en est dans le domaine des clauses abusives qui sont nulles exclusivement dans les rapports du consommateur au professionnel⁶ ; de même, la normalité du trouble de voisinage varie selon les circonstances⁷ ; pareillement enfin, la divulgation d'informations patrimoniales devient légitime et n'enfreint donc pas le droit au respect de la vie privée, lorsqu'elles visent un « grand décideur économique »⁸. Néanmoins, la jurisprudence devient critiquable lorsqu'elle pose que la « révélation (...) d'une quelconque appartenance politique, religieuse ou philosophique ne constitue pas une atteinte à la vie privée » de certains responsables locaux, au regard de récentes réformes tendant au renforcement de la laïcité qui cantonne toute

¹ P.-L. Chatain, *Surendettement des particuliers et des familles : La notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence* : JCP 1992, éd. E, I, 121, n° 17 p. 75 et les réf. - *CA Pau*, 17 déc. 1990 (*Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Charente-maritime c/ Epx Pouponneau*) : D. 1991, p. 270 s., note J.-Cl. Groslière.

² J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, préc., spéc. n° 17 p. 13 et note 65 p.13-14, & n° 59 p. 50 s.

³ J. C. Barbosa Moreira, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne*, préc., n° 5 p. 1151-1152 & n° 8 p. 1155-1156.

⁴ *CA Dijon*, 29 juin 1999 (*Mme Hachadi c/ Sté Camus Industrie*) : D. 2000, p. 352-353, note Y. Saint-Jours ; et l'arrêt de la haute juridiction : *Cass. soc.*, 11 avr. 2002 (*Mme Hachadi c/ Sté Camus industrie*), préc.

⁵ En ce sens, J. Savoye, *La notion de « manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs »*, préc., *passim*, spéc. note 8 p. 104-105. - *Adde* Ch. Feddal, *La coutume : fait moral et source du droit*, préc., spéc. I B et II A, p. 229-230, sur la coutume comme expression d'un milieu social. - *Rappr.* J.-P. Theron, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé* : JCP 1976, éd. G, I, 2802, *passim*, spéc. n° 41.

⁶ Spéc. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, préc., n° 17 p. 11 s.

⁷ Spéc. J.-P. Theron, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé*, préc., *passim*.

⁸ L. Marino, obs. sous *Cass. I^{re} civ.*, 30 mai 2000 : D. 2001, somm. p. 1990 n° 3. - *Adde* obs. J. Hauser : *RTD civ.* 2000, p. 801-802 n° 3. - *Rappr.* J.-Ch. Saint-Pau, *La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet)* : D. 2000, chron. p. 267 s. - *Comp.* *CA Paris*, 12 juin 2003 : *ibid.* 2004, somm. p. 1631-1632, obs. A. Lepage. - *Cf.*, validant déjà la publication d'enquêtes nominatives sur l'ampleur des grandes fortunes françaises ou la concentration du capital au sein du patrimoine de quelques personnes désignées, *Cass. I^{re} civ.*, 20 oct. 1993 (*SA Groupe Expansion c/ Bich et a.*) : *Bull. civ. I*, n° 295 p. 203-204 ; D. 1994, p. 594 s., note Y. Picod ; *RTD civ.* 1994, p. 77-78 n° 5, obs. J. Hauser.

croyance à la sphère intime¹ ; ou quand elle estime que l'injure commise en raison de l'origine sociale n'est pas répréhensible, tandis que la loi n'hésite pas à en stigmatiser d'autres types². En revanche, de telles inflexions de la règle de droit n'ôtent rien à son caractère obligatoire. C'est pourquoi une partie de la doctrine récrimine vainement contre des notions trop molles qui engendreraient, sous couvert d'équité, un affadissement du pouvoir coercitif de la législation ; dans une branche voisine du droit civil, Madame le professeur Mayer considère que « tout se passe un peu comme si le droit pénal devenait indifférent aux bonnes mœurs. C'est une façon de reconnaître que notre société n'est plus très sûre de ce que représente exactement cette notion (...) : l'affaiblissement de la normativité en matière de mœurs conduit nécessairement au libre choix individuel des mœurs »³. Cette technique législative serait la conséquence d'un relativisme des valeurs sociales fondé sur une éthique aux multiples facettes⁴. Tout au contraire, le tribalisme juridique n'apparaît pas comme la conséquence d'un processus politique volontaire ; il en est plutôt la cause, en ce sens que le prétoire doit prendre en considération un certain camaïeu social afin de parvenir à l'effectivité de la règle de droit. Chacun, dans le commerce juridique, poursuivant son intérêt

¹ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005 : D. 2005, inf. rap. p. 2244 (la critique valant moins pour le mandat politique, par définition public) ; RTD civ. 2006, p. 281 n° 6, obs. J. Hauser ; RLDC oct. 2005 n° 20, p. 47-48 n° 837, obs. G. Marraud des Grottes ; RTD com. 2005, p. 785 n° 6, obs. L. Grosclaude. – Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2006 (*Sté Groupe Express-Expansion*) : Bull. civ. I, n° 437 p. 374-375. – Adde B. Beignier, *Vie privée et vie publique* : Arch. philo. dr., tome 41 : *le privé et le public*, Paris, Sirey, 1997, publié avec le concours du CNRS, p. 163 s., soutenant que la reconnaissance d'un droit subjectif à la vie privée permet de se fonder sur l'individualité pour opposer à la société un choix de vie. – L. n° 2004-228, 15 mars 2004, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics : JO 17 mars 2004, p. 5190 s. – Sur quoi, cf. Arch. philo. dr. 2004, t. 48, p. 11 s., actes du colloque sur la laïcité (1-2 oct. 2003), Paris 2, Association française de philosophie du droit. – Rappr. CE, Ass., 19 juill. 2011, *Commutauté urbaine du Mans – Le Mans métropole* : D. 2011, p. 2375 s., note M. Touziel-Divina, spéc. III – *Une laïcité latitudinaire à géométrie un peu trop variable* p. 2377-2378, à propos de l'aménagement de locaux désaffectés en abattoir rituel durant l'Aïd-el-Kébir.

² Cass. crim. 27 sept. 2005 : D. 2005, inf. rap. p. 2771. – L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004, portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, sanctionnant les injures commises envers une personne du fait de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son handicap : JO 31 déc. 2004, texte 3.

³ D. Mayer, *Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs*, in *Les bonnes mœurs*, préc., p. 56 ; adde *ibid.* p. 55 s. – Comp. la critique de l'individualisme fait droit positif, in Ch. Atias, *Le droit de nuire* : D. 1997, chron. p. 385-386, spéc. n° 4 p. 385.

⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée*, préc., introduction p. 105-106. – G. Lyon-Caen, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, préc., n° 1 p. 75-76. – R. Draï, *La banalisation des objets de scandale*, préc., concl. p. 143-143. – Adde L. Strauss, *La renaissance du rationalisme politique classique*, Paris, Gallimard, 1993, coll. Bibliothèque de philosophie, traduction P. Guglielmina, p. 61. – Contra S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc. p. 409 : « il est temps pour la sociologie de dire adieu, comme les autres sciences, à ces absolus à tout système. Ils finissent un jour ou l'autre par devenir un simple ornement des faits. Sa force est de les ébranler et d'infuser partout une conscience de la relativité des choses sociales ».

propre, les notions relatives contribuent à pérenniser des tendances sociales par l'agrégation de comportements isolés : la majeure du syllogisme judiciaire s'en trouve donc progressivement modifiée et, par ricochet, favorise l'évolution du droit¹.

§ 2 : Progrès permanent du droit

216. - Le progrès se définit classiquement comme un changement d'état consistant en une bonification². Comment, dès lors, les notions relatives seraient-elles susceptibles de permettre un perfectionnement du droit quand leur contenu est apparemment incertain ? Que la coutume qui les fonde soit par nature évolutive n'implique effectivement pas obligatoirement une pertinence accrue de la norme juridique au fil du temps ou de l'espace. Néanmoins, sous peine d'exhumer l'idée d'un droit transcendant immuable, la question insiste sur la nécessité d'inverser le raisonnement. Aussi le doyen Ripert soutenait-il que le droit ne s'améliore que dans la mesure où il réalise plus parfaitement son objet³ - sous réserve que l'excellence technique peut déguiser parfois quelque injustice⁴. Cela suppose, en conséquence, que le législateur se donne les moyens d'y parvenir ! S'impose alors une condition primordiale du côté du justiciable : la règle doit être comprise⁵. Paradoxalement, la stabilité législative n'en offre pas la garantie. L'inconstance est de l'essence des règles juridiques : le droit constitue ainsi une méthode d'organisation sociale qui, frappée de la malédiction de Sisyphe, revient inlassablement sur son ouvrage⁶, tout en cultivant, comme par compensation, le souci de sécurité juridique. En effet, une combinaison semble possible : la loi se fige peut-être durablement dans une notion relative, mais, en

¹ Comp. *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Marx Karl, spéc. p. 357, le double principe sous-jacent à l'ouvrage *Misère de la philosophie - Réponse à la Philosophie de la Misère de Proudhon*, préc., selon lequel « 1) l'histoire résulte de l'existence d'effets émergents engendrés par l'agrégation d'actions individuelles ; 2) l'apparition d'effets émergents dans un système modifie les conditions de fonctionnement de ce système et, partant, enclenche un processus évolutif ».

² *Petit Robert*, préc., v° Progrès, 3 & 4 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Progrès, B.

³ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., préface p. VI-VII et n° 24 p. 65 s.

⁴ Rappr. D. Lochak, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, préc., *passim*. - Comp. R. David et J. N. Hazard, *Le droit soviétique*, Paris, 1954, coll. Les grands systèmes contemporains n° 7, t. I *Les données fondamentales du droit soviétique*, spéc. p. 203.

⁵ Rappr. G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n° 2 p. 16-17, III, qui fusionne deux questions apparemment antagonistes : accessibilité et technicité du droit.

⁶ *Petit Robert des noms propres*, préc., v° Sisyphe. - A. Camus, *Le mythe de Sisyphe - Essai sur l'absurde*, Paris, Gallimard, 1942, coll. folio essais n° 11, spéc. p. 161 s. - Comp. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 10 p. 27 s.

retour, celle-ci facilite au fond une adaptation constante du droit interne (I). De façon prospective, la convergence de systèmes juridiques disparates pourrait passer par une identique harmonie formelle en droit international (II).

I - Adaptation constante du droit interne

217. - Au début du XX^e siècle, Saleilles commémora le centenaire du Code civil en publiant une contribution sur l'Ecole historique héritée de Savigny¹, dans laquelle il exposait qu'elle « n'a d'autre objectif que de mettre le droit en conformité avec la vie »². Seulement, deux lectures radicalement différentes sont alors concevables et consistent finalement à se demander si la loi est initiatrice ou régulatrice³. Dans cette seconde acception, toute action individuelle conduit forcément au bien commun et relègue le corpus textuel au rang de correctif ponctuel : contraindre l'homme à la vertu semble ici inutile puisque celle-ci naît spontanément dans la société ! Montesquieu lui-même - spécialement dans sa théorie des climats - préconisait au pouvoir de se contenter d'influer sur quelques effets néfastes au lieu d'agir à la source en prétendant contraindre les mœurs⁴. D'aucuns en ont aisément conclu à la vanité d'une intervention législative qui se voudrait motrice, parce qu'elle couperait le justiciable de son environnement naturel. Par conséquent, c'est l'évolution sociale qui devrait fournir un modèle d'action au Parlement, et non le contraire ! La doctrine de la Cour de cassation prône d'ailleurs d'aller en ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme l'érigant même pour sa part en principe d'interprétation de la Convention⁵, à l'instar de la Cour suprême canadienne revisitant l'arrêt *Hyde* de 1866 en

¹ Sur quoi, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 374 s. p. 147-148 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 139 p. 146 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., n^o 15 p. 27 s. et les réf.

² R. Saleilles, *Le Code civil et la Méthode historique*, in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, coll. Bibliothèque Dalloz, t. 1^{er}, p. 99.

³ La première, seule, correspond à la pensée de l'auteur (*ibid. passim*) : adapter librement un texte de loi aux nécessités sociales d'une époque. - Adde Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^{os} 58 s. p. 31 s., spéc. n^o 62 p. 33 s., à propos des positivismes étatique ou sociologique.

⁴ Cf. C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu* : Droits 1994 n^o 19, p. 14 s. et les réf.

⁵ J.-F. Weber, concl. contraires sur Cass. 3^e civ., 17 déc. 1997 (*Vilela c/ Mme Weil*) : D. 1998, p. 1132, III, à propos des droits des concubins homosexuels. - G. Canivet, *La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste*, préc., p. 105-106, retenant que « son devoir lui impose d'éviter de consacrer les solutions absurdes ou manifestement injustes auxquelles conduirait l'application littérale de la loi » (*ibid.* p. 103).

matière de mariage¹. Dans cette perspective, toute notion relative devrait alors aussi être approchée comme un « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles », pour reprendre la terminologie encore utilisée par la juridiction strasbourgeoise dans un arrêt du 26 juillet 2005². Cette démission normative du législateur, souvent dénoncée³, concourt probablement à l'intelligibilité systématique des règles de droit, mais aboutit aussi à leur segmentation par attachement aux particularismes de chaque espèce soumise aux juridictions.

218. - Pour autant, face aux mutations sociales, mieux vaut évidemment préserver la loi de l'immobilisme. En effet, la pertinence des concepts juridiques a beaucoup à redouter la perte du pouvoir d'interprétation judiciaire : une loi excessivement précise devient rapidement désuète, contraignant son rédacteur à la modifier sans cesse, afin d'englober la réalité qu'il entend maîtriser⁴. Or, le point nodal du problème se situe bien là. Quelque considération que Descartes ait eue pour la science abstraite, il recommandait cependant à chacun d'obéir aux lois et coutumes de son pays⁵. L'état du droit positif impose peut-être parfois au juge de prononcer une décision inadaptée à la situation litigieuse, mais la nécessité flagrante de faire évoluer les références normatives n'oblige en rien à verser dans la casuistique⁶. Le « pullulement des règles » marquerait, au contraire, le « déclin du droit »,

¹ « Notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne », analyse la cour, in *C. suprême Canada*, 9 déc. 2004, *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, 2004 CSC 79, spéc. § 22 : csc.lexum.org/fr/2004/2004csc79/2004csc79.pdf.

² *CEDH*, 26 juill. 2005, *Siliadin c/ France*, § 121 : D. 2006, p. 346 s., note D. Roets ; *RTD civ.* 2005, p. 740 s. n° 6, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA* 2005, p. 1886, obs. J.-F. Flauss. - *Adde* 23 mars 1995, *Loizidou c/ Turquie*, § 71 : *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., n° 1 p. 7 s., spéc. p. 8 & 12-13, obs. F. Sudre ; *RGDI publ.* 1998, p. 123 s., obs. G. Cohen-Jonathan, in *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme - Quelques observations* ; *RTDH* 1998, p. 77 s., obs. J.-P. Cot ; 28 juill. 1999, *Selmouni c/ France*, § 101 : *ibid.* 2000, p. 123 s., obs. P. Lambert, spéc. p. 132 ; *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., n° 11 p. 103 s., obs. F. Sudre, spéc. p. 105 & 111 s ; *RGDI publ.* 2000, p. 181 s., note G. Cohen-Jonathan, in *Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni c/ France (28 juillet 1999)*. - Plus généralement, J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, préc., n° 24.

³ C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 88 p. 157-158. - Spéc., en matière biomédicale, C. Labrusse-Riou, *Sciences de la vie et légitimité*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum*, Strasbourg, PU Strasbourg - Paris, LGDJ, 1994, coll. maison des sciences de l'homme de Strasbourg n° 17, p. 283 s.

⁴ Ph. Langlois, *Le doute sur le droit et sur le fait : exemples en droit du travail*, in *Le doute et le droit*, préc., p. 91-92. - *Adde* G. Pignarre, *L'effet pervers des lois*, préc., n° 53 p. 1124 & nos 57 s. p. 1126 s. - *Comp.* G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 165 p. 394.

⁵ R. Descartes, *Discours de la méthode*, Paris, Gallimard, 1997, coll. folio essais n° 158, p. 94-95, 3^e partie in *limine*.

⁶ En ce sens, J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de système"*, préc., III p. 102.

en ce sens qu'il forgerait une sorte de droit à la différence, source d'incohérence et finalement de désordre¹. Aussi ce risque souligne-t-il qu'une mode passagère ne saurait suffire à justifier une modification législative, celle-ci devant plutôt être conditionnée par une dynamique sociale de fond. Telle est bien l'inspiration de la coutume. Certes, les notions relatives favorisent un perpétuel *aggiornamento*, mais dans une mesure bien différente des conceptions habituellement professées : leur contenu ne change pas au gré de la société ; leur souplesse a principalement une propension assimilatrice, de manière à englober systématiquement la réalité². La loi ne s'expose pas ainsi à exclure quelques situations initialement imprévues. Nombre de coutumes ont malencontreusement été pétrifiées par la jurisprudence ou la codification³, alors que la relativité présente l'avantage de conserver leur aspect plastique, et donc surtout intégrateur de la « multiplicité des temps sociaux »⁴. Comme le souligne Becquart, une implacable invariance normative risquerait même de « paralyser l'activité humaine que le droit doit exalter au contraire », voire d'aboutir à une rupture entre droit et société ; au contraire, une souplesse raisonnée permet « de résister aux chocs imprévus, de s'adapter aux situations nouvelles, de suivre les agitations de la vie dans ses flux et ses reflux perpétuels »⁵. La fixité formelle des notions relatives n'entrave donc nullement l'herméneutique jurisprudentielle, mais à condition néanmoins qu'elle soit plus orientée vers la réalisation d'un objectif politique durable que simplement par des

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 107 s. – B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, coll. Doctrine juridique, chap. 2, p. 99 s. - J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?* : D. 1997, chron. p. 263 n° 17.

² N. J. Mazen, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain*, préc., p. 1159 ; J. C. Barbosa Moreira, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne*, préc., n° 3 p. 1150. - Sur la bonne foi, Ph. Le Tourneau, *Rép. civ., v° Bonne foi*, préc., n° 13 p. 3 ; à propos des expulsions comme atteinte disproportionnée à une vie familiale normale, cf. *CE, 2 févr. 1998 (Cherchour)* : D. 1998, p. 343 s. (1^{re} esp.), note D. Artus, spéc. I p. 344. - Comp. R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, préc., p. 82-83.

³ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 137 p. 251 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 563 p. 516-517. - J. Vanderlinden, *Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit*, préc., p. 74 & 79.

⁴ Selon l'expression de Gurvitch, continuateur de l'École française de sociologie menée par Weber et Durkheim, in *La multiplicité des temps sociaux*, in *La vocation actuelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1963, t. II *Antécédents et perspectives*, p. 325 s. - En ce sens, J. Héron, *L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires* : RRJ 1987, p. 1151 s. *passim*. - H. Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, préc., n° 1 p. 269. - Comp. E. Pattaro, *Interprétation, systématisation et science juridique*, préc., p. 112. - Adde V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, préc., *passim*, spéc. n^{os} 4 s. p. 758 s.

⁵ J. Becquart, *Les mots à sens multiple dans le droit civil français*, préc., n° 10 p. 23.

pratiques antérieures variables dans le temps et l'espace¹. Curieusement, l'équivoque terminologique œuvre finalement à parer l'obsolescence immédiate du droit interne². De plus, à l'heure de l'intégration européenne, elle pourrait se révéler pareillement fédératrice des disparités entre systèmes juridiques étatiques. Ainsi que le montre Madame Castets-Renard à propos du droit d'auteur, l'incessante innovation technologique interroge sur les modes possibles de rédaction des textes ; dans le choix politique entre une formalisation souple ou rigide, les notions relatives semblent la réponse la plus « opportune pour éviter de légiférer à chaque mutation technique, tant au niveau national que communautaire ou international »³.

II - Harmonie formelle en droit international

219. - L'euro a beau exister comme monnaie commune à la plupart des Etats membres de l'Union européenne, en vertu du respect des principes de convergence⁴, les instruments de politique économique demeurent essentiellement nationaux. La remarque est-elle cependant transposable en matière civile ? Rien n'est moins sûr pour ce qui concerne un code civil européen. L'adoption d'un tel corpus semble, en effet, se heurter à

¹ Rappr. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°s 116-117 p. 111-112 ; J. C. Barbosa Moreira, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne*, préc., n° 5 p. 1151-1152. - A. Lebrun, *La coutume*, préc., n°s 210-211 p. 218 s. - Comp. l'interprétation de l'article 544 du Code civil, en France et en Belgique, relativement à un empiètement minime, in A. Pirovano, *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand (à propos d'un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation, du 12 oct. 1971)* : D. 1972, chron. p. 69, B.

² En ce sens, G. Nicolau, *L'équivoque entre vice et vertu*, préc., spéc. n° 10 p. 62-63 & n° 30 p. 79 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit privé*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2003, coll. cours - série Droit privé, n°s 30 p. 27 & 136 p. 130-131 ; J.-L. Bergel, *Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires*, préc., n° 19 p. 1130-1131 & n° 10 p. 1125. - Comp. O. Playoust, *Normativité et légitimité du droit*, préc., I p. 198 s., spéc. p. 200-201.

³ *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 2 p. 11-12.

⁴ Sur l'Union économique et monétaire comme processus d'intégration monétaire ayant abouti à l'instauration d'une monnaie unique et à l'institution d'un système européen de banques centrales chargé de sa gestion en collaboration avec la Banque centrale européenne, cf. *Traité sur l'Union européenne*, art 4 & *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, art. 120 s. et 127 s., in L. Dubouis et Cl. Gueydan, *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 2002, coll. Grands textes, T. I : *Traités - Institutions - Ordre juridique*, p. 62 s. & 188-189. - *Adde Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, préc., v^{js} Union économique et monétaire (UEM) & Critères de convergence.

une impossibilité technique¹. Sans évoquer les difficultés tenant à un droit jurisprudentiel très évolutif, l'ultime limite réside évidemment dans les compétences attribuées aux instances communautaires² ; aucune disposition ne leur permet véritablement d'établir un *jus commune*, d'autant qu'une codification du droit civil n'est pas de même nature qu'en d'autres domaines, la dimension politique (et symbolique³) supplantant souvent ici l'aspect économique⁴. Aussi le doyen Cornu conclut-il qu'« un code civil n'est pas un instrument communautaire »⁵ ! D'un côté, la compétence n'est point suffisamment caractérisée : l'article 352 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne autorise l'Union à intervenir subsidiairement pour mieux réaliser l'un des objets de la Communauté⁶, comme la Cour de Justice a pu le juger en matière de droit pénal de l'environnement⁷ ; plus clairement, l'article 81 du même traité stipule que la coopération internationale est exclusivement liée au caractère multinational de la matière civile. D'un autre côté, les articles 115 et suivants pourraient peut-être lui offrir une compétence par préemption, mais à condition que

¹ Sur quoi, spéc. L. Grard, *L'Union européenne et l'art de légiférer : l'ordre du jour n'est pas au Code civil européen*, in *Le Code civil : une leçon de légistique ?*, Paris, Economica, 2006, coll. Etudes juridiques n° 24, colloque Bordeaux, 18-19 juin 2004, dans le cadre des célébrations officielles du deuxième centenaire de la promulgation du Code civil (1804-2004), p. 187 s., spéc. p. 198 s. - Adde Ph. Malinvaud, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats* : D. 2002, chron. p. 2543 s., I ; W. van Gerven, *L'harmonisation du droit privé en Europe* : *ibid.* 2007, p. 288.

² Traité sur l'Union européenne, art. 3, 4 et 5 : L. Dubouis et Cl. Gueydan, *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, T. I, préc., p. 27.

³ Le doyen Carbonnier le considère comme la constitution civile des Français, in *Introduction*, préc., n° 112 p. 206, a ; *Le Code civil*, in *Les lieux de mémoire*, Paris, NRF-Gallimard, t. II : *La nation*, vol. 2, dir. P. Nora, p. 305 s., spéc. p. 308-309.

⁴ Ph. Malinvaud, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne*, préc., II B I c, p. 2547-2548 ; Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar* : D. 2002, chron. p. 2203 n° 3 & p. 2206 s. n° 8 *in fine* s. - Cf. déjà E. Hondius, *La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne (Aperçu de droit communautaire)*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, n° 15 s. p. 599 s.

⁵ D. 2002, chron. p. 351-352. - Dans le même sens, Ph. Malaurie, *Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte*, in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2004, textes rassemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, p. 219 s. ; ou JCP 2002, éd. G, I, 110, p. 281 s. - *Contra* R. Cabrillac, *Recodifier* : RTD civ. 2001, p. 833 s.

⁶ L. Dubouis et Cl. Gueydan, *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, T. I, préc.

⁷ CJCE, 13 sept. 2005, *Comm. CE cl/ Cons. UE, aff. C-176/03* : D. 2005, inf. rap. p. 2337, note J. Daleau ; R. de Bellescize, *La souveraineté limitée des Etats en matière pénale* : *ibid.*, tribune p. 2697 ; JDI 2007, p. 615-616, note Fl. Chaltiel : RTD eur. 2006, p. 369 s., obs. C. Haguenu-Moizard ; D. 2005, p. 3064 s., note P.-Y. Monjal ; *ibid.* 2006, pan. p. 1259-1260, n° 2, obs. V. Nourissat. - Adde C. Nourissat, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : Un regard privatiste à partir de l'actualité* : Arch. philo. dr. 2007, t. 50, p. 254 s.

l'hétérogénéité des législations nationales freinât la concrétisation du marché intérieur¹. Or, un arrêt de la Cour de Justice du 5 décembre 2000 ne plaide guère en ce sens². Surtout, cette disparité tend plutôt à constituer une force de stimulation à une sorte de *forum shopping* législatif : « loin de laminer le droit civil des Etats membres, remarque le professeur Nourrissat, la construction à venir de l'Union pourrait en être le formidable adjuvant, en enclenchant une véritable concurrence des droits nationaux entre eux, source d'émulation incontestable »³.

220. - Pourtant, la synergie européenne appelle immanquablement quelque harmonisation⁴. Néanmoins, celle-ci vise seulement à concilier les droits entre eux, sans impliquer forcément une parfaite isonomie⁵. A cet égard, spécialement en raison de la nature controversée de certains droits⁶, la jurisprudence de la Cour de Justice joue un rôle des plus ambigus, entre intégration subreptice et respect des droits nationaux⁷. Aussi la Cour de cassation n'hésite-t-elle plus à soulever d'office un moyen, de manière disciplinaire, pour mettre en œuvre le règlement communautaire du 29 mai 2000, alors que les conditions matérielles de son application semblaient douteuses : elle enjoint les juridictions du fond à donner pleine efficacité aux instruments d'unification, qui deviennent alors le droit commun

¹ *Ibid.* p. 55 s. - Rappr. la critique d'une extension à tout le droit civil, au-delà des obligations contractuelles, in Y. Lequette, *Quelques remarques sur le projet de code civil européen de M. von Bar*, préc., n° 4 p. 2203-2204.

² CJCE, 5 déc. 2000, Guimont, aff. C-448/98.

³ *Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004* : D. 2005, pan. p. 609. - Adde L. Grard, *L'union européenne et l'art de légiférer*, préc. - Y. Lequette, *Quelques remarques sur le projet de code civil européen de M. von Bar*, préc., n°5 p. 2204-2205. - Comp. J.-M. Pontier, *La certification, outil de la modernité normative*, préc., B, p. 357-358. - Rappr. l'incidence de l'économie sur le pluralisme juridique, in S. Delabruyère, *Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire* : D. 2005, p. 1653, II.

⁴ En droit des contrats, Cl. Witz, *Plaidoyer pour un code européen des obligations* : D. 2000, chron. p. 79 s. ; critiques et propositions in A. Chamboredon, *La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats* : JDI 2001, p. 5 s. - Comp., en droit pénal, note F. Lombard et A. Haroune, note sous *CA Douai, 11 mai 1999* : *ibid.* p. 858, I A *in fine* (en matière de délit flagrant).

⁵ Sur le rôle du droit comparé dans la recherche d'un « droit commun de l'humanité civilisée », ou d'un « droit naturel à contenu variable », cf. les références à Saleilles et Stammer, in M. Delmas-Marty, *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun* : D. 2001, interview p. 1326. - Adde Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, préc., n°s 24-25 p. 2213-2214 ; W. van Gerven, *L'harmonisation du droit privé en Europe*, préc.

⁶ Sur la propriété, entre droit civil et droit économique, cf. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6^e éd. 2003, coll. Droit fondamental, p. 446.

⁷ Par exemple en matière de nom : CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello c/ Belgique*, aff. C-148/02 : D. 2004, p. 1476 s., note critique M. Audit ; & de propriété ou de mariage : C. Nourrissat, *Droit civil de l'Union européenne (second semestre 2003)* : D. 2004, chron. p. 1324 n° 7 & p. 1326 n° 11. - Adde, plus généralement, cette même chronique semestrielle au Recueil Dalloz (sous forme de panorama depuis 2005).

de la compétence juridictionnelle des Etats membres¹. Au contraire, toute entreprise d'unification nécessiterait un processus d'uniformisation, supposant par là même des sacrifices en droits internes². C'est pourquoi l'adoption d'un code présenterait l'inconvénient de ne pouvoir s'effectuer qu'*a minima*, afin de contenter chaque système juridique³. De fait, elle réclamerait alors l'élaboration de règles ou d'interprétations complémentaires d'essence étatique, fatalement dans la lignée des doctrines civilistes nationales, au point que l'instrument communautaire fasse figure de coquille vide, peu unificatrice. Au demeurant, l'harmonisation européenne présume une absence d'équivalence ; en négatif, elle révèle l'inutilité d'une intervention à l'échelon supranational dès lors que les normes internes, sans être égales, poursuivent un but similaire⁴. D'ailleurs, la Cour de Justice tend à endiguer l'hémorragie réglementaire européenne en posant un principe de reconnaissance mutuelle⁵, *a priori* fort éloigné du modèle d'intégration autour duquel le droit de l'Union européenne s'est jusque là construit⁶.

¹ In Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2005 (Epx Scheefer) : D. 2005, p. 1459 s., note approbative S. Sana-Chaillé de Néré.

² Comp., au niveau du Conseil de l'Europe, J. Andriantsimbazovina, « *Savoir n'est rien, imaginer est tout* » - Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme : D. 2001, chron. p. 2614 spéc. - Rapp. J. Hauser, *L'enfant et la famille*, préc., p. 17 : « faire œuvre d'unification supérieure entre des législations consiste à gérer des contradictions et à les surmonter » (et p. 18, 1^{re} col.). - Adde R. Sacco, *Non, oui, peut-être*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Livre I, p. 167-168.

³ Y. Lequette, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, préc., n^{os} 6-7 p. 2205 & n^o 18 p. 2210 ; Ph. Malinvaud, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne*, préc., II B 1 a & b, p. 2547. - O. Tournafond, *Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation* : D. 2000, chron. p. 159, n^{os} 1 & 2 (mais avec la concl. p. 162). - M. Delmas-Marty, *Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun*, préc., p. 1328.

⁴ Rapp. in J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, préc., note 416 p. 471, le projet de prise de position de l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (Unice), au sujet des clauses abusives : « les traditions juridiques séculaires de chaque Etat membre jouent un rôle fondamental et le même objectif peut être atteint par des voies fort différentes, adaptées aux spécificités des divers ordres juridiques nationaux ».

⁵ CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein - Q. P. Herriches Finanzgericht*, aff. 120/78, & 24 nov. 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. jointes C-267/91 & C-268/91 : *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, t. 2, préc., n^{os} 3 & 4, p. 26 s., spéc. obs. n^{os} 14 s. p. 37 s. ; JDI 1981, p. 106 s, note R. Kovar ; J. Cl. Masclat, *Les articles 30, 36 et 100 du traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt « cassis de Dijon »* : RTD eur. 1980, p. 611 s. ; F. Picod, *La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges* : *ibid.* 1998, p. 169 s. - Comp. Const. Eur., art. III-269, § 1 : « l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions (...). Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres », avec quelques spécificités pour le droit de la famille, in § 3.

⁶ Sur quoi, J.-S. Bergé, *Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthode - Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, spéc. p. 118.

221. - Cette jurisprudence de la cour luxembourgeoise traduit une inflexion dans l'élaboration d'un droit civil communautaire, prônant en quelque sorte le passage d'un texte imposé *ab initio* à une symbiose *in fine* des droits, sans cassure temporelle¹. Le Traité instituant une Constitution pour l'Europe conforte cette tendance lorsqu'il affirme que l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres². Bien sûr, comme le souligne Madame Delmas-Marty, « il ne s'agit de revenir ni à l'Empire romain, ni à la grande nation napoléonienne, ni à plus forte raison au totalitarisme hitlérien » ! L'histoire a suffisamment montré que toute tentative d'unification hégémonique est vouée à l'échec³. En contrepoint, la relativité semble faciliter cette convergence à long terme, d'un double point de vue⁴ : là où, d'une part, l'Union demeure compétente pour asseoir une concordance de fond, elle marquerait une certaine déférence pour les singularités étatiques⁵ ; dans l'ordre interne, d'autre part, les notions relatives composent utilement avec les règles du droit international pour faire respecter les conceptions possibles de l'élément d'extranéité. Héritage romain, la notion de bonnes mœurs innerve, par exemple, l'ensemble

¹ Rappr. A. Garde et M. Haravon, *La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences* : D. 2006, chron., II A p. 406-407. - Comp. Ph. Malinvaud, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne*, préc., g, p. 2549 & concl. p. 2251.

² Cf. Traité sur l'Union européenne, préambule al. 12 & art. 3 § 2. - Rappr. *Charte dr. fondamentaux*, art. 22, sur la diversité culturelle, religieuse et linguistique (Const. Eur., art. II-82). - Adde, sur la notion de tradition juridique, P. Legrand, *Sens et non-sens d'un Code civil européen*, préc., spéc. p. 781, p. 799-800 & p. 805, ainsi que la problématique p. 779 : « un Code civil européen peut-il, sans la trahir, prendre la mesure de l'histoire comme de l'actualité de l'expérience juridique européenne dans toute sa riche complexité ? ».

³ *Vers un droit pénal européen* : Le Monde vendredi 6 août 1999, p. 13. - Rappr. l'idée de « pluralisme ordonné », in *L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation* : D. 2000, chron. p. 421, & 2 p. 423 s. - Comp. l'inanité de l'espéranto du Polonais Zamenhof, langue internationale conventionnelle dont le lexique est pourtant construit à partir de racines courantes des langues occidentales.

⁴ Rappr. C. Nourrissat, *Droit civil de l'Union européenne : panorama 2004*, préc., III A, p. 612, spéc. 3^e § ; S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc., n° 19 p. 1668.

⁵ A propos du délai raisonnable pour dénoncer la non-conformité d'une marchandise, cf. Cl. Witz, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises* : D. 1998, somm. p. 307 (et les décisions p. 310-311) ; *ibid.* 2000, p. 433 ; *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, préc., spéc. p. 81-82. - Adde C. Thibierge, *Le droit souple*, préc., p. 601 & 608. - A. Chamboredon, *La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats*, préc., nos 55 s. p. 34 s. - Rappr. l'évolution des sources, entre loi et jurisprudence, à Rome et en Europe, in Ph. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre*, préc., spéc. I p. 300 s. - H. Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, préc., p. 274. - Comp. Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit*, préc., p. 372 s.

des législations modernes en Europe, sans recéler, pour autant, un contenu lisse¹. Par anticipation, Sir Mandeville apportait un élément de justification à cette inévitable souplesse : la multiplication des échanges internationaux confrontant les habitudes des peuples, un cadre normatif rigide aurait tendance à l'exclusion et au repli, alors qu'une part de liberté édulcore progressivement leurs dissemblances². En aucun cas, cependant, ce souci de neutralité ne saurait équivaloir à l'abandon de toute appréciation des comportements individuels au sein de la société³. Au contraire, ainsi que le suggère Michel Maffesoli, « c'est par la force des choses, c'est parce qu'il y a proximité (promiscuité), c'est parce qu'il y a partage d'un même territoire (qu'il soit réel ou symbolique), que l'on voit naître l'idée communautaire et l'éthique qui lui est corollaire »⁴. L'interprétation des notions relatives tient sans doute compte de la personne à laquelle elles s'adressent, mais le pouvoir judiciaire continue d'intervenir à des fins utilitaristes, en recentrant la pratique sur ce qui est essentiel à la perpétuation de l'institution juridique qui les supporte⁵. Par nécessité logique, la relativité requiert donc un jugement de valeur comparatif.

Section 2 : Appréciation *in abstracto* des faits

222. - « Dans le jargon actuel on parle de l'ordre symbolique, sorte de normativité objective parce qu'extérieure à l'individu mais protectrice de sa personne au sein d'une culture qui ne peut être totalement relativiste ». Ainsi s'exprime le professeur Catherine Labrusse-Riou, pour rendre compte de la distinction entre enfants légitimes et naturels ; elle insiste surtout sur le fait que cette division des filiations « renvoie moins à la règle légale opposée à l'état de nature qu'à l'idée "d'institution" dont la légitimité exprime

¹ F. Senn, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, préc., p. 53-54. - Rappr. CEDH, 19 févr. 1997, X. et a. c/ Royaume-Uni : D. 1998, p. 97 s., note J.-M. Larralde, sur le droit au respect de la vie privée et la normalité sexuelle.

² C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, préc., p. 18 et les réf.

³ Comp., toutefois, C. Castets-Renard concluant à l'instrumentalisation du droit par la recherche de finalités différentes de la consécration d'une norme, in *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 125 p. 213 & n°s 297 s. 441 s.

⁴ *Le temps des tribus*, préc., p. 30, à propos de l'expérience éthique dans la communauté émotionnelle. - Rappr. A. Berque, *Vivre l'espace au Japon*, Paris, PUF, 1982, coll. Espace et liberté, p. 167 : « le groupisme diffère de la grégarité en ce que chacun des membres du groupe, consciemment ou non, s'efforce avant tout de servir l'intérêt du groupe, au lieu simplement d'y chercher refuge ».

⁵ Rappr. M. Villey, *Préface* : Arch. philo. dr. 1972, t. 17 : *L'interprétation dans le droit*, spéc. b & c, p. 4-5.

une construction culturelle, morale ou anthropologique de la nature originaire »¹. Quoique spécifique, ce constat peut aisément être généralisé pour souligner combien les notions relatives participent bien de la normativité, n'étant donc pas complètement assujetties à un état sociologique donné. Même s'il est articulé autour des faits de l'espèce, le qualificatif qui leur est légalement attribué procède, en effet, concomitamment de l'institution juridique qui recèle chacune d'entre elles.

223. - D'un côté, pourtant, l'imprécision technique des notions relatives permet une application circonstancielle de la norme, afin d'en favoriser l'intelligibilité par le justiciable. De l'autre, en obligeant le pouvoir judiciaire à se reporter ainsi à la coutume, le législateur semble insidieusement accepter de ne plus maîtriser intégralement les métamorphoses du droit. En conséquence, ce légitime souci de personnalisation de la norme paraît faire de la relativité un instrument juridique parfaitement instable et casuistique. Or, la garantie des droits passe avant tout par une certaine potentialité dans leur mise en œuvre. De fait, une action en justice est quelque peu conditionnée par l'espoir de voir sanctionner une situation particulière en fonction de l'expérience acquise pour des circonstances similaires. Surtout, même si la coutume tend à assurer une meilleure pertinence de la règle, cette source du droit n'assimile que progressivement les mouvements sociaux majeurs. Aussi, puisque la norme de référence a pour objet immanent l'organisation d'une relation sociale, doit-elle pouvoir contrarier les données brutes à partir desquelles elle est construite². De la sorte, l'appréciation judiciaire d'un comportement spécifique ne saurait seulement prendre en considération les aptitudes du sujet de droit concerné³. La décision de justice résulte d'un rapprochement avec le modèle abstrait qu'entend protéger la loi, forcément détaché des éléments stochastiques de l'espèce ; elle diffère donc quelque peu d'une simple méthode comparative consistant « à chercher l'explication des faits en les comparant à d'autres faits du même genre, semblables ou analogues », et généralement « employée lorsqu'il est impossible d'obtenir (...) des faits pratiquement identiques »⁴. Le

¹ *In Sciences de la vie et légitimité*, préc., p. 284. - Cf., cependant, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation : JO 6 juill. 2005, p. 11155 s.

² *Contra*, cf. Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 67 p. 36, concluant que le droit est légitime seulement s'il correspond à une tendance sociale.

³ Cf. v^{is} *In concreto & In abstracto*, in *Dictionnaire du vocabulaire juridique et Lexique juridique - Expressions latines*, préc.

⁴ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Comparatif.

professeur Dejean de la Batie illustre déjà cette opinion quand il soutenait que l'oscillation entre les interprétations *in abstracto* et *in concreto* est une question de degré¹ ; comme le suggère aussi Serge Moscovici, la conformité est le pivot du consensus qui unit les individus en société². Le choix parlementaire de la relativité traduit ainsi une tension paradoxale entre la puissance des faits (de l'espèce jusqu'à la coutume) et la contrainte étatique : il rend le pouvoir judiciaire tributaire d'une réalité sociale qui sert de fondement à la décision, tout en lui imposant de s'en abstraire pour satisfaire un objectif politique. La diversité sociale initiale finit par apparaître comme fondatrice d'un ordre monovalent³. Tout en ayant pour base la coutume, les notions relatives possèdent une valeur légale qui démontre l'emprise permanente du politique sur le droit⁴.

224. - Autrement dit, la flexibilité des notions relatives n'enlève rien à l'effet coercitif recherché par le législateur : les conditions de leur exploitation ont beau être souples, elles tendent toujours - à l'instar de toute autre formulation d'une règle de droit - à une même fin, à savoir la pérennité d'une institution juridique précise⁵ : dès l'instant que l'hypothèse envisagée dans la loi se présente, l'autorité judiciaire n'a d'autre choix que d'y imputer les effets légalement prévus. En quelque sorte, la relativité réussit le défi de neutraliser le risque d'incompréhension de la norme par le justiciable, sans pour autant dénaturer le message juridique qu'elle est censée véhiculer⁶. Cette remarque conduit finalement à une double conclusion. Non seulement, d'un point de vue pratique, elle suppose que les magistrats procèdent à un rapport de conformité (§ 1) entre la coutume et les faits qui leur sont soumis. Mais encore, sur un plan davantage théorique, elle souligne, malgré

¹ *In Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 8 p. 6-7. - Adde F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 698 p. 653, sur l'élément moral constitutif de la faute génératrice de responsabilité.

² *In La machine à faire des dieux*, préc., p. 102 s., & p. 128-129 où le rapport de conformité est envisagé comme une condition préalable à la concurrence des opinions.

³ Comp. M. Maffesoli, *La transfiguration du politique*, préc., p. 27-28 et les réf. in note 4 p. 227. - Le même ajoute, in *Le temps des tribus*, préc., p. 14 : « sans qu'il soit question d'un quelconque contenu doctrinal on peut à ce propos parler d'une véritable sacralisation des rapports sociaux, ce qu'à sa manière le positiviste Durkheim appelait le "divin social". C'est ainsi que pour ma part je comprends la *Puissance* de la socialité qui (...) s'oppose au *Pouvoir* de l'économico-politique ».

⁴ Rappr. *ibid.* p. 81, sur l'ordre social comme alternative à l'ordre politique.

⁵ Rappr. « les marques linguistiques de détermination », in G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., nos 71-72 p. 284 s., spéc. p. 288 *in fine*.

⁶ *Ibid.* p. 234. - Adde Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., nos 134-135 p. 79.

tout, la persistance des caractères essentiels¹ de toute règle de droit (§ 2) à l'endroit des notions relatives.

§ I : Rapport de conformité

225. - Issu du latin (créé à basse époque) « *conformis*, qui est de même forme (*forma*) avec (*cum*) : exactement semblable »², la conformité évoque ce « qui est, juridiquement, l'exacte application d'une norme de référence »³. A dire vrai, l'hypothèse que les notions relatives reposent sur une relativité exogène n'est qu'une illustration de cette définition : elles réclament une unité de mesure des comportements individuels⁴, car « les exigences de la vie en société et la protection des valeurs de cette même société imposent en effet à chacun le respect de certaines règles, quelles que soient les particularités individuelles »⁵. Malgré leur imprécision, de tels énoncés législatifs ne présenteraient-ils donc aucune véritable singularité au regard des autres dispositions du Code civil ? Aussi cette question revient-elle à se demander ce qu'apporte la souplesse de la coutume. En négatif, elle interroge sur l'intérêt opposé de recourir à une législation plus rigoureuse dans ses conditions de mise en œuvre⁶. Or, dans la mesure où l'intervention du Parlement a pour finalité politique de pourvoir à la protection d'une institution, un régime juridique trop précis et tranché risquerait potentiellement d'exclure des situations voisines à celles limitativement envisagées. En pareille occurrence, le bénéfice escompté de la loi s'en trouve sensiblement amoindri. Le législateur en a d'ailleurs pleinement conscience puisqu'il étend parfois le champ

¹ Au sens de « ce qui constitue la nature d'un être » : *Petit Robert*, préc., v° Essence, I, spéc. I & 2.

² *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Conforme. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v° Conforme in *limine* & *Dictionnaire étymologique de la langue française*, préc., v° Conformer. - Rappr. *Petit Robert*, préc., v° Forme, in *fine* les développements étymologiques sur l'apparence.

³ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Conforme, 2.

⁴ Rappr. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Relation, spéc. C in v° Relatif ; *Petit Robert*, préc., v° Relatif, I, 2 : « qui n'est tel que par rapport à une autre chose » et, par extension, « qui ne se suffit pas à soi-même, n'est ni absolu, ni indépendant ».

⁵ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Dr., dactyl., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, n° 532 p. 430. - Rappr. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° II p. 8-9 : « des obligations ne peuvent être imposées sans tenir compte (...) des intérêts et des possibilités de ceux sur qui elles pèsent. Et, à l'inverse, une protection juridique ne peut être inconditionnelle : (...) la sécurité générale exige qu'une certaine norme soit imposée à ceux qui bénéficient d'une règle protectrice ». - *Adde* G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 463 p. 351-352.

⁶ Rappr. le débat sur l'intérêt des définitions légales, in J.-L. Bergel, *Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires*, préc., spéc. n° 5 s. p. 1123 s.

initial d'une règle grâce à un simple artifice adverbial¹. Dans le même esprit, le Code de commerce n'impose aux sociétés qu'un capital minimum, laissant aux associés le soin de l'adapter aux intérêts en présence². La relativité apparaît donc comme un moyen de n'omettre *a priori* aucun contentieux du domaine de la protection en cause. A la dimension axiologique de la coutume (I) qui leur sert de fondement s'ajoute le fait que les notions relatives contribuent à l'éviction d'un arbitraire législatif pernicieux (II).

I - Dimension axiologique de la coutume

226. - L'incertitude apparemment liée à une partie de la législation admettrait-elle quelque rationalité ? C'est en tout cas ce que prétend Madame Delmas-Marty, dans une étude consacrée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle écrit que « la logique floue se distingue du flou non logique (au sens familier de vague ou d'imprécis) par l'exigence de (...) conditions qui rendent possible la qualification juridique, donc permettent de prendre une décision »³. Certes, la quête d'un référent *in casu* respecte la souplesse normative des notions relatives mais pourrait aussi laisser accroire l'absence de rigueur dans le raisonnement judiciaire. « Le flou serait alors total et l'insécurité juridique subséquente peu souhaitable », note Céline Castets-Renard⁴. En réalité, cette appréciation *in concreto* ne saurait constituer qu'une étape dans le processus décisionnel. De fait, l'idéal de justice requiert sans doute d'y intégrer les particularités individuelles ; mais s'en tenir là serait ignorer superbement que la règle de droit a aussi pour

¹ Cf. l'adverbe « notamment », *in* C. civ., spéc. art. 21-7 al. 2, 21-24 al. 1, 24-2 al. 2 & 29-2 (en matière de nationalité), art. 90 (pour l'établissement d'un acte de décès), art. 121 al. 2 & 124 al. 2 (pour l'absence), art. 220-1 al. 2, 1402 al. 2, 1433 al. 2, 1497 al. 2 & 1581 al. 2 (dans les régimes matrimoniaux), art. 255, 271 & 276-4 (pour le divorce), art. 364 al. 1 (pour les effets de l'adoption), art. 373-2-4, 373-2-6 al. 3, 373-2-11 & 373-3 (pour l'exercice de l'autorité parentale), art. 389-7 (dans l'administration légale du mineur), art. 437 al. 2, 435 al. 2, 450, 488 & 497 (dans la protection des majeurs), art. 724-1, 780 al. 5, 797 al. 2, 815-6 al. 2 (en droit des successions), art. 1386-4 al. 2 (dans l'appréciation de la sécurité des produits), art. 1817 al. 1^{er} & 1826 al. 1^{er} (pour la cessation du bail à cheptel), art. 1831-1 al. 1^{er} (concernant les obligations du promoteur immobilier), art. 1844-7, 5^o & 1844-12 al. 2 (en matière de société), art. 2392 (pour l'extinction du gage), art. 2430 al. 1, 2434 al. 3, 2435 al. 3 & 2453 al. 5 (pour l'inscription des hypothèques).

² Cf. l'expression « au moins », *in* art. L. 224-2 al. 1^{er} (SA). - *Adde* la possibilité d'augmentation de capital, *in* art. L. 225-127 s. (SA) & L. 223-32 s. (SARL) ; D. n^o 67-236, 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales, art. 154 s. modifiés. - Sur quoi, cf. spéc. B. Saintourens, *La flexibilité du droit des sociétés* : RTD com. 1987 p. 457 s.

³ Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, *in* *Raisonner la raison d'Etat - Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, coll. « Les voies du droit », p.467. - *Adde* *Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 1988, chron. p. 222-223. - Dans le même sens, cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n^{os} 199 s. p. 307 s.

⁴ *Ibid.* n^o 199 p. 307-308.

but de promouvoir cette sécurité qui en suppose la connaissance préalable¹. Dans le cas contraire, le rôle des magistrats se réduirait alors à une simple constatation², tandis que le Code de procédure civile réserve cette fonction aux huissiers de justice, experts et autres techniciens collaborateurs du service public de la justice³. En effet, si la relativité contraint le pouvoir judiciaire à prendre en considération les circonstances propres à l'espèce, elle ne le restreint pas à établir la réalité de leur existence⁴ : l'identification *in casu* de la norme se révèle insuffisante, en ce sens que la recherche d'une référence objective diffère de son application effective. Même en matière gracieuse où l'absence de litige le cantonne à son *imperium*, le juge statue par référence au comportement que le législateur estime utile pour jouir d'une institution juridique sans lui nuire. En mesurant ainsi les conséquences d'une situation particulière, il effectue systématiquement un jugement de valeur⁵.

227. - A la question de savoir si la loi doit « prendre en compte les irréductibles différences entre les individus ou s'en tenir à un modèle humain abstrait »⁶, les notions relatives incitent donc plutôt à une conjonction : l'examen d'une situation particulière comporte, quasi ontologiquement, une comparaison à une référence normative dotée des mêmes caractéristiques que celle-ci⁷. Cette conclusion ne constitue pas, pour

¹ En ce sens, H. Mazeaud, préface in N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., p. II. - *Adde ibid.*, n° 6 in fine p. 5, n° 156 p. 135 & n° 214 p. 178.

² En ce sens, V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 5 p. 6.

³ Art. 232 s. - Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, relative au statut des huissiers de justice, art. 1^{er} al. 2, modifié par L. n° 2010-1609, 22 déc. 2010, relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux aspects judiciaires, art. 2 : JO 23 déc. 2010, p. 22552.

⁴ Rappr. l'étude du terme « appréciation », in V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 4 p. 4 s.

⁵ O. Cayla, *Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit*, préc., p. 8 s. - Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse du 1^{er} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique*, préc., p. 1187 s. - A propos du droit de mener une vie familiale normale, cf. J. Hauser, *L'enfant et la famille : de l'hexagone à l'ensemble vide ? Eloge du compromis*, préc., p. 18 2^e & 3^e col. - Comp. Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., in limine p. 251 & p. 255 s. *passim* ; Th. Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, préc., n° 19 ; C. Cossio, *La norme et l'impératif chez Husserl - Notes analytiques pour en faire l'étude*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 154. - Rappr. J.-S. Navarro s'interrogeant sur les motivations du recours aux standards qui, tout à la fois, expriment la dimension axiologique du droit et facilitent son adaptabilité, in *Standards et règles de droit*, préc., n° 42 p. 846.

⁶ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 1 p. 2. - En matière civile, le professeur Dejean de la Batie répond selon qu'elle oblige ou qu'elle protège, in *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 11 in fine p. 9 (& préface H. Mazeaud, p. I), mais avec quelques nuances in n^{os} 406 s. p. 303-304.

⁷ Rappr. V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 5 p. 7, à propos de l'appréciation *in concreto*.

autant, un refus de choisir entre deux méthodes, abstraite ou concrète. Au contraire, elle impose de ne dissimuler aucun des intérêts en présence¹, ceux de la société dans son ensemble comme ceux des protagonistes d'une instance spécifique : la relativité permet ainsi de concilier la protection d'une valeur politique abstraite et le respect d'un environnement sociologique concret² ; liberté et hétéronomie n'apparaissent plus alors antinomiques. Classiquement³, toutefois, le départ entre appréciation *in concreto* et *in abstracto* apparaît comme celui de deux raisonnements ayant respectivement égard aux aptitudes propres de l'individu concerné ou bien à celles d'une personne diligente, prudente et avisée⁴. Mais les notions relatives incitent à reconsidérer cette dichotomie, non pour en fusionner les termes, mais parce qu'elles tendent vers une toute autre protection que celle d'une certaine morale : elles visent la pérennité d'une institution juridique. Pour reprendre une formule du professeur Stéphane Rials, la normalité ici invoquée semble devoir être plus dogmatique que statistique⁵. Par contrecoup, se trouve écarté l'insoluble problème d'établir un modèle moyen, idéal ou minimaliste ! Le professeur Xavier Labbé en a d'ailleurs stigmatisé les dangers potentiels à propos de la définition du droit à mener une vie normale, étant donné que « poser une norme, opération qui nécessite de poser un jugement de valeur, aboutit à déprécier ce qui, par référence à cette norme, doit être tenu pour anormal »⁶. Néanmoins, prétendre se défaire des circonstances d'une cause ruinerait l'idée même d'une comparaison car la relativité ne cantonne pas le pouvoir judiciaire à plaquer une règle de droit sur des

¹ Par exemple, dans le changement de régime matrimonial, *Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 1989 (Epx Philippakis)* : Bull. civ. I, n° 279 p. 185-186 ; JCP 1991, éd. N, II, p. 59 s., note Ph. Simler ; Defrénois 1989, art. 34595, n° 105 p. 1143 s. - Rapp. *Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999* : D. 1999, p. 242-243, note J. Thierry. - Spéc., concernant la recevabilité de l'action en nullité de la convention homologuée de changement de régime matrimonial, note E. Paillet sous *Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 1997 (Cts Jacobet de Nombel c/ Jacobet de Nombel)* : JCP 1997, éd. G, II, 22912 p. 409 s. ; adde rapp. X. Savatier : D. 1997, p. 273 s.

² Rapp. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° I *in fine* p. 1-2, & préface H. Mazeaud, *ibid.* p. II.

³ Sur l'origine romaine de cette distinction entre les deux types d'appréciation, cf. *ibid.* n° 5 p. 3 s. et les réf., spécialement au Digeste et aux Institutes.

⁴ Cf. *Dictionnaire du vocabulaire juridique et Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *In abstracto & In concreto* ; *Dictionnaire de droit*, préc., *in v° Faute (droit civil)*.

⁵ *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 21 p. 26-27 ; *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 44. - Rapp. Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., n°s 5-6 p. 876-877.

⁶ Note sous *TGI Lille, 6 mai 1996 (Mme X)* : D. 1997, p. 546.

faits : elle l'oblige à une véritable appréciation¹. Finalement, la détermination *in casu* de la norme est indissociable d'une appréciation *in abstracto* des faits. La raison en est essentiellement que l'abstraction ne saurait être confondue avec la généralité : alors que cette dernière s'oppose à toute adaptation, la relativité assure une réelle égalité, par indifférenciation de la référence et non par confusion des justiciables². L'effet inverse serait vrai avec une loi particulièrement étroite et inflexible.

II - Eviction d'un arbitraire législatif pernicieux

228. - Si le doyen Josserand estime que « cette marche triomphale à la pluralité des statuts » conduit à la faillite « du vieux droit commun », c'est qu'à ses yeux, seul un droit uniforme engendre « plus de facilité et plus de sécurité » dans son application³. Quelques réticences peuvent naître, cependant, à l'idée que le pouvoir judiciaire puisse statuer sans tenir aucun compte des circonstances propres à l'espèce qui lui est soumise⁴. A l'inverse, rendre juridiquement opposables des données singulières reviendrait à autoriser chaque justiciable à se prévaloir de capacités spéciales pour se prétendre tenu différemment d'un autre ; l'égalité civile devrait, au contraire, soumettre tous les individus aux mêmes normes, en dépit de la diversité conjoncturelle⁵. A ceux qui soutiennent qu'une disposition légale ou réglementaire étroite présente l'avantage de la prévisibilité, une autre partie de la doctrine rétorque qu'une définition législative n'offre aucune solution automatique, les magistrats étant acculés tôt ou tard à cerner le sens de ses termes⁶ ; d'autres ajoutent surtout que « l'exigence de la justice et du bien commun dépend de circonstances trop complexes pour pouvoir être fixée à l'avance dans une formule rigide »⁷. Tout dépend, en fait, de la marge de manœuvre que le Parlement introduit pour l'application de la loi. Le

¹ Comp. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 5 *in fine* p. 4-5.

² *Ibid.* n° 9 p. 7-8.

³ *In Sur la reconstitution d'un droit de classe*, préc., p. 2 & 4.

⁴ En ce sens, N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 11 p. 8-9 ; V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 3 *in fine* p. 4.

⁵ Cf. la problématique posée *in* N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 6 p. 5.

⁶ J. Héron, *L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires*, préc., n° 23 p. 1167.

⁷ *Ibid.*, n° 1 p. 1.

choix de concepts quantitatifs - un âge nuptial, un taux lésionnaire, un délai de prescription, par exemple¹ - confinent le juge à tirer les conséquences d'un état de fait objectivement arrêté. Comme le soulignent certains auteurs à propos de la lésion, « l'existence d'un forfait légal réduit en effet considérablement le pouvoir d'appréciation des magistrats »². Dans le domaine pourtant voisin des clauses pénales³, l'article 1152 alinéa second du Code civil opte pour une notion relative, peut-être vague mais ayant le mérite d'être perméable à toute stipulation. Elle pourrait d'ailleurs éventuellement justifier le retour à la *læsio enormis* du droit romain⁴. Cette dernière contrarierait-elle vraiment la logique, la clarté et la liberté, ainsi que le redoutait le professeur Julliot de la Morandière au sujet de l'ordre public⁵ ? Dans l'un et l'autre cas, une part d'excès est admissible, soit à des fins comminatoires, soit pour inciter le cédant à veiller sur ses intérêts. Entre une légistique explicite et la relativité, d'aucuns n'y verront qu'une alternative entre deux maux : l'arbitraire de la loi ou celui du prétoire⁶ ! D'autres craindront surtout un renversement des valeurs dans la mesure où ce ne serait plus le justiciable qui s'adapte à la loi, mais le contraire, en quoi le législateur manquerait à sa mission d'organiser les rapports sociaux⁷.

229. - En réalité, la coutume dément ces différentes impasses, puisqu'elle est retenue comme fondement des notions relatives à condition de promouvoir l'ordre public

¹ C. civ., art 144 (dix-huit ans, là où la loi distinguait selon le sexe - dix huit ans pour l'homme et quinze ans pour la femme - avant la L. n° 2006-399, 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, art. 1^{er} : JO 5 avr. 2006, p. 5097) ; 1674 pour la rescision dans la vente immobilière ; art. 2224. (prescription quinquennale) ou 2225 s. (prescriptions particulières).

² F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 291 p. 284.- Rapp., *a contrario*, Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit - Essai de synthèse*, préc., p. 363 & 365, sur les concepts de législation quantitative ou qualitative.

³ Rappr. les critiques in B. Petit, *L'évidence*, préc., n°s 17 s. p. 493 s. - Adde B. Boccara, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* : JCP 1975, éd. G, I, 2742, spéc. n° 28.

⁴ Sur quoi, R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 2^e, préc., n° 110 p. 179-180 (en relation avec le juste prix qui concilie l'équité et la sécurité des contractants) ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Dalloz, 2003, coll. Bibliothèque Dalloz, 4 p. 575-576. - Rappr. les propositions in J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?*, préc., n°s 19 s. p. 264 s. ; *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Droit, dactyl., Grenoble, 1996, n°s 635 s. p. 617 s. - Adde H. Batiffol, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, préc., p. 453.

⁵ In *L'ordre public en droit privé interne*, préc., p. 381 & p. 385-386.

⁶ Rappr. D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1074 : « la norme floue tend vers un résultat, alors que la règle précise se satisfait de son application immédiate. A cet arbitraire mécanique de la règle précise, on oppose cependant l'arbitraire préjugé de la norme floue ».

⁷ Rappr. l'étude des notions floues distinctes des notions-cadres, in C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., chap. 2, n°s 125 s. p. 213 s.

associé à l'institution juridique qui les contient ; et celui-ci est d'autant mieux atteint que le justiciable comprend le sens de la loi. Or, si un formalisme législatif détaillé remplit ce premier objectif, il ne satisfait pas forcément le second ! Qui pis est, des conditions totalement irréductibles pourraient devenir injustes, voire contrevenir au dessein politique. Ainsi, alors que la pratique notariale crut éviter les discussions sur l'aspect technique des « grosses réparations » de l'article 606 du Code civil au regard de l'article 1754, en retenant un critère purement financier, la solution apparut rapidement d'une efficacité douteuse¹. Autant la méticulosité législative et réglementaire permet d'écarter tout débat stérile sur le domaine d'une protection - comme en matière de droit de la consommation², des assurances, du travail... où le formalisme est particulièrement strict à peine de nullité -, autant elle peut finir par freiner le commerce juridique. La nature proprement artificielle d'une rédaction quasi mathématique des lois devient rapidement gênante, voire grotesque³. Le recours à la coutume révèle alors tout son intérêt, car la modulation qu'elle suppose évite, au fond, toute discrimination à l'encontre des situations marginales et, en la forme, la multiplication de textes spéciaux (avec leur lot de conflits potentiels). D'une certaine manière, le législateur cherche plus à convaincre qu'à contraindre⁴. Le caractère institutionnel de l'ordre public en change ainsi considérablement sa nature classique : au lieu d'exprimer un interdit impératif dont les individus ne peuvent absolument pas s'écarter⁵, il apparaît comme une ultime limite, ouvrant en contrepartie largement le champ à une grande liberté de comportement⁶. A l'opposé, bien qu'elle ne répondait qu'au vœu de la Cour de

¹ Cf. F. Chavignac, *La répartition des travaux dans le bail commercial : appel à une réforme législative* : D. 2004, chron. p. 2638, n^{os} 6 s. et les réf., l'auteur préconisant toutefois une liste explicite après avoir reconnu l'impertinence d'un seuil fixe (n^o 13 p. 2639).

² Rappr. les seuils de protection consumériste sur les marchés financiers, in B. François, *Vers une nouvelle définition de l'appel public à l'épargne* : *ibid.*, p. 1652 s., *passim*.

³ En ce sens, et les exemples, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n^o 148 p. 358 s.

⁴ En ce sens, Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., n^o 4 p. 874. - Adde, quoique les notions relatives ne soient pas, par nature, des règles supplétives, D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, préc., p. 891 et les références au doyen Carbonnier sur la distinction entre l'ordre et le conseil. - Adde Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé*, préc., 2 *in fine* p. 222.

⁵ *Vocabulaire juridique*, préc., v^o *Ordre public*, I ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^o *Ordre public* [Dr. civ.] ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^o *Ordre public*.

⁶ Rappr. G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, préc., n^o 2 p. 348, avec quelques critiques in n^o 5 p. 350. - Comp. *Dictionnaire de droit*, préc., v^o *Ordre public*.

cassation¹, l'ordonnance du 17 février 2005 enserrant l'action pour vices rédhibitoires dans un délai biennal (C. civ., art. 1648 al. 1^{er}) offre probablement une meilleure lisibilité procédurale mais affûte aussi, dans le même temps, un couperet peu légitime au regard de la garantie escomptée². Au demeurant, la doctrine convient, à propos du « délai raisonnable » contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il ne saurait se traduire en un nombre fixe de jours, de manière à prendre en compte les circonstances propres de la cause litigieuse³. Aussi la coutume ne doit-elle point remettre en question l'exigence d'une définition des notions relatives préalable au procès ; seulement, une précision législative excessive ne parvient pas nécessairement à englober toutes les situations matérielles que le Parlement entend soumettre, au risque subséquent de désarmer la répression des comportements anormaux, selon l'expression du professeur Valérie Malabat⁴. Curieusement pourtant, un décret du 31 août 2006 a modifié le Code de la santé publique afin d'y introduire des niveaux précis d'« émergence » exprimant un trouble sonore anormal de voisinage ; cette condition définit donc la différence entre le bruit total - y compris celui produit par les activités gênantes de l'environnement - et le bruit naturel, correspondant à l'occupation normale des locaux et au fonctionnement habituel des équipements, caractérisant ainsi *a priori* des seuils de tolérance éminemment subjectifs⁵. Le professeur Philippe Malaurie remarque néanmoins que, « même si l'on découvrait un jour une prodigieuse machine juridique à faire des lois, qui permettrait de connaître tous les facteurs (...) qui dominent les

¹ Cf. *Rapport de la Cour de cassation 1998*, préc., p. 13 & *Rapport de la Cour de cassation 1999*, préc., p. 31. - Rapp. Dir. n° 1999-44, 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, préc. - Adde A. Hervio-Lelong, *Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée*, préc.

² Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, art. 3, préc. - Comp. le recours à un pourcentage précis en matière de trouble anormal de voisinage, in *CA Versailles*, 30 nov. 1989 (*Chevalier c/ Epx Parmantier*) : D. 1990, inf. rap. p. 18.

³ Cf. P. Lambert, *Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., spéc. n° 4 p. 8 s. (art. 5, 3°) & n° 8 p. 14-15 (art. 6, 1°). - Adde *CEDH*, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*, spéc. § 4-5 en droit ; 10 nov. 1969, *Stögmüller c/ Autriche*, § 4 en droit ; & 28 juin 1978, *König c/ Allemagne*, spéc. § 99 en droit. - Comp. *CA Paris*, 11 janv. 2000 (*Epx Masson c/ Dumolard*), montrant que le montant seul d'une dépense est insuffisant à caractériser une « grosse réparation » au sens des articles 605 et 606 du Code civil : D. 2000, inf. rap. p. 78.

⁴ *In Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 10 p. 11, avec les exemples de descriptions particulièrement compréhensives de l'élément matériel de quelques infractions pénales. - Rapp. F. Rangeon, *Réflexions sur l'effectivité du droit*, préc., p. 141 *in fine* : « un excès de formalisme est souvent facteur d'ineffectivité ».

⁵ D. n° 2006-1099, 31 août 2006, relatif à la lutte contre les bruits de voisinage et modifiant le code de la santé publique : JO 1^{er} sept. 2006, p. 13042 s. - C. santé publ., art. R. 1334-30 s., spéc. art. R. 1334-33 (pour des seuils en décibels) et R. 1334-34 (pour des plafonds de bruit exprimés en hertz).

relations humaines, qui embrasserait cet extraordinaire enchevêtrement que constitue la vie, la totalité des intérêts en cause - moraux et patrimoniaux, individuels et sociaux (...) », « elle ne serait pas capable de faire un droit parfait », « parce que le juste et l'injuste, l'ensemble des valeurs humaines échappent à toute évaluation scientifique »¹.

230. - Cependant, le problème n'est peut-être pas tant celui de la clarté législative que celui du caractère *a priori* exclusif de la norme² ; en voulant accéder à la perfection de l'unité, la loi fait finalement montre d'intolérance par négation de la diversité et rend inconcevable tout compromis. L'ordre public, en effet, se conforte davantage dans une composition des intérêts en cause qu'à travers l'égalitarisme³. A ce titre, le droit des incapacités est assez exemplaire : si les articles 388 et 414 du Code civil retiennent un critère quantitatif, vecteur de sécurité juridique, leurs multiples amendements⁴ démontrent à l'envisage que d'autres éléments d'ordre qualitatif s'insèrent bien souvent dans l'appréciation judiciaire⁵ ; comme le remarque le doyen Cornu, l'égalité civile ne proscriit pas actuellement quelques discriminations (ou périodes transitoires !), étant donné que la minorité protège essentiellement la faiblesse du discernement⁶. Les notions relatives permettraient d'inclure

¹ In *L'effet pervers des lois*, préc., n° 14-15 p. 314-315.

² Rappr. l'omission du parfum dans l'énumération posée par l'article L. 112-2 du Code la propriété intellectuelle, résultant plus d'une frilosité culturelle académique que d'une exclusion de la protection des créations de l'esprit, une doctrine unanime admettant d'ailleurs que cette liste constitue une simple illustration, in J.-Ch. Galloux, note sous *TGI Paris, 26 mai 2004 (Sté L'Oréal c/ Sté Bellure NV)* : D. 2004, p. 2643 (B *in limine*).

³ En ce sens, M. Maffesoli, *La transfiguration du politique*, préc., chap. I, 2, p. 39 s., spéc. p. 40-41 sur l'« harmonie des contraires » (avec les réf.), & p. 80-81, l'idée de « *virtu* » selon Machiavel.

⁴ Notamment les âges testamentaire (art. 903), d'accès à l'emploi (C. trav., art. L. 4153-1 s. & L. 6222-1), de responsabilité pénale (C. pén., art. 122-8), pour refuser le don d'organes ou tissus humains (C. santé publ., art. R. 1232-6 al. 1^{er}), pour fixer le préjudice réparable en cas d'accident de la circulation (L. n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 3 al. 2). – Adde X. Delpech, *Consécration du droit des mineurs de créer une association* : D. 2011, actualités p. 2110, à propos de la loi n° 2011-893 du 28 juillet 2011 pour le développement de l'alternance et la sécurisation des parcours professionnels (JO 29 juill. 2011). – Comp. les âges nubiles, in art. 144 ancien : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». – Sur quoi, G. Cornu, *L'âge civil*, préc., p. 9 s. ; J.-P. Gridel, *L'âge et la capacité civile* : D. 1998, chron. p. 90 s.

⁵ *Ibid.* n°s 15 s. p. 93-94 ; G. Cornu, *L'âge civil*, préc., p. 24-25. – Adde, à propos des grands adolescents, F. Gisser, *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs - Une institution en cours de formation : la pré-majorité* : JCP 1984, éd. G, I, 3142, spéc. n°s 11 & 12. – Quelques facilités pratiques consisteraient cependant à verrouiller implicitement cette modulation de la norme par une autre donnée aussi rigide, comme l'accès à un emploi : cf. F. Derrida, *L'obligation d'entretien - Obligation des parents d'élever leurs enfants*, Université d'Alger n° 4, Paris, Dalloz, 1947, p. 213 s., art. V : La durée de l'obligation d'entretien.

⁶ *L'âge civil*, préc., spéc. p. 12 & 16-17, soulignant que « l'âge n'est qu'un signe » (p. 12 ; adde p. 19). – F. Alt-Maes, *Le discernement et la parole du mineur en justice*, préc., spéc. n°s 1 p. 117 & 17 p. 122. – Adde J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., chap. 7, p. 121 s. – Pour une critique de la notion de discernement, cf. J. Hauser, *Rôle de l'enfant mineur dans les procédures* : RTD civ. 1993, p. 342 n° 25.

dans leur champ plus de faits qu'une définition stricte¹, et donc de ne pas laisser hors du droit certaines circonstances, simplement à cause d'un cadre légal non exhaustif². Des effets pervers peuvent toutefois surgir, dès lors que la loi use d'un vocabulaire juridiquement inconsistant ; ainsi Madame Dekeuwer-Defossez a-t-elle montré que la notion de « cessation de la communauté de vie » (art. 311-20 al. 3), privant d'effet le consentement donné pour une procréation médicalement assistée, était susceptible d'intégrer des situations purement matrimoniales, tandis qu'elle ne concernait que les concubins auxquels ne pouvait s'appliquer la condition de dépôt d'une requête en divorce³. Néanmoins, le législateur semble plutôt faire en sorte que chacun puisse se retrouver dans la loi votée, grâce aux principes sociaux généraux sous-jacents aux notions relatives, tandis qu'ailleurs, il n'hésite pas à s'emparer d'un déterminisme technique⁴. C'est pourquoi la Cour d'appel de Paris avait pu légitimement retenir que « la notion de "bref délai" à laquelle se réfère l'article 1648 du Code civil n'a pas une signification différente de son sens commun, pour rejeter une action intentée cinq ans après la manifestation du vice »⁵. Au final, préférer la relativité à une législation inflexible assure non seulement la généralité de la norme mise en œuvre⁶, mais apparaît aussi (d'un

¹ Comp. « les marques linguistiques de généralité », in G. Cornu, *Linguistique juridique*, préc., n^{os} 69-70 p. 277 s.

² En ce sens, V. Petev, *Les standards et les principes généraux du droit*, préc., II 1, p. 827 ; H. Fulchiron, *Rép. civ.*, v^o Autorité parentale, préc., n^o 143 p. 20, à propos des « actes usuels » ; cf. aussi Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 30 juill. 1986 n^o 91, p. 43 (sous-section 3). - Rapp. J. Verhaegen, *Notions floues et droit pénal*, préc., p. 9 ; Cl. J. Berr et H. Groutel, note critique sous *Cass. 1^{re} civ.*, 8 oct. 1974 (*C^{ie} UAP c/ Garnier, ès qual.*) : D. 1975, p. 514, sur l'« inobservation inexcusable des règles de l'art » par l'assuré exclusive de garantie ; X. Delpech, *Les nouvelles régulations économiques, version Sénat* : *ibid.* 2000, 9 nov. n^o 39, Le point sur... p. V, a. - Comp. Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., II, introduction, p. 881. - Adde le débat sur les charges immobilières récupérables : Y. Rouquet, note sous *Cass. 3^e civ.*, 8 oct. 1997 (*Sté imm. de l'Avenue de Verdun c/ Epx Sarr*) : D. 1998, p. 347 (2 A) ; Ch. Radé, *La notion de charges récupérables dans la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation* : JCP 1997, éd. N, prat. 4042 p. 727 s. ; CA Paris, 14 janv. 1997 (*Sté DKV Euro Service France c/ Sté Horny Road Investments Ltd*) : D. 1997, inf. rap. p. 42 (et rect. p. 82).

³ In *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille*, préc., p. 255.

⁴ Ph. Rémy, *Rapport français*, préc., n^{os} 37 s. p. 266 s., sur le réalisme du droit patrimonial de la famille. - Rapp. O. Simon, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental*, préc., p. 709-710, au sujet de la santé d'esprit dans les articles 901 et 414-1 (ancien art. 489 al. 1^{er}) du Code civil. - Adde l'étude historique d'une « conception technocratique de la vie politique », in M. Maffesoli, *La transfiguration du politique*, préc., p. 51-52. - *Contra*, sur la pertinence de normes techniques, J.-M. Pontier, *La certification, outil de la modernité normative*, préc., B p. 356 ; J. Verhaegen, *Notions floues et droit pénal*, préc., p. 18-19, qui conclut à l'imposture.

⁵ CA Paris, 26 avr. 1976 (*Transports Fruchaud c/ Sté Delattre Letivier et a.*), cité in Th. Ivainier, *La lettre et l'esprit de la loi des parties*, préc., n^o 25 note 36.

⁶ Rapp. l'adaptabilité des bonnes mœurs, in F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs*, préc., p. 117 s. - Comp. J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, préc., n^o 44 p. 33-34.

point de vue formel) comme « un gage de permanence de la loi »¹. Ce sont bien là des marqueurs classiques d'une règle de droit !

§ 2 : Persistance des caractères essentiels de la règle de droit

231. - Si la relativité semble être une voie législative pertinente, elle ne doit pas pour autant engendrer un relâchement des traits constitutifs de la loi que sont sa généralité, son abstraction, sa permanence et son caractère obligatoire. Pour judicieuse qu'elle soit, cette intuition de Madame Castets-Renard demande alors à être vérifiée². En effet, la volonté politique de se cantonner à formuler des objectifs ne doit rien enlever à la normativité des notions relatives, sous peine de dévaloriser la loi elle-même au prétexte de renouveler la méthodologie législative³. Dans cet esprit, le Conseil constitutionnel a convenu que la garantie des droits, énoncée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, ne serait point effective si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables⁴. Quelques auteurs préfèrent cependant l'expression de droit reconnu, ce qui rejoint l'idée (déjà courante à Rome) que n'est juste que ce qui est éprouvé⁵. Effectivement, l'exercice d'une prérogative n'est plausible que dans la mesure où la loi est accessible, c'est-à-dire intelligible⁶. « Le commandement sonne rondement » mais « cache des problèmes complexes », ironise Madame Lasserre-Kiesow⁷ ! De fait, la malléabilité des

¹ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 10 p. 12.

² *In Notions-cadres et droit d'auteur*, préc., n° 302 p. 451.

³ En ce sens, rapp. J.-L. Bergel, *Essai de synthèse, in Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs* : RRJ 1989, p. 983.

⁴ *Cons. const.*, 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 : JO 22 déc. 1999, p. 19042 (sur la violation de l'article 38 de la Constitution). - Adde B. Mathieu, *La sécurité juridique : un produit d'importation dorénavant « made in France »* (à propos des décisions 99-421 DC et 99-422 DC du Conseil constitutionnel) : D. 2000, 27 janv. n° 4, point de vue p. VII-VIII. - Cf. déjà J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, préc., p. 100 : « l'homme a besoin de connaître la règle ; il ne peut, d'ailleurs, la respecter qu'à ce prix ».

⁵ F. Rangeon, préférant l'expression de « droit reconnu », *in Réflexions sur l'effectivité du droit*, préc., p. 139 ; Y. Bot, *Variations sur « l'Honnête Homme »*, préc., p. 39. - F. Senn, *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, préc., spéc. p. 56-57.

⁶ En ce sens, M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, préc., spéc. nos 14-15 p. 363, ces auteurs relevant que cette condition est nécessaire à l'égalité des personnes (nos 51-52 p. 368) et à l'effectivité du droit (nos 24 s. p. 364-365), mais soulignant aussi qu'elle n'a pas forcément pour parangon la précision (nos 17 s. p. 363-364) ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., nos 209 s. p. 239 s. - Adde H. Moysan, *Accessibilité et intelligibilité de la loi* : AJDA 2001, p. 428 s.

⁷ *In La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle* : D. 2002, chron. p. 1158-1159, sur la multiplicité des sens concevables de l'intelligibilité du droit.

notions relatives semble parfaitement contraire à toute prévisibilité : elles ne sauraient se suffire d'être socialement compréhensibles, elles doivent demeurer un outil juridique suffisamment fiable et précis pour la sécurité du droit¹. Par conséquent, la coutume n'est acceptable comme fondement qu'à la condition de satisfaire cette dernière exigence. Aussi, en marge des controverses doctrinales sur la complexion de toute norme juridique², cette source du droit offre-t-elle l'avantage d'être extérieure aux parties et de s'appliquer à elles de façon indifférenciée : l'égalité des justiciables (II) suppose donc une maîtrise politique de la finalité législative (I).

I - Maîtrise politique de la finalité

232. - En droit des contrats (C. civ., art. 1170 & 1174), la condition purement potestative pour le débiteur soulève une objection dirimante du fait que l'obligation dépend exclusivement de celui qui s'engage³. Dans cette perspective, la coutume perd sa vertu d'objectivité puisqu'elle naît parmi ceux auxquels elle est judiciairement opposée. Toutefois, le fondement des notions relatives ne ressortit pas seulement du requérant ou des parties au litige. Pour achever la comparaison, la coutume s'apparenterait davantage à une condition mixte (art. 1171), en cela qu'elle est aussi sous la coupe de circonstances indépendantes de ceux qui s'en prévalent. A l'évidence, en effet, la coutume ne se construit pas sur la seule réalité actuelle ; par définition, elle s'appuie sur un acquis stabilisé, ce qui rend son contenu

¹ Sur quoi, H. Batiffol, *Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique*, préc., *passim*.

² Sur quoi, spéc. Ch. Larroumet, résumant la norme à une règle de conduite obligatoire, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^{os} 15 s. p. 14 s. ; Ph. Jestaz, *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts*, préc., p. 485-486, qui insiste sur la transcendance ; A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, préc., n^{os} 18 s. p. 206 s. ; P. Louis-Lucas, *La loi* : D. 1964, chron. p. 197 s. ; R. Libchaber, *Qu'est-ce qu'une loi ?* : RTD civ. 1999, n^o 3 p. 242 s. - Comp. *Vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Loi (6 & 7), Norme & Règle de droit ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v^{js} Loi & Règle de droit ou règle juridique ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^{js} Loi (3) & Norme ; *Dictionnaire de droit*, préc., v^o Droit. - Adde F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^{os} 7 s. p. 7 s., spéc. n^{os} 26 s. p. 31 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^{os} 244-245 p. 205 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., spéc. n^{os} 58 s. p. 24 s. & n^{os} 72 s. p. 32 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 5 p. 13 s. & n^o 11, a, p. 25-26.

³ Sur quoi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n^{os} 1125-1126 p. 1019 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, 2. *Contrat*, préc., n^{os} 1271 s. p. 443 s. ; Ch. Larroumet, *Le Contrat*, T. II, préc., n^o 314 p. 279 ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n^o 319 p. 233 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n^{os} 1228 s. p. 667 s. - Adde J. Ghestin, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 243 s.

suffisamment peu conjectural pour apparaître normatif à l'égard des justiciables¹. Cette source du droit tire donc sa sécurité juridique moins de son origine populaire assez mouvante que de la sanction qu'elle renferme en puissance². Ceci recoupe la définition que le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant confère à la norme : dans une acception générale, ce terme évoque non l'idée de normalité, de rationalité ou d'un type convenu (un standard), mais plutôt la valeur obligatoire attachée à toute règle de conduite (quelle qu'en soit d'ailleurs la source)³. Aussi bien, le complément herméneutique révélé par l'autorité judiciaire doit-il traduire cette espérance coercitive⁴. A travers cette assertion se confirme l'importance primordiale d'un droit procédural strict : en délimitant les prérogatives des magistrats, la persistance du principe de légalité affermit le rôle central du législateur ; ce dernier conserve ainsi pleinement le contrôle de l'ordre public attaché aux institutions qu'il met en place, malgré la souplesse de la terminologie employée⁵. Une grande partie de la doctrine ne peut dès lors conclure à l'imprévisibilité des notions relatives qu'en

¹ Comp. V. Petev, *L'interprétation des faits et l'interprétation du droit*, préc., p. 58-59 ; & R. Legros, *Les notions à contenu variable en droit pénal*, préc., n° 12 p. 26-27 (sur les bonnes mœurs). - Adde Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *L'entité doctrinale française* : D. 1997, chron. p. 171, spéc. note 15, sur l'influence de l'école réaliste (Pound, Holmes...) qui « estime que la vie du droit n'est pas la logique, mais l'expérience, et qui va jusqu'à définir le droit comme la simple prévision de ce que décidera le juge ».

² Sur la sanction comme critère de la règle de droit, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 20 p. 12 (comparativement à la morale) & n° 72 p. 32 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 5, 3° p. 15-16. - Adde la controverse in Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n°s 31 s. p. 21 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 27 p. 31-32.

³ Préc., v° Norme, I.

⁴ M. Troper, *La liberté d'interprétation du juge constitutionnel*, préc., concl. p. 245. - Adde F. Sudre, in *Droit de la convention européenne des droits de l'homme* : JCP 1996, éd. G, I, 3910, n° 28 p. 105, et la réf. à CEDH, 22 nov. 1995, SW c/ Royaume-Uni : *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., n° 33 p. 308 s. ; JDI 1996, p. 267 s., obs. P. Tavernier ; AJDA 1996, p. 445 s., note J.-P. Costa ; RTDH 1996, p. 459 s., obs. S. van Drooghenbroeck. - Rapp. la définition du pouvoir normatif de la jurisprudence, in M. Waline, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, préc., n° 1 p. 613 & n° 14 p. 623.

⁵ Sur le lien entre prévisibilité et sécurité juridique, cf. spéc. Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, préc., p. 365 (et les nuances en raison d'abus, p. 366-367) ; G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français - développements récents*, préc., n°s 26 s. p. 457 s. ; St. Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, préc., p. 48-49. - Sur le besoin de praticité de la loi, R. Savatier, *L'ordre public économique*, préc., p. 44 (2° col.).

négligeant de distinguer leur aspect technique et leur caractère contraignant¹. Selon la Cour européenne, au demeurant, la prévisibilité du droit s'accommode parfaitement de quelque imprécision dans les dispositions législatives ; la juridiction strasbourgeoise admet qu'une jurisprudence interne, nette, bien établie, abondante, est de nature à permettre à chacun de régler sa conduite². D'un point de vue sociologique, d'ailleurs, Michel Maffesoli soutient que la soumission à la règle de droit est le corrélat naturel de la protection qui en est attendue³. En ce sens, les notions relatives constituent sans doute une organisation souple du commerce juridique, mais n'en continuent pas moins d'inclure un commandement auquel le plaideur ne peut déroger à sa guise⁴. Elles réalisent ainsi les deux exigences capitales du droit mises en exergue par le doyen Hauriou, que sont la justice et l'ordre⁵ : à leur déformation dans le temps et dans l'espace répond la permanence d'une sanction judiciaire. Par essence, en effet, la coutume n'impose pas à la personne des devoirs pour elle-même - à l'instar de la morale ou de la religion qui tendent à sa perfection intime - ; elle reflète, au contraire, un type de comportement permettant d'éviter l'anarchie des rapports sociaux⁶. Si le Parlement accorde ainsi quelque crédit à la coutume, c'est qu'elle est le ferment d'une certaine cohésion sociale, qu'elle est bénéfique à l'ensemble de la société ; sauf à regarder la coutume comme le seul produit de comportements hétéroclites en confondant le fait et le droit, elle

¹ En ce sens, plus exactement à l'encontre des concepts flous : D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1073 (et p. 1120) ; V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, préc., n° 3 p. 757 & n°s 4 s. p. 758 s. ; Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95 p. 37 (à propos de la clause d'exceptionnelle dureté de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune) ; J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit*, préc., n° 12 p. 426 ; M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 268-269 & p. 273-274. - Comp. A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit*, préc., spéc. p. 249 & p. 258-259 (les propos rapportés du professeur René David sur la prédominance de l'idée de sécurité sur celle de justice). - Rappr. M.-J. Campana, *Le doute et la confiance en droit des affaires*, in *Le doute et le droit*, préc., p. 80 ; à propos du contrôle de proportionnalité, N. Molfessis, *Le principe de proportionnalité et l'exécution des contrats*, préc., n°s 23 & 25 p. 29-30.

² CEDH, 24 mai 1988, *Müller et a. c/ Suisse*, § 29, & 20 nov. 1989, *Markt intern Verlag GMBH et Klauss Beermann*, § 30 : *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., 2, p. 47 s.

³ In *La transfiguration du politique*, préc., p. 31-32 & p. 44-45. - Rappr. J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 127.

⁴ Rappr. la discussion in A. Bernard, *La confusion des ordres*, préc., B p. 276-277.

⁵ In *L'ordre social, la justice et le droit* : RTD civ. 1927, p. 796 s. (I) & p. 820 s. (V). - Adde J. Ghestin, *Les données positives du droit*, préc., n° 9 p. 14, qui insiste sur l'ordre comme frontière entre le permis et l'interdit.

⁶ Cf. Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 56 p. 30-31. - J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n°s 16-17 p. 37 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 8 p. 7-8 & n° 11 p. 12 (b) ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 30 p. 26 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 8 s. p. 8-9 & n° 60 p. 25. - Rappr. *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Règle de droit.

introduit comme limite à ces variables la recherche du raisonnable et le respect de valeurs politiques¹. A ce titre, chacun doit également y contribuer.

II - Egalité des justiciables

233. - Selon le doyen Carbonnier, l'élément matériel de la coutume « doit présenter quelque épaisseur dans l'espace et dans le temps, des caractères de généralité (la coutume, c'est ce que les autres font) et de constance (la coutume, c'est ce qui s'est toujours fait) »². Si le critère spatio-temporel et la condition de stabilité sont indiscutables - sous réserve d'une lente évolution -, la référence à l'universalité semble davantage sujette à caution. Si certains n'hésitent pas à lui reconnaître cette propriété³, d'autres se montrent plus sceptiques, car celle-ci ne peut être obtenue qu'au prix d'une disposition abstraite, c'est-à-dire dépouillée de tout aspect concret⁴. De fait, le qualificatif légal permettant d'adapter les notions relatives à leur contexte d'application, le recours à la coutume semble nier l'égalité de tous devant la loi⁵, d'autant que les décisions qui effectuent cette appréciation sont tout sauf impersonnelles⁶. Le manque d'abstraction de la coutume deviendrait alors synonyme d'imprévisibilité⁷. Deux remarques s'imposent néanmoins. Tout d'abord, l'existence d'un droit de classe ne saurait *a priori* être forcément contraire à la généralité de la norme de

¹ Rappr. R. Legros, *Les notions à contenu variable en droit pénal*, préc., n° 12 p. 26-27.

² *Introduction*, préc., n° 6 p. 17.

³ *Ibid.* - B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 904-905 p. 340 & n° 913 p. 342 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 544 p. 503-504 et les réf. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 133 p. 78-79, notant que « c'est la répétition des comportements qui fait la règle ».

⁴ Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 17, *a contrario*, & 1^{er} août 1986 n° 92, p. 25-26 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Général, 7 (règle générale : « s'appliquant à toute une série de cas semblables, posée en termes abstraits, impersonnels et de portée permanente »). - Rappr. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 208 p. 228-229. - Sur le lien entre abstraction et généralité, cf. *ibid.*, n° 150 p. 166 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 22 p. 16 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 244 p. 206 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 5 p. 13-14, 1^o.

⁵ Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 22 p. 16 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 150 p. 166 & n° 372 p. 372 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 447-448 p. 178 ; A. Jemmaud, *La règle de droit comme modèle*, préc., n° 18 p. 206.

⁶ Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 27 p. 19.

⁷ Rappr. J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, préc., *in fine* p. 100-101.

référence¹ : elle demeure identique pour des circonstances comparables. En effet, la flexibilité des notions relatives joue « comme des réserves d'imagination » offertes au pouvoir judiciaire², mais avant tout au service d'un objectif institutionnel³. Par conséquent, le choix parlementaire d'une norme ouverte sur son environnement aboutit à un degré de généralité plus élevé qu'une formulation textuelle étroite qui ne prend alors guère en compte l'idée de justice⁴. Ensuite, comme le relevait un auteur au sujet des « motifs graves » justifiant la révision d'une convention homologuée de divorce sur l'autorité parentale⁵, « la coexistence de décisions disparates ne compromet nullement l'unité » de la notion relative en cause⁶ : l'individualisation de la règle de droit n'est pas le miroir d'un individualisme outrancier⁷, elle fait corps avec une logique globale. Tandis que l'insécurité juridique naît, sans nul doute, d'une règle hypothétique⁸ la relativité manifeste l'expression d'un consensus social et législatif autour d'un modèle politique unique⁹. Cependant, consensus et modèle sont indissociables : là où le législateur escamoterait tout débat axiologique en se focalisant sur le premier, il sort de sa neutralité face à la réalité en prétendant la façonner grâce au

¹ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 449 p. 179. - Adde J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, préc., n° 118 p. 113 ; J. Ghestin, *Les données positives du droit*, préc., nos 19-20 p. 17 s.

² Selon l'expression du doyen Carbonnier, in *Essais sur les lois*, préc., p. 285, expliquant (*ibid.*) que « un peu de romantisme, de fantaisie, de poésie ne messied pas à l'art législatif. Le législateur qui entend que son œuvre vive, mais ne veut pas la figer, doit savoir creuser à même les textes un au-delà de sa propre pensée ».

³ Rappr. J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit*, préc., n° 9 p. 424-425. - Contra, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs*, préc., p. 106, pour qui le pluralisme légal protège plus des catégories de personnes que des valeurs abstraites.

⁴ B. Petit, *L'évidence*, préc., n° 28 p. 498-499. - G. Canivet, *La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste*, préc., p. 106, a *in fine* & p. 107-108, A.

⁵ Encore que l'actuel article 373-2-13 ne reprenne pas cette terminologie de l'ancien article 292. - Comp., cependant, la possibilité de modification ou de complément « à tout moment », qui élargit considérablement la faculté de révision, en ne la restreignant pas à des circonstances exceptionnelles.

⁶ Th. Dubaele, note sous *Cass. 2° civ., 16 févr. 1994 (Mme X c/ Y)* : D. 1995, somm. p. 134.

⁷ Comp. A.-G. Slama, *Le nouvel ordre juridique « moral »*, préc., p. 37-38. - Adde Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 276 p. 168, à propos des motifs de droit. - Rappr. S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., p. 20 s., les éléments de réponse à la question « y a-t-il une explication sociologique des faits sociaux ? », à travers la dichotomie individualisme-individualité.

⁸ Comp. M.-J. Campana, *Le doute et la confiance en droit des affaires*, préc., p. 80.

⁹ Rappr. J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, préc., I p. 135 & B p. 137, sur la persistante implicite d'un archétype traditionnel malgré les grandes réformes survenues dans le dernier quart du XX^e siècle en matière familiale.

second¹. Malgré quelques scories jurisprudentielles plus ou moins justifiables, cette méthode législative préserve d'un foisonnement textuel parcellaire, tout en synthétisant un ensemble d'intérêts pratiques et humains². En extrapolant les remarques de Maître Chazal spécifiques au consommateur, l'égalité civile des citoyens recèle deux idéologies diamétralement opposées : soit instaurer un régime spécial chaque fois qu'existe un déséquilibre susceptible de remettre en cause ce postulat ; soit opter pour un droit commun suffisamment souple pour être universel³. Parce que sa finalité est indifférenciée, la norme de référence sous-jacente aux notions relatives apparaît générale, abstraite et impersonnelle, conformément aux canons doctrinaux classiques ; seul leur qualificatif autorise une appréciation concrète, sans que les magistrats fassent œuvre subjective⁴.

234. - Ainsi asservie aux propriétés fondamentales de toute règle de droit, la coutume fait dépendre les notions relatives d'un régime juridique finalement assez peu exorbitant. Toute demande en justice continue, en effet, d'être évaluée à l'aune d'une espèce standardisée ; cette fiction juridique - supposée la mieux à même de satisfaire une ambition politique - démontre surtout combien la loi, malgré son imperfection technique, conserve intacte sa vocation archétypale. La particularité de la coutume demeure néanmoins d'être une source du droit à fort potentiel adaptatif⁵. Si elle dépasse une dimension purement assertorique, la coutume sourd tout de même de comportements individuels ; grâce à cette ambivalence, la relativité parvient à équilibrer l'ordre public et les intérêts particuliers⁶. Seulement, pareille combinaison des appréciations *in casu* et *in abstracto* n'est concevable que dans la mesure où la détermination de la norme de référence s'effectue en fonction des faits

¹ En ce sens, H. Lécuyer, *La notion juridique de couple*, préc., I B p. 63-64. - *Contra*, très critique sur la « hantise d'un conflit » induite par « la disparition des repères collectifs », A.-G. Slama, *Le nouvel ordre juridique « moral »*, préc., spéc. p. 37 & 41.

² Comp. J. Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, préc., n° 18-19 p. 426-427, concernant les divergences française et belge d'approche de dispositions identiques du Code civil. - Adde P. Esmein, *La jurisprudence et la doctrine* : RTD civ. 1902, p. 15-16, IV *in fine*.

³ *Le consommateur existe-t-il ?*, préc., n° 17 p. 263.

⁴ Comp. V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, préc., *passim*. - Rapp. P. Oriane, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., n° 3 p. 1044 s., sur la persistance d'une référence en dépit de la différence de situations matérielles.

⁵ En ce sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 911 p. 342 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 122 p. 91 (sur l'incidence de la rédaction des coutumes) et n° 542 p. 502-503 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 179 p. 113 & n° 301 p. 180-181 (d'un point de vue historique) ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 17 & n° 12 p. 28.

⁶ Rapp. V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 539 p. 433.

et non uniquement à partir de ces derniers ; le tribalisme juridique auquel elle aboutit induit cependant un raisonnement judiciaire suffisamment flexible pour concrétiser cette adaptabilité. A une méthode syllogistique rigide, très cartésienne¹, semble alors se substituer une logique de gradation, qui conditionne l'appartenance d'une situation litigieuse au domaine de la notion relative en cause².

¹ Adde P. Abélard, *Sic et non*, I 122, précurseur de la dialectique du vrai et du faux, à partir de citations extraites des Pères de l'Eglise.

² Sur l'idée d'acceptabilité, cf. Ch. Perelman, *Logique juridique - Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Bibliothèque Dalloz, spéc. n° 8 p. 8 s., n° 44 p. 82 s. & n°s 71 s. p. 135 s. - Sur les concepts d'« appartenance partielle » et de « seuil de compatibilité », cf. M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 222-223 ; & *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, préc., p. 467 et 485 s.

Chapitre second :

Seuils normatifs

235. - « Les hommes ne cèdent à la vertu que lorsqu'ils y trouvent intérêt » ! Le cynisme du professeur Alain Bernard n'a peut-être d'autre ambition que de fulminer contre une ordonnance du 25 mars 2004 autorisant les experts-comptables à soutenir juridiquement la création d'entreprises, en dépit d'une loi du 1^{er} août 2003 instaurant un cloisonnement des activités de contrôle et de conseil au lendemain de l'affaire *Enron*¹ ; mais l'auteur poursuit en généralisant son propos pour considérer qu'« un système mérite le qualificatif de pervers quand il exige des agents une conduite héroïque »². Bien involontairement, cependant, il offre un vibrant plaidoyer en faveur d'une législation relativiste qui présente une certaine malléabilité d'utilisation.

236. - La relativité est-elle pour autant exclusive de l'héroïsme ? Admettre le contraire cautionnerait quelque laxisme par rapport à l'objectif politique de sauvegarder durablement une institution juridique particulière. Toutefois, le raisonnement judiciaire usuel n'a de pertinence que dans la mesure où l'appréciation d'une situation litigieuse relève de prescriptions claires. S'il reste parfaitement valable dans ce cadre³, il ne peut être transposé aux notions relatives, la coutume ne répondant pas à ce critère de précision. De fait, ce serait nier la spécificité de la relativité au regard d'une disposition classique que de vouloir plier cette source du droit aux canons habituels, en lui ôtant finalement sa flexibilité intrinsèque. Dès lors, seul un adoucissement des critères distinctifs de la coutume est susceptible de donner à la relativité sa pleine efficacité. Dans cet esprit, puisque le législateur use de superlatifs, la logique devrait abonder dans le même sens en exigeant la recherche du

¹ Ord. n° 2004-279, 25 mars 2004, portant simplification et adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles, art. 5 : JO 27 mars 2004, p. 5889 s. - L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003, de sécurité financière, art. 98 s. : JO 2 août 2003, p. 13262 s. ; D. 2003, législ. p. 1979 s.

² *In A propos de la guerre du chiffre et du droit - Comment les experts-comptables étendent leur territoire professionnel* : D. 2004, chron. p. 1581 (1^{re} col.).

³ Comp. J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, Paris, Ellipses, 2000, coll. L'esprit des sciences n° 9, p. 5 (dans laquelle la physique classique de Galilée et Newton apparaît comme une application possible de la relativité générale, tant que la vitesse d'un corps n'avoisine pas celle de la lumière ou tant que sa masse n'est pas microscopique) & p. 78 s. (dans lesquelles la relativité restreinte reste intacte face à la relativité générale pour le cas idéal d'un champ gravitationnel nul).

meilleur comportement possible. Sauf à être antinomique, l'idéal ne relève pas de la coutume (si ce n'est partiellement) : cette dernière résulte d'une somme d'agissements disparates et implique surtout l'adaptation de toute interprétation à son contexte d'application. En somme, l'étude des notions relatives se ramène à celle des limites que les convenances sociales imposent à la transgression ; car, comme le concède Serge Moscovici en faisant référence au roman *Anna Karénine*¹, le fait social se reconnaît « à la contrainte qui s'exerce du dehors sur notre vie et marque nos gestes, nos pensées et nos sentiments », de sorte que tout individu « ressent le poids d'une obligation à laquelle il se soumet à chaque instant de sa vie »². Nonobstant sa souplesse, la coutume s'incline nécessairement, en effet, devant la volonté politique de préserver une institution juridique donnée, à l'instar du système d'Einstein qui trouve sa limite dans la vitesse de la lumière³. Ce qui identifie une notion relative, « c'est donc cette idée de normalité, qui en constitue l'unité conceptuelle », en cela qu'elle se distingue par sa propension à pondérer des intérêts potentiellement contradictoires : la liberté du justiciable et l'ordre public qu'une société poursuit légitimement⁴. Invariablement donc, la conformité est à la base de tout le commerce juridique ; singulièrement, nul ne peut prétendre bénéficier des effets d'une notion relative s'il n'obéit pas à la coutume qui la fonde. Or, si, d'habitude, le Code civil prévoit expressément des conditions, invariables selon les personnes, la loi tend à se spécialiser à travers les notions relatives et rejoint quelque peu les thèses d'Emile Durkheim dans *La division du travail social* : la « tribalisation » du droit suscitée par la coutume s'établit effectivement aux dépens d'une norme commune, au point qu'« il n'y a plus de fixe que des règles abstraites qui peuvent être librement appliquées de manière différente »⁵. Au lieu de figurer un absolu, l'institution protégée devient plus vague, moins prégnante.

¹ L. Tolstoï, *Anna Karénine*, Paris, Gallimard, 1952, coll. folio classique n° 2660, 911 p., œuvre d'une morale pessimiste envahissante, dont l'intrigue débute par un cheminot tombé sous un train, symbole de la société qui asservit l'individu - même l'épouse d'un haut fonctionnaire russe -, et s'achève, un dimanche de printemps, par le suicide de l'héroïne sous un convoi de marchandises, ce qui lui assure une mort librement choisie, infamante et publique, mais empreinte du devoir d'expiation de ses égarements conjugaux.

² In *La machine à faire des dieux*, préc., p. 37 s., spéc. p. 37 & 39.

³ A. Einstein, *La relativité - Théorie de la relativité restreinte et générale, La relativité et le problème de l'espace*, Paris, Gauthier-Villars, 1963, coll. Petite Bibliothèque Payot n° P 25, p. 45 s. - J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., p. 45.

⁴ D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1074 & 1120.

⁵ Paris, PUF, 1978, p. 54 ; rappr., Paris, PUF, 2004, p. 41.

237. - Que le texte demeure formellement identique pour tous ne saurait, en conséquence, signifier qu'il est mis en œuvre pareillement pour chacun. C'est d'ailleurs exactement le contenu du principe de relativité générale posé par Albert Einstein en science physique : malgré les dissemblances réellement constatées par l'observation, la loi reste similaire dans tous les référentiels, ce qui suppose néanmoins de préciser celui qui sert de point d'appréciation¹. Dans un passage de l'Évangile, le Christ explique à ses disciples - assis avec lui dans le Temple face à la salle du Trésor à regarder la foule - que la femme venant d'insérer deux piécettes puisées sur son indigence donne plus que certains versant pourtant de grosses sommes mais prenant sur leur superflu². En d'autres termes, aucune appréciation (et donc aucune solution) n'est admissible en soi, si elle n'est formulée en fonction d'un contexte déterminé servant de référence. Au plan juridique, l'égalité civile ne se confond pas avec l'uniformité, si bien qu'une divergence dans les comportements sociaux n'est pas immédiatement synonyme d'anormalité. Sans doute est-ce un exemple des théories sur la « conformité restitutive », d'après lesquelles des variations sont concevables autour de grands principes, pourvu qu'elles n'entachent pas une certaine cohésion d'ensemble : au lieu d'être déterministe comme la conformité répressive qui cible précisément l'individu, celle-ci parvient à l'équilibre social en visant l'ensemble du groupe sans contraindre véritablement chaque personne³.

238. - Bien que la norme apparaisse comme le vecteur essentiel de la relativité, ce concept demeure assez fuyant : qualitative en ce qu'elle renvoie à un modèle comparatif, la normalité est néanmoins contaminée par un indéniable caractère quantitatif puisqu'elle repose sur une fréquence comportementale⁴, naturellement flottante dans l'espace et dans le temps. Aussi le syllogisme judiciaire ne peut-il, dès lors, être aussi manichéen qu'en présence d'une disposition rigide, au régime juridique explicite. L'équation n'a, certes, de cohérence globale qu'autant qu'elle pérennise une ambition politique institutionnelle ; mais la majeure, d'origine coutumière, confère à l'autorité judiciaire une

¹ A. Einstein, *La relativité*, préc., p. 54 & 71 s. - J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., p. 79, & p. 25-26 la citation de Poincaré.

² La dévotion à Dieu prend le pas sur une référence comptable : Mc 12, 41-44 ; Lc 21, 1-4.

³ S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., p. 112.

⁴ Comp. in *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Norme, spéc. v° Normal, A & B ; *Petit Robert*, préc., v° Normal, 3 & 5. - Adde Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., n° 4 p. 875, soulignant que « les standards accusent sans doute ces difficultés parce qu'ils sont non la règle, mais son mode d'expression ».

réelle marge d'appréciation. C'est pourquoi la valeur des faits qu'elle doit prendre en considération cesse d'être élémentaire : ces derniers semblent devoir s'imposer à l'esprit et correspondre sans conteste aux conditions requises par la coutume¹. Les notions relatives appellent ainsi quelque flagrance dans l'assomption (*Section 1*). Par conséquent, la sanction² perd, de son côté, en automaticité : la relativité engendre donc aussi une modulation de la conclusion (*Section 2*).

Section I : Flagrance de l'assomption

239. - « *De minimis non curat praetor* » ! Cet adage, inspiré du Digeste³, vient naturellement à l'esprit du juriste dès l'instant qu'est abordée la possibilité de niveaux en deçà desquels est écarté tout contrôle juridictionnel⁴. Mais il suggère plus qu'il n'explique l'importance que doivent revêtir les faits soumis au prétoire pour accéder au bénéfice de la loi.

240. - Traduit en termes de procédure civile, cette maxime invite à se demander si l'intérêt à agir ne devrait pas présenter une qualité suffisante pour rendre recevable l'action en justice⁵. L'article 31 du Code de procédure civile tend à confirmer cette option puisque, hors le cas des actions attitrées⁶, celui-ci requiert quelque légitimité⁷. La

¹ Rapp. *Petit Robert*, préc., v° Evidence, I ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Evidence. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 838 p. 828 & n° 839 p. 830.

² Au sens premier d'acte par lequel la loi obtient effectivement exécution (cf. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc. v° Sanction, A) et non dans l'acception étroite d'une mesure justifiée par la violation d'une obligation (cf. *ibid.*, B 2 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Sanction, I 2 ; *Dictionnaire de droit*, préc., v° Sanction).

³ D. 4, I, 4 : « *Scio illud quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam (...) audiat is qui in integrum restitui postulat* », c'est-à-dire : « certains observent qu'en raison de la modicité de la chose ou de la somme n'est pas entendu celui qui demande à être restitué ».

⁴ Comp. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Seuil, B 2 ; *Petit Robert*, préc., v° Seuil, 3 *in fine*.

⁵ Cf. spéc. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 592 p. 553-554. - Adde G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, préc., n° 78 p. 338 s. & n° 80 p. 347 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n°s 102-103 p. 141 s. ; G. Couchez, *Procédure civile*, préc., n° 152 p. 135-136 ; J. Héron, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 63-64 p. 54-55 ; L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 463 s. p. 258 s. ; P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, préc., n°s 73-74 p. 35-36 ; S. Guinchard et al., *Droit processuel*, préc., n°s 683 s. p. 1150 s.

⁶ Auxquelles peuvent être assimilés l'intervention volontaire (C. proc. civ., art. 329 al. 2, 330 al. 2 & 554) - sous réserve du « lien suffisant » avec les prétentions des parties (art. 325) -, l'appel (art. 546) et la tierce-opposition (art. 583). - Rapp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1024 p. 374-375.

⁷ Le professeur Motulsky le qualifie de « sérieux », sous-entendant que l'action ne peut être exercée dans un dessein vétilleux, *in Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 71, c. - Comp., cependant, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 626 p. 586, qui n'y voit qu'un terme générique pour désigner les caractères né et actuel, direct et personnel.

discussion semble encore étayée par la promotion des juridictions de proximité¹ - résurgence des anciens juges de paix - qui libèrent ainsi les magistrats professionnels des affaires les plus insignifiantes². Une double remarque s'impose néanmoins : non seulement leur taux de ressort n'est pas si dérisoire, vu qu'elles sont compétentes jusqu'à 4000 euros (C. org. jud., art. L. 231-3), soit plus de trois fois le montant mensuel net du salaire minimum interprofessionnel de croissance³ ; mais aussi, l'article 847-4 du Code de procédure civile instaure un système de renvoi vers le Tribunal d'instance en présence d'une « difficulté juridique sérieuse ». D'aucuns feraient alors valoir que nombre de dispositions du Code civil plaident, au contraire, en faveur d'une recevabilité conditionnelle : l'absence ne peut être déclarée qu'après écoulement d'un délai de dix ou vingt ans selon qu'elle a été judiciairement constatée à l'origine (art. 122) ; selon l'article 672, un voisin ne peut obtenir l'arrachage ou la taille des plantations du fonds contigu qu'en considération des grandeurs prévues à l'article 671 ; pour certaines ventes immobilières, la modification du prix est possible seulement si la contenance du bien délivré s'écarte de plus d'un vingtième de celle stipulée (art. 1619) ; la rescision n'est envisageable qu'en raison d'une lésion de sept douzièmes au préjudice du cédant d'un immeuble (art. 1674) ou du quart contre l'héritier (art. 889 al. 1^{er}) ; la rente viagère constituée à titre gratuit est réductible seulement « si elle excède ce dont il est permis de disposer » (art. 1970 et 912 s.)... Aussi le raisonnement devrait-il identiquement valoir à propos des notions relatives dont l'attribut tient apparemment lieu de quantum. Le pouvoir judiciaire ne pouvant toutefois se substituer au Parlement à cause de l'article 5 du Code civil pour arrêter un palier explicite, le mutisme législatif sur la précision de cette valeur reporte alors inévitablement le débat vers les faits litigieux. Quoi qu'en disent certains auteurs⁴, le brocard précédemment cité n'a donc pas complètement perdu sa signification technique ! Son contenu s'en trouve simplement élargi. En d'autres termes, la légitimité de

¹ L. n° 2002-1138, 9 sept. 2002, d'orientation et de programmation pour la justice, art. 7 s. : JO 10 sept. 2002, p. 14934 s. ; D. 2002, législat. p. 2584.

² Sur l'ensemble de la question, cf. *Adages du droit français*, préc., n° 83 p. 150-151 ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *De minimis non curat praetor*.

³ Fixé à 9,00 € brut de l'heure travaillée, in D. n° 2010-1584, 17 déc. 2010, portant relèvement du salaire minimum de croissance, art. 1^{er} : JO 18 déc. 2010, p. 22321.

⁴ *Adages du droit français*, préc., n° 83 p. 152 *in fine* ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *De minimis non curat praetor*.

l'intérêt à agir touche finalement moins la recevabilité de l'action que le bien-fondé de la demande¹.

241. - En un certain sens, le qualificatif caractéristique de la relativité implique davantage qu'une banale constatation². S'y mêle en quelque sorte un élément d'ordre psychologique, presque intuitif³ : les faits soumis au magistrat au soutien d'une prétention sont conformes à la notion relative en cause pour autant qu'ils coïncident indubitablement avec les conditions requises par la coutume⁴. Dans cet esprit, même un intérêt minime reste parfaitement légitime⁵. En comparaison, la Cour de Justice de Luxembourg refuse justement le bénéfice de la Convention de Bruxelles⁶ à un acte mixte de consommation, « sauf si l'usage professionnel est marginal au point d'avoir un rôle négligeable dans le contexte global de l'opération »⁷, de telle manière qu'elle renvoie les juges du fond à une appréciation circonstanciée de cette mesure. Par une logique de degrés d'appartenance à la norme (§ 1), la relativité législative entraîne donc l'exigence pour le magistrat de déceler une certaine disproportion factuelle (§ 2) pour sanctionner une situation concrète.

¹ L'article 31 du Code de procédure civile vise, d'ailleurs, le succès ou le rejet d'une prétention ; et, au sens de l'article 122, ne constitue une fin de non-recevoir que le défaut d'intérêt, non sa faible pertinence. - H. Croze, Ch. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, préc., n° 369 p. 112-113. - Rappr. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 592 p. 553, spéc. 2^e § ; A. Perdriau, *Une action peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ?* : JCP 1998, éd. G, I, 162 p. 1579 s. (à propos de Cass. com., 2 déc. 1997) ; H. Motulsky, *Droit processuel*, préc., p. 71, c. - Adde Cass. 3^e civ., 27 janv. 1999 (*Sté Cornhill France et a. c/ Besson et a.*) : Bull. civ. III, n° 19 p. 12-13, énonçant que « l'existence du droit invoqué par le demandeur n'est pas une condition de recevabilité de son action mais de son succès ».

² Rappr. TGI Le Mans, 5 mars 1984 (*Malhaire c/ Cormier*), retenant l'« intérêt positif et concret » d'un débiteur solidaire à répéter sa créance contre ses coobligés : Gaz. Pal. 1984, 2, somm. p. 292.

³ Sur l'intuition comme méthode de raisonnement judiciaire, cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 18 août 1986 n° 99, p. 11-12, et les réf. - Comp. les éléments constitutifs de la coutume : F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 206-207 p. 226 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 554 s. p. 503 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 903 s. p. 340-341 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 17-18. - A. Lebrun, *La coutume*, préc., n°s 142 s. 146 s. (sur les opinions doctrinales du XIX^e siècle) et la critique n°s 153 s. p. 158 s. ; n°s 195 s. p. 202 s., pour une critique des conceptions modernes ; & plus positivement, sur le fondement de la force obligatoire de la coutume, cf. n°s 212 s. p. 221 s.

⁴ Rappr. *Petit Robert*, préc., v° Flagrant, 2 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Flagrant, 2.

⁵ Sur quoi, J. Carbonnier, *De minimis...*, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, spéc. II & III p. 31 s.

⁶ Conv. 27 sept. 1968, remplacée par Règl. CE n° 44-2001, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : JOCE n° L 12, 16 janv. 2001, p. 1 s. ; D. 2001, législ. p. 440 s.

⁷ CJCE, 20 janv. 2005, *Gruber c/ Bay Wa AG*, aff. C-464/01 : D. 2005, inf. rap. p. 458.

§ I : Degrés d'appartenance à la norme

242. - La nécessité de suffisamment caractériser les faits pour obtenir la sanction du juge revient insidieusement à admettre que l'irrégularité doive être manifeste et donc, *a contrario*, la possibilité d'une illégalité acceptable ! De prime abord, pareille hypothèse ressortit de l'oxymore, en ce sens qu'elle allie deux termes en apparence contradictoires¹. Traditionnellement, en effet, les magistrats s'attachent à vérifier l'identité des faits aux conditions légales pour satisfaire une demande ; la décision repose donc sur un raisonnement rigide en vertu duquel les faits appartiennent ou non à la loi, sans autre alternative, ce qui n'est point sans rappeler la formule célèbre d'*Hamlet* : « *To be or not to be. That is the question* »². Cependant, si l'ordre public notionnel constitue un frein aux comportements sociaux, la coutume offre une plus grande latitude qu'une disposition classique. Dès lors, au lieu d'être strictement conforme au modèle, le fond de l'affaire peut donc se contenter d'y être simplement compatible. Comme le reconnaît Ricœur, « le syllogisme juridique ne se laisse pas réduire à la voie directe de la subsumption d'un cas sous une règle, mais doit en outre satisfaire à la reconnaissance du caractère approprié de telle norme à tel cas »³. Les notions relatives engagent ainsi à se tourner « vers une autre logique juridique »⁴, qualifiable de méthode relativiste (*I*), imposant, au plan judiciaire, de passer de l'illégal à l'illicite (*II*) dans l'appréciation d'une situation juridique sous l'emprise de la relativité.

I - Méthode relativiste

243. - Quand bien même l'ordre public notionnel joue comme une constante de la relativité, il n'est jamais qu'une limite à l'interprétation judiciaire. L'appréciation à laquelle procède le magistrat consiste, au contraire, à déterminer la coïncidence d'une situation matérielle donnée avec une référence ; cette comparaison revient donc à mesurer

¹ *Petit Robert*, préc., v° Oxymoron ; *Petit Larousse*, préc., v° Oxymore.

² W. Shakespeare, *Hamlet*, Paris, Garnier-Flammarion, 1995, coll. Edition bilingue n° 762, Acte III scène I, p. 204-205.

³ *In Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique*, préc., p. 186. - Rapp., sur la coordination des règles nationales avec la Convention européenne, M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 1988, chron. p. 221 (2^e col.).

⁴ *Ibid.*, pour le titre de la chronique.

l'une par rapport à l'autre¹. S'impose alors naturellement l'obligation d'énoncer ce référentiel². Puisque la sécurité juridique dépend effectivement d'une argumentation logique, « il est normal, selon le professeur André Hauriou, que, dans leur ensemble, les techniques du droit cherchent à limiter la part d'incertitude qu'il y a nécessairement dans le déroulement des actions humaines ; qu'elles s'efforcent de ramener l'"aléatoire" ou le "conditionné" à du "déterminé" »³. Or, à l'instar des théories d'Einstein par rapport à la physique classique, la difficulté tient au fait que la coutume ne fournit pas une norme absolue et privilégiée⁴, témoignant le besoin d'appréhender différemment les phénomènes juridiques justiciables d'une notion relative⁵. Au demeurant, comme le concède Madame Castets-Renard, le rigorisme d'un syllogisme épuré, quasiment automatique et mathématique, se montre parfaitement inadapté à la souplesse coutumière des notions relatives⁶. Au lieu de confronter la réalité à une règle de droit univoque, le fondement de la décision varie en fonction des faits : majeure et mineure fluctuent ensemble, alors qu'elles sont habituellement dissociées. A la conception traditionnelle d'une législation uniformément organisée autour d'une norme unique, la logique relativiste substitue une normativité par amplitude, hétérogène⁷. Quelque malaise a bien pu surgir en doctrine face à cette normativité

¹ A. Einstein, *La relativité*, préc., p. 11 s. (pour une mesure dans l'espace) & p. 34 s. (sur le « temps propre »), ainsi que p. 64-65 sur la contraction des corps en mouvement dans l'expérience de Michelson et Morley. - Rapp. *Petit Robert*, préc., v° Comparaison, I ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Comparaison, A.

² Par anticipation, vocable plus adéquat à la relativité que la seule référence, en cela qu'il ne repose pas sur un unique élément, mais sur un système, un ensemble de repères. - Cf. *Petit Robert*, v° Référentiel, I. - J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., 3 p. 11.

³ *Le droit administratif de l'aléatoire*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1970, p. 200.

⁴ Sur la réfutation d'un temps et d'un espace absolu, cf. A. Einstein, *La relativité*, préc., chap. 9 & 10 p. 34 s., & chap. 16, le principe d'équivalence en vertu duquel n'existe aucun référentiel privilégié. - Rapp., déjà, la révolution copernicienne tendant à prouver qu'« aucun point dans l'espace n'est privilégié pour servir d'origine à un système de coordonnées permettant de repérer le mouvement des planètes », in J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., I p. 7-8.

⁵ En ce sens, G. Timsit, *Sur l'engendrement du droit*, préc., p. 44.

⁶ *In Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., spéc. n° 197 p. 302 & n° 199 in limine p. 307.

⁷ *Petit Robert*, préc., v° Amplitude, 2 : « différence entre les valeurs extrêmes d'une grandeur ». - Rapp. M. Delmas-Marty, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, in *Raisonnement la raison d'Etat - Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989, coll. « Les voies du droit », Travaux du séminaire « politique criminelle et droits de l'homme » organisé par Mireille Delmas-Marty dans le cadre de l'Institut de droit comparé de Paris de 1987 à 1989, p. 485-486.

protéiforme, pour dénoncer le rôle devenu subalterne de la contrainte cartésienne¹. Si le relativisme peut faire penser au criticisme², le postulat d'une méthode oriente cependant vers une mise en œuvre systématique de la relativité exogène³, c'est-à-dire vers la coutume dans la plénitude de son acception. Bien qu'essentiellement mouvante, elle représente tout de même une norme - répondant à ce titre à des critères remarquables⁴ -, ce qui la distingue fondamentalement d'un éther flou fort peu rationnel⁵. La volonté du Parlement d'opter pour des notions relatives introduit, au profit du pouvoir judiciaire, une marge d'appréciation par rapport à la norme de référence, aboutissant à un type de raisonnement spécifique⁶ : le bénéfice de la loi ne requiert pas une identité absolue entre l'ordre public notionnel et la réalité litigieuse. S'insinue donc dans le débat judiciaire la possibilité d'une appartenance pondérée à la norme⁷ : celle-ci consiste à rechercher seulement une certaine proximité entre le référentiel normatif et la situation considérée en fonction du contexte d'application

¹ En ce sens, A. Hervieu, *Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle* : RRJ 1989, II B, n° 33 s. p. 302 s., spéc. p. 311-312 (et les exemples utilisés : faute inexcusable, motif réel et sérieux du licenciement...). - Ch. Eisenmann, *Juridiction et logique (selon les données du droit français)*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, spéc. IV p. 495 s. & n° 33 p. 506.

² *Petit Robert*, préc., v° Relativisme ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Criticisme, in v° Critique, spéc. B. - Adde Pr. Weil, *Vers une normativité relative en droit international public ?* : RGDI publ. 1982, p. 5 s. passim.

³ *Petit Robert*, préc., v° Relativiste, 2 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Relatif, C I et 2, & Relativité, sous v° Relation.

⁴ Cf. spéc. M. Delmas-Marty, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, préc., p. 467-468, énonçant trois critères : une « référence spécifiable », un degré d'appartenance et un seuil de compatibilité.

⁵ En ce sens, *ibid.*, & *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 223 ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 199 p. 307 et 311 & n° 200 p. 312.

⁶ En ce sens, J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., n° 185 p. 215 s., convenant que la logique aristotélicienne est remplacée par une logique floue. - Sur l'interprétation des notions-cadres suivant une logique floue, spéc. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 199 s. p. 311 s. ; notamment l'origine mathématique du concept, *ibid.* n° 199 p. 308-309 et les réf. - M. Delmas-Marty, *Fécondité des logiques sous-jacentes & Vers une autre logique juridique*, préc.

⁷ En ce sens, C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 199 p. 309. - Adde *Petit Robert*, préc., v° Pondération. - Rappr. l'expression d'« appartenance partielle », in M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 222, & *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, préc., p. 466 ; C. Thibierge, *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, préc., p. 617-618.

de la coutume¹ ; à l'opposé, une simple différence n'est pas susceptible à elle seule d'exclure la requête du profit de la loi sollicitée².

244. - En somme, ce qui est relatif, ce n'est point la notion elle-même, mais le changement potentiel de référentiel normatif ; Albert Einstein parvenait à la même conclusion lorsqu'il remarquait que la mécanique classique - développée par Galilée et Newton - appliquée dans un référentiel galiléen demeure valable pour tout autre référentiel du même type, l'étendant même ultérieurement au principe de relativité générale³. Les notions relatives engendrent donc un espace normatif pluraliste « entre la zone de conformité pure et simple et celle de non-conformité »⁴, tout à fait comparable à la « marge nationale d'appréciation » très tôt reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme aux juridictions internes⁵ ; elles favorisent, en conséquence, la reconnaissance de situations intermédiaires, entre exclusion et concordance parfaite à la règle de droit⁶. Aussi le raisonnement classique n'est-il pas véritablement remis en cause, mais il coexiste avec la méthode relativiste dont il ressort comme un cas particulier, propre aux législations rigides. Le professeur Perelman retient finalement que le pouvoir judiciaire use simultanément de deux logiques : l'une de vérité - présentée sous la forme du syllogisme aristotélicien, fondé sur les trois principes d'identité, de non-contradiction et de tiers exclu - et l'autre plus souple d'acceptabilité⁷. En physique, la relativité restreinte n'est pareillement qu'un cas idéal

¹ Cette variabilité est plus conforme à la souplesse de la coutume que le « seuil de compatibilité » préconisé par Madame Delmas-Marty, *in ibid.* p. 468, & *in Vers une autre logique juridique*, préc., p. 222. - Comp. V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, préc., n° 26 p. 768 ; C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 202 *in fine* p. 324 & n° 204 p. 325, avec spéc. l'exemple de la « courte citation » en droit d'auteur, n° 201 p. 314 s.

² Comp. M. Delmas-Marty, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, préc., p. 466.

³ *La relativité*, préc., chap. 5 p. 20 s. ; & chap. 18 p. 71 s. et chap. 28 p. 113 s. pour l'énoncé du principe de relativité générale, avec des corps de référence non rigides. - Adde J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc. p. 78 s. & p. 89, l'équivalence des systèmes de coordonnées de Gauss pour la formulation des lois de la nature.

⁴ M. Delmas-Marty, *Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes*, préc., p. 484, et p. 469 & 485.

⁵ *CEDH, 1^{er} juill. 1961, Lawless c/ Irlande*, pour les domaines dans lesquels n'existe pas de consensus européen. - Sur quoi, J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 59 s., soulignant que « la notion présente l'avantage de permettre d'essayer de concilier les exigences de la construction européenne et la sauvegarde du pluralisme juridique » (p. 59), ce qui autorise à le rattacher au principe de subsidiarité.

⁶ En ce sens, M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 123 (1^{re} col.) ; comp. p. 222 (2^e col. *in limine*) pour l'articulation des droits nationaux et européen. - Rapp. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 64 p. 57, à propos de la thèse fonctionnelle du doyen Hauriou ; S. Néron, *Le standard juridique, un instrument juridique complexe*, préc., spéc. n° 12 p. 1664-1665.

⁷ *In Logique juridique, nouvelle rhétorique*, préc., n° 44 p. 82 s. - Rapp. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, préc., n° 207 p. 331-332.

de la relativité générale, dans lequel le champ d'accélération est nul, de même que la mécanique classique est une application de la relativité restreinte réduite à des vitesses négligeables au regard de celle de la lumière¹. En droit, la relativité montre surtout que la sanction n'est pas valable en soi : elle existe seulement dans un référentiel donné². A cet égard, la nécessité de viser, dans la décision, le fondement coutumier adéquat en sort renforcé³. Loin de faire reculer l'emprise du Code civil, la méthode relativiste l'étend, au contraire, en multipliant et en adaptant les référentiels normatifs, c'est-à-dire en permettant de considérer des situations qu'une disposition précise aurait ignorées⁴. Ainsi que le soutenait le professeur Dejean de la Batie, « l'exigence de la justice et du bien commun dépend de circonstances trop complexes pour pouvoir être fixée à l'avance dans une formule rigide »⁵ ; le recours massif à des critères légaux invariables répond sans doute à l'impérieuse nécessité de prévenir des contentieux stériles, mais au risque de ne pouvoir engendrer la solution la plus adaptée aux circonstances particulières à l'espèce.

II - De l'illégal à l'illicite

245. - « Il existe entre Droit et Civilisation des relations étroites qui ne sont pas, historiquement, le résultat du hasard ». Comme le relève le professeur François Terré, le sens moderne du second terme - créé par Mirabeau dans *L'ami des hommes* en 1756⁶ - qui souligne la propension d'une société à polir ses mœurs, doit beaucoup à sa signification

¹ J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., p. 80 & 5.

² Comp. A. Einstein, *La relativité*, préc., chap. 3 p. 15 s., au sujet d'une trajectoire considérée par différents observateurs. - Adde J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., 2 p. 10-11, & p. 28 à propos d'une indication de temps.

³ Sur quoi, rappr. M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 223, 2^e col. - Adde Ch. Atias, *Philosophie du droit*, préc., p. 308 s., spéc. p. 310.

⁴ En ce sens, *ibid.* in fine p. 224. - Rappr. St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n^{os} 55-56 p. 51-52, et les réf.

⁵ In *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n^o 1 p. 1.

⁶ V. Riqueti de Mirabeau, *L'ami des hommes ou Traité de la population*, p. 190 : « la religion est sans contredit le premier et le plus utile frein de l'humanité ; c'est le premier ressort de la civilisation ».

procédurale originelle consistant à rendre civile une cause criminelle¹ : le suffixe (-ation) marque bien un processus, inscrit dans le temps², apparemment en contradiction avec la constance généralement attribuée aux prescriptions juridiques³. Or, tandis que l'ordre public notionnel apparaît comme une création pétrifiée du Parlement, la coutume - forgée à partir des comportements sociaux - est, au contraire, en perpétuelle évolution : autant celui-là demeure intangible aussi longtemps que le Code civil n'est point modifié, autant celle-ci découle d'une logique bien moins rationnelle. Par conséquent, le juge ne semble plus pouvoir être cantonné à contrôler la conformité d'une situation aux seules dispositions issues de la volonté de certaines autorités (législative et réglementaire) : la relativité le libère d'une légalité rigide⁴. Néanmoins, la comparaison syllogistique ne devient pas systématiquement plus lâche en présence de notions relatives ; elle requiert seulement, pour fonder la décision, de puiser au-delà de ce qui est rigoureusement légal. Autrement dit, sauf à en admettre une tournure particulièrement restrictive⁵, le droit ne peut être réduit aux règles formellement

¹ *Introduction générale au droit*, préc., n° 5 p. 5. - *Dictionnaire étymologique de la langue française*, préc., v° Civil ; *Petit Robert*, préc., v° Civilisation & Civiliser. - *Comp. Vocabulaire juridique*, préc., v° Correctionnalisation & Criminalisation ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Correctionnalisation judiciaire ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Correctionnalisation. - R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n°s 717 s. p. 823 s. ; *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, préc., n° 2 p. 25 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°s 553 s. p. 509 s. ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 26 p. 13-14 & n° 128 p. 98-99. - Rapp. B. Bouloc, *Droit pénal général*, préc., n° 155 p. 152 s. & n° 183 p. 178 ; B. Bouloc et H. Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, n°s 382 s. p. 186, ainsi que n° 13 p. 5-6 & n° 58 p. 27-28.

² *Petit Robert*, préc., v° Processus, II. - *Adde ibid.*, *Petit dictionnaire des suffixes du français*, ann. p. 2859 s., v° -Ation & -Tion.

³ (Du moins jusqu'à abrogation, ce qui la distingue de la perpétuité :) J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 244 p. 206 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 458 s. p. 191 s. - Rapp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 5, 1° p. 13 & n° 12 p. 28.

⁴ *Comp.*, parmi les concepts mous, l'extension probable de l'illicite, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil) rapport remis au Ministre de la justice le 22 septembre 2005*, & P. Catala, *Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, préc. p. 538, 2° col. - Un article 1126 serait ainsi rédigé : « L'engagement est sans justification, faute de cause licite, lorsqu'il est contracté, par l'une au moins des parties, dans un but contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou, plus généralement, à une règle impérative ».

⁵ *Comp.* J. Combacau, *Sur une définition restrictive du droit - Dialogue sans issue*, in *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir*, Paris, LGDJ, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1977, p. 1033 s.

édictees, spécialement au Code civil¹. Jacques Maritain remarquait ainsi que « les justifications rationnelles sont indispensables, et elles sont en même temps impuissantes à créer un accord entre les hommes »² : la normalité englobe ce que la société est susceptible d'accepter comme contrainte. Elle n'est, en revanche, pas de même nature que la simple pratique de la loi³, sans quoi elle deviendrait rapidement assimilable à une espèce de justice privée où chaque partie adopterait une définition à l'aune de ses propres intérêts⁴. C'est ainsi que la Chambre commerciale de la haute juridiction précise « qu'en l'absence de définition légale, il appartient au seul juge de qualifier de faute grave les faits qui lui sont soumis », et répute donc non écrite la clause organisant la rupture du contrat d'agence commerciale⁵. La souplesse de la coutume ne saurait devenir prétexte pour le justiciable au détournement de l'institution protégée par le Code civil. Même si le juste doit être distingué du juridique⁶, les notions relatives tendent cependant à montrer qu'au respect de la loi se greffe une appréciation purement situationnelle : là où l'ordre public notionnel pourrait n'impliquer que de vérifier, très classiquement, si les conditions légales sont satisfaites a

¹ Rapp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 7 p. 6 ; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, préc., n° 16 s. p. 13 s. ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, préc., n° 38 p. 48 ; Ch. Larroumet, *Introduction au droit*, n° 11 p. 10. - Adde J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 21 s. ; J.-F. Perrin, *Règle* : Arch. philo. dr. 1990, t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, p. 245 s. ; J. Ghestin, *Les données positives du droit*, préc., n° 6 s. p. 13-14 ; F. Terré, *Pitié pour les juristes !* : RTD civ. 2002, p. 249 (2^e col.), dans une mise en garde contre un ouvrage de Mme Canto-Sperber, *L'inquiétude morale et la vie humaine*, cette dernière résumant le droit à un ensemble d'articles et de règles accompagné de sanction) ; Ph. Conte, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur*, préc., n° 1 & 2 ; J.-Ph. Feldman, *Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi »* : D. 2005, p. 399-400, spéc. les réf. à Friedrich A. Hayek.

² In *L'homme et l'Etat*, préc., chap. IV, I p. 70 (adde p. 69).

³ En ce sens, cf. P. Roubier, *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle - Etudes offertes à Georges Ripert*, préc., t. I, p. 21 s. - Comp. P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, préc., n° 19 p. 595.

⁴ Rapp., pour le contenu de l'ordre public au regard de la loi, *Cass. req., 18 juin 1828 (Enfert et a. c/ Bonneau)* : D. jur. gén., v° Obligations, n° 613, 2°, p. 174-175. - Sur le trouble manifestement illicite causé à l'exercice d'une servitude de passage, *Cass. ass. plén., 28 juin 1996 (Mme Daverio c/ Cts Lasserre)* : Rev. huissiers 1996, p. 1392-1393, concl. J.-F. Weber ; JCP 1996, éd. G, II, 22712, p. 408, B, note G. Mémeteau.

⁵ *Cass. com., 28 mai 2002 (Sté Laboratoires Arkopharma c/ M^{elle} Gravier)* : Bull. civ. IV, n° 91 p. 98-99 ; D. 2002, AJ p. 2405 et la note ; *ibid.*, somm. p. 3004-3005, obs. D. Ferrier ; *ibid.* 2003, p. 459, obs. Ph. Delebecque ; JCP 2002, éd. E, II, 1842 p. 2063 s., note V. Perruchot-Triboulet ; RTD civ. 2002, p. 833 s. n° 2, obs. P.-Y. Gautier ; RTD com. 2003, p. 158 n° 11, obs. B. Bouloc ; Dr. et patrimoine oct. 2002 n° 108, p. 102-103, obs. P. Chauvel.

⁶ En ce sens, H. Motulsky, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle*, préc., n° 1 p. 175, s'appuyant sur des propos du doyen Roubier. - Comp., concernant le faux en écritures privées, le caractère déloyal et délictueux d'un *instrumentum*, in *Cass. crim., 3 juin 2004* : D. 2004, somm. p. 2752, obs. B. de Lamy.

minima, la relativité appelle au surplus une qualité factuelle particulière¹. D'ailleurs, la doctrine juridique fait souvent le départ entre ce qui est contraire à la loi et ce qui s'oppose, plus généralement, à la règle de droit, alors que les dictionnaires de la langue française confondent quelque peu actes illicites et illégaux². Seul l'article 1133 du Code civil forme exception, puisqu'il considère illicite une cause prohibée par la loi ou en contrariété avec l'ordre public et les bonnes mœurs. En aucun cas, toutefois, les notions relatives ne doivent apparaître comme le moyen d'absorption de la morale par le droit, à l'instar de ce qu'ont pu proposer Ripert ou Josserand dans l'entre-deux-guerres³. Tout au plus, comme pour l'article 1133, la relativité constitue-t-elle un point de jonction⁴, en ce sens que la coutume ne surgit pas *ex nihilo* mais sourd d'un fond socioculturel (philosophie, religion...)⁵. Au demeurant, le Code civil juxtapose couramment des mesures d'origine législative, dans leur rigidité formelle, et d'autres types d'éléments qui, du seul fait de cette insertion, ont valeur

¹ Rappr. concl. J.-F. Weber sous *Cass. ass. plén., 28 juin 1996 (Mme Daverio c/ Cts Lasserre)*, préc., p. 1389 s. - Comp. le caractère « principal ou déterminant » d'une activité pour la renonciation au statut d'agent commercial (C. com., art. L. 134-15 al. 2), in *Cass. com., 12 juill. 2005 (Corgna c/ Sté Renault France automobiles)* : D. 2005, AJ p. 2216-2217, note E. Chevrier.

² *Petit Robert*, préc., v^{is} Illégal & Illicite ; comp. *Petit Larousse*, préc., v^{is} Illégal & Illicite, mais v^{is} Légal et Licite. - F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^{os} 10 s. p. 11 s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 18 s. p. 11 s. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^o 56 p. 30-31. - Adde A. Esmein, note sous *Cass. req., 29 juin 1897 (Jaurès, Gaubert : journal la Dépêche, et Tibara : journal la Petite République c/ Ressayguier)* : S. 1898, I, § 2, II p. 20-21 ; D. Tallon, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais*, préc., p. 890-891.

³ L'un souligne l'interpénétration des deux disciplines (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., spéc. n^{os} 5-6 p. 9 s. & III, n^{os} 13 s. p. 21 s. ; puis, en 1955, *Les forces créatrices du droit*, préc., préc., spéc. n^{os} 69 s. p. 171 s.), l'autre aboutit à les identifier en observant la tendance des juridictions à sanctionner l'abus des droits (L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc. n^o 254 p. 324 s.). - *Contra* M. Villey, *Philosophie du droit*, préc., t. I, n^o 54 p. 93 s., n^{os} 59-60 p. 104 s. & n^o 129 p. 195 s.

⁴ Sur quoi, J. Habermas, *Droit et Morale - Tanner Lectures (1986)*, Paris, Le Seuil, 1997, coll. traces Ecrites, p. 69 s., II, in *L'idée d'Etat de droit*. - Ph. Jestaz, *Les frontières du droit et de la morale* : RRJ 1983, spéc. II p. 346 s. ; & *Pouvoir juridique et pouvoir moral* : RTD civ. 1990, spéc. III p. 634 s. - J. Bonnecase, *La notion juridique de bonnes mœurs*, préc., p. 92 s. ; V. Fortier, *La fonction normative des notions floues*, préc., n^o 7 p. 759-760. - Adde Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^o 138 p. 81-82. - Rappr. l'appréciation morale de certains faits d'après des arrêts de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, in E. Bertrand et P. Julian, *La logique et l'éthique judiciaires*, préc., spéc. I B p. 77-78 & II A p. 79.

⁵ Rappr. l'« internormativité » du doyen Carbonnier, in *Introduction*, préc., n^o 16, b, p. 38 s. & n^o 18 p. 43 s. ; *Flexible droit*, préc., chap. VIII p. 94 s. ; *Essais sur les lois*, préc., chap. 6, p. 287 s. ; *Sociologie juridique*, préc., p. 317-318. - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 19 p. 11 & n^o 117 p. 47 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 131 in *limine* p. 133 ; J.-S. Navarro, *Standards et règles de droit*, préc., n^o I p. 834 ; R. Lenoir, *Mœurs, morale et droit chez Durkheim*, préc., p. 27-28.

coercitive¹ : hormis les cas de renvoi aux conventions entre les parties (articles 255, 4^o, 267 et 268 en matière de divorce ; et article 373-2-7 pour l'exercice de l'autorité parentale), coexistent loi et mœurs (articles 900², 1133³, 1172 et 1387) ou encore loi et usage (articles 389-3 al. 1^{er}, 671 al. 1^{er} et 674 *in fine*, 1135, 1160⁴ et 1777). En quelque sorte, le Parlement étend discrètement⁵ le domaine de la loi en recourant à la coutume⁶ ; par conséquent, le pouvoir judiciaire ne sanctionne une situation litigieuse qu'en fonction d'une coutume qui parvient à pérenniser l'institution juridique propre à la notion relative en cause⁷. Dans cet esprit, le Tribunal de grande Instance de La Roche-sur-Yon constate l'illicéité d'une libéralité par appréciation subjective d'une cause objectivement valable : le testament du *de cujus* dont bénéficiaient des collatéraux était inspiré par la haine d'un père (*causa proxima*) à l'encontre de ses descendants, faute pour ceux-ci d'avoir pardonné des comportements incestueux (*causa remota*)⁸. Aussi la coutume semble-t-elle alors venir prohiber ce que la loi n'interdit pas expressément, mais pour les seules dispositions qui permettent cette complémentarité⁹. Incidemment, cette conclusion confirme la vanité de rechercher un standard comparatif type ; quand la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation casse, par exemple, pour violation de l'article 1382 du Code civil, un arrêt ayant rejeté une demande d'indemnisation

¹ Rappr. J. Dabin, *Théorie générale du droit*, préc., chap. III, n^{os} 93 s. p. 109 s. - J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, préc., p. 305 s. - Sur la valeur nécessairement normative de la loi, cf. *Cons. const.*, 22 août 2002, déc. n^o 2002-460 DC : JO 30 août 2002, spéc. considérant 21 p. 14413 ; AJDA 2002, p. 1068-1069, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; & 29 août 2002, déc. n^o 2002-461 DC : D. 2003, p. 1127-1128, obs. L. Domingo.

² Cf. spéc. P. Ascencio, *L'annulation des donations immorales entre concubins - Cause ou notion de condition résolutoire* : RTD civ. 1975, p. 248 s.

³ Rappr., avec l'article 6 du Code civil, l'indépendance de la loi et de l'ordre public : L. Julliot de la Morandière, *L'ordre public en droit privé interne*, préc., p. 387 ; J. Carbonnier, *Exorde*, préc. - *Comp. Cass. civ.*, 27 juin 1837 (*Alexandre-Salomon c/ Scribe*) : S. 1837, I, p. 697.

⁴ Pour la Pologne soviétique, cf. C. civ., art. 56 : « Un acte juridique ne produit pas seulement les effets qui y sont exprimés, mais aussi ceux qui résultent de la loi, des règles de la vie en société et des usages établis », in Z. Ziembinski, *Les règles de la vie en société en tant que standard des droits socialistes*, préc., p. 904.

⁵ Selon l'expression du professeur Boulanger, in *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, préc., n^o 12 p. 66.

⁶ Comp. Cl. Haroche et A. Montoia, sur la complétude des vertus privées et publiques, *Former et réformer les mœurs*, préc., p. 193, ainsi que les références à Voltaire et Rousseau p. 196 & 198 ; Ch. Feddal, *La coutume : fait moral et source du droit*, préc., *passim* ; J. Vanderlinden, *Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit*, préc., VII & concl. p. 80 s. - Adde, plus largement, la possible substitution des mœurs et des lois, in C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, préc., *Eunomie et isonomie : les limites d'une opposition*, p. 12 s.

⁷ Rappr. la participation des bonnes mœurs à l'ordre social, in J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Rép. civ.*, v^o Ordre public et bonnes mœurs, préc., spéc. n^{os} 128 s. p. 16 s.

⁸ *TGI La Roche-sur-Yon*, 2 mai 1995 : D. 1997, p. 13 s., note H. Vray, spéc. 3 p. 15.

⁹ Rappr. E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 643 s.

pour un fait constitutif d'un risque sportif normal¹, elle devrait surtout considérer que la référence à un sportif moyen affaiblit la responsabilité, au contraire du sportif honnête et loyal qui la déploie. Y compris dans un système civiliste fondé sur la prééminence du Code, les notions relatives invitent à utiliser pleinement la marge d'appréciation contextuelle laissée par la coutume ; comme le soutenait le doyen Carbonnier, le droit ne s'épuise pas complètement dans les textes, mais a besoin du jugement pour décliner à l'infini les potentialités de ceux-ci². Thomas d'Aquin, déjà, dans sa *Somme théologique*³, conciliait la généralité des termes législatifs et la nécessité d'adapter la loi selon la condition du sujet, en proposant d'amener l'homme à la vertu en ne stigmatisant que ses actes les plus symptomatiques.

§ 2 : Disproportion factuelle

246. - Selon la Cour de Strasbourg, une disproportion est avérée chaque fois qu'est rompu le juste équilibre qui devrait toujours présider entre l'intérêt général d'un Etat et les libertés individuelles défendues par la Convention européenne des droits de l'homme⁴. Bien qu'il vise à sauvegarder les fondements primordiaux d'une société démocratique, ce principe jurisprudentiel met l'accent sur une conjoncture particulière et semble donc faire moins de cas des conditions proprement législatives. Ce jeu d'appréciation circonstancielle s'accorde exactement avec la mise en œuvre des notions relatives, tout en soulevant deux problèmes au regard de la valeur obligatoire des règles de droit. Non seulement, il sacrifie

¹ Jockey ayant laissé tomber sa cravache, à l'origine de la disqualification d'un autre concurrent ayant pris le galop lors d'une course de trot : *Cass. 2^e civ., 19 mars 1997 (Mme Soledad de Moratalla c/ Ostheimer et a.)* : Bull. civ. II, n° 88 p. 49 ; D. 1999, somm. p. 88-89, comm. critiques J. Mouly ; RTD civ. 1997, n° 3 p. 666-667, obs. dubitatives P. Jourdain.

² *Introduction*, préc., n° 4 p. 11 & n° 7 p. 19 ; *Sociologie juridique*, préc., p. 319 s. & p. 332 s. - Comp. C. Labrusse-Riou, *Sciences de la vie et légitimité*, préc., p. 283-284 ; cf. le point de vue historique, in E. Géraud-Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, préc., B p. 74 s.

³ *Préc.*, I-II, 96, 2.

⁴ Sur quoi, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Proportionnalité (principe de) - Europ. ; G. Isaac et M. Blanquet, *Droit communautaire général*, préc., p. 48 (sur l'exercice des compétences communautaires) & 182 (sur les sources non écrites du droit communautaire). - Adde les arrêts fondateurs : *CEDH, 1^{er} juill. 1961, Lawless*, implicitement, & *23 juillet 1968, aff. linguistique belge*. - J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 63 s. - Sur l'origine germanique du principe, cf. M. Fromont, *Le principe de proportionnalité* : AJDA 1995, n° spéc. p. 156 s. - Comp. *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, art. 2 s., & *Traité sur l'Union européenne*, art. 5 : principe relatif à l'élaboration du droit dérivé par les institutions de l'Union européenne, en vertu duquel leur action ne saurait excéder ce qui est nécessaire aux objectifs des traités fondateurs afin de rendre la réglementation communautaire la moins invasive possible pour le droit interne des Etats membres ; M. Fromont, *ibid.*, p. 160-161.

quelque peu la loi à la réalité et consolide ainsi une situation de fait en lui conférant un statut juridique¹. Mais il revient aussi à considérer que l'illégalité doit atteindre un certain degré pour être sanctionnée²; autrement dit, derrière l'excès blâmable se cacherait un déséquilibre acceptable entre fait et norme de référence³. La réponse à ces interrogations réside dans la nature essentiellement malléable de la coutume : le rétablissement dans un droit strict préjudicierait à une situation que la société ne réprouve pas véritablement. Faute pour les notions relatives d'être techniquement précises, exiger une totale concordance entre le fait et le droit ruinerait toute sécurité juridique⁴. Dès lors, seule l'évidence du fait est en mesure de révéler l'existence d'un droit subjectif ; le professeur Goubeaux souligne ainsi que « le droit attache parfois des conséquences directement à ce qui est visible, précisément parce qu'il s'agit de faits apparents »⁵. La relativité consiste donc en une pratique originale de la coordination des faits et du droit, car elle exclut à la fois la subordination complète des premiers à un système juridique chiffré et leur souveraineté absolue⁶ : à une normalité orientée par l'évidence factuelle (I) répond symétriquement une évidence confortée par la norme (II).

I - Une normalité orientée par l'évidence factuelle

247. - Faute de constituer des seuils objectifs, les notions relatives réclament une appréciation subjective, c'est-à-dire de soumettre la règle de droit à l'influence de

¹ Rapp., à propos de la théorie de l'apparence, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 143 p. 59. - Comp. le contrôle de la Cour de cassation sur les éléments du « trouble manifestement illicite », in R. Martin, *Référé - Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage*, préc., n° 8 p. 147.

² Rappr. l'illégalité insuffisamment manifeste d'un acte d'instruction pour constituer une faute lourde, in *TGI Paris*, 22 juill. 1999 : D. 1999, inf. rap. p. 214. - Comp., dans l'affaire d'une perquisition au domicile de Monsieur Jean Tibéri, maire de Paris, l'appréciation du caractère manifestement illégal d'un ordre donné à un fonctionnaire de Police, in *Cass. crim.*, 26 févr. 1997 : *ibid.* 1997, p. 297 s., note J. Pradel, spéc. III B p. 302. - Adde, en matière de responsabilité des personnes morales, « les diligences normales pour faire respecter » des prescriptions pénales, in *Cass. crim.*, 1^{er} déc. 1998 : *ibid.* 2000, p. 34 s., note M.-A. Houtmann ; dans le domaine contractuel pour la résiliation d'un crédit-bail, *Cass. 3^e civ.*, 18 nov. 1998 (*Le Malek c/ Eurobail*) : *ibid.* 1999, inf. rap. p. 12.

³ En ce sens, M. Behar-Touchais, *Conclusion*, in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, préc., p. 69.

⁴ Comp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1503 p. 556 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 838 p. 828-829.

⁵ *Ibid.* n° 840 p. 831.

⁶ Rappr. M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 222 (1^{re} col.) à propos des droits européens de l'homme en droit interne.

l'espèce¹. Leur caractère général et abstrait ne disparaît pas pour autant, si bien que leur aptitude à singulariser ne saurait être assimilée à une mesure d'ordre individuel². Par conséquent, c'est la perception même de la norme qui s'en trouve quelque peu affectée. Dans un sens organique et formel, elle est traditionnellement définie comme une disposition imposée *ne varietur* par la puissance publique à tous ceux qui entrent dans son domaine de compétence. Seulement, prétendre enchâsser le droit positif dans les conditions formellement édictées par quelque autorité étatique revient à exiger une coïncidence exemplaire entre fait et droit. Or, l'imprécision des notions relatives récuse l'idée d'une conformité catégorique des faits à l'ordre public sous-jacent puisque la coutume, sans être latitudinaire, fait tout de même montre de tolérance. Par-delà ce que prescrit le Code civil, la coutume oblige les juridictions à particulariser leur appréciation : les circonstances factuelles déterminent ainsi le niveau de l'acceptable au regard du dessein législatif ; là où le rétablissement de la norme serait automatique, la relativité assure une meilleure sécurité juridique, en accordant plus largement confiance au commerce juridique réel³, conformément à l'esprit de la coutume. N'est-ce pas là le cœur du débat quant à la possibilité d'invoquer les clauses abusives entre professionnels⁴ ? Dans le même esprit, doivent être distinguées l'erreur qui oblige à la rectification des registres de l'état civil (C. civ., art. 99 s.) puisque les tiers et l'Etat sont fortement intéressés à l'exactitude des actes, et l'erreur - essentiellement en matière contractuelle - qui doit revêtir une certaine qualité (grossière, manifeste...) pour qu'intervienne le juge, du fait que le sujet a la libre disposition de ses droits et a donc dû logiquement subir un minimum la négociation.

¹ Rappr. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Subjectif, B, in v° Sujet, & v° Objectif, B *a contrario*, in v° Objet.

² Rappr. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 449-450 p. 179 ; P. Louis-Lucas, *La loi*, préc., in *limine* p. 197-198. - Sur les actes individuels, cf. *Dictionnaire du vocabulaire juridique & Lexique des termes juridiques*, préc., v° Acte individuel ; R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, préc., n° 698 p. 525 ; J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, préc., n° 403 p. 339-340 ; Y. Gaudemet, *T. I : Droit administratif général*, préc., n°s 1116 s. p. 520 s.

³ J. Monéger, obs. sous *Cass. I^{re} civ.*, 14 déc. 1976, préc., n°s 10-11 en matière de mandat apparent. - Rappr. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 143 p. 59, sur la théorie de l'apparence comme instrument de la stabilité des situations juridiques.

⁴ Spéc. A. Boujeka, note sous *Cass. I^{re} civ.*, 15 mars 2005 (*Synd. dptal de contrôle laitier de la Mayenne c/ SA Europe computer systèmes*) : D. 2005, p. 1948 s. - Du même auteur, *L'influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur*, in *Le droit communautaire et les divisions du droit : Petites affiches* 23 août 2004 n° 168, p. 6 s. - Adde M. Luby, *Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Capa Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MNRE Sas, aff. C-542/99)* : Contrats, conc., consom. 2002, chron. 14.

248. - Parce que la compréhension de la règle varie inéluctablement selon le discernement des sujets, les comportements individuels sont assez rarement affins à la règle¹. Bien que théoriquement concevable, la remise en cause systématique de ces derniers pourrait facilement se révéler concrètement nuisible, dans la mesure où le champ des possibilités coutumières fait que le justiciable a pu légitimement croire en la qualité de sa propre attitude. Foi ne doit-elle pas être due à l'apparence² ? A l'origine, la théorie de l'apparence concernait surtout la vente, le bail ou le mandat et tendait à reconnaître la validité d'une erreur à laquelle chacun avait pu se fier³ ; très contestée au XIX^e siècle⁴, elle est aujourd'hui admise comme le moyen d'assurer la stabilité des transactions⁵. A ce titre, elle peut aisément s'épanouir dans toutes les branches du droit civil, en partant de l'hypothèse qu'elle n'est pas réductible au domaine de l'erreur. L'intérêt de la relativité semble pareillement de tempérer le jeu normal de la loi par un mécanisme de faveur équipollent à une « sorte de bonne foi collective », pour reprendre une formule de Demogue décrivant l'apparence⁶. La décision de justice échappe alors aux canons habituels du raisonnement cartésien, pour ne reposer que sur une appartenance fragmentaire à la

¹ Comp. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n^{os} 216 s. p. 181-182 et n^o 220 p. 183.

² H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc., n^o 141 p. 264 s., v^o Foi est due à l'apparence. - J.-P. Arrighi, *Apparence et réalité en droit privé - Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse Dr., dactyl., Nice, 1974, n^{os} 162 s. p. 391 s. & n^{os} 204 s. p. 515 s. - H. Mazeaud, *La maxime « error communis facit jus »*, préc., spéc. p. 960. - Comp. J.-L. Souriou, *La croyance légitime*, préc., n^{os} 105 s.

³ Cf. J. Calais-Auloy, *Essai sur la Notion d'apparence en Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1959, coll. Bibliothèque dr. priv. t. XVII, spéc. n^{os} 28 s. p. 36 s. & n^{os} 52 s. p. 55 s. ; M.-N. Jobard Bachelier, *L'apparence en droit international privé - Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1984, coll. Bibliothèque dr. priv. t. CLXXVIII, n^{os} 12 s. p. 11 s., § 3.

⁴ F. Laurent, *Principes de droit civil français*, préc., t. XIII, n^{os} 281 s. p. 321 s. (dans une discussion sur la capacité en matière testamentaire).

⁵ En ce sens, L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 212, n^{os} 7 s. p. 10 s. - J.-L. Souriou, *La croyance légitime*, préc., spéc. n^{os} 70 s.. - Avec une réserve non dissimulée, cf. J. Noirel, *Le droit civil contemporain et les situations de fait* : RTD civ. 1959, p. 456 s. *passim*, spéc. n^{os} 16 s. p. 465 s.

⁶ *In Traité des obligations en général*, préc., t. I, n^o 218 p. 360, l'introduction au chapitre sur l'erreur ; *adde* n^o 271 p. 445 & n^o 276 s. p. 452 s. - Comp. J.-F. Vouin, *La bonne foi*, préc., n^{os} 239 s. p. 444 s., rapprochant aussi bonne foi et apparence.

norme de référence¹. Le qualificatif législatif permet ainsi de sauver et de faire produire effet à maintes situations qui encourraient autrement les foudres d'un droit strict. Sous cet angle, une partie de la doctrine a pu estimer que le droit civil, en acquiesçant à la pénétration des situations sociales spontanées dans l'ordre juridique, assurait le triomphe d'un réalisme faisant bon marché de la cohérence des institutions législatives². Quoique avec malléabilité, le justiciable reste cependant totalement soumis au Code civil : loin d'apparaître tel un lit de Procuste modulant la loi à l'aune de chaque procès, la relativité conduit plutôt à considérer que certains agissements peuvent valablement être rattachés à la norme parce qu'ils s'y conforment raisonnablement³, nonobstant leur imparfaite correspondance à la loi⁴. La raison tient à la multitude des comportements sociaux concourant à l'élaboration du modèle coutumier comparatif. D'aucuns ont tenté de faire valoir que la proportionnalité ne serait qu'un principe éphémère⁵ ! Par ricochet, ce jeu de vraisemblance évince pourtant du bénéficiaire de la loi tout fait qui contrevient ostensiblement à l'ordre public notionnel⁶, soit parce que les conditions en sont insuffisamment remplies, soit parce qu'un abus pointe dans l'utilisation de l'institution en cause. C'est ainsi que toute transaction peut naturellement être déséquilibrée, pourvu qu'aucun excès notable n'existe au préjudice du débiteur, afin de permettre le redressement de l'entreprise en difficulté (C. com., art. L. 632-1, I, 2°)⁷ ;

¹ Rappr. M. Delmas-Marty, *Vers une autre logique juridique*, préc., p. 224 (1^{re} col.). - Comp. l'« impressionnisme » suspecté de présider à l'appréciation de la proportionnalité en matière contractuelle, in D. Mazeaud, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 13 n° 6, qui préfère y voir un mécanisme exceptionnel lorsque la disproportion est flagrante (*ibid.* n° 7) ; adde F.-X. Grignon-Derenne, note sous *CA Paris, 27 juin 2000 (Cts Aymé c/ Crédit Finance Corporation Limited)* : D. 2001, p. 1384-1385 n°s 7-8 et p. 1387 n° 17, à propos du cautionnement manifestement disproportionné par rapport à la fortune du garant.

² En ce sens, J. Noirel, *Le droit civil contemporain et les situations de fait*, préc., n° 7 p. 460, n° 14 p. 463, n° 40 p. 486-487 et n°s 42 s. p. 488 s. ; B. Petit, *L'évidence*, préc., n°s 6-7 p. 488-489. - Contre cet excès de subjectivisme au sein des sources du droit, adde R. Savatier, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui*, préc., spéc. p. 76, 78-79 et 91 ; L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, préc., n°s 81 s. p. 99 s. & n°s 258 s. 303 s.

³ En ce sens, J.-E. Labbé, note sous *Cass. req., 22 juill. 1891 (Jeulin c/ Chauvin)*, in S. 1893, I p. 66 (2^e col.), à propos d'une surveillance insuffisante d'enfant ayant causé un dommage : « nous estimons (...) que toute loi écrite est confiée aux juristes et aux juges, pour être interprétée, développée selon la raison ».

⁴ Comp., dans le domaine des appellations d'origine, la norme qui figure moins un carcan qu'une qualité de référence, in J.-M. Pontier, *La certification, outil de la modernité normative*, préc., spéc. I I p. 355-356. - Rappr. J. Maury, *Observations sur les modes d'expression du droit*, préc., spéc. n° 22 p. 431-432, la nuance entre règle et directive par leur caractère réalisable.

⁵ En ce sens, J. Moury, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat* : D. 2000, chron. p. 382 s.

⁶ En ce sens, M. Behar-Touchais, *Conclusion, in Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, préc., p. 69.

⁷ Sur quoi, S. Neuville, *La transaction suspecte (observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte)* : D. 2000, chron. p. 573-574, n°s 8 s.

pareillement, en matière d'accident de la circulation, « le juge peut assimiler à une absence d'offre une offre manifestement insuffisante », dans la mesure où elle contrevient au principe de réparation intégrale de la victime¹. De la même manière, loi et jurisprudence civiles, notamment en droit des obligations, réservent un sort particulier aux agissements extrêmes du dément (C. civ., art. 414-1 et 901²) ou du mineur, et spécialement de l'*infans* (art. 389-3 al. 1^{er}, 414 *a contrario* & 1384 al. 4)³. La coutume apparaît, à cet égard, comparable aux calculs statistiques dans lesquels les premier et dernier déciles d'une courbe de Gauss-Laplace sont écartés comme peu représentatifs du phénomène étudié⁴. C'est seulement en cela que la relativité autorise à conclure à la souveraineté des faits dans le droit objectif : l'immixtion de la pratique dans la formation de la règle n'a pas pour finalité de modifier le droit objectif, mais de manifester l'existence d'un droit subjectif⁵. En somme, la sanction est évitée chaque fois que les faits litigieux restent proportionnés à la norme de référence : ils demeurent juridiquement acceptables tant que la violation n'acquiert pas la force de l'évidence⁶.

II - Une évidence confortée par la norme

249. - Prétendre que la coutume apporte quelque souplesse là où des quotas n'engendreraient que violation de la loi, revient à admettre l'inefficacité potentielle d'un droit plus strict. Ainsi pensée, la flexibilité des notions relatives masquerait autant qu'elle éviterait une transgression massive de la norme. Si la seconde branche de l'alternative est *a priori*

¹ Cass. 2^e civ., 4 mai 2000 (*Miche c/ M^{elle} Delisle*) : D. 2000, inf. rap. p. 173-174, et la note. – Rapp. V. Vioujas, *Dommages médicaux fautifs : l'offre manifestement insuffisante de l'assureur équivaut à une absence d'offre* : D. 2011, point de vue p. 2125-2126.

² Art. 249-4, à propos de la demande en divorce.

³ Rapp. M. Bussani, *La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en common law* : Gaz. Pal. 1997, I, doct. p. 293 s.

⁴ Sur quoi, *Petit Robert des noms propres*, préc., v^o Gauss (Carl Friedrich) ; *Petit Robert*, préc., v^o Décile. - B. Grais, *Techniques statistiques. 1 Statistique descriptive*, Paris, Dunod, 3^e éd. 2000, coll. Eco Sup Manuels, C p. 147-148 ; & *2 Méthodes statistiques*, Paris, Dunod, 3^e éd. 2003, chap. III p. 92 s. ; B. Goldfarb et C. Pardoux, *Introduction à la méthode statistique - Gestion. Economie*, Paris, Dunod, 4^e éd. 2004, coll. Eco Sup Manuel et exercices corrigés, p. 219 s. ; G. Pupion, *Statistiques descriptives et décisionnelles appliquées à l'économie et à la gestion*, Paris, PUF, 1988, coll. Gestion, 7 p. 177 s.

⁵ Comp., concernant la notoriété comme source d'effets de droit ou comme renfort d'une situation juridique, N. Raynaud de Lage, *La notoriété* : D. 2000, chron. p. 515 s., II.

⁶ Rapp. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 1502 s. p. 556-557, qui n'admettent cependant pas que la prise en compte de l'apparence puisse devenir un principe général (*ibid.*, n^o 1504 p. 557) ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^o 862 p. 852-853.

convenable, la première mérite d'être combattue. D'aucuns conviennent que l'équilibre social est assuré par une certaine logique de proportionnalité : dans l'*Ethique à Nicomaque*, le Stagirite écrivait déjà que le juste est « un milieu entre des extrêmes qui sans cela ne seraient plus en proportion ; car la proportion est un milieu, et le juste est toujours proportionnel »¹ ; en 1969, le doyen Carbonnier concluait la préface de *Flexible droit* en soulignant que la rigueur du droit n'est qu'affectation ou imposture tant « il est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite »². La relativité ne s'oppose donc pas à la règle de droit, en ce sens qu'elle en constitue seulement un mode particulier d'expression : elle demeure, à ce titre, un instrument de mesure dont l'unique spécificité tient à une appréciation des comportements et des situations en termes de normalité, combinant à la fois un modèle dogmatique et une fréquence descriptive³. Cette norme correspond bien à un critère abstrait, une qualité limite au-delà de laquelle le justiciable sait encourir une sanction⁴. En somme, l'appréciation *in concreto* n'est point exclusive d'une référence abstraite⁵. La difficulté tient donc essentiellement à l'absence de conditions légales claires, la subsomption syllogistique traditionnelle se révélant inadaptée. Ce que l'appréciation perd effectivement en automaticité, l'évaluation des faits le gagne forcément en évidence⁶. C'est là que le qualificatif législatif revêt toute son importance ; la Cour de cassation l'admet d'ailleurs implicitement lorsqu'elle affirme que la seule constatation d'un manquement à l'obligation essentielle d'un contrat est insuffisante à caractériser une faute lourde⁷. Dans

¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie Générale Française, 1992, coll. Le livre de poche - Classiques de la philosophie, n° 4611, Livre V : *Théorie de la justice*, chap. III, § 9 *in fine*, p. 202.

² Il poursuit en estimant qu'il est « imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité », *in Flexible droit*, préc., p. 8.

³ En ce sens, St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 72 p. 61, n° 77 p. 72-73 & n° 81 p. 75 s. - Adde B. Petit, *L'évidence*, préc., n° 3 p. 487. - Rappr. Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., nos 5 s. p. 876 s. ; Ch. Atias, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé* : RRJ 1982, I p. 219.

⁴ Rappr. Y. Bot, *Variations sur « l'Honnête Homme »*, préc., p. 42, prenant notamment comme exemple la bonne foi.

⁵ En ce sens, Y. Loussouarn, *Fondement et critère du mandat apparent*, préc., p. 349, à propos de l'erreur ; J. Rivero, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, préc., p. 100 et 102 ; P. Orianne, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., p. 1038-1039.

⁶ En ce sens, M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur des "standards"*, préc., p. 1128-1129.

⁷ *Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005 (Chronopost)*, préc. - Cette formation solennelle rend ainsi caduque l'ancienne jurisprudence : *Cass. 1^{re} civ. 18 janv. 1984 (Sté Loterie nationale et Loto national et a. c/ Vilageliu)*, préc., & *30 nov. 2004 (Sté FranceTelecom c/ Brousse)* : Bull. civ. I, n° 295, p. 247-248.

l'ancien divorce pour rupture de la vie commune¹ - notamment, s'il avait suffi au conjoint défendeur d'établir que le divorce aurait eu pour lui-même ou les enfants du couple des conséquences -, la clause de dureté aurait été systématiquement retenue ; bien au contraire, l'action du demandeur ne pouvait être paralysée qu'à condition de dépasser les répercussions inhérentes à toute rupture de mariage². Le raisonnement est absolument identique quant à la possibilité de modifier une prestation compensatoire fixée sous forme de rente (C. civ., art. 276-3 al. 1^{er}) ou d'annuités (art. 275 al. 2), au regard d'un « changement important » du contexte initial ; selon la jurisprudence, d'ailleurs, une augmentation des ressources des ex-époux est insuffisante pour causer une modification³. L'exemple le plus topique reste celui des bonnes mœurs (art. 6 & 1133) : la nullité d'un contrat a beau n'être pas mécanique à cause de l'imprécision terminologique, elle est encourue si les parties entendent justifier celui-ci par un comportement marginal, voire provocateur⁴ ; c'est ce qui explique la levée de bouclier doctrinale consécutive aux décisions prises en 1999⁵ et 2004¹

¹ C. civ., art. 240 al. 1^{er} ancien : « Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande ».

² Voire sous réserve que celles-ci n'aient pu être autrement compensées : allocation de dommages-intérêts au titre de l'article 1382 du Code civil ou surévaluation de la pension alimentaire (art. 282 ancien : « L'accomplissement du devoir de secours prend la forme d'une pension alimentaire [...] »). - En ce sens, *Cass. 2^e civ., 16 janv. 1991*, retenant qu'une cour d'appel ne peut se borner à énoncer, pour refuser à la femme une pension alimentaire, « que le devoir de secours ne peut être appliqué que si l'un des époux se trouve, par rapport à l'autre, dans l'état de besoin et de nécessité » et que, la femme ayant des ressources, « le versement d'une pension alimentaire (...) serait une source d'enrichissement injustifié » : *Bull. civ. II, n° 19 p. 9-10*.

³ *Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005* : *D. 2005, inf. rap. p. 2243*.

⁴ I. de Koschimbahr-Lyskowski, *Le rôle du droit romain pour le droit comparé*, préc., p. 260 ; *Conventiones contra bonos mores dans le droit romain, in Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, Gand - SA Vanderpoorten & C^{ie}, Paris - Sirey, 1926, t. II, p. 20 s, spéc. p. 26 s. - Comp. J. Hamelin, *La réhabilitation judiciaire de Baudelaire*, préc., *passim*.

⁵ *Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1999 (Mme V c/ H)* : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., T. I, n° 25 p. 142 s. ; *D. 1999*, p. 267 s., rapp. X. Savatier et note J.-P. Langlade-O'Sughrue ; *ibid.*, chron. p. 351-352, Ch. Larroumet, *La libéralité consentie par un concubin adultère* ; *ibid.*, somm. p. 377, comm. J.-J. Lemouland ; *JCP 1999*, éd. G, II, 10083, p. 917 s., note Marc Billiau et G. Loiseau ; *ibid.*, I, 143, p. 1077-1078, obs. F. Labarthe ; *ibid.*, I, 152, p. 1333-1334, L. Leveneur, *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?* ; *ibid.*, I, 160, p. 1515, obs. H. Bosse-Platière ; *ibid.*, I, 189, p. 2249-2250, n° 2, obs. R. Le Guidec ; *ibid.*, éd. N, II, p. 1430-1431, note F. Sauvage ; *Dr. fam. 1999/5*, comm. 53, note B. Beignier ; *Gaz. Pal. 2000*, I, p. 70 s., note St. Piedelièvre, & p. 646 s., note F. Chabas ; *Defrénois, 1999*, art. 36998, n° 30 p. 680 s., obs. J. Massip ; *ibid.*, art. 37008, n° 37 p. 738 s., obs. D. Mazeaud ; *ibid.*, art. 37017, n° 62 p. 814 s., obs. G. Champenois ; *RTD civ. 1999*, n° 12 p. 364-365 & n° 8 p. 817 s., obs. J. Hauser ; *ibid.*, n° 4 p. 892 s., obs. J. Patarin ; *Petites affiches 17 nov. 1999* n° 229, p. 10 s, note M. Mestrot, *L'éclipse de la cause immorale* ; *RJPF 1999-2/52*, chron. J. Casey, *La Cour de cassation modifie sa jurisprudence à propos de la notion de cause immorale dans les libéralités entre concubins*.

par la haute juridiction, validant des libéralités consenties par un *de cujus* adultère². De même, pour que le juge des référés puisse allouer une provision quand l'obligation ne lui semble pas « sérieusement contestable » (C. proc. civ., art. 809 al. 2), ses constatations relèvent nécessairement de l'évidence, qualité dont sont parés les faits qui portent en eux-mêmes révélation de leur existence ou de leur bien-fondé et dispensent alors de toute démonstration³. « *Res ipsa loquitur* », résume d'ailleurs l'adage⁴ ! Les notions relatives permettent effectivement d'attacher des conséquences juridiques directement à une situation factuelle, précisément en raison de son apparence, la réalité s'imposant spontanément à l'esprit et pouvant alors être considérée comme suffisamment expressive de l'existence d'un droit⁵. C'est justement cette flagrante du fait qui détermine sa compatibilité à la norme de référence. Le contrôle de proportionnalité qu'est ainsi amené à opérer le juge, revient finalement à un mécanisme de pondération entre la pratique coutumière et l'ordre public notionnel⁶, de manière à promouvoir la pérennité d'une institution donnée⁷. Les

¹ Cass. ass. plén., 29 oct. 2004 : Gaz. Pal. 2004, 2, p. 3786 s., avis D. Allix ; D. 2004, p. 3175 s., note D. Vigneau ; JCP 2005, éd. G, II, 10011, p. 153 s., note F. Chabas ; Defrénois 2004, art. 38073, n° 105 p. 1732 s., obs. R. Libchaber ; *ibid.* 2005, art. 38096, p. 234 s., note St. Piedelièvre ; RTD civ. 2005, n° 8 p. 104 s., obs. J. Hauser ; Dr. fam. 2004/12, comm. 230, note B. Beignier ; AJ fam. 1/2005, p. 23-24, obs. F. Bicheron ; RLDC 2004/11, n° 466 p. 41-46, chron. M. Lamarche, *Sexe, bonnes mœurs et libéralités* ; Petites affiches 7 juin 2005 n° 112, note S. Pimont, *Validité d'une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère : remarques sur la cause subjective en droit des libéralités*.

² Cf. spéc. C. Edon-Lamballe, *La situation juridique de ceux par qui le scandale arrive : réflexions sur l'adultère* : RRJ 2002, I p. 79 s.

³ H. Motulsky, *Ecrits*, t. I : *Etudes et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, II p. 378 s., in *Cour d'appel de Paris (14^e Ch.)*, 2 février 1967 - Tribunal de grande instance de la Seine (référé), 13 avril 1967 ; JCP 1967, éd. G, II, 15181. - *Vocabulaire juridique*, préc., v° Evidence. - Rapp. M.-Cl. Rondeau-Rivier, *L'évidence et la Notion de Contestation Sérieuse devant le Juge des Référé*, préc., p. 355 (1^{re} col.) et p. 356 (1^{re} col.), où l'évidence est prise comme synonyme de l'absence totale de doute.

⁴ *Adages du droit français*, préc., n° 395 p. 788-789, v° *Res ipsa loquitur* ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Res ipsa loquitur*. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v° *Veritas index sui*, p. 925.

⁵ Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 840 p. 831 & n° 862 p. 852.

⁶ Rapp. G. Braibant, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, p. 298-299.

⁷ Comp., à propos de la famille, la promotion implicite du mariage, malgré la pluralité possible de liens conjugaux : J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, préc., I B, p. 135-136. - *Adde*, concernant un mariage homosexuel, la motivation, in *TGI Bordeaux, 27 juill. 2004 (Min. publ. c/ P et C)* : JCP 2004, éd. G, II, 10169, p. 2039 s., note G. Kessler ; Gaz. Pal. 2004, 2, p. 3250 s., note G. de Geouffre de La Pradelle ; AJ fam. 2004, p. 407-408, obs. L. Attuel-Mendès ; Dr. fam. 2004, comm. 166, note M. Azavant ; RTD civ. 2004, p. 719-720 n° 8, obs. J. Hauser ; D. 2004, p. 2392, note E. Agostini ; *ibid.*, somm. p. 2965-2966, obs. J.-J. Lemouland ; et l'arrêt confirmatif, *CA Bordeaux, 19 avr. 2005 : ibid.* 2005, inf. rap. p. 1113, note J. Daleau.

notions relatives concilient en quelque sorte les impératifs liés au bien commun ainsi qu'à l'intervention étatique, et la marge nécessairement accordée aux libertés individuelles¹ ; plus qu'un critère législatif intransigeant, elles mettent en balance une finalité d'intérêt général et la diversité des moyens concevables pour l'atteindre. En aucun cas, par conséquent, la relativité ne doit être comprise comme un indice de l'abdication du droit ; quand bien même une protection juridique ne peut être inconditionnelle, l'obligation qui repose sur un droit équivoque ne peut être imposée sans tenir compte des facultés de ceux sur qui elles pèsent². Du même coup, pareille approche justifie la diversité des pratiques prétoriennes. Au demeurant, l'autorité judiciaire voit aussi sa légitimité renforcée puisque son arbitrage, entre la coutume acceptable et le fait répréhensible, est fondé sur l'ordre public, norme préexistante ; elle n'empiète ainsi d'aucune manière sur l'opportunité des choix politiques dont cette norme dérive³. Néanmoins, l'investigation des juridictions se trouve considérablement amoindrie par cette nécessaire évidence. Pour éviter tout risque d'arbitraire, le juge est aussi fort heureusement réduit à un rôle purement déclaratoire quant aux faits et n'intervient donc plus véritablement qu'au stade de la sanction⁴.

Section 2 : Modulation de la conclusion

250. - La « délinquance des gens honnêtes »⁵ ! Voilà bien à quoi semble faire songer la qualité factuelle attachée aux notions relatives, à l'instar du téléchargement illicite d'œuvres sur internet ou des infractions bénignes au Code de la route... Ce lazzi pourrait, en

¹ Rappr. H. Batiffol, *Significations de l'égalité pour la philosophie du droit*, préc., p. 451. - Comp., au niveau européen les décisions - rendues la même année - fondatrices d'un principe de proportionnalité : *CEDH, 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni*, spéc. § 62 et 67, et l'opinion dissidente. - *CJCE, 1979, Internationale Handelgesellschaft, aff. X/79*.

² Cf. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 11 p. 8-9.

³ Sur quoi, rappr. G. Xynopoulos, v° Proportionnalité, in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc.

⁴ Rappr., plutôt critique, M. S. Zaki, *Définir l'équité*, préc., n° 30 p. 99-100 & n° 82 p. 117. - Adde M. Vasseur, note sous *Cass. com., 20 déc. 1982 (Banque de Paris et des Pays-Bas c/ Creusot-Loire-Entreprises, Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company & Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company c/ Banque de Paris et des Pays-Bas et Creusot-Loire-Entreprises)* : D. 1983, n° 14 p. 370, concernant l'atteinte grave à l'ordre public et aux bonnes mœurs par un contrat faisant l'objet d'une garantie autonome.

⁵ In G. Kessler, *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* : D. 2005, chron. p. 2528 (2^e col.) et note 15, reprenant une expression tirée d'un colloque sur la défense du patrimoine industriel et intellectuel contre la contrefaçon. - Rappr. L. n° 2009-1311, 28 oct. 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet : JO 29 oct. 2009, p. 18290 s. ; & L. n° 2009-669, 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : *ibid.* 13 juin 2009, p. 9666 s.

effet, résumer ironiquement le régime juridique assez paradoxal de la relativité, dans la mesure où une identité absolue entre fait et norme n'est point obligatoirement requise pour bénéficier de la loi.

251. - De fait, quelques détracteurs seraient aisément susceptibles de vilipender cette recherche d'une simple proximité entre la règle de droit et la situation considérée, puisqu'elle est de nature à évincer une application réflexe de la loi, déjouant ainsi toute prévisibilité quant à la solution judiciaire à intervenir : ni le justiciable ni l'Ecole n'y trouverait son compte, étant donné que le premier pâtirait d'une certaine incertitude sur l'étendue exacte de ses droits, et que la seconde ne réussirait à l'aider, faute de parvenir à une analyse systémique de la jurisprudence, au motif que chaque décision de justice présenterait des caractéristiques trop spécifiques. Naturellement, l'intérêt d'une législation restrictive est de fixer *ab initio* les éléments auxquels est subordonnée la validité d'un événement juridique ; « dès lors, remarquent Messieurs Conte et Maistre du Chambon à propos de la légalité criminelle, le juge lui-même est prisonnier de la règle de droit »¹. Sans doute est-ce en ce sens que l'accessibilité de la loi a été érigée en objectif à valeur constitutionnelle par les Sages de la rue Montpensier² : une règle univoque est davantage propice à protéger les libertés individuelles, en fulminant toute appréciation subjective, car elle supprime tout risque d'arbitraire judiciaire en prédéterminant les conditions et les effets de son application. Au demeurant, une législation astreignante éviterait concrètement la cristallisation des situations qui, en l'absence de sanction systématique, laissent accroire aux individus que leur comportement est, somme toute, parfaitement légitime. D'un côté, néanmoins, la prohibition du déni de justice (C. civ., art. 4), malgré la vacuité technique des notions relatives, a pour nécessaire alliée l'impartialité de l'interprète ; de l'autre, la coutume - qui en est la manifestation - a beau être une norme essentiellement empirique, elle n'en revêt pas moins une finalité institutionnelle et purement juridique. Enfin et surtout, des critères légaux inflexibles compromettent l'intégration dans le champ législatif d'actes ou de faits pourtant proches de la norme mobilisée. Serviteur de la loi, le juge n'a certes pas le pouvoir de consacrer des solutions *contra legem*, en vertu de l'article 5 du Code civil ; mais la souplesse des notions relatives doit cependant l'inciter à statuer *praeter legem*, c'est-à-dire

¹ In *Droit pénal général*, préc., n° 91 p. 59.

² *Cons. const.*, 16 déc. 1999, déc. n°99-421 DC : JO 22 déc. 1999, p. 19042, sur le grief tiré de la violation de l'article 38 de la Constitution (1^{re} col.) ; RFD const. 2000, p. 120 s., chron. D. Ribes. - S. Lamouroux, *La codification ou la démocratisation du droit* : *ibid.* 2001, B p. 815 s. ; H. Moysan, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi - Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative* : AJDA 2001, p. 428 s.

conformément à ce que la coutume estime propre à préserver l'institution légale en cause¹. Pareille assertion suppose intrinsèquement une marge judiciaire d'appréciation. Même si la méthode relativiste oblige à raisonner en termes de compatibilité à la norme, un critère discriminant doit exister pour justifier la sanction. A cet effet, la Convention européenne des droits de l'homme fournit un élément de réponse, d'ailleurs à la base du principe de proportionnalité² : les juridictions ne sauraient refuser la satisfaction d'un droit tant que l'événement litigieux ne porte pas atteinte à l'ordre public notionnel, et spécialement à la protection des intérêts d'autrui³.

252. - La sociologie vient conforter cette hypothèse. Pour Raymond Aron, notamment, « même dans les sociétés fondées sur la différenciation individuelle, il subsiste l'équivalent de la conscience collective des sociétés où règne la solidarité mécanique, c'est-à-dire des croyances, des valeurs communes à tous »⁴ ; Durkheim soulignait déjà que la disparité des conduites personnelles le dispute en vigueur à un besoin de similitude collective d'ordre moral⁵. Plus juridiquement, cette fois, la proposition peut semblablement être renversée : la flexibilité qu'apportent les notions relatives doit s'équilibrer avec les exigences de la cohésion sociale, spécifiquement pour la continuité d'une institution⁶. La relativité oblige alors à une vision dissidente de la loi⁷ : au lieu de fixer préventivement des conditions

¹ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Contra legem* et *Praeter legem*, l'idée de coutume *secundum legem* étant proscrite, les notions relatives ne renvoyant pas expressément à des usages (*ibid.*, v^o *Secundum legem*) ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^{os} 210 s. p. 230-231 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^{os} 916 s. p. 343 s., spéc. n^o 922 p. 344 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^{os} 556 s. p. 512 s. & n^o 551 p. 507-508 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 135 p. 248, b, & n^o 136 p. 248 s. ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^{os} 180 s. p. 113-114, n^{os} 303-304 p. 181-182 & n^{os} 309 s. p. 185 s. - Comp. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n^o 91 p. 59.

² M. Fromont, *Le principe de proportionnalité*, préc., p. 159-160.

³ En ce sens, cf. Conv. EDH, § 2 in art. 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion), 10 (liberté d'expression) & 11 (liberté de réunion et d'association) ; *adde* Prot. n^o 4, art. 2 § 3 (liberté de circulation). - Rappr. Charte dr. fondamentaux UE, art. 52 § 1.

⁴ *In Les étapes de la pensée sociologique - Montesquieu. Comte. Marx. Tocqueville. Durkheim. Pareto. Weber*, Paris, Gallimard, 1967, coll. tel n^o 8, p. 331, à propos d'Emile Durkheim, *Le Suicide* (1897), ajoutant que « si ces valeurs communes s'affaiblissent, si la sphère de ses croyances se réduit à l'excès, la société est menacée de désintégration ».

⁵ *In La division du travail social*, préc., p. 124 (sur l'existence d'un « rapport entre le volume de la conscience commune et celui de la conscience individuelle »), & p. 125 (« plus les croyances et les pratiques sont définies, moins elles laissent de place aux divergences individuelles. Ce sont des moules uniformes dans lesquels nous coulons tous uniformément nos idées et nos actions ; le consensus est donc aussi parfait que possible ; toutes les consciences vibrent à l'unisson »).

⁶ Comp. M. Maffesoli, *Le temps des tribus*, préc., chap. 6, p. 154 s.

⁷ Rappr. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 30 juill. 1986 n^o 91 p. 39.

précises, elle libère les comportements individuels dans la seule limite de l'ordre public, et devient ainsi un mécanisme de régulation plutôt curatif¹. Elle reflète donc le passage d'un impératif législatif catégorique prédéterminé à un contrôle judiciaire *a posteriori* (§ 1). Effectivement, l'imprécision des notions relatives n'ôte certainement rien à leur caractère obligatoire, mais elle contraint à adapter la conclusion du syllogisme judiciaire à l'aune du contexte d'application de la loi : elle engendre alors une espèce de tolérance répressive (§ 2), telle qu'exposée par le philosophe américain Herbert Marcuse².

§ 1 : Contrôle judiciaire *a posteriori*

253. - Les notions relatives opposeraient-elles un démenti à la sécurisation du droit que les plus hautes juridictions françaises affichent comme ambition³ ? De prime abord, malgré l'absence d'arbitraire et de subjectivité dans l'interprétation grâce aux garanties procédurales, déterminer une norme de référence *in casu* revient insensiblement à considérer que la loi ne s'adresserait guère qu'à une catégorie d'individus à la fois, chassant ainsi son caractère général et impersonnel⁴. Pourtant, cette personnalisation de la norme que favorise la coutume ne la laisse pas à l'entière disposition des parties concernées. En comparaison, même dans des matières traditionnellement imprégnées d'ordre public, la place toujours plus importante accordée à la volonté ne saurait heurter les principes fondamentaux : un changement de nom fantaisiste⁵ contreviendrait à l'indisponibilité de l'état⁶ ; une modification de régime matrimonial uniquement dictée par la spoliation de tiers

¹ Comp. S. Moscovici, *La machine à faire des dieux*, préc., in chap. III, *D'une société l'autre*, p. 121 s., spéc. p. 128-129.

² In *L'homme unidimensionnel - Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, Paris, éd. de Minuit, 1968, coll. Arguments, 283 p.

³ *Discours*, in *La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2005, p. 19 s. ; Conseil d'Etat, *Rapport Public 1991*, Paris, La documentation française, 1992, Etudes et documents n° 43, spéc. *De la sécurité juridique*, p. 15 s.

⁴ Comp. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, préc., chap. 7 : *L'inflation des lois*, p. 309. - Rapp. Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n°s 22 s. p. 16 s.

⁵ Comp. les motifs affectifs de modification, in F. Thibaut, *Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom*, préc., p. 39 s.

⁶ Contre une substitution à des prénoms de leurs diminutifs, cf. *Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996 (M^{elle} Balaguer c/ Proc. gén. CA Paris)* : Bull. civ. I, n° 98 p. 67-68 ; RTD civ. 1996, p. 356-357 n° 2, obs. dubitatives J. Hauser ; Defrénois 1996, art. 36381, p. 985-986 n° 86, obs. J. Massip ; *ibid.* 1997, art. 36667, p. 1198 s., note F. Ruel. - Plus généralement, sous l'empire de l'ancien article 57 alinéa 3 du Code civil, *Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1972 (Mansard c/ Proc. gén. CA Bordeaux)* : D. 1972, p. 317-318, note R. Lindon.

frauderait le principe d'immutabilité du statut patrimonial des époux¹ ; une convention tendant à l'exécution d'un tatouage en vue de son prélèvement ultérieur par exérèse violerait le principe d'indisponibilité du corps humain²... Concernant la relativité, au demeurant, l'ordre public notionnel joue seulement comme une limite, et non comme une règle impérative, impliquant donc une part de liberté. Autrement dit, si le Parlement répugne parfois à une réglementation mécanique, il conserve dans le même temps une maîtrise complète de la finalité institutionnelle des notions relatives ; il laisse ainsi aux citoyens quelque souveraineté dans les moyens de la respecter, ce qui n'est point sans évoquer le procédé des directives en droit communautaire³. En fait, quand bien même l'immixtion étatique (I) ne ressort plus directement du Code civil, elle persiste sous la forme d'une appréciation judiciaire quant au degré d'autonomie juridique (II) que la coutume insuffle dans la pratique de la loi.

I - Immixtion étatique

254. - A suivre Voltaire, le Code civil aurait tort d'utiliser la relativité car « les Français ne sont pas faits pour la liberté : ils en abuseraient »⁴ ! De fait, en raison du fondement coutumier des notions relatives, les acteurs du droit participent à sa formation⁵ ; de plus, le tribalisme juridique favorise une lutte permanente pour faire valoir un droit⁶. En conséquence, cette technique législative aboutit à une formation continue de la norme, écartant ainsi toute possibilité de formaliser leurs conditions d'application. Elle pousse inévitablement à s'interroger sur l'office du juge face à cette part d'indépendance ; cette

¹ Par exemple, *TGI Rodez, 21 (Serry-Pezet) et 24 nov. 1967 (Raynal-Mas), & TGI Troyes, 15 mai 1968 (Gain-Rémy)* : JCP 1968, éd. G, II, 15651, note J. Patarin. - Adde J.-Y. Camoz, *Le rôle du juge et la notion de fraude à l'occasion d'un changement de régime matrimonial* : JCP 1989, éd. N, I, p. 283-284 ; F. Vauvillé, *Protection des créanciers et changement de régime matrimonial* : *ibid.*, 1999, I, p. 715 ; quoiqu'une partie de la doctrine ait pu encourager une totale liberté de changement, in J.-P. Langlade-O'Sughrue, *Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial - A propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 1991* : *ibid.*, 1992, I, p. 251 s.

² *TGI Paris, 3 juin 1969 (D^{elle} P c/ Van Belle, Marjac et Sté Ulysse Productions)* : D. 1970, p. 136 s., note J. P. ; Gaz. Pal. 1969, 2, p. 57-58, note A. T.

³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 288 al. 3. - *Vocabulaire juridique*, préc., v° Directive, II ; *Dictionnaire de droit*, préc., v° Directive (Union européenne) ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° Directives (Dr. int. publ.).

⁴ *Le Sottisier*, Aix-en-Provence, éd. Alinéa, 1992, coll. L'intemporel, in *Faits singuliers De l'histoire de France*, p. 32.

⁵ A. Bernard, *La confusion des ordres*, préc., p. 276 (2^e col.), assez critique.

⁶ Comp. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 30 p. 86. - Rapp. J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, préc., I 2 B p. 330-331, dénonçant à cet effet « l'érosion de la légitimité de la puissance publique sur laquelle repose la délimitation (...) de l'intérêt général » (p. 330, 1^{re} col.).

intrusion n'est cependant pas une innovation, dans la mesure où le XX^e siècle s'est progressivement dégagé du volontarisme exacerbé des Lumières pour lui assigner une fonction sociale. Dès 1901, Saleilles écrivait ainsi que c'est « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué »¹. Pourtant, tout effort de pondération entre deux termes conduit inéluctablement à dénaturer l'un ou l'autre². Si la question trouve un terrain de prédilection en droit des obligations, elle se pose aussi avec acuité en droit des personnes et de la famille : les juridictions exercent ainsi leur tutelle sur l'« avantage excessif » procuré par une clause abusive à un professionnel, le professeur Denis Mazeaud soulignant « qu'en matière contractuelle la liberté est bien souvent unilatérale »³ ; en n'accueillant pas la théorie de l'imprévision, elles peuvent paraître refuser toute incursion dans une convention, mais elles interviennent indirectement par le biais de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui fonde l'exigence d'un juste prix⁴ ; de même, c'est en définitive le juge qui apprécie la validité d'un congédiement lorsque le preneur élève une contestation sur le « motif légitime et sérieux » allégué par le bailleur⁵ ; conformément à l'article 57 du Code civil, la cour d'appel de Besançon se range à la liberté d'inspiration des

¹ *In De la déclaration de volonté - Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, F. Pichon, 1901, Art. 133, n° 88 p. 229 (adde n° 86 p. 228). - Adde, plus globalement, L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n°s 291 s. p. 394 s. ; & *De l'abus des droits*, préc. ; A. Pirovano, *La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand (A propos d'un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation, du 12 oct. 1971)* : D. 1972, chron. p. 67 s.

² Comp. G. Cornu, *Le contrat entre époux - Recherche d'un critère général de validité*, déclarant « qu'en matière de contrat entre époux, il faut se résoudre soit à une dénaturation du mariage, soit à une dénaturation du contrat » : RTD civ. 1953, p. 491 n° 37.

³ Note sous Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998 (SA Saint-Louis Union Académie c/ Mme Bonjour) : D. 1998, p. 541 n° 10. - Adde *ibid.*, II A, n°s 11 s. p. 541-542 ; JCP 1998, éd. G, II, 10124 p. 1380-1381, n°s 10-11, note G. Paisant. - Arrêt confirmatif de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991 (Lorthioir, Minit I Foto c/ Baucheron) : Bull. civ. I, n° 153 p. 101 ; D. 1991, p. 449 s., note J. Ghestin ; & somm. p. 320-321, comm. J.-L. Aubert ; JCP 1991, éd. G, II, 21763 p. 416 s., note G. Paisant ; Contrats, conc., consom. 1991, comm. 160, note L. Leveneur ; RTD civ. 1991, p. 526-527 n° 2, obs. J. Mestre ; Defrénois 1991, art. 35142, p. 1268 n° 104, obs. J.-L. Aubert ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., T. 2, n° 158 p. 95 s. - Cf. C. consom., art. L. 132-1, al. 1^{er}.

⁴ Sur l'imprévision, cf. Cass. civ., 6 mars 1876 (Synd. des arrosants de Pélissanne c/ de Galliffet et a.) : *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., T. 2, n° 163 p. 123 s. ; DP 1876, I, 193 s., note A. Giboulot ; S. 1876, I, 161-162, et la note ; & Cass. com., 15 janv. 2002 (Sté France Motors c/ Nodée), sur l'abus d'un concédant imposant, dans une conjoncture difficile, des sacrifices au concessionnaire, tout en continuant à faire des profits : JCP 2002, éd. G, II, 10157 p. 1812 s., note Ch. Jamin ; Contrats, conc., consom. 2002, comm. 94, note M. Malaurie-Vignal ; Rev. contrats 2003, p. 154 s., obs. M. Behar-Touchais, in *Solidarisme contractuel et contrat de distribution* ; D. 2002, p. 1974 s., note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, somm. p. 2841-2842, obs. D. Mazeaud.

⁵ L. n° 89-462, 6 juill. 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 15, I, al. 1^{er} : JO 8 juill. 1989, p. 8543. - Cass. 3^e civ., 7 févr. 1996 (Epx Karatas c/ SCI Kretz et Boehm), préc.

parents, « sous réserve que le prénom choisi ne porte pas préjudice à l'enfant par son caractère ridicule ou extravagant »¹ ; plus encore, l'article 373-2-7 accentue le rôle second du juge aux affaires familiales dans l'exercice de l'autorité parentale, relégué à un pouvoir d'homologation dans un domaine « naguère encore bastion de l'ordre public » mais désormais axé sur les accords parentaux². Toutefois, l'abdication des conditions prophylactiques n'éluide en rien la nature légale des notions relatives ; la fixation d'une norme, aussi malléable soit-elle, oblige à un contrôle de conformité, tout simplement parce qu'elle recèle un enjeu politique³. Au passage, cette remarque vérifie que l'étendue des pouvoirs juridictionnels dépend exclusivement de la syntactique employée par le législateur : soit ils sont purement mécaniques lorsque le Code civil dicte des critères explicites, soit les magistrats accèdent à une compétence herméneutique quand celui-ci reste suggestif⁴. Dans ce dernier cas, toutefois, la décision est uniquement déclaratoire et non constitutive de la coutume qui la fonde, puisqu'elle lui préexiste nécessairement, et c'est pour ce motif que les particuliers ont pu s'estimer lésés⁵. Aussi, plutôt que de raisonner en termes de délégation de pouvoir du Parlement à l'autorité judiciaire, est-il préférable de comprendre que la relativité opère seulement le déplacement d'un pôle étatique vers un autre⁶, sans que puisse être dénoncée la disparition latente de l'ordre public⁷. Les notions relatives marquent « la

¹ CA Besançon, 18 nov. 1999 : D. 2001, p. 1133-1134, note C. Philippe et F. Pouëch.

² H. Fulchiron, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale*, préc., p. 120 (2^e col.) - Adde O. Laouenan, *Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002* : JCP 2003, éd. G, I, 149 p. 1297 s. ; M. Rebourg, *Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant* : Dr. fam. 2003/7, Etudes 17 ; & *La réforme de l'autorité parentale* : JCP 2002, éd. G., Act. 178, p. 701 s., spéc. 2 p. 702.

³ Rapp., pour la famille, Ph. Malaurie, note sous CE, 9 oct. 1996 (Dpt de Paris) & Cons. const., 30 déc. 1996, préc., II 2 p. 119 ; & concl. Ch. Maugué (1^{er} esp.) : JCP 1997, éd. G, II, 22766, p. 35 s., II. - Pour l'indisponibilité du corps humain, J.-M. Larralde, note sous CEDH, 19 févr. 1997, X c/ Royaume-Uni : D. 1998, p. 99 s., I B et II ; mais M. Fabre-Magnan, *Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1^{er} sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique)* : *ibid.* 2005, chron. p. 2973 s. ; & D. Roman, « Le corps humain a-t-il des droits que le droit ne connaît pas » ? *La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé* : *ibid.* p. 1508 s. - Plus critique, E. Dreyer, *La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique* : *ibid.* 2006, chron. p. 748 s.

⁴ Rappr. P. Amsselek, *Le doute sur le droit ou la teneur indélicate du droit*, préc., spéc. p. 67 s. - G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français*, préc., n° 22 p. 455 & n° 37 p. 467. - C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, préc., *passim*.

⁵ Sur le débat, cf. E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif ou le droit civil comparé*, préc., t. I, p. 142 s. ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., t. I^{er}, n°s 9 s., spéc. n° 11 et la note. - Adde J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 502 s. p. 467 s. & n° 562 p. 515-516 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 207 p. 228 & n° 231 p. 249 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 12 p. 27.

⁶ Michel Maffesoli préfère parler de rupture, in *La transfiguration du politique*, préc., chap. I, 4, p. 69, ce qui supposerait néanmoins que le phénomène soit récent.

⁷ En ce sens, E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 638.

fragilité de toute téléonomie », qui ne permet pas d'assujettir la société à un modèle préétabli ; pour reprendre une expression du sociologue Michel Maffesoli concernant les phalanstères de Fourier, la sanction devient « davantage le fait d'un ajustement "affectuel" *a posteriori* que d'une régulation rationnelle *a priori* »¹. Une telle formulation de la norme dénote le passage d'un droit hiérarchique à une maîtrise de la société fondée sur le « dialogue, et en quête de l'adhésion de ses destinataires »². C'est pourquoi doivent être nuancés les propos assénant que les pouvoirs publics n'ont plus aucune prise sur la réalité sociale et qu'ils subissent la conjoncture au lieu de prendre des initiatives³. En effet, l'Etat conserve un levier politique à travers le pouvoir judiciaire, quand bien même celui-ci figure plus un arbitre qu'un censeur. C'est ainsi que la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, imposée par une directive européenne de 1995⁴, revient certes sur la surveillance préventive de la Commission nationale de l'informatique et des libertés instaurée par la loi de 1978⁵ pour lui substituer un contrôle répressif, mais en l'assortissant de plus larges prérogatives. En droit civil, plus particulièrement, malgré la place faite aux accords parentaux, le juge aux affaires familiales continue de prendre soin des intérêts des enfants mineurs⁶. En quelque sorte,

¹ M. Maffesoli, *La transfiguration du politique*, préc., p. 69, in chap. I, 4 : *L'implosion de la société programmée ; Le temps des tribus*, préc., p. 175-176, expliquant aussi que la marginalité apparaît alors comme le « laboratoire des modes de vie à venir ».

² C. Thibierge, *Le droit souple*, préc., p. 600 (2^e col.) & p. 615 (2^e col.). - Adde J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, coll. Droit et Société - Recherche et Travaux n° 5, spéc. A p. 25 s. & II p. 30s. ; Ph. Delebecque, *Les standards dans les droits romano-germaniques*, préc., n° 4 p. 874, qui parle de « mesures douces qui ne veulent pas contraindre, mais convaincre », & n°s 5-6 p. 876-877, la distinction des standards dogmatiques et descriptifs.

³ J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, préc., p. 330 (2^e col.). - Dans le même sens, J.-J. Lemouland, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?*, préc., IA in fine p. 134-135 ; G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, préc., spéc. n° 5 p. 350 ; *Les forces créatrices du droit*, préc., n° 30 p. 86. - Rappr. J. Chevallier, *Bonnes mœurs et morale républicaine - Présentation*, in *Les bonnes mœurs*, préc., p. 189.

⁴ L. n° 2004-801, 6 août 2004, relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 4 s. : JO 7 août 2004, p. 14067 s. - Dir. 95/46/CE, 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données : JOCE n° L 281, 23 nov. 1995, p. 31 s.

⁵ L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 14 s. : JO 7 janv. 1978, p. 228-229.

⁶ C. civ., art. 372 s., spéc. art. 373-2-6. - Rappr. M.-F. Nicolas-Maguin, *Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987* : D. 1988, chron. p. 308, n° 4. - Adde Cl. Lienhard, *Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale* : AJ fam. 4/2002, p. 128 s. ; P. Salvage-Gerest, *Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale)* : Dr. fam. 2003/4, chron. 12.

chaque notion relative correspond à la préférence du Parlement d'agir sur les effets d'une institution plutôt que de dominer la source d'un droit subjectif¹. Finalement, tout en confortant l'emprise de l'Etat sur l'ordre public, cette ingérence prétorienne *a posteriori* semble avoir pour but d'attribuer une plus large autonomie *a priori* au justiciable ; sécurité juridique et liberté individuelle se complètent plus qu'elles ne s'opposent².

II - Autonomie juridique

255. - En dépit de précautions procédurales, les notions relatives confèrent au juge une incontestable marge d'appréciation. Par effet de miroir, elles offrent donc aux justiciables la possibilité d'exercer leurs droits en fonction de normes qu'ils contribuent eux-mêmes à élaborer. Est-ce à dire pour autant que la relativité tend à l'autonomie, au sens étymologique³ ? De prime abord, effectivement, l'absence de conditions légales explicites autorise quelque indépendance vis-à-vis du Code civil, dans le droit fil de la pensée kelsénienne⁴. Toutefois, d'un point de vue de philosophie politique, l'apanage d'un Etat de droit est la responsabilité, chacun devant répondre de ses actes lorsqu'ils sont contraires à la législation. Un tel régime répressif - beaucoup plus libéral qu'un système d'autorisation préalable⁵ - réclame cependant que soient clairement déterminées les modalités de toute infraction à la loi. Cette spécificité résiste néanmoins à la vacuité technique des notions relatives. Ainsi posé, le problème semble insoluble⁶, sauf à souligner que chacune d'elles s'inscrit dans une institution juridique particulière. Aussi la relativité doit-elle être plus

¹ Sur la controverse, cf. C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, préc., *passim*, spéc. p. 17-18 ; Cl. Haroche et A. Montoia, *Former et réformer les mœurs : une question morale et politique*, préc. ; J. Chevallier, *Bonnes mœurs et morale républicaine*, préc., p. 189.

² Rappr. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 91 p. 58 & n° 29 p. 13, à propos du principe d'opportunité des poursuites.

³ V° Autonome, in *Petit Robert & Dictionnaire de la langue philosophique*, préc. : de *auto* et *nomos*, qui se régit par ses propres lois.

⁴ Sur quoi, P. Amselik, *A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit* : Arch. philo. dr. 1988, t. 33, p. 283 s. - Comp. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° *Autonomie*, B. - Adde A. Renaut, v° *Liberté*, in *Dictionnaire de philosophie politique*, préc., p. 345 (1^{re} col.), l'assimilation de la liberté et de l'autonomie dans la Grèce antique.

⁵ Sur quoi, J. Morange, v° *Liberté*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 947 (2^e col.). - Adde C. Larrère, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, préc., *passim*.

⁶ Rappr. J. Vincent, *La procédure et l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, n° 8 p. 306.

largement liée au phénomène de « conventionnalisation » du droit civil¹, entraînant un recul non négligeable de l'indisponibilité du droit objectif dans des matières classiquement soumises à des règles impératives². Plutôt qu'à accorder une absolue liberté, le législateur s'attache ainsi à favoriser l'adaptation de la loi à son contexte d'application³. Dès lors, l'autonomie juridique ne saurait être envisagée comme une aptitude à forger sa propre réglementation, mais doit être considérée comme le moyen d'accommoder un objectif législatif aux facultés personnelles⁴ ; la liberté devient en quelque sorte le principe, au profit d'une privatisation du droit⁵. En définitive, si l'ordre public paraît toujours plus se dérober, c'est uniquement dans sa vocation à promouvoir un idéal social⁶, car la volonté reste tout de même corrélée à une finalité politique, ce qu'avaient d'ailleurs accepté Domat et Pothier en

¹ Cf. la dévolution du nom de famille (C. civ., art. 311-21 al. 1^{er} et 4 & 311-23 al. 2 et 4 ; 57 al. 2 pour le prénom) et sa modification (art. 61 ; pour le prénom, art. 60) ; l'exercice de l'autorité parentale (art. 372 al. 3 ; art. 373-2-7, -9 al. 1^{er} & -10, en cas de séparation des parents), voire sa délégation entre concubins homosexuels (*TGI Paris*, 2 juill. 2004 : *AJ fam.* 10/2004, p. 361, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2005/1, comm. 4, note P. Murat ; *RTD civ.* 2005, p. 116 s. n° 23, obs. J. Hauser. - Mais *TGI Paris*, 2 avr. 2004 : *AJ fam.* 12/2004, p. 453-454, obs. F. Chénéde, 4^e esp. ; *JCP* 2005, éd. G, I, 116, n° 5 p. 381-382, obs. critiques J. Rubellin-Devichi) ; le divorce (spéc. art. 230 pour le divorce par consentement mutuel ; art. 247 s. pour le systèmes des « passerelles », et plus encore dans la procédure - notamment art. 252 al. 2, 252-3 & 254 - et les conséquences du divorce - notamment art. 265-2 & 268).

² Spéc. *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001, coll. Etudes Juridiques n° 14, dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, spéc. *Partie II : Famille, contrat et droit familial interne*, p. 55 s. ; X. Lagarde, *Transaction et ordre public* : *D.* 2000, chron. p. 217 s. ; pour la préférence d'un critère tenant à la libre disponibilité des droits à celui de matières d'ordre public, cf. Ch. Boillot, *La transaction et le juge*, Clermont-Ferrand, PU Clermont-Ferrand-Fondation Varenne-LGDJ, 2003, coll. des Thèses de l'Ecole Doctorale, préface P. Le Cannu, n°s 395 s. p. 218 s.

³ Comp. les dérogations in melius à l'ordre public social, in Th. Revet, *L'ordre public dans les relations de travail*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., n°s 4 s. p. 46-47. - Adde L. Rozès, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail*, préc., *passim*, spéc. n°s 13 s. p. 316 s. ; G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, préc., n° 20 p. 114-115.

⁴ Sur le passage d'une justice normative à une justice individuelle, N. Dion, *Le juge et le désir du juste*, préc., p. 195-196. - Adde la pensée d'Al Sanhoury rapportée in A. Tunc, *Standards juridiques et unification du droit*, préc., p. 249 ; A. Yokaris, *L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues*, préc., p. 930. - Rapp. J. Ghestin, *L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français*, préc., p. 82 ; A. Bénabent, *L'ordre public en droit de la famille*, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, préc., p. 27 *in fine*.

⁵ Cf. les propos critiques in C. Labrusse-Riou, *Sciences de la vie et légitimité*, préc., p. 301 s. - Adde, dans le même sens, P. Amselek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales* : *RD publ.* 1982, p. 275 s. ; B. Beignier, *L'ordre public et les personnes*, préc., p. 23, pour des remarques sur la vie privée en droits français et anglais, spéc. : « L'ordre public ce n'est plus que la vie privée soit conforme aux "bonnes mœurs" de la société. C'est désormais le droit de revendiquer les "mœurs" que l'on veut. Et d'interdire à quiconque de les juger bonnes ou mauvaises ». - Plus positif, Th. Revet, *L'ordre public dans les relations de travail*, préc., *passim*.

⁶ Sur la distinction entre l'ordre public de direction et de protection : G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, préc. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n°s 984 s. p. 2037 s. - Mais cf. les théories « instrumentaliste » et « substantialiste » de l'Etat, celui-ci ayant tendance à se considérer comme une fin et non plus comme un moyen en l'absence de liberté accordée au corps politique, in J. Maritain, *L'homme et l'Etat*, préc., chap. 1^{er}, V, p. 11 s., spéc. p. 13 & 17.

voulant réfréner, par l'interposition des bonnes mœurs, la force de la liberté contractuelle dont ils étaient pourtant les chantres autour du XVIII^e siècle¹. La Loi fondamentale allemande l'exprime aussi nettement lorsqu'elle proclame que l'usage d'une liberté doit contribuer au bien collectif². Rousseau lui-même convenait qu'« il faut bien distinguer la liberté naturelle qui n'a pour bornes que les forces de l'individu, de la liberté civile qui est limitée par la volonté générale », c'est-à-dire la loi³ ; pour la philosophie kantienne, cette « autonomie de la volonté » aurait exigé que l'ordre public notionnel s'ordonnât obligatoirement à l'action morale⁴. Le recours à la coutume signifie donc moins une occasion pour l'individu de s'affranchir de toute entrave, comme l'espérait Benjamin Constant⁵, qu'une propension à diversifier la norme de référence. S'estompe, sans aucun doute, un ordre public de direction ; mais l'interprétation jurisprudentielle ne saurait se départir de l'environnement législatif de chaque notion relative, si bien que cette prétendue souveraineté devient à elle seule impuissante : elle doit être contrôlée afin de garantir la pérennité et la cohérence de différentes institutions⁶. Dans cette perspective, l'intérêt légitime requis par les articles 60 et

¹ E. Géraud-Llorca, *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, préc., p. 63-64. - Adde A. Renaut, v^o Liberté, in *Dictionnaire de philosophie politique*, préc., p. 348. - Rapp. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, préc., n^{os} 19-20 p. 30-31.

² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23. Mai 1949, art. 14 al. 2, à propos de la propriété : « Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen ». - Rapp., en Italie, Const. 27 déc. 1947, art. 41 al. 1^{er} & 2 : « L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale ». - Adde J. Morange, v^o Liberté, in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 951 (1^{re} col. in fine).

³ *Du contrat social*, préc., Livre I chap. VIII, p. 55-56. - Cf., toutefois, la difficulté conceptuelle de coordonner alors la coutume avec la loi, résultat d'une délégation de pouvoir du peuple au législateur, in Ph. Jestaz, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu* : D. 1987, chron. p. 13 note 8.

⁴ *Critique de la raison pratique*, Paris, PUF, 5^e éd. 1966, 1^{re} Partie, Livre 1^{er}, chap. 1^{er}, § 1 p. 17 s. & § 8 p. 33 s. ; *Principes métaphysiques de la morale*, d'Emm. Kant, Paris, Levrant, 1830, traduits de l'allemand par Cl. Jos Tissot, p. 28 s.

⁵ Pour qui la liberté devient une finalité en soi, l'Etat ne pouvant s'immiscer dans l'usage qui en est fait sans perdre sa légitimité, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Paris, Hachette Littératures, 1997, coll. Pluriel n^o 861, Livre II, chap. I, p. 51-52. - Rapp. M. Heidegger, *Nietzsche*, Frankfurt-am-Main, Vittorio Klostermann, 1997, t. II, VIII : *Die Metaphysik als Geschichte des Seins*, p. 343 s. - Adde A. Renaut, v^o Liberté, in *Dictionnaire de philosophie politique*, préc., la dérive individualiste de la liberté, p. 346-347.

⁶ Spéc. X. Lagarde, *Office du juge et ordre public de protection* : JCP 2001, éd. G, I, 312 p. 745 s. ; J. Hauser, *Le juge homologateur en droit de la famille*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Paris, Economica, 2001, coll. Etudes Juridiques n^o 10, p. 114 s. - Adde Ph. Malaurie, *Rapport de synthèse*, préc., p. 106-107, II ; R. Savatier, *L'ordre public économique*, préc., IA p. 37 & C p. 38, ainsi que la critique, in III p. 43 ; H. Fulchiron, Rép. civ., v^o Autorité parentale, préc., n^o 150 p. 21 et les réf., & n^o 170 p. 23.

61 du Code civil n'implique pas la preuve d'un enjeu majeur¹, mais la reconnaissance de la légitimité d'une mutation suppose attestés la véracité et le sérieux des considérations qui la fondent². Elle nécessite donc le respect de la finalité de l'état civil : le but doit rester d'identifier la personne au sein de la société. L'appréciation judiciaire omettrait cette condition voulue par le Code civil si elle la résumait à l'envie du requérant³, mais rendrait toute modification impossible en entendant l'adjectif de façon restrictive, au risque d'empêcher alors la correspondance entre le contenu des actes d'état civil et une situation pourtant réelle, et le plus souvent subie (transsexualisme, établissement d'un lien de filiation...). Cet exemple rejoint les propos du doyen Ripert d'après lequel la science juridique a besoin d'« un esprit d'ordre et de modération » : l'élasticité des notions relatives assure l'évolution concrète du droit tout en permettant la conservation du droit en vigueur. Au demeurant, celles-ci accréditent l'idée d'un scepticisme sur l'ordre établi, prompt à consentir des insoumissions mineures à la référence normative⁴. Une trop grande autonomie individuelle, même si l'ordre juridique lui octroie une place toujours croissante, nuirait à l'ordre public. Aussi la sanction juridictionnelle naît-elle lorsque les seuils de l'indulgence sociale sont dépassés.

§ 2 : Tolérance répressive

256. - « Le droit n'est pas seulement un corps de règles, c'est-à-dire de dispositions abstraites, générales et impersonnelles qui se suffirait à lui-même, auquel cas il n'aurait un intérêt que purement scientifique ; c'est avant tout un ensemble de règles destiné à organiser les rapports sociaux des hommes. A ce titre, le droit ne vaut que par les faits auxquels il est destiné à s'appliquer ». C'est bien ce rapprochement, effectué par Alain

¹ En ce sens, *CA Paris, 12 oct. 1957 (Prud'homme)* : D. 1957, p. 720-721, et la note. - *TGI Montbéliard, 9 juill. 1965 (Dame H)* : *ibid.* 1965, p. 675-676, concl. M. Petit. - *TGI Nevers, 4 déc. 1974 (B)* : *ibid.* 1975, p. 567-568, note Ph. Malaurie ; *JCP 1975*, éd. G, II, 17995, obs. G. A. ; *RTD civ.* 1975, p. 696 s. n° 4, spéc. p. 698-699, obs. R. Nerson.

² Les juges doivent « examiner tous les éléments du changement sollicité en vue en d'apprécier la légitimité », selon *Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996*, préc.

³ En ce sens, insistant sur le fait que le changement doit rester une « mesure exceptionnelle » à laquelle une conjecture de confusion professionnelle ne correspond guère, *in CA Riom, 4 oct. 1982 (Dewas)* : D. 1982, p. 616 s., note G. A.

⁴ *In Les forces créatrices du droit*, préc., chap. 1^{er}, n° 3 p. 9-10. - *Adde ibid.*, n° 16 p. 47 (sur la direction de la société par le droit) & n°s 11-12 p. 31 s. (sur l'adaptation du droit) ; et la distinction du statisme et de l'immobilisme en droit, n°s 9-10 p. 27 s.

Hervieu¹, qui pose difficulté : mettre en œuvre une notion relative, d'origine légale, par une perception subjective des faits. C'est admettre par là que la loi puisse donner lieu à des appréciations discordantes, à tout le moins à une sanction contextuelle (I). Les juridictions feraient-elles preuve, toutefois, de laxisme parce que le Code civil est insuffisamment intelligible, ou celui-ci se permet-il au contraire de rester évasif parce que le Parlement consent à une certaine déviance ? La relativité invite ici à s'interroger, dans le sillage du doyen Carbonnier, sur l'efficacité de la loi. Cette dernière option du pouvoir législatif semble effectivement quelque peu s'inspirer « du sentiment que l'ineffectivité de la règle de sanction ne met pas en péril l'ordre social »², si bien que l'exigence de conformité ne se confond plus véritablement avec l'interdiction faite à chaque individu de se singulariser. En définitive, la poursuite d'un ordre public notionnel et l'adaptation de la loi à son milieu d'application ne sont pas irréductibles l'une à l'autre ; d'un point de vue sociologique, la relativité constitue moins un mécanisme répressif qu'un moyen inhibitif, appauvrissant le champ des facultés comportementales sans pour autant les interdire nettement³. Force est de constater que l'équilibre qui doit donc être recherché n'est plus directement assumé par le Code civil, le pouvoir modérateur se retrouvant exclusivement entre les mains de l'autorité judiciaire⁴. En raisonnant par induction, l'analyse des données jurisprudentielles tend d'ailleurs à vérifier que cette approche circonstancielle repose essentiellement sur un processus d'opportunité de la sanction (II).

I - Sanction contextuelle

257. - « Concevrait-on (...) un contrat à moitié contraire à l'ordre public ? », s'interroge malicieusement le doyen Carbonnier⁵. Quoique la réponse puisse sembler abstraitement flagrante, les notions relatives révèlent des nuances dans l'accomplissement individuel de la norme sous-jacente. Mais cette sorte d'impuissance de la loi à contraindre le

¹ In *Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle*, préc., n° 2 p. 259 s.

² *Flexible droit*, préc., in chap. III : *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, p. 144.

³ Comp. R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 325 p. 389, relativement à la mise en œuvre des principes d'opportunité ou de légalité dans la procédure pénale. - Adde *Dictionnaire critique de la sociologie*, préc., v° Conformité et déviance.

⁴ Rappr. Ch. Mathieu, note sous *Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004* : D. 2005, p. 1986 (introduction *in limine*) & concl. p. 1990, sur la possibilité de transiger sur la prestation compensatoire.

⁵ In *Flexible droit*, préc., chap. III p. 145.

justiciable ne doit pas être fatalement regardée comme un phénomène pathologique ; elle signifie seulement que l'événement litigieux sauvegarde tout de même l'ordre public. En ce sens, elle apparaît consubstantielle à la relativité¹. Si, donc, les prémisses du raisonnement judiciaire sont ainsi susceptibles d'inflexion, cette adaptation doit se retrouver logiquement au niveau de la sanction ; elle est alors de nature à protéger certaines personnes, au prix d'un outrage à d'autres intérêts qu'une législation plus dogmatique aurait garantis par des conditions plus strictes². D'aucuns pourraient alors récriminer contre une rupture de l'égalité devant la loi. Mais une application uniforme de la règle de droit ne l'engendre pas nécessairement, au regard des capacités de chacun ; pire, elle exclurait parfois de pouvoir atteindre la finalité recherchée par la loi et occulterait par ricochet l'exigence de liberté prônée par ailleurs dans la devise républicaine³. C'est pourquoi la censure prétorienne est forcément suspendue à la condition de prouver que la situation litigieuse correspond assez fidèlement à la norme référentielle, soit que le plaideur entende profiter de la loi, soit qu'il risque au contraire d'en perdre le bénéfice : à l'incontestable qualité pour acquérir tel droit (1) répond symétriquement une perfection suffisante pour conserver tel autre (2).

I. Une incontestable qualité pour acquérir un droit

258. - Bien évidemment, l'« intérêt légitime » contenu dans les articles 60 et 61 du Code civil représente l'archétype d'un seuil légalement exigé pour bénéficier d'un droit : si les juges du fond apprécient souverainement qu'un nom présente un caractère ridicule⁴, de simples fantaisies égocentriques ne peuvent être comparées au souci d'intégration du requérant, ni même au relèvement d'un nom illustre⁵, ce qui suppose alors

¹ Comp. *ibid.* p. 146.

² En ce sens, Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95, § 2 p. 32 s., spéc. B p. 34 s., sur le passage d'une conciliation à une modulation des intérêts en présence. - Rappr., concernant l'apparence, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 401 p. 413 s.

³ Comp. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n°s 299-300 p. 222-223, sur la signification du principe d'opportunité des poursuites. - Const. 4 oct. 1958, art. 2 al. 4 ; rappr. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 146 p. 159-160, et les réf.

⁴ CE, 14 juin 2002 (*Cts Studer*) : Gaz. Pal. 2003, I, somm. p. 1250 ; CE, 29 sept. 2003 (*Raffoux*) : *ibid.* 2004, I, somm. p. 1360, note P. Graveleau.

⁵ Sur les motifs de changement, cf. F. Thibaut, *Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom*, préc., p. 29 s.

un minimum de notoriété¹ ; la haute juridiction administrative estime, de plus, qu'un relèvement partiel est concevable seulement si le demandeur justifie « d'un intérêt légitime suffisamment caractérisé », cette aggravation de la condition manifestant clairement que le changement n'est pas à la discrétion des parties². Ces exemples montrent surtout le souci de préserver les principes essentiels attachés à une institution - comme ici l'indisponibilité et l'immutabilité de l'état des personnes -, quitte à contrarier parfois la sollicitude de la loi pour les personnes intéressées. Ainsi, la tendance étant d'encourager les accords sur l'autorité parentale, l'article 376-I précise-t-il que la révocation du consentement nécessite des « motifs graves », sous-entendant que la preuve doit notamment excéder celle d'un vice de droit commun ; pareillement, toute délégation requiert un « désintérêt manifeste » (art. 377 al. 2³), la Cour de cassation signalant que l'intérêt de l'enfant, pourtant mis en exergue de l'article 371-I, n'est pas une condition suffisante pour déclarer un abandon, l'indifférence des parents devant être véritablement établie⁴. Une considération analogue semble à la base de l'article 391 alinéa 2, disposant que seule une « cause grave » permet de déroger à l'administration légale pure et simple pour ouvrir une tutelle, l'enfant continuant donc de subir une éducation par hypothèse défectueuse⁵ ; la doctrine s'interroge donc sur l'opportunité d'une possible modulation de cette protection⁶. Au demeurant, cette gravité est commune à de nombreuses dispositions du Code civil, signifiant ainsi le caractère exceptionnel et circonstancié de toute éventuelle infraction à un principe. C'est ainsi qu'aucun justiciable ne peut renâcler à concourir à la justice « sans motif légitime » (art. 10

¹ Sur le refus de substituer des diminutifs aux prénoms d'origine, cf. *Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996*, préc. - Pour une meilleure intégration civique, cf. *CA Paris, 20 déc. 1988 (Gritli c/ Proc. gén. Paris)* (D. 1989, inf. rap. p. 37-38) & *CE, 21 avr. 1997 (Abbé Laurentin et Mme Grégoire c/ Amara)* (Rec. CE, p. 142 ; JCP 1997, éd. G, I, 4052 p. 411 n° 4, obs. B. Teyssié) ; ou religieuse, cf. *CA Paris, 26 sept 1996 (Bellec c/ JAF Paris)* (Petites affiches 2 juin 1997 n° 66, p. 17-18, note G. Yamba ; *Defrénois 1997*, art. 36634, p. 984-985 n° 95, obs. J. Massip). - Pour les noms de famille menacés d'extinction, cf. *CE, 28 juill. 2000 (De Montault)* : Rec. CE, p. 337-338 ; F. Thibaut, *Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom*, préc., p. 37 s.

² In *CE, 19 mai 2004 (Cts Bourbon)* : D. 2004, inf. rap. p. 1644, et la note ; RTD civ. 2004, p. 481-482 n° 1, obs. J. Hauser ; AJDA 2004, p. 1351 s., chron. Cl. Landais et F. Lenica. - Adde F. Thibaut, *Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom*, préc., p. 46-47, les cas de non-admission.

³ Rappr. art. 350 & 361, pour l'adoption.

⁴ *Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992 (Dir. des interventions sanit. soc. de l'Oise c/ Mme Y)* : Bull. civ. I, n° 230 p. 152-153 ; *Defrénois 1993*, art. 35484, p. 297-298 n° 5, obs. J. Massip.

⁵ Rappr. *Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1994 (R c/ M^{elle} C)* : RTD civ. 1995, p. 599-600 n° 6, obs. J. Hauser ; *Defrénois 1995*, art. 36024, p. 325-326 n° 10, obs. J. Massip.

⁶ P. Salvage-Gerest, *Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000)* : Dr. fam. 2001/9, chron. 19.

al. 2), excuse concordant essentiellement à l'atteinte à d'autres droits fondamentaux¹ ; ceci explique d'ailleurs un mouvement inverse dans un arrêt du 28 mars 2000 d'après lequel l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, à cause de l'intérêt (supérieur ?) de l'enfant à connaître ses origines². Quant au mariage, les dispenses reposent sur l'existence de causes ou de motifs graves³. D'ailleurs, l'article 171 aggrave le critère du décès par l'exigence d'une « réunion suffisante de faits », établissant sans équivoque le consentement des époux⁴ ; l'article 75 alinéa 2 multiplie pareillement les notions relatives pour éviter que la célébration ne tombe dans la clandestinité, le procureur de la République devant constater un « empêchement grave » pour un transport hors de la mairie, l'officier d'état civil ne pouvant passer outre à cette autorisation obligatoire qu'« en cas de péril imminent de mort », sous réserve de l'en informer « dans le plus bref délai ». Autrement dit, l'autorité compétente est invitée à apprécier *in concreto* la pertinence de la situation. Ces « justes motifs » se retrouvent au premier alinéa de l'article 1869 pour autoriser judiciairement un associé à se retirer d'une société, quand cette faculté n'a pu être conventionnellement obtenue⁵. Ce même esprit semble présider à la décision de la cour d'appel de Paris du 5 mai 1999 suggérant que seule une disgrâce caractérisée auprès du public serait susceptible d'habiliter un éditeur à mettre fin à son obligation d'exploiter une œuvre de manière suivie, quand bien

¹ Respect de l'inviolabilité du corps humain, *in CA Paris, 24 nov. 1981 (Brehant c/ Moleton)* : D. 1982, p. 355-356, note J. Massip ; RTD civ. 1982, p. 203 s. n° 1, obs. R. Perrot. - Considération du secret professionnel ou de la vie privée, *in Cass. 1^{re} civ., 21 juill. 1987 (Min. Pet T c/ Mme Bordes)* (Bull. civ. I, n° 248 p. 181-182 ; Defrénois 1987, art. 34076, p. 1253 s., rapp. M. Sargos ; Gaz. Pal. 1988, I, p. 322-323, note M. Renard ; RTD civ. 1988, p. 393 s. n° 3, obs. R. Perrot) ; *CA Orléans, 4 mars 1992 (SCP X c/ SA La Sté Agence N)*, pour le secret notarial (JCP 1992, éd. N, II, p. 341-342, note Th. Sanséau) & *Cass. 1^{re} civ., 7 déc. 2004 (Assistance publ.-Hôpitaux de Paris c/ C^{ie} La Mondiale et a.)*, pour le secret médical, encore que la haute juridiction conseille aux juges du fond de veiller à ce que l'opposition de l'intéressé pour le lever respecte un « intérêt légitime » (Bull. civ. I, n° 306 p. 256-257 ; D. 2005, inf. rap. p. 244-245, et la note ; *ibid.*, pan. p. 336 n°, obs. P. Julien et N. Fricero ; *ibid.*, p. 403-404, obs. J. Penneau ; RGDA 2005, p. 105 s., note J. Kullmann).

² *Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2000*, préc. - Conv. ONU, 20 nov. 1989, relative aux droits de l'enfant, art. 7 § 1.

³ Art. 145 (âge) & 171 (décès) ; art. 164 et 366 al. 3 (inceste), & 169 al. 1^{er} (publication des bans). - Cf. art. 169 al. 2 ancien, marquant bien le caractère extraordinaire (production du certificat médical). - Sur l'importance du contexte, cf. *CA Paris, 20 juin 1995 (Epx K c/ G. T.)*, concernant des certificats pré-nuptiaux délivrés par le même médecin pour un mariage posthume (RTD civ. 1995, p. 865-866 n° 7, obs. J. Hauser ; Gaz. Pal. 1995, 2, p. 669-670, note J.-G. M.) & *CA Rouen, 23 févr. 1982 (M c/ B)*, relatif au mariage d'un homme avec la fille de sa sœur consanguine (D. 1982, inf. rap. p. 211, et la note).

⁴ Cette condition pourrait cependant se révéler moins restrictive que l'« accomplissement de formalités officielles » exigé par la version du texte antérieure à la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit.

⁵ Pour « des éléments touchant à la situation personnelle » de l'associé, *Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1985 (Cts Pélissier c/ D^{elle} Pélissier)* : JCP 1986, éd. G, II, 20638, obs. H. T. ; D. 1987, somm. p. 31, comm. J.-Cl. Bousquet ; Rev. sociétés 1985, p. 620 s., note M. Jeantin.

même l'espèce concernerait un genre littéraire habituellement peu porteur¹. Un dessein comparable transparaît de l'article 373-2-1 du Code civil : la direction unilatérale de l'autorité parentale étant déjà une exception au principe de son exercice commun², le droit de visite et d'hébergement accordé de manière résiduelle à l'autre parent ne peut être refusé « que pour des motifs graves » (al. 2) ; est donc inopérant le fait que les enfants ne souhaitent pas revoir leur père³, mais un véritable harcèlement religieux cadre avec ce texte⁴ ; c'est pourquoi aussi « le parent le plus diligent » doit saisir le juge aux affaires familiales en cas de différend sur une modification de la résidence des enfants (art. 373-2 al. 3) (ce qui paraît d'ailleurs exiger plus de célérité qu'une action dans un bref délai⁵). Entretenir des relations personnelles avec ses ascendants étant aussi la règle⁶, « seul l'intérêt de l'enfant » peut y faire obstacle (art. 371-4 al. 1^{er})⁷, notamment en cas de conflit familial avéré⁸ ; la condition de « motifs graves » que requéraient la rédaction de ce même texte avant la loi du 5 mars 2007⁹ était cependant de nature à davantage préserver les liens

¹ (*Bibliothèque des arts et a. c/ Cts de Jouvenel des Ursins*) : D. 1999, inf. rap. p. 165, concernant *Pour un herbier de Colette*, l'arrêt remarquant que l'auteur y relate de nombreux souvenirs personnels.

² Cf. aussi art. 373-2 al. 2 : « Chacun des pères et mères doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent ».

³ Cass. 2^e civ., 29 avr. 1998 (*Mme E*) : Bull. civ. II, n° 133 p. 78-79 ; RTD civ. 1998, p. 896-897 n° 18, obs. J. Hauser ; Petites affiches 1^{er} juill. 1999 n° 130, p. 26 s., note I. Meyrat, *Le renforcement du contrôle judiciaire des justifications du refus du droit de visite*.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000 (*Abdellatif El Morsli c/ Mme Golutchmy Gooniah*), pour des pressions morales et psychologiques liées au port du voile islamique : Bull. civ. I, n° 262 p. 170-171 ; RTD civ. 2001, p. 126 n° 23, obs. J. Hauser ; RD sanit. soc. 2001, n° 10 p. 151, obs. F. Monéger. - & 26 janv. 1994, pour une circoncision imposée dans des circonstances menaçant l'équilibre des enfants : D. 1995, p. 226 s., note Ch. Choain.

⁵ Le risque est évidemment plus prégnant que dans l'ancien article 1648 (« L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite »), l'ordonnance du 17 février 2005 fixant effectivement, désormais, le délai à deux années en la matière (Ord. n° 2005-136, 17 févr. 2005, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, art. 3 : JO 18 févr. 2005, p. 2780). - Comp. art. 75 al. 2.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1982 (*Decharran c/ Epx Michel et a.*) : Bull. civ. I, n° 346 p. 297-298 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., T. I, n°s 55-56 p. 291 s., II. - Cass. 2^e civ., 20 juill. 1983 (*Mme Cloetta c/ Guy*) : Bull. civ. II, n° 154 p. 106-107. - *Adde* Conv. relative aux droits de l'enfant, 20 nov. 1989, art. 9.

⁷ Pour la détention du père des enfants mineurs, cf. Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2006, préc.

⁸ CA Lyon, 14 mars 2000 : Dr. fam. 2000/11, comm. 126, note P. Berthet. - CA Rennes, 5 juin 2003 : Bull. inf. C. cass. 15 oct. 2003, n° 1264 p. 23.

⁹ N° 2007-293 réformant la protection de l'enfance, préc., art. 8.

familiaux¹. D'autres dispositions enjoignent encore de porter exception à certains mécanismes fondamentaux d'une institution juridique, à la condition limitative que les faits allégués révèlent une situation insupportable, voire impossible : une donation ne peut être révoquée qu'en cas d'ingratitude du donataire, notamment « s'il s'est rendu coupable (...) de sévices, délits ou injures graves » (art. 955, 2^o)², ce qui justifie aussi un délai d'action assez étroit pour démettre un légataire (art. 1047). De même, dans le régime de participation aux acquêts, tout délai de paiement ou tout versement en nature est suspendu à la preuve de « difficultés graves » rencontrées par le débiteur (art. 1576, al. 1^{er} et 2)³, le principe étant normalement que l'époux s'acquitte entièrement de sa créance matrimoniale en argent. Au contraire, c'est une certaine bienveillance pour quelques gestionnaires fortuits qui motive l'exigence de « fautes graves » commises par l'héritier (art. 800 al. 2), ce qui suppose préalablement, néanmoins, « une estimation, article par article, des éléments » de la succession (art. 789 al. 2), quoiqu'un délai supplémentaire puisse être accordé en considération « de motifs sérieux et légitimes qui retardent le dépôt de l'inventaire » (art. 790 al. 2⁴) ; cette même sollicitude justifie aussi que l'obligation de veiller à la conservation de la chose en « bon père de famille » soit plus ou moins étendue selon l'engagement de base (art. 1137)⁵. La spécificité d'une espèce est aussi flagrante en matière d'assurance : en promettant une garantie « en cas de maladie grave ou d'accident grave » durant un voyage, l'assureur offre son assistance sous réserve d'une utilité médicalement constatée⁶. Plus encore, la séparation judiciaire des époux est le lieu d'appréciations totalement

¹ Retenir dans la loi nouvelle l'expression d'« intérêt supérieur de l'enfant », issue de la Convention internationale des droits de l'enfant, aurait sans doute permis d'atteindre cet objectif, en n'empêchant pas les relations dans des situations peu conflictuelles.

² Par exemple, *CA Limoges*, 13 déc. 1853 (*Petit et Desbordes c/ B*) & *CA Bordeaux*, 6 mars 1854 (*Veau c/ Bahuet*) : S. 1855, 2, p. 427-428 ; *Cass. 1^{re} civ.*, 31 janv. 1966 (*Alfred Berna c/ Cts Berna*) : Bull. civ. I, n° 69 p. 51-52, spéc. 2^e moyen p. 52. - Pour des cas de gravité insuffisante, cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 16 juin 1998 (*Jean-Louis X c/ Bernard X*) : Bull. civ. I, n° 209 p. 143-144 ; *Dr. fam.* 1999/2, comm. 19, note B. Beignier ; *RTD civ.* 1998, p. 965-966 n° 4, obs. J. Patarin ; *JCP* 1999, éd. G, I, 132 p. 799, n° 6, obs. R. Le Guidec ; & *Cass. 1^{re} civ.*, 14 janv. 2003 (*M^{elle} Dalle c/ Legras de Grancourt de Musset*) : Bull. civ. I, n° 5 p. 4 ; *RJPF* 2003-3/49, obs. J. Casey ; *RTD civ.* 2003, p. 530-531 n° 1, obs. J. Patarin ; *AJ fam.* 3/2003, p. 106, obs. S. D.-B.

³ *Cass. 1^{re} civ.*, 18 juill. 1995 (*Michaeli c/ Mme Kleinclaus*) : Bull. civ. I, n° 325 p. 228 ; *RTD civ.* 1997, p. 212 s. n° 6, obs. B. Vareille ; *Defrénois* 1996, art. 36278, p. 411 s. n° 38, obs. G. Champenois.

⁴ *Rappr. C. proc. civ.*, art. 1133.

⁵ *Comp.* la situation du dépositaire (art. 1927) et de l'emprunteur (art. 1882). - Pour des nuances sur d'autres notions voisines ou similaires, cf. P. Orianne, *Les standards et les pouvoirs du juge*, préc., n° 2 p. 1041 s. & n° 10 p. 1058.

⁶ *Cass. 1^{re} civ.*, 2 avr. 1997 (*Lamstaes c/ Sté Elvia et a.*) : *D.* 1998, somm. p. 53, comm. critiques Cl. J. Berr.

occasionnelles. En particulier, la cour d'appel de Bordeaux considère que le caractère intolérable de la vie commune future (art. 242) doit être évalué en fonction des choix de vie antérieurs des conjoints, pourtant peu conformes au régime primaire impératif¹ ! La Cour de cassation semble acquiescer puisqu'elle admet que « de simples incidents et un manquement aux devoirs de cohabitation dont les deux parties se sont également rendues coupables » ne répondent pas du divorce pour faute². Dans ce domaine, cependant, le législateur cherche à refuser les compromis qui nuiraient à la concentration des effets du divorce au moment de son prononcé³ : la tournure négative de l'ancien article 273⁴ démontrait que l'exception à une prestation compensatoire forfaitaire devait rester rarissime, c'est-à-dire si l'absence de révision devait avoir « des conséquences d'une exceptionnelle gravité » ; l'actuel article 270 (al. 2) va jusqu'à dénier cet aménagement, celui-ci ne pouvant plus désormais porter que sur les modalités de paiement « en cas de changement important » dans la situation initiale du débiteur (art. 275 al. 2)⁵. Mais le droit du divorce est riche de contradictions, ce corps de règles subissant l'influence opposée de nombreux enjeux juridiques. Aussi la volonté de faire disparaître facilement des unions devenues des « coquilles vides »⁶ ne peut-elle occulter la préservation d'autres droits subjectifs.

2. Une perfection suffisante pour conserver un droit

259. - Selon l'article 270 du Code civil, la disparition du devoir de secours à l'occasion du divorce peut être corrigée par l'allocation d'une prestation compensatoire ; mais le juge a la faculté de la refuser « au regard des circonstances particulières de la rupture » (al. 3), la logique législative s'inversant donc par rapport à l'ancien article 280-I qui

¹ *CA Bordeaux, 19 nov. 1996* : RTD civ. 1997, p. 402-403 n° 11, obs. favorables J. Hauser ; RD fam. 1997, comm. 60, obs. approbatives H. Lécuyer ; D. 1997, p. 523 s., note critique Th. Garé.

² Cass. 2^e civ., 22 janv. 1997, préc.

³ Sur quoi, J. Carbonnier, *La question du divorce*, préc., c p. 118 & 2^o p. 120. - J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Dissolution de la famille*, préc., n° 98 p. 96 ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 343 p. 234 ; G. Cornu, *La famille*, préc., n° 316 p. 496 ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, préc., n° 446 p. 203.

⁴ Version de L. n° 75-617, 11 juill. 1975, portant réforme du divorce, art. 1^{er} : « La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire. Elle ne peut être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité » (JO 12 juill. 1975, p. 7174).

⁵ Rappr. Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, préc., retenant que l'augmentation des ressources des ex-époux après leur mise à la retraite ne satisfait pas à cette condition.

⁶ Selon l'expression du doyen Carbonnier, in *La question du divorce*, préc., p. 117.

ne retenait qu'une indemnité extraordinaire¹. L'équité soufflait aussi sur l'ancien article 238 puisque la juridiction saisie appréciait dans quelle mesure le divorce pour rupture de la vie commune risquait « d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint » (al. 2)², étant donné que le Code civil accordait quasi systématiquement au demandeur un droit à séparation lorsque les facultés mentales de son époux étaient « gravement altérées » (al. 1^{er}). Au moment où le devoir d'assistance aurait dû être sublimé³ (art. 212), le législateur mettait donc un garde-fou à sa disparition brutale⁴ ! Pareille précaution transparaît au travers des preuves versées au débat, les éléments soutenant le divorce ne devant pas être obtenus par fraude ou violence (art. 259-1), ni porter notamment une « atteinte illicite à l'intimité de la vie privée » (art. 259-2 *in fine*) ; bien qu'immanquable, la preuve ne saurait être déloyale⁵. Ces quelques exemples extraits du droit du divorce enseignent, plus généralement, que la perpétuation d'un droit subjectif préjudiciable à autrui vient buter sur des événements extrêmes. C'est ainsi encore que l'égalité des armes procédurales est cantonnée lorsque la consultation du dossier d'assistance éducative ferait courir à l'enfant concerné « un danger physique ou moral grave » (C. proc. civ., art. 1187 et 1187-1), la Cour de cassation s'appuyant tout spécialement sur un « climat familial conflictuel et virulent »⁶. Au prix d'une interprétation assez périlleuse, la deuxième Chambre civile parvient à sauvegarder le droit à

¹ « L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire (al. 1^{er}). Toutefois, il peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel (al. 2) » si la durée de vie commune ou une collaboration professionnelle antérieure le commandent : L. n° 75-617, 11 juill. 1975, préc., art. 1^{er} (JO 12 juill. 1975, p. 7175).

² *Ibid.*, p. 7172. - Rapp. art. 240 al 1^{er} ancien, in L. n° 75-617, 11 juill. 1975, préc., art. 1^{er} (*ibid.*) : « Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande ». - D. Langé, *Le conjoint de l'aliéné* : RTD civ. 1984, n° 47 s. p. 58 s. ; B. Monsallier, *Le divorce pour rupture de la vie commune (Loi du 11 juillet 1975)* : *ibid.* 1980, p. 278 s. (section 2) & p. 284 s. B, *passim*. - J. Hauser, obs. sur *CA Versailles*, 8 avr. 1993 : *ibid.* 1993, p. 805 n° 3.

³ J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Fondation et vie de la famille*, préc., n° 1028 s. p. 754 s. ; A. Bénabent, *La famille*, préc., n° 169-170 p. 112 ; G. Cornu, *La famille*, n° 30 p. 57 s. ; Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, préc., n° 1147 p. 485-486. - Adde M. Lamarche, *L'obligation d'assistance entre époux*, in *Les nouvelles familles* : Dr. et patrimoine sept. 2000, p. 67 s.

⁴ Encore qu'elle était quelque peu remplacée par une pension alimentaire inévitable, in art. 270 ancien *in limine* et 281 ancien (L. n° 75-617, 11 juill. 1975, préc., art. 1^{er} : JO 12 juill. 1975, p. 7174 & 7175).

⁵ Au sujet d'analyses biologiques contraires à la liberté individuelle, cf. *TGI Corbeil*, 5 juill. 1972 (*Besson c/ Dame Touze*) : *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 749, et la note. - Cf. l'incidence d'une autorisation judiciaire, in *CA Rennes*, 9 mars 1998 : *Bull. inf. C. cass.* 1^{er} mai 1999, n° 553 p. 40. - *Comp. Cass. 2^e civ.*, 14 déc. 1983 (*Mme Gassies c/ Gassies*) : *Bull. civ. II*, n° 200 p. 141.

⁶ *Cass. 1^{re} civ.*, 6 juill. 2005 : *D.* 2005, p. 2794 s., note critique M. Huyette, notamment à cause de l'étendue des pièces soustraites.

indemnisation de la victime, au titre de la loi du 5 juillet 1985¹, en définissant de manière fort restrictive la « faute inexcusable », « cause exclusive de l'accident » de la circulation ; au sens de cette loi, devient donc blâmable « la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience », ce qui permet à la haute juridiction de censurer la cour de Poitiers dont les constatations révélaient certes diverses entorses délibérées à la sécurité mais qui étaient justifiées par les besoins du travail agricole² ! Comme le remarque le doyen Carbonnier, toute appréciation portée sur un manquement à la règle traduit que son efficience concrète est susceptible de degrés³. L'enjeu réside donc dans la disqualification d'un fait par rapport à l'objectif législatif poursuivi. A ce titre, la distinction des actes de gestion patrimoniale est essentiellement sous la coupe des facteurs économiques de l'affaire litigieuse⁴ : acte de disposition par détermination de la loi⁵, un emprunt dégénère en acte d'administration s'il est de faible importance⁶, critère éminemment variable puisqu'il doit être mis en rapport avec la surface financière globale en question⁷. Cette réflexion vaut également pour les « dépenses manifestement excessives » d'un ménage eu égard à son train de vie (art. 220 al. 2). Cette dernière référence semble toutefois inappropriée dans la mesure où celui-ci peut être habituellement somptuaire et dépasser ainsi forcément les facultés pécuniaires réelles du couple⁸ ; la jurisprudence l'a bien compris puisqu'elle confirme l'achat d'une automobile mais

¹ L. n° 85-677, 5 juill. 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art. 3 al. 1^{er} : JO 6 juill. 1985, p. 7584.

² Cf. spéc. Cass. 2^e civ., 20 janv. 2000 (*Moreau c/ Fonteneau*) : D. 2000, inf. rap. p. 53. - Rapp. Cass. ass. plén., 10 nov. 1995 (*Cts Larher et a. c/ Sté Harscoat et a.*) : *ibid.* 1995, p. 633 s., rapp. Y. Chartier. - Adde Ch. Mouly, *Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation (après les arrêts du 20 juillet 1987)* : *ibid.*, 1987, chron. p. 234 s., et les réf.

³ In *Flexible droit*, préc., chap. III, p. 145.

⁴ En ce sens, R. Verdot, *De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition »* : RTD civ. 1968, p. 449 s.

⁵ Pour la tutelle, art. 496 al. 3 et D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008 relatifs aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil, préc., annexe 2 (Liste des actes regardés comme actes d'administration ou de disposition sauf circonstances d'espèces), col. 2, I, 1^o. - Rapp. art. 389-5, dans l'administration légale pure et simple.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1981 (*Cts Delaplace et a. c/ Sté Banque nationale de Paris et a.*) : Gaz. Pal. 1981, 2, pan. jurispr. p. 265.

⁷ En ce sens, Fl. Fresnel, *L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique*, préc., 3 p. 8.

⁸ Rapp. M.-P. Baudin-Maurin, note critique sous Cass. 1^{re} civ., 27 novembre 2001 (*Mme X c/ Sté Franfinance et a.*) : D. 2002, p. 2910 s., spéc. I B p. 2911. - Adde, sur la même décision : Bull. civ. I, n° 294 p. 186 ; D. 2002, inf. rap. p. 43 et la note ; Dr. fam. 2002/2, comm. 17, note H. Lécuyer (2^e esp.).

perçoit ailleurs quelque outrance dans l'acquisition d'un produit brun¹. Le même raisonnement prévaut pour la modicité d'une dette afin d'estimer la solvabilité d'une caution (art. 2019) ou les « grandes avances » qu'une indemnité pour éviction d'un locataire peuvent occasionner (art. 1747). Aussi le critérium du dernier alinéa de l'article 220 est plus à même d'offrir un point de comparaison pertinent, « les besoins de la vie courante » renvoyant plus sûrement aux obligations normalement contractées suivant la consistance du patrimoine disponible². L'idée d'une disproportion se retrouve dans les contrats aléatoires : comme la moralité réproouve toute action pour les dettes de jeu (art. 1965), seule une autorisation de la loi³ ou une saine exaltation du corps (art. 1966 al. 1^{er}) la rend possible ; ces exceptions ne sont point sans bornes et l'article 1966 alinéa 2 retourne au principe quand la prétention « paraît excessive »⁴. Cette discordance exsude aussi d'un arrêt de la première Chambre civile en date du 29 janvier 2002 : l'équité successorale implique de vérifier l'existence d'une intention libérale lorsqu'une vente entre époux mariés *in extremis* repose sur des prix « un peu sous-évalués », en tout cas insuffisamment dérisoires pour en permettre l'annulation⁵. L'impératif d'un juste prix peut d'ailleurs être inspecté à l'aune de l'article 1134, lorsqu'il est simplement déterminable au moment de la conclusion du contrat : en reportant ainsi le débat de la formation vers l'exécution de « bonne foi » de la convention, les juridictions s'arrogent une appréciation contextuelle, sans que soit systématiquement encourue une nullité pour défaut de prix, mais faisant régresser d'autant le rôle normalement dévolu à la

¹ Matériel audiovisuel à usage domestique. - CA Paris, 9 mars 1989 (SA Cie Internationale de Banque c/ Epx Paillet) : Gaz. Pal. 1990, I, p. 7 s., note D. Pronier ; JCP 1991, éd. N, II, p. 57, obs. Ph. Simler (6^e esp.). - CA Paris, 21 mai 1982 (Mme Tran Van Thu c/ SA Cetelem), relevant « une dépense excessive pour un ménage au train de vie modeste » : Defrénois 1982, art. 32972, p. 1647 s. n° 108, obs. G. Champenois. - Rappr. Cass. soc., 8 juin 2005 : D. 2005, p. 2509 s., note J. Mouly, spéc. I p. 2510-2511.

² Rappr. Ph. Daviaud, *De l'entretien du ménage aux besoins de la vie courante (article 220 du code civil)*, préc., spéc. II p. 849-850.

³ Réglementation des casinos, in Cass. ch. mixte, 14 mars 1980 (Sté des Hôtels et Casinos de Deauville c/ Tordjman) : Bull. ch. mixte, n° 3 p. 3 ; Gaz. Pal. 1980, I, p. 290 s., concl. J. Robin. - Réglementation du pari mutuel urbain, in Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1976 (Dame Savajano c/ Dame Mirailles), l'arrêt soutenant la cour d'appel d'avoir décidé que la résistance au paiement de la demanderesse au pourvoi était abusive en raison de sa mauvaise foi (in 2^e moyen) : Bull. civ. I, n° 154 p. 122-123, spéc. 1^{er} moyen ; JCP 1977, éd. G, II, 18540, obs. R. de Lestang.

⁴ Sur quoi, F. Buy, *Articles 1966*, in *Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête* : RLDC 2004/7, n° 309 p. 68-69.

⁵ (Cts de Baillencourt c/ Mme Bigotte) : Bull. civ. I, n° 31 p. 23-24. - I. Najjar, *Prix « sous-évalué » et intention libérale* : D. 2003, chron. p. 2591 s.

volonté des parties¹. Le débat sur le coût loyal d'un contrat étant quasiment inextricable, la rescision pour lésion est d'ailleurs limitée à des hypothèses marginales. Un auteur convient alors que, « au total, le prix se négocie ou le prix s'arbitre. (...) Le prix relève plus de la volonté que de la connaissance »². Néanmoins, « où l'on croit voir la variabilité de la jurisprudence, c'est en fait l'individualisation du droit »³ : les juridictions puisent dans la relativité un moyen d'équilibrer la rigidité de la règle et la singularité d'une espèce, rejoignant de quelque manière l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'après lequel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

II - Opportunité de la sanction

260. - Dans sa fonction de dire le droit, l'autorité judiciaire pourrait voir son attitude dictée par deux conceptions opposées face à la relativité. Comme à l'endroit de toute autre règle, elle pourrait être tenue de mettre en œuvre la législation chaque fois que les conditions en sont remplies ; dans cette optique, la sanction est totalement soustraite à la libre appréciation juridictionnelle. A l'inverse, l'élasticité des notions relatives pourrait octroyer une plus grande latitude prétorienne. Sous leur forme idéalisée⁴, aucune des deux théories n'apparaît pleinement satisfaisante. De fait, la première est inconcevable dans la mesure où leur régime juridique repose sur une certaine flagrance - ce qui pousse à admettre des cas dans lesquels, malgré la réalité du manquement, ce dernier n'est pas démesuré⁵. La seconde, au contraire, ne refléterait guère la contrainte syllogistique que véhicule l'ordre public notionnel, et flirterait avec un arbitraire complaisant, voire avec

¹ Spéc. Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1994 (Sté GST-Alcatel Est c/ Kobloth) : JCP 1995, éd. G, II, 22371, p. 35 s., note J. Ghestin ; D. 1995, p. 122 s., note L. Aynès.

² In A. Bernard, *A propos de la guerre du chiffre et du droit*, préc., I B p. 1584 (1^{re} col.)

³ Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95, p. 35, à propos de la conciliation des intérêts en présence, facilitée par la souplesse des notions relatives.

⁴ Sur quoi, concernant la Suisse, J. Graven, « *Le principe de la légalité et le principe d'opportunité des poursuites pénales* », in n° 1 : Le V^e Congrès international de droit pénal (28-30 juillet 1947) : RID pén. 1947, n° spéc. p. 46 s.

⁵ Rapp., en procédure pénale, le classement sans suite, in C. pr. pén., art. 40 al. 1^{er} et 40-1, 3°. - Cf., cependant, un encadrement plus strict depuis la loi du 9 mars 2004, in B. de Lamy, *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* : D. 2004, chron. p. 1983-1984, B. - Plus généralement, A. Vitu, *Le classement sans suite* : Rev. sc. crim. 1947, p. 505 s. ; R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 329 p. 392-393 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., nos 310-311 p. 227-228 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 599 p. 523-524. - Adde R. Boudon et A. Davidovitch, *Les mécanismes sociaux des abandons des poursuites* : Année sociologique 3^e série 1964, p. 111 s.

l'improvisation de solutions expédientes. *A priori*, la logique voudrait que tout justiciable entrant dans le champ de la loi en profite ou en pâtisse nécessairement ; les termes impératifs le plus souvent usités dans le Code civil confirmeraient même le caractère inéluctable de l'application de la règle¹. Une norme univoque est peut-être davantage propice à protéger les libertés individuelles, en prédéterminant les conditions et les effets de l'institution en cause². Mais le doyen Carbonnier ne faisait-il pas valoir « qu'une règle de droit, même ineffective, peut avoir son utilité, en créant un climat (...) de responsabilité, de "mauvaise conscience", qui s'oppose à des violations plus étendues »³ ? Par définition, justement, les notions relatives ne jouissent pas d'une telle rigueur technique. De surcroît, l'examen de la jurisprudence montre clairement une modulation des décisions en fonction du contexte. Aussi cette flexibilité tient-elle plus de l'ombre indisciplinée de Peter Pan⁴ que de l'idéal légaliste révolutionnaire, en vertu duquel l'application de la norme devrait être mécaniste, « la règle portant partout avec elle son application, sa sanction, comme le corps porte l'ombre »⁵ ! Force est de reconnaître que les juridictions doivent d'abord contrôler la preuve des faits⁶, avant même leur ampleur par rapport à la finalité institutionnelle. Mais cela ne suffit pas : le fondement juridique étant coutumier, il implique de qualifier les faits en fonction du contexte particulier de l'espèce. C'est seulement à ce stade, une fois ciblé le référentiel normatif, que la pertinence des deux systèmes, légaliste ou pragmatique, entre en jeu. Dans l'un, le juge serait un pur instrument de la loi... mais d'une *lex imperfecta* : celle-ci expliquerait alors l'inextricable écheveau jurisprudentiel dans une même matière, faute de

¹ Rapp. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 592 p. 517-518 ; R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle - Droit pénal général*, préc., n° 635 p. 801-802. - Comp. le principe de légalité retenu en procédure pénale allemande : C. pr. pén., § 152 al. 2, mais avec quelques atténuations in § 153 s. (www.juriscorpe.org/publications/documents/pdf/proc-pen-all.pdf).

² Cf. la distinction des actes conservatoires, d'administration et de disposition, cruciale pour celui qui est chargé d'un incapable, in C. civ., art. 496 et D. n° 2008-1484, 22 déc. 2008, préc. - Sur quoi, rapp. Fl. Fresnel, *L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique*, préc., p. 6, introduction. - Rapp. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 91 p. 59. - Adde J. Verhaegen, *Notions floues et droit pénal*, préc., p. 8-9.

³ In *Flexible droit*, préc., chap. V in fine, p. 147-148.

⁴ J. M. Borrie, *Peter Pan*, Paris, Flammarion, 1982, coll. *Librio Imaginaire* n° 591, chap. 2 & 3, p. 13 s., spéc. p. 22 - Adde les truculentes images dans le dessin animé éponyme des studios Disney : Cl. Geronimi, W. Jackson et H. Luske, *Peter Pan*, Burbank-California, Walt Disney Pictures, 1953, 76 min.

⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., chap. III, p. 144.

⁶ Comp. R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 325 p. 389 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 300 p. 223 ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 590-591 p. 516-517.

conditions explicites pour chaque notion relative. Dans l'autre, au contraire, ces mêmes fluctuations apparaissent comme le résultat d'une réponse circonstanciée aux données du litige : le législateur accorde ainsi aux juridictions la faculté de ne point user de la loi lorsque cela leur semble inopportun¹. Du reste, la réduction de quelques délais de prescription relatifs à diverses actions en justice illustre le propos en postulant qu'une sanction n'est plus socialement convenable après écoulement d'un laps de temps plus ou moins bref². Autrement dit, la relativité laisse à la magistrature le soin de discerner l'avantage concret que peut avoir la sanction au regard de la finalité institutionnelle souhaitée par le législateur³. Toute solution est donc seulement guidée par l'intérêt général, la mise en œuvre de la loi pouvant parfois se révéler plus nuisible qu'utile à l'ordre public, eu égard à l'enjeu politique et social⁴ ; c'est d'ailleurs ce paradigme qui a pu faire décider à la Chambre criminelle que le principe d'opportunité des poursuites n'est pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵. Bien sûr aussi, les voies de recours assurent au justiciable les moyens de contester la décision rendue, figurant autant de freins à trop de subjectivisme prétorien. Au demeurant, aucun impératif catégorique, moral ou politique,

¹ Rapp., à propos du référé-injonction (C. just. adm., art. L. 521-2) lorsqu'un acte administratif porte « une atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale, M.-Ch. Rouault, *La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif* : D. 2001, chron. p. 401-402, II B.

² Cf. spéc. le raccourcissement des délais en matière de filiation depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 : C. civ., art. 321 & 335 et, plus encore, art. 333 ; mais, toujours dans le domaine familial, l'allongement des délais (encore que celui-ci soit justifié par le même objectif de protection), *in* art. 181 s., avec la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006. - Dans le but, là aussi, de stabiliser un état : pour la révocation des libéralités, art. 957 et 1047 (quand « cette demande est fondée sur une injure grave faite à la mémoire » du donateur ou testateur) ; pour la nullité des sociétés, art. 1844-14 & -17 ; pour contester un contrat, art. 1304 al. 1^{er} & 1648 ; et plus généralement, art. 2225 s. - Sur les délais de prescription abrégés, P. Collomb, *Le délai de la prescription abrégée (Pour une toilette des articles 2265 et 2266 du Code civil)* : JCP 1990, éd. G, I, 3455. - Rapp. J.-P. Karila, *Vers l'uniformisation de tous délais d'action des différentes responsabilités des constructeurs d'ouvrages immobiliers* : JCP 2004, éd. N, I, 1160, p. 545 s. - Pour une proposition de généralisation à dix ans du délai maximal de prescription : *Rapport de la Cour de cassation 2001*, Paris, La documentation française, 2002, p. 20 ; *adde* F. Zenati et St. Fournier, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription* : RTD civ. 1996, p. 339 s., spéc. I p. 341 s. - Plus globalement, P. Hébraud, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1979, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille - Faculté de droit et de science politique, t. 2, p. 1 s. - *Adde* M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2010, dir. J. Hauser, 547 p. - *Comp.*, en matière pénale, Ch. Pigache, *La prescription pénale, instrument de politique criminelle* : Rev. sc. crim. 1983, p. 55 s.

³ *Comp.* R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 325 p. 389.

⁴ Sur « l'importance du futur dans le pouvoir des lacunes *intra legem* », le juge ne devant pas uniquement regarder le passé mais devant être aussi « comptable de l'avenir », cf. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 8 août 1986 n° 95, p. 30-31, § 3. - Rapp. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 592, p. 518 ; R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 329 p. 393, & *Droit pénal général*, préc., n° 635 p. 801.

⁵ *Cass. crim.*, 21 sept. 1993 : Gaz. Pal. 1993, 2, somm. p. 573-574, note J.-P. Doucet.

n'impose le plus souvent une censure systématique¹. Refuser le bénéfice de la loi ne fait pas disparaître le caractère non strictement similaire des faits à la norme coutumière, mais traduit plutôt l'idée que la simple conformité à l'ordre public notionnel est suffisante². Cette évaluation ne pouvant être qu'approximative, elle explique que les juges n'agrément une situation qu'en cas d'évidence, ce qui n'est point sans s'inspirer de la jurisprudence du bilan pratiquée par le Conseil d'Etat depuis 1971³. Ceci participe de l'hypothèse que les notions relatives sont la manière la plus appropriée de maintenir la cohésion sociale sans sacrifier les libertés individuelles⁴, l'interprétation conjoncturelle trouvant dans la logique institutionnelle d'une notion relative une limite infranchissable fixée par anticipation. Si la méthode relativiste emprunte beaucoup à l'esprit des articles 40 et suivants du Code de procédure pénale⁵, elle s'en distingue cependant, en ce sens que le pouvoir judiciaire intervient exclusivement au stade du jugement, l'action ayant par hypothèse été déjà introduite⁶. A la différence du Ministère public en matière répressive, en effet, le juge civil n'a pas les moyens de refuser de déclencher l'instance ; son appréciation n'a donc d'emprise que sur son déroulement, et c'est en cela que sa décision est soumise à la transparence des faits au regard de la norme référentielle : si « la suite à donner à l'action publique une fois engagée ne peut résulter que

¹ En ce sens, R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, préc., n° 635 p. 802. - Adde la dissociation des peines méritées et obligées, in St. A. Lazaridis, *La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui* : Arch. philo. dr. 1983, t. 28 : *philosophie pénale*, p. 91 s.

² Comp. le rôle du juge en cas d'inexécution partielle du contrat, in H. Lécuyer, *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat*, préc., p. 33-34, 2. - Adde H. L. A. Hart, *La moralité du droit*, préc., p. 109-110. - Rappr. R. Merle et A. Vitu, *Droit pénal général*, préc., n° 636, p. 802-803.

³ Cf. le concept d'inconvénients excessifs eu égard à l'intérêt d'un acte administratif, in *CE, 28 mai 1971, Min. équip. et log. c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle Est »* : Rec. CE, p. 409 s., concl. M. Braibant ; AJDA 1971, p. 404, chron. MM. Labetoulle et Cabanes ; D. 1972, p. 194 s., note J. Lemasurier ; RD publ. 1972, p. 454 s., note M. Waline ; JCP 1971, éd. G, II, 16873, note A. Homont ; CJEG 1972, p. 38, note J. Virole. - Sur l'origine de la formule, J. Lemasurier, *Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantage »*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline - Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, T. II, p. 551 s. ; adde *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, préc., n° 88 p. 598 s. ; J. Moreau, *Droit administratif*, Paris PUF, 1989, coll. Droit fondamental Droit administratif, n° 145 p. 204 (rapproché du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, seconde conquête jurisprudentielle illustrant un principe de proportionnalité). - Rappr. l'idée de nécessité dans la réalisation de l'hypothèque, in D. Legeais, *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 40-41.

⁴ Plus nuancés, Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 91 p. 58-59.

⁵ A. Vitu, *Le classement sans suite*, préc. ; J.-J. Thouroude, *Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites ?* : Gaz. Pal. 1981, 2, doct. p. 495 s., & *CE, 5 nov. 1980 (Gaillard c/ dir. dptal des services fiscaux du Var)* : *ibid.*, p. 680-681.

⁶ Comp., sur les différentes voies ouvertes au Parquet en vertu du principe d'opportunité des poursuites, R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n° 328 p. 392 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n°s 309 s. p. 226 s.

de considérations strictement juridiques »¹, l'issue du procès civil tient au contraire à la pesée des circonstances à l'aune de l'ordre public - ce qui la rapprocherait alors plus d'une relaxe ou d'un acquittement² au bénéfice du doute³. Surtout, la décision civile a autorité de chose jugée ; à l'inverse du classement pénal qui n'a pas cette valeur, l'aphorisme « *res judicata pro veritate accipitur* » implique que les juridictions civiles ont définitivement statué sur l'affaire - à moins d'éléments nouveaux⁴ -, l'article 1351 du Code civil en faisant une présomption⁵. En définitive, la relativité inscrite dans le Code civil met en exergue un moyen d'extension du principe d'opportunité des poursuites, dont certains prédisent pourtant le déclin⁶. Au demeurant, cette démarche dans l'application de la norme affermit le fondement coutumier des notions relatives puisqu'elle offre au juge la possibilité de la faire évoluer par touches successives⁷. Bien plus, elle consacre un tribalisme juridique qui ne repose sur aucun critère formellement explicite permettant de qualifier les faits. La Chambre commerciale a semblé aller en ce sens, en énonçant si nettement que « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation (...) ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, (...) mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur »⁸.

¹ G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 597 p. 522. - Sur la prédominance du principe de légalité dans l'exercice de l'action publique, cf. *ibid.*, n° 890 p. 804 ; R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n°s 324-325 p. 388 s. & n° 334 p. 399 ; Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 301 p. 223-224.

² C. pr. pén., art. 363, 470 & 541 ; C. just. mil. art. L. 211-11. - Rappr. G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n°s 890 s. p. 803 s., spéc. n° 890 p. 804.

³ Sur le doute, C. pr. pén., art. préliminaire & 304. - J.-F. Cesaro, *Le doute en droit privé*, Paris, éd. Panthéon Assas - LGDJ Diffuseur, 2003, Université Panthéon-Assas (Paris II), n°s 115 s. p. 180 s., spéc. n°s 118 s. p. 182 s. & n°s 282 s. p. 314 s. - In *Le doute et le droit*, préc., cf. spéc. J.-P. Ancel, *Le doute du magistrat*, p. 21 s. & P. Truche, *Le doute sur le fait ou le problème de la preuve*, p. 43 s.

⁴ Sur la possibilité du Parquet de revenir sur un classement, même en l'absence de charges nouvelles, cf. *Cass. crim.*, 5 déc. 1972 (*Jacques Muyard*) : *Bull. crim.*, n° 375 p. 945-946 ; *Rev. sc. crim.* 1973, p. 716 n° 3, obs. J. Robert. - Rappr. *Cass. crim.*, 6 déc. 2005 : *D.* 2006, inf. rap. p. 249 ; *ibid.*, pan. p. 622, a, obs. J. Pradel. - Adde Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n° 311 p. 227-228.

⁵ Adages du droit français, préc., n° 396 p. 790 s., v° *Res judicata pro veritate accipitur*. - Sur quoi, cf. spéc. J.-P. Dinthilac, *La vérité de la chose jugée*, in *La vérité*, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, Paris, La documentation française, 2005, p. 57 s. - Adde C. proc. civ., art. 480. - Rappr. C. pr. pén., art. 6 al. 1^{er}.

⁶ J.-J. Thouroude, *Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites*, préc.

⁷ Rappr. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, préc., chap. VII, n° 164 p. 392.

⁸ *Cass. com.*, 21 févr. 2006 (*Sté Chronopost c/ Sté Ets Banchereau*) : *Bull. civ.* IV, n° 48 p. 48-49 ; *RTD civ.* 2006, p. 322-323 n° 1, obs. P. Jourdain ; *D.* 2006, *AJ p.* 717-718, note E. Chevrier ; *ibid.*, pan. p. 1933, comm. P. Jourdain.

261. - De manière fort symptomatique, cette éviction d'un légicentrisme absolu résume l'originalité du régime juridique des notions relatives. La coutume qui fonde ces dernières manifeste effectivement une dialectique : elle confère au justiciable quelque largesse dans la compréhension du Code civil, tout en assurant à l'Etat la permanence d'un contrôle de conformité à travers l'ordre public notionnel, véritable « rocher » et « noyau dur » de l'interprétation juridictionnelle¹. L'octroi d'un droit ou la réparation d'un préjudice n'est ainsi concevable qu'autant que la liberté individuelle ne dégénère en abus, comparativement au dessein politique de préserver une institution juridique : la conjonction des investigations *in concreto* et *in abstracto*² permet alors une pratique différenciée de la règle de droit, c'est-à-dire une normativité éminemment variable en fonction de son contexte d'application³. D'aucuns pourraient facilement critiquer pareille subjectivité qui interdit tout effort de systématisation. Ils auraient raison si l'objectif était de définir chaque notion relative par des critères précis ; mais le rôle primordial de l'apparence est susceptible de leur donner tort. Si la protection d'un ordre public institutionnel peut sembler un lieu commun, elle prend néanmoins un relief particulier avec cette exigence d'une disproportion des faits par rapport à la norme. A cet égard, la flagrance de la mineure retentit forcément sur la conclusion syllogistique, le plaideur se trouvant confronté à l'évidence d'une incompatibilité de son comportement, la multiplicité des seuils normatifs entravant au surplus toute recherche d'une sanction type. C'est pourquoi, une fois déterminé comment garantir l'application des notions relatives, s'impose d'analyser par quelles modalités spécifiques la technique juridique s'en acquitte.

¹ J. Carbonnier, *Exorde*, préc., p. 1 ; *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, préc., p. 107.

² Cf., reconnaissant l'enchevêtrement des deux modes d'appréciation, N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n^{os} 406 s. p. 303-304. - Adde V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n^{os} 5 s. p. 6 s.

³ N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n^o 412 p. 305, pour une diversification des référents selon les situations en cause.

TITRE II :

SANCTION DE L'ANORMALITE

262. - Dans une civilisation essentiellement orientée vers la défense des libertés individuelles¹, « nous sommes toujours brimés par les gens qui mènent une vie normale », s'indignait Boris Vian², au point qu'une simple excentricité, une singularité³, semble devenir répréhensible. En ce sens, l'anormalité symbolise tout événement qui présente quelque caractère extraordinaire, dans la plus pure acception étymologique du terme⁴, c'est-à-dire tout acte ou fait qui n'est plus conforme aux règles communément acceptées⁵. En droit, toutefois, cette observation n'a rien de bien subversif : par principe, toute sanction trouve sa cause dans la transgression d'une obligation préexistante⁶.

¹ Cf. le titre officiel du traité instituant le Conseil de l'Europe : Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. - *Adde ibid.*, spéc. Titre I, art. 2 à 18 ; Const. 4 oct. 1958, préambule, renvoyant à Const. 27 oct. 1946, préambule, & Décl. DH, 26 août 1789 ; Décl. univ. dr. de l'homme, 10 déc. 1948 : JO 19 févr. 1949, p. 1859 s. ; Charte dr. fondamentaux UE, Préambule al. 2 & Titre II, art. 66 s.

² *In L'automne à Pékin*, Paris, éd. de Minuit, 2003, coll. "double" n° 3, 2^e mouvement chap. XV, p. 232, à propos d'une discussion sur l'homosexualité.

³ *Dictionnaire étymologique*, préc., v^s Excentrique et Singulier.

⁴ « Qui sort de l'ordre » : *Petit Robert*, préc., v^o Extraordinaire. - *Adde Dictionnaire étymologique*, préc., v^s Extra & Ordinaire, les auteurs rapprochant même ce dernier qualificatif de ce qui est naturel.

⁵ F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^{os} 603-604 p. 567 s ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, préc., n° 34 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 319 p. 296 & n° 30 p. 26. - *Adde* Ch.-A. Morand, *La sanction* : Arch. philo. dr. 1990, t. 35 : vocabulaire fondamental du droit, p. 293 s.

⁶ Notamment *Dictionnaire de droit*, préc., v^o Sanction, pour la définition globale du vocable. - *Adde Vocabulaire juridique*, préc., v^o Sanction, au sens général le plus large, I 2. - *Comp. Lexique des termes juridiques*, préc., v^o Obligation civile. - *Adde* F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 603 p. 567-568 et n° 607 p. 571.

263. - Seulement, sous un angle strictement positiviste, la loi (au sens formel) indique ce qui est légal, non ce qui est normal¹. Dans la mesure où cette dernière qualité peut se définir comme la conformité à une règle de droit coutumière, les comportements qui contreviennent à une notion relative ne devraient pas être qualifiés d'anormaux mais d'illicites² ! S'en tenir à cette proposition serait cependant oublier que les notions relatives appartiennent pleinement au Droit, du seul fait de leur intégration au Code civil. Or, puisque celles-ci prennent implicitement la normalité comme critère pour déterminer la validité d'un fait ou d'un acte, leur régime juridique attache donc corrélativement des effets à l'anormalité d'une situation. Etant donné que le droit positif reflète peu ou prou des valeurs socialement admises, « on peut faire l'hypothèse que les comportements prescrits ou autorisés par la loi sont aussi, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société données, sont considérés comme "normaux" »³. En conférant force légale à des normes sociales préexistantes, le Code civil permet alors au normal de se transmuier en catégorie juridique ; dans le même temps, cette règle va servir à son tour de référence à ce qui doit être reconnu comme une déviance. Madame Lochak souligne d'ailleurs fort justement que « la prétention descriptive de la norme juridique et sa visée normative sont inextricablement mêlées »⁴. Par conséquent, la règle coutumière devient une norme au sens habituellement retenu en doctrine⁵ ; autrement dit, l'anormalité coïncide bien avec l'illégalité. C'est pourquoi, notamment, la violation d'une notion relative permet à toute victime d'accéder à la contrainte étatique, c'est-à-dire à une sanction efficace⁶. *A priori*, cette première conclusion postulerait de résister à la tentation d'établir un statut *sui generis* pour gouverner spécialement les notions relatives. En quoi l'anormalité serait-elle, en effet, susceptible

¹ Comp. D. Lochak, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., v° Normalité, 2, p. 393-394.

² Rappr. in *Vocabulaire juridique*, préc., v° Illégalité (spéc. 1), Illicéité (sens général, 1) & Illicite (spéc. 1), qui évoquent la contrariété au droit.

³ D. Lochak, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., v° Normalité, 2, p. 394.

⁴ Ibid.

⁵ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Norme, 1 : terme équivalent de règle de droit abstraite et générale, ayant une valeur obligatoire quel qu'en soit la source ou l'objet - Adde Petit Robert, préc., v° Norme, 5. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 5 p. 5. - Comp. G. Timsit, *Pour une nouvelle définition de la norme* : D. 1988, chron. p. 267 s. - Sur les rapports entre les termes de loi, norme et règle, cf. J.-F. Perrin, *Règle* : Arch. philo. dr. 1990, t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, p. 245 s. ; et P. Amselek, *Norme et Loi* : *ibid.* 1980, t. 25 : *la loi*, p. 89 s. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 17 p. 42.

⁶ En ce sens, J. Carbonnier, *ibid.*, n° 5 p. 15 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 20 p. 13 et n° 72 p. 34. - Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 27 p. 31-32.

d'imprimer quelque singularité à leur régime juridique¹, puisque tout manquement à la relativité correspond finalement à une illégalité classique ? Néanmoins, une sanction n'est en principe concevable que dans la mesure où les critères légaux sont satisfaits : à titre d'exemples, un fait fautif dommageable pour l'allocation de dommages-intérêts (C. civ., art. 1382) ou une absence biennale de cohabitation pour la recevabilité d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal (art. 238 al. 1^{er}). Par hypothèse, au contraire, la coutume reste muette quant aux conditions concrètement exigées. Aux magistrats s'ouvre alors une alternative : soit ils s'en remettent exclusivement aux dispositions de droit commun applicables relativement au domaine juridique dans lequel s'insère la notion relative litigieuse ; soit ils abondent dans le sens du Parlement, en profitant de l'imprécision textuelle pour l'aménager. Incluses dans le Code civil, les notions relatives ne peuvent effectivement en être totalement extraites : elles demeurent dans le giron des principes directeurs régissant la matière concernée par la notion en cause. Toutefois, en raison de cette rédaction législative insuffisante, les juges se voient contraints de composer avec une source coutumière qui se révèle, par nature, moins explicite que des textes formels. En définitive, force est de reconnaître que les seuls outils à disposition de l'autorité judiciaire sont le modèle référentiel induit par la relativité, ainsi que les faits de l'espèce qui lui sont soumis. Apparemment, le raisonnement syllogistique semble ainsi préservé, à la différence près que la règle de droit, habile à purger l'instance, pêche par vacuité technique. Quand bien même la coutume constitue un paradigme comparatif, elle ne fixe pas pour autant précisément les modalités de sa mise en œuvre. Reste ainsi comme clef du procès la seule fragrance des circonstances factuelles. En premier lieu, leur allégation semble suffire à illustrer le degré d'adéquation au regard de la norme socialement requise ; dans cette perspective, va succomber celui qui ne parvient pas à prouver la conformité d'un comportement à l'ordre juridique souhaité. En second lieu, au demeurant, la coutume ne prévoit pas non plus expressément les conséquences de cette situation, de manière à garantir le respect de la norme. Selon le professeur Philippe Jestaz, la question est d'ailleurs récurrente pour l'ensemble des sciences juridiques² ! Mais, sous peine d'occulter là aussi l'origine coutumière

¹ Pour une définition du concept de régime juridique, cf. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Régime, spéc. III, 2.

² Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit* : D. 1986, chron. p. 197 s.

de la relativité, les juridictions ne sauraient s'accommoder des dispositions législatives pour y puiser la sanction adéquate¹ parmi toutes les orientations possibles².

264. - A l'image d'une *lex imperfecta* romaine³, les notions relatives semblent n'indiquer aux juridictions qu'une finalité sociale, sans être assorties pour autant d'un système global et cohérent de mécanismes propres à en assurer l'exécution⁴. Mais le principe d'effectivité du droit, soutenu par la Cour européenne des droits de l'homme⁵, requiert que l'interprétation des notions relatives soit systématiquement guidée par une protection réelle des droits des personnes, par opposition à une protection théorique et illusoire⁶. Comme le remarque néanmoins le doyen Carbonnier, « l'hypothèse ne peut concerner le droit coutumier, puisque celui-ci, par définition, implique toujours une certaine durée de pratique effective »⁷. En effet, si les sujets de droit se tournent vers le prétoire, c'est bien qu'ils ont conscience d'entrer dans le champ de la loi et qu'ils en espèrent une sanction juridictionnelle : malgré l'absence de moyens directs de coercition, le seul fait que ces dispositions floues fassent partie de l'ordonnancement juridique étatique tend à les faire appliquer⁸. En somme, le fondement coutumier de la relativité implique un régime juridique

¹ Comme l'exécution forcée a pour objet d'accomplir la convention (L. n° 91-650, 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, art. 1^{er} al. 1 & 2 modifiés : JO 14 juill. 1991, p. 9228 ; D. 1991, législat., p. 317), la nullité de rétablir la situation *ex ante* (cf. spéc. A. Piedelièvre, *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum, in Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, LGDJ, 1966, p. 638 s.), les dommages-intérêts de réparer le préjudice subi (*Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, Deyveaux c/ Cts Bachelot et a.*) : Bull. civ. I, n° 264 p. 220-221 ; D. 2004, inf. rap. p. 3117 ; JCP 2005, éd. G, I, 114, n°s 1 s. p., obs. P. Grosser, 2^e esp.), etc.

² Exécution, réparation, répression, inhibition... - Sur les différents types de sanctions, cf. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 73 s. p. 34 s. ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale au droit*, préc., n° 34 p. 57 s. - Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 607 s. p. 571 s.

³ *Vocabulaire juridique & Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Lex imperfecta* ; *Locutions latines du droit français*, préc., v° *Lex imperfecta*, notant « que l'absence de sanction portée au texte n'entraîne pas nécessairement l'ineffectivité de la règle de droit ».

⁴ Adde F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 604 p. 568-569.

⁵ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 49 s. (sur le concept d'obligations positives mises à la charge des Etats), p. 107-108 (sur le droit d'accès à un tribunal) et 116 (sur l'exécution des décisions de justice). - CEDH, 23 juill. 1968, *aff. linguistique belge*, préc. ; 9 août 1979, *Airey c/ Irlande*, A32 ; 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, A303-C ; 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce* : Rec. 1997, II, req. 18357/91. - Comp., en droit communautaire, visant à soutenir l'absence de toute entrave à l'application des droits originaire ou dérivé, que pourraient constituer certaines modalités procédurales nationales de mise en œuvre de ces droits.

⁶ *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Effectivité (principe d').

⁷ *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in Flexible droit*, préc., p. 137.

⁸ En ce sens, G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale au droit*, préc., n° 34 p. 58.

exorbitant des conceptions classiques, dans la seule limite de l'objectif législatif posé par l'institution incluant la notion relative discutée.

265. - Par conséquent, certains auteurs ont pu verser dans un impitoyable pessimisme à l'égard du cantonnement des pouvoirs prétoriens : « non content de devoir se garder de l'équité des parlements, il faudra désormais craindre aussi leurs théories », conclut Monsieur Samuel Crevel à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile réparant le « préjudice » subi par un amateur d'antiquités, en vertu de principes probatoires et d'indemnisation plus que douteux¹. Pourtant, même si quelques corrections sont apportées à différents principes hérités de la Révolution et de la tradition doctrinale, elles sont seulement inhérentes à la nature informelle des notions relatives ; ici encore, la magistrature n'est nullement en cause dans la différenciation de la théorie juridique et de la pratique judiciaire. Il appert ainsi que l'anormalité conditionne le régime juridique des notions relatives. De ce point de vue, le défendeur à l'action se révèle particulièrement exposé à l'évidence des faits contestés ; comme en contrepartie, la souplesse normative ne peut guère aboutir qu'à une sanction judiciaire modérée, si celui-ci ne parvenait pas à établir la compatibilité des faits à la coutume. La spécificité technique de la relativité se traduit donc non seulement par un renversement du risque probatoire (*Chapitre 1^{er}*), mais aussi par une simple normalisation² du rapport juridique (*Chapitre 2*).

¹ Note sous *Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1997 (Mme Donzeau et a. c/ Maze-Sencier et a.)* : D. 1998, p. 150.

² Au sens de « faire (...) redevenir normal » : *Petit Robert, préc., v^o Normaliser, 2.*

Chapitre premier : Renversement du risque probatoire

266. - Le cœur brisé par la cruauté dont il fit montre envers son amante la veille au soir, Dorian Gray s'installe à son bureau pour lui écrire une lettre éperdue de regrets, hanté par le portrait de son ami Basil Hallward qui commence à porter les stigmates de la dégradation due aux égarements de son modèle. Oscar Wilde lance alors cette mystérieuse considération : « Il y a certaine volupté à s'accuser soi-même. Dès que nous nous blâmons, il nous semble que personne autre n'a plus le droit de le faire »¹, là où le lecteur aurait plus spontanément attendu de lire quelques phrases sur la satisfaction plus grande encore à pouvoir se disculper !

267. - Sans doute les propos du romancier britannique traduisent-ils l'irrésistible impossibilité de se soustraire parfois à la réalité prégnante et donc à la responsabilité de ses propres actes. Au plan juridique, néanmoins, la preuve échet habituellement au demandeur² ; au départ, le but était simplement de fixer un ordre chronologique d'administration des éléments de preuve³. Or, l'application des notions relatives soulève instamment la difficulté d'établir la qualité expressément requise par la loi ; cette modularité rend effectivement inenvisageable toute quantification objective d'un seuil. Cet obstacle peut cependant être aisément franchi en raison de l'évidence factuelle que la relativité suppose : si une personne agit malgré l'obscurité technique du Code civil, c'est qu'elle a le pressentiment de remplir les conditions pour jouir d'un droit. Reste alors fatalement à la charge de celui qui discute cet état de fait à démontrer que la situation

¹ In *Le portrait de Dorian Gray*, Paris, Stock-Librairie Générale Française, 1983, traduction nouvelle Ed. Jaloux & F. Frapereau, préface D. Fernandez, coll. Le livre de poche n° 569, chap. VIII p. 129.

² Sur quoi, Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n°s 546 s. p. 339 s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 498-499 p. 497-498 ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 175, spéc. p. 336 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1525 s. p. 565 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 643 s. p. 615 s.

³ En ce sens, cf. *ibid.*, n° 644 p. 615-616.

controversée contrevient aux critères du droit subjectif revendiqué¹. Autant dire que le demandeur est déchargé du fardeau de la preuve. Etrange injustice consistant à défavoriser le défendeur (au contentieux) ou l'intérêt général (en matière gracieuse)² ! Au lieu d'apparaître tel un sujet quasiment passif lors de l'instance, le défendeur en devient l'acteur prépondérant : la preuve ne pèse plus sur celui qui entend profiter d'un droit, mais sur celui qui conteste une prétention. Rapporté aux notions relatives, le raisonnement généralement suivi quant à l'attribution de la preuve présenterait ainsi quelques failles. La doctrine traditionnelle est fortement marquée par une approche très systémique de la preuve, ordonnée autour du principe de présomption d'innocence (C. civ., art. 9-1 al. 1^{er}³) et de l'adage « *onus probandi actori incumbit* »⁴ ; mais elle en est arrivée à mutiler sa théorie générale, non que ces mécanismes soient impropres mais parce qu'ils ne reflètent pas complètement la vie du prétoire⁵. C'est justement dans ces interstices que surgit l'originalité du régime juridique des notions relatives. Constitue-t-il alors une exception à l'enseignement classique ou est-ce plutôt ce dernier qui occulte un pan de la pratique ? En tout état de cause, la relativité implique un renouvellement de la conception ordinaire du droit de la preuve et, partant, de sa formulation. Pour autant, la réponse à cette interrogation ne dépend que d'une lecture plus dynamique des articles 1315 du Code civil et 9 du Code de procédure civile : ces dispositions signifient principalement que chaque partie supporte la preuve de ses propres allégations. Elle ne contredit pas non plus le décret du 28 décembre 1998 en vertu duquel les plaideurs doivent désormais également fonder en droit leurs conclusions⁶ : dégager la congruence des faits aux seuils de flexibilité normative revient indirectement à proposer aux juridictions la coutume adaptée à l'espèce. Une telle remarque

¹ Comp. l'idée que la tradition des pays de common law « fait des propositions des parties, et non du fait lui-même, l'objet de la preuve », in X. Lagarde, *Finalités et principes du droit de la preuve - ce qui change* : JCP 2005, éd. G, I, 133, n° 3 p. 772 (et n° 11 p. 777), remarque d'autant plus intéressante que l'auteur relève l'américanisation progressive des droits continentaux.

² Rapp. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 89 p. 223, à propos des dispenses de preuve, & les réf. à Bentham et Bonnier en notes 18 et 19.

³ *Adde* Décl. dr. homme et du citoyen, art. 9.

⁴ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^{is} *Onus probandi* et *Actoris incumbit probatio*.

⁵ Rapp. X. Lagarde, *Finalités et principes du droit de la preuve*, préc., n°s 10 s. p. 776 s.

⁶ Cf. C. proc. civ., art. 56 al. 1^{er}, 2^o *in fine* (pour la demande initiale en justice), 753 al. 1^{er} (pour les conclusions déposées devant le tribunal de grande instance), 765 al. 1^{er} (concernant la mise en état devant cette même juridiction), 954 al. 1^{er} (pour la procédure gracieuse devant la cour d'appel). - D. n° 98-1231, 28 déc. 1998, modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile : JO 30 déc. 1998, p. 19904 s. ; D. 1999, légis. p. 106 s.

rejoint enfin les thèses de Motulsky, dont l'apport majeur a été d'énoncer que l'article 1315 du Code civil détermine le risque de la preuve¹, en désignant la partie qui succombe faute d'avoir produit les éléments justifiant son allégation. De fait, au regard de l'évidence spontanément attachée à certaines situations², le juge sera tenu de trancher au détriment de l'individu qui ne parviendra pas à établir qu'elles satisfont à la norme coutumière. Si telle est la caractéristique de toute notion relative, certains textes la traduisent de manière linguistique : les articles 1152, alinéa 2, et 1579 exigent que la condition d'application soit manifeste.

268. - Ainsi la charge de la preuve semble-t-elle intimement liée à son objet : puisque les faits illustrent, *a priori* et par eux-mêmes, leur corrélation au Code civil, c'est à celui qui veut combattre la prétention motivée par cette apparence d'en assumer concrètement le risque. Toutefois, alors que les notions relatives procèdent indéniablement d'une « philosophie présomptive »³, elles empruntent curieusement à la fois aux systèmes de la preuve légale et de la preuve libre⁴, c'est-à-dire à une espèce de présomption de droit facultative, selon l'expression du doyen Gény⁵ : d'un côté, le qualificatif législatif laisse accroire que la conjoncture factuelle suffit pour accéder au bénéfice de la loi ; de l'autre, les magistrats conservent pleinement leur marge d'appréciation⁶. Si ce schéma probatoire favorise la manifestation de la vérité matérielle⁷, il souligne surtout combien les notions relatives n'obligent pas la réalisation d'un idéal politique et parlementaire⁸. Si la preuve

¹ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Dalloz, 2002 (réimpression 1948), coll. Bibliothèque Dalloz, n^{os} 115 s. p. 128 s. ; *adde ibid.* n^{os} 84 s. p. 85 s., la distinction entre charge de l'allégation et charge de la preuve.

² En ce sens, J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 180, p. 38, 3^o. - Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^o 840 p. 831 & n^{os} 844-845 p. 833 s., concernant l'apparence.

³ J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, in J.-Cl. Civil, art. 1349 à 1353, fasc. 10, n^o 168 p. 47.

⁴ Comp. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n^o 114 p. 289-290, 2^o, & p. 286-287.

⁵ A propos de la loi du 16 novembre 1912 sur l'action en recherche de paternité naturelle, in *Science et technique en droit privé positif*, T. III, préc., n^o 234 p. 302 note I. - Sur la genèse et le régime de cette loi, cf. spéc. P. Nicoleau, *De la preuve judiciaire de la paternité naturelle*, thèse Droit 3^e cycle, dactyl., Bordeaux, 1984, dir. J. Hauser, 322 p.

⁶ Sur la distinction, cf. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 582 p. 553-554 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 1541 p. 573-574 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n^{os} 556 s. p. 345 s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^o 629 p. 602 s.

⁷ Rapp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 174 p. 335, relevant que le droit cherche plus à atteindre une probabilité que la vérité. - *Adde* R. Martin, *La règle de droit adéquate dans le procès civil*, préc., n^o 1 p. 163 ; X. Lagarde, *Finalités et principes du droit de la preuve*, préc., n^o 1 p. 771-772.

⁸ Comp. X. Lagarde, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, préc., p. 32 s. & p. 35-36.

incombe par essence à celui qui n'intente pas l'action, c'est parce qu'il est confronté à une situation apparemment conforme à celle présumée par la relativité législative. Comme le relève le professeur Lagarde, pareille inférence exprime avant tout des normes sociales et les jugements qui la « mettent en œuvre tirent leur légitimité de la standardisation des rapports sociaux dont ils s'inspirent »¹. Les notions relatives bouleversent donc les conceptions usuelles dans la mesure où l'issue du procès réside dans l'insuffisance probatoire du défendeur.

269. - Objet et force de la preuve ! C'est finalement la dichotomie développée par les glossateurs médiévaux au sujet de la théorie des présomptions², qui semble la mieux synthétiser la logique du risque probatoire en matière de notions relatives. Dans toute instance mettant l'une d'entre elles en jeu, le défendeur apparaît en effet tellement asservi à la flagrance de l'anormalité situationnelle, qu'il se retrouve contraint de convaincre que cette dernière respecte tout de même la part d'anomalie socialement tolérée. La relativité posée par le législateur engendre donc une véritable équipollence probatoire, en faisant jouer l'évidence factuelle comme une présomption (*Section 1*). Néanmoins, la souplesse des notions relatives requiert aussi une appréciation juridictionnelle à l'aune du contexte de l'affaire litigieuse. En conséquence, le plaideur garde l'espoir de pouvoir exploiter les circonstances factuelles, le tribalisme juridique déterminant la norme applicable à chaque notion relative : déjà au fondement de celle-ci, la coutume apparaît alors aussi comme un moyen de défense (*Section 2*).

Section I : L'évidence factuelle comme présomption

270. - C'est avec près de cinquante années de recul que Jean-Jacques Rousseau finit par admettre combien les apparences le condamnaient dans la malheureuse aventure du peigne brisé appartenant à Mademoiselle Lambercier, nonobstant l'absence de preuves corroborant directement une simple accusation, et malgré son inébranlable opiniâtreté à nier le prétendu forfait³.

¹ *Ibid.*, p. 39.

² Cf. spéc. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 13 p. 32-33.

³ *In Les confessions*, Paris, Librairie Générale Française - Gallimard, 1972-1998, coll. Le livre de poche-classiques n° 1098, T. I, livre 1^{er} p. 45 s.

271. - La doctrine juridique n'affirme rien d'autre quand elle avance que « foi est due à l'apparence »¹. Quand les circonstances laissent entrevoir qu'elles s'accordent avec les conditions légales, cet adage d'ancienne jurisprudence entraîne la prévalence d'une réalité tangible sur la vérité matérielle. Pourquoi donc sacrifier cette dernière sur l'autel de l'esthésie et trahir ainsi potentiellement les critères d'accès normaux au droit subjectif sollicité ? Analysée sous l'angle de la relativité, la réponse à cette question nécessite de dépasser les seuls besoins liés à la sécurité des conventions et à la libre circulation des richesses, pour lesquelles une coïncidence absolue entre la véridicité et l'ostensible n'est guère envisageable². En effet, alors que l'apparence est habituellement conçue comme une « situation vraisemblable en fait, mais inexacte en droit »³, elle reflète davantage ici l'idée que les faits devraient judiciairement s'imposer, sans même débattre, parce qu'ils entraînent *a priori* l'assentiment de l'esprit⁴ : la méprise fait place à la conviction ! Pierre Manent concède que « rien n'est plus difficile à définir que l'évidence, puisque précisément le propre de l'évidence est d'être immédiate (...), donc de n'avoir pas besoin de définition », en cela qu'elle filtre d'une perception « non seulement intellectuelle, mais aussi affective et pour ainsi dire sensible »⁵. De prime abord, c'est accepter de faire produire des effets de droit sur le fondement d'une donnée purement psychologique. Néanmoins, cette apparence doit forcément se teinter d'une appréciation abstraite afin que l'action en justice ne repose pas sur la seule croyance subjective du demandeur⁶ : elle se mue ainsi en flagrance, prenant un caractère ostensible⁷, c'est-à-dire perceptible de tous, comme le suggère d'ailleurs l'article

¹ *Adages du droit français*, préc., n° 141 p. 264 s. - Rappr. J.-L. Souriou, *La croyance légitime*, préc., n°s 105 s. ; H. Mazeaud, *La maxime « error communis facit jus »*, préc., spéc. p. 932, 960 et 950 s. (pour quelques exemples). - Adde B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 143 p. 59 et n°s 1502 s. p. 556 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 844-845 p. 833 s. et n° 862 p. 852-853.

² Sur quoi, spéc. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 143 p. 59 et n° 1503 p. 556.

³ *Ibid.*, n° 1502 p. 556. - Adde *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Apparence, 2 ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° Apparence.

⁴ *Ibid.*, v° Evidence ; *idem*, in *Petit Robert & Dictionnaire de la langue philosophique*.

⁵ In *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Librairie Arthème Fayard - Gallimard, 2001, coll. tel n° 332, chap. XI p. 202.

⁶ Rappr. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n°s 216 s. p. 181 s., spéc. concl. chap. 1^{er}, n° 246 p. 199-200.

⁷ Terme emprunté in P. Voirin, note sous *CA Bordeaux 10 déc. 1928 (D^{elle} de Yrigoyen c/ C^{ie} des assur. gén.)* : DP 1929, 2 p. 82. - M. Dejean de la Batie estime que la remarque vaut aussi, au moins partiellement, quand l'apparence est synonyme de simple vraisemblance, in *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 221 p. 184.

1642 du Code civil en distinguant les « vices apparents » de ceux pour lesquels la garantie est due (art. 1641)¹, ou l'article 689 différenciant les « servitudes non apparentes » (al. 2) de celles « qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs » (al. 1^{er})². En ce sens, l'évidence devient une prémisse commode dans le raisonnement judiciaire lorsque existe un environnement factuel assez difficilement sujet à dénégation. La particularité des notions relatives tient donc au fait que le demandeur n'a pas à prouver directement l'excès qualitatif légalement exigé : le juge l'induirait donc de la seule présence d'éléments basiques³. En filigrane se dessine une mesure de faveur liée au *plerumque fit*, rendant inutile la démonstration de l'élément litigieux puisque les circonstances semblent parler d'elles-mêmes⁴ : en quelque sorte, le raisonnement s'appuie sur la probabilité que les faits satisfont aux conditions légales, à cause de leur évidence. Ainsi, sans même qu'elles constituent une présomption, les notions relatives font partie de ces mécanismes qui jouent comme telle⁵ ; à l'instar de toute présomption, en effet, la relativité équivaut à un procédé technique permettant de conclure sur une situation singulière difficilement prouvable grâce aux conséquences légalement attachées à une institution, en raison d'une évidente corrélation entre les deux⁶.

272. - L'évidence démontre à elle seule le franchissement de seuils normatifs, ce qui retentit inévitablement sur l'administration de la preuve. Les faits semblent devoir s'imposer parce qu'existe dans la population le sentiment que les administrés qui sont généralement présentés au juge doivent emporter le bénéfice de la loi incluant la notion relative litigieuse⁷. Le lien avec les éléments matériel (*diuturnus usus*) et psychologique (*opinio*

¹ Cf. spéc. Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 1962 (*Cts Rouy c/ Delente et a.*) : Bull. civ. I, n° 554 p. 468. - Adde Cass. com., 15 nov. 1983 (*Sté Atroll Armaturen GmbH c/ Sté Robinetterie industrielle et a.*) : Bull. civ. IV, n° 311 p. 269-270 ; & 21 févr. 1966 (*Sté Herbert et Cie c/ Sté Mirolo et a.*) : *ibid.* III, n° 109 p. 92-93 (vente de matériel qu'il fallut détruire pour découvrir le vice).

² Cf. l'exemple de canalisations peu visibles, in Cass. 3^e civ., 21 oct. 1975 (*Bie c/ Chevallier*) : Bull. civ. III, n° 304 p. 230 s.

³ Sur la présomption comme induction, cf. F. Génay, *Science et technique en droit privé positif*, préc., t. III p. 268 note 4 ; C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, préc., t. XII, § 749, 4 ; R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 2 p. 10 s. ; J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 10 p. 7.- Contra M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, préc., t. II n° 12 note 2. - Plus nuancé, F. Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, p. 51 s.

⁴ En ce sens, R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 2 p. 11-12 & n° 4 p. 16.

⁵ Comp. à la dispense de preuve, in *ibid.*, n° 89 in limine p. 217-218, & p. 222.

⁶ Pour une définition de la présomption, cf. spéc. J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age depuis la Renaissance du Droit Romain jusqu'à la fin du XIV^e siècle*, Paris, Sirey, 1939, *Annales de l'université de Lyon* n° 5, p. 63 & 83 ; R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 1 p. 9.

⁷ Rappr. Pothier, *Obligations*, nos 843 & 849.

juris seu necessatis) de la coutume est patent¹ ! Ainsi la relativité permet-elle non seulement d'affirmer une probabilité « en se référant au cours naturel des choses », mais surtout d'anticiper la décision judiciaire par une analyse *a priori* et partielle, faute d'une connaissance suffisante de la réalité². De prime abord, les juridictions perdent toute liberté d'appréciation des moyens de preuve soumis par le demandeur puisque la logique législative suppose vérifiées les conditions d'application d'une notion relative sur la seule foi de l'apparence³ : en tant que telle, la véhémence du fait (§ 1) laisse en effet augurer la réalisation de la modalité linguistique, ainsi finalement neutralisée (§ 2).

§ I : La véhémence du fait

273. - Selon la Cour de cassation, la simple allégation du demandeur ne saurait suffire à légitimer sa prétention⁴. La relativité a beau engendrer une forme de présomption, celle-ci requiert néanmoins de partir de considérations de fait en relation avec le droit revendiqué. Autrement dit, le privilège ainsi accordé au requérant ne l'exonère pas d'apporter un minimum de renseignements : s'il n'est donc pas dispensé de toute preuve, il voit cependant son obligation considérablement édulcorée, dans la mesure où la loi estime plausible l'adéquation des circonstances factuelles aux qualités spécialement prescrites⁵. Derrière un fardeau probatoire apparemment préservé (I) se cache ainsi en réalité un objet probatoire concrètement détourné (II).

¹ Spéc. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 6 p. 17-18 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 903 s. p. 340-341 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 544-545 p. 503-504 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 206-207 p. 226 s.

² R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 115 p. 297, et concl. n° 116 p. 304-305. - Rappr. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Présomption, comme remède à une difficulté probatoire.

³ Comp. C. civ. art. 1349. - Adde R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 1 p. 9.

⁴ Cass. soc., 5 mars 1980 (*Dame Vasquez-Garcia c/ Caisse primaire centrale d'assur. Maladie de la région parisienne et a.*) : Bull. civ. IV, n° 225 p. 169-170. - Mais l'article 1353 du Code civil ne s'oppose pas à ce que les magistrats forment leur conviction sur un fait unique si celui-ci leur paraît de nature à établir la preuve nécessaire ; en ce sens, cf. Cass. 3^e civ., 28 nov. 1972 (*Epx Ackermann c/ Epx Dessinger*) : Bull. civ. III, n° 636 p. 469-470 ; & Cass. 1^{re} civ., 5 févr. 1991 : D. 1991, p. 456-457, note J. Massip.

⁵ R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 68 p. 187 et n°s 76 s. p. 196 s., ainsi que n° 90 p. 224 s. - Adde *ibid.*, n° 69 p. 188-189, la comparaison à la *prima facie evidence* des législations anglo-américaines.

I - Un fardeau probatoire apparemment préservé

274. - Toute demande en justice tend à obtenir de la juridiction compétente la satisfaction d'une revendication qui en constitue l'objet et, par ricochet, à priver l'opposant des avantages liés à sa position actuelle. Connaître lequel des deux supporte le fardeau de la preuve semble alors essentiel puisqu'il succombera en cas d'échec. Quoi qu'il fût originellement circonscrit aux droits personnels¹, l'article 1315 du Code civil préside, comme principe, à cette répartition de la charge probatoire²; la doctrine en conclut unanimement³ que le demandeur est tenu de démontrer les faits dont son action suppose l'existence⁴ au contraire de celui qui se borne à les nier⁵, sauf à ce dernier à soulever un moyen de défense dont il devra à son tour appuyer le bien-fondé⁶. Aussi équitable soit-elle au regard du trouble qu'occasionne le demandeur dans la situation de son contradicteur, cette analyse ne convainc guère lorsqu'une notion relative est en cause. A la lecture des articles 222 alinéa premier ou 372-2 du Code civil, elle laisse effectivement entrevoir les limites de sa généralisation. Le tiers est *a priori* de bonne foi, en vertu d'une interprétation généreusement extensive de l'article 2274 consacré initialement à la seule usucapion décennale⁷. Cette vertu ne disparaît-elle pas cependant, dans ces exemples, dès que le bien est prouvé appartenir indivisément aux époux ou que la banalité de l'acte effectué par un seul parent est contestée ? Le cocontractant se retrouve alors acculé à persuader qu'il n'était pas de mauvaise foi. De même, une action fondée sur les articles 1022 ou 1246 du Code civil semble suffire à mettre le débiteur en porte-à-faux quant à la qualité de la chose

¹ Sur quoi, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 628 in fine p. 602 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 481 p. 485 & n° 498 p. 497 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1525 p. 565-566 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 545 p. 339.

² Cf. spéc. J. Boulanger, *Réflexions sur le problème de la charge de la preuve* : RTD civ. 1966, p. 736 s.

³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}, préc., n° 357 ; t. 2, préc., n° 51. – C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 8, 4^e éd., § 749 p. 154-155, 3° ; t. XII, 6^e éd. par P. Esmein, § 749 p. 72-73, 8. - Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n°s 546 s. p. 339 s ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 498-499 p. 497-498 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 1525 s. p. 565 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 175 p. 336-337. - Plus nuancés, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 643 s. p. 615 s.

⁴ Cf. *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^s *Onus probandi incumbit actori & Actori incumbit probatio*.

⁵ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*.

⁶ Cf. *ibid.*, v° *Reus in excipiendo fit actor*.

⁷ Spéc. Cass. civ., 7 janv. 1861 (*Bodin c/ Genet*) : DP 1861, I p. 384, et la note.

indéterminée à délivrer¹. Ce simple constat n'équivaut assurément pas à une dispense totale de preuve de la part du demandeur, au sens où l'entend l'article 1352 alinéa premier : une simple allégation serait insuffisante, un indice objectif doit au moins soutenir la prétention². En cela, Bentham avait raison d'observer que les demandeurs ont souvent gain de cause car ils n'introduisent pas d'instance sans un minimum de fondement³.

275. - Pour emporter la conviction du juge, la décision ne peut certes pas naître *ex nihilo*. Mais une autre remarque s'évince de cette conclusion : celui qui réclame le bénéfique du droit subjectif litigieux voit son rôle considérablement modéré, dans la mesure où l'élément basique présenté à la juridiction a pour conséquence de refouler la preuve la plus complexe sur le chef de l'autre partie. En ne réclamant pas une preuve complète de la part du demandeur, la relativité équivaut à faire peser sur le défendeur une présomption qu'il lui appartient de détruire. Le droit de la consommation semble bien confirmer cette hypothèse : concernant spécialement le délit de tromperie, « s'il n'existe bien évidemment pas de présomption légale de mauvaise foi - les juges sont tenus de la constater - il existe toutefois des circonstances particulières, qui tiennent autant à la personne du vendeur ou du prestataire qu'à ses fonctions au sein de l'entreprise, qui créent une situation permettant au juge du fond de présumer, en fait, la mauvaise foi »⁴. La jurisprudence de la Chambre criminelle n'hésite d'ailleurs pas à faire prévaloir la singularité du contexte⁵. Dans le même esprit, les Chambres civiles de la Cour de cassation rappelle que, « si les clauses résolutoires s'imposent aux juges, leur application reste néanmoins subordonnée aux exigences de bonne

¹ Ces deux textes exploitent des superlatifs pour exiger que le bien soit conforme à la norme, sans pour autant fixer de critères précis.

² J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 59 p. 19. - Adde R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 105 p. 263 & n° 90 p. 224 s. (sur l'apparente contradiction entre les articles 1350 et 1352 du Code civil). - Rappr. Cass. 3^e civ., 5 mai 1975 (*Dame Hays c/ Cts Selle*), relevant que « celui qui invoque une présomption légale doit établir l'existence du fait d'où il tire cette présomption » : Bull. civ. III, n° 153 p. 116-117 ; JCP 1975, éd. G, IV, 201.

³ *Traité des preuves judiciaires*, ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham par Et. Dumont, Paris, Bossange Fr., 1823, t. second, p. 11 s., cité in C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 6^e éd. par P. Esmein, t. XII, note 81 p. 73. - Rappr. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1^{er}, n° 358, convenant que, en présence d'une présomption légale, le « plaideur n'a rien à prouver, si ce n'est qu'il est bien dans le cas prévu par la loi, et ordinairement cela résulte de faits et de circonstances qui ne sont pas contestés ».

⁴ A. Lecourt, *La loi du 1^{er} août 1905 : protection du marché ou protection du consommateur ?* : D. 2006, chron. p. 723-724 ; adde 2^e col. p. 724, sur le délit de falsification.

⁵ Cass. crim., 12 avr. 1976 (*Sicault*) : D. 1977, p. 239-240, note J.-C. Fourgoux ; 17 mars 1993 : *ibid.* 1993, inf. rap. p. 144 ; & 17 janv. 1996 : Rev. sc. crim. 1997, p. 127-128 n° 3, note A. Giudicelli.

foi, par application de l'article 1134 du Code civil »¹. Ce manquement à l'obligation contractuelle de loyauté est pareillement envisagé contre l'employeur qui cesse d'octroyer à une salariée un avantage pour son transport², la haute juridiction affirmant au surplus que l'employé n'a pas à démontrer que la mesure litigieuse a été prise pour des raisons étrangères à l'intérêt de la société³. En somme, l'absence du résultat escompté suffit au demandeur pour fonder son allégation. Un tel allègement du fardeau probatoire apparaît d'autant plus bienveillant s'il est mis en regard de l'adage « *idem est non esse aut non probari* »⁴, étant donné surtout que la qualité légalement requise à travers une notion relative relève de nuances assez délicates à décrire de manière objective et directe⁵. De fait, ce serait pour le moins paradoxal que le demandeur ne triomphe pas alors que l'apparence plaide en sa faveur⁶. Sans doute le défendeur n'est-il pas solitaire pour convaincre le juge ! Mais le demandeur reste-t-il vraiment celui qui est sanctionné en cas d'échec⁷ ? En réalité, le schéma probatoire classique n'apparaît pas viscéralement bouleversé par la relativité : elle n'implique pas que le demandeur soit cru sur sa seule prétention, mais l'administration de sa preuve en est tellement facilitée et réduite, comparativement à la propriété expressément prescrite par le Code civil, qu'elle conduit à faire de la contestation de l'adversaire le cœur du débat judiciaire ; elle renverse ainsi le fardeau probatoire en déplaçant l'objet de la preuve vers l'élément le plus difficile à étayer⁸. Comme le remarquait le doyen Carbonnier, « les

¹ Cass. 1^{re} civ., 14 mars 1956 (*Epx Bernard c/ Epx Roulet*) : Bull. civ. I, n° 133 p. 107-108. - Cass. 3^e civ., 6 juin 1984 (*SCI Metz Woippy c/ Sté d'étude et de financement hôteliers Chaîne des hôtels Mercure*) : Bull. civ. III, n° 111 p. 88-89 ; & 27 mai 1987 (*Mme Lherm c/ Epx Levasseur et a.*) : *ibid.*, n° 108 p. 63-64.

² Cass. soc., 10 mai 2006 (*M^{elle} Lucas c/ Sté Gecoma*) : D. 2006, inf. rap. p. 1482 ; *ibid.* 2007, pan. p. 179-180, obs. A. Jeammaud ; Dr. soc. 2006, p. 803 s., obs. J. Savatier.

³ Cass. soc., 23 févr. 2005 (*Fort Cros c/ Sanchez & Sté Leviel c/ Mme Caulier*) : Bull. civ. V, n° 64 p. 56-57 ; D. 2005, p. 1678 s., note H. Kobina Gaba ; *ibid.*, pan p. 2502, B, obs. J. Pélissier ; RTD civ. 2005, p. 395 n° 9, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁴ Adages du droit français, préc., n° 161 p. 312 s. ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Idem est non esse et non probari*. - F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 479 p. 484.

⁵ J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 175 p. 337, et n° 179, b p. 345, sur l'imputation du risque. - Rapp. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 49 ; & t. 1^{er}, n° 358 (plus spécifiquement sur le rôle des présomptions).

⁶ Rapp. Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 548 p. 340. - Comp. Adages du droit français, préc., n°9 p. 15-16 ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Actore non probante, reus absolvitur*.

⁷ Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 503-504 p. 501 s., sur l'évolution du principe en matière de charge de la preuve.

⁸ Comp. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 644 p. 615-616, spéc. note 68.

présomptions légales ne sont parfois qu'implicites dans la loi » et « doivent s'induire de la preuve qu'elle met à la charge d'un demandeur »¹.

II - Un objet probatoire concrètement détourné

276. - Dès l'instant qu'une notion relative sert de fondement dans une procédure, les juridictions ont assez largement tendance à induire la correspondance à la norme à partir de la simple prétention en demande, laissant ainsi le défendeur dans l'obligation de faire la preuve inverse. En matière de libéralités, néanmoins, la Cour de cassation affirme avec constance la validité de principe des clauses portant atteinte au droit au mariage², en sorte que la preuve de l'illicéité pour contrariété aux mœurs pèse sur celui qui l'invoque³ ; la contrainte que les conditions de cette nature exercent sur la liberté matrimoniale⁴ du gratifié conduit la doctrine à appeler de ses vœux un revirement⁵. Cette interprétation pourrait d'ailleurs s'autoriser d'autres disciplines dans lesquelles la haute juridiction a su faire évoluer la jurisprudence en ce sens, lorsqu'une liberté fondamentale est mise à mal par une stipulation contractuelle : en droit social, notamment, la clause de non-concurrence est nulle par principe, en tant qu'elle préjudicie à la liberté de travailler, sauf si l'employeur explique - entre autres conditions - qu'elle se justifie par les « intérêts légitimes » de l'entreprise⁶. Plus globalement, le constat de certains effets suscite bien

¹ In *Introduction*, préc., n° 175 in fine p. 338.

² *Cass. civ.*, 22 déc. 1896 (*Houdard et Drouet c/ V^e Fauquet*), pour la clause de viduité : DP 1898, I p. 537 s., concl. Desjardins. - En dernier lieu, cf. *Cass. I^{re} civ.* 13 déc. 2005 (*Mme Garel c/ Bebin et a.*), pour la clause de non-remariage : Bull. civ. I, n° 491, p. 413-414 ; Petites affiches 1^{er}-2 mai 2006 n° 86, note G. Yildirim ; RJPF 2006-4/42, obs. J. Casey ; Defrénois 2006, art. 38396, p. 836, note N. Peterka.

³ En ce sens, *Cass. civ.*, 22 déc. 1896, préc., p. .

⁴ Proclamé in Décl. univ. dr. Homme, art. 16, & Conv. EDH, art. 12. - Adde *Cons. const.*, 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC : JO 18 août 1993, p. 11722 s., sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France ; & 20 nov. 2003, déc. n° 2003-484 DC : JO 27 nov. 2003, p. 20154, sur la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

⁵ M. Grimaldi, *Libéralités - Partages d'ascendants*, n° 1204. - Plus radical encore, A. Huet, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques* : RTD civ. 1967, n° 10 p. 55 & n°s 13 s. p. 59 s., estimant qu'elles sont nulles en raison de leur objet, sans que l'étude de leur cause ne puisse rien y changer. - *Contra CA Rennes*, 14 févr. 1972 (*Beaujouan c/ Dame Rocher*) : JCP 1975, éd. G, II, 17934, obs. A. Bénabent ; D. 1976, p. 185 s., note J.-F. Vouin.

⁶ *Cass. soc.*, 14 mai 1992 (*Godissart c/ Soulhiol*) : D. 1992, p. 350-351, note Y. Serra ; & 19 nov. 1996 (*Martinez c/ Sté Autoservice 34*) : Bull. civ. V, n° 392 p. 280-281 ; Dr. soc. 1997, p. 95, obs. G. Couturier.

souvent à lui seul leur propre cause¹, l'anormalité d'une situation faisant présumer le manquement à un impératif préexistant² ! Cet état d'esprit guide le droit germanique qui présume désormais la faute en cas d'irrespect d'une obligation³. Une telle défiance renverse aussi la charge de la preuve de l'élément intentionnel dans le délit de contrefaçon (C. propr. intell., art. L. 335-2), que la Chambre criminelle assortit d'une présomption de mauvaise foi depuis la fin du XIX^e siècle⁴ : le prévenu désireux de se dégager de sa responsabilité pénale, malgré la matérialité des faits, devra établir sa bonne foi, et notamment qu'il a commis une erreur⁵. Dans l'affaire *Epoux Alessandri*, la cour d'appel de Bastia avait refusé d'homologuer le changement de régime matrimonial parce que l'attribution de la communauté à l'épouse survivante devait être considérée comme contraire à l'intérêt familial⁶. Quant aux troubles anormaux de voisinage, c'est bien l'inconfort de l'entourage qui focalise l'attention des juges et se substitue à la manifestation d'un abus de droit⁷. De même, dans différents arrêts, la première Chambre civile estime que la survenance d'un incendie sur un bien témoigne de la gravité du vice de construction⁸. La responsabilité du fait des choses, en vertu du premier alinéa de l'article 1384, fournit sans doute l'exemple le plus topique : tandis que la Cour de cassation affirmait de manière solennelle en 1995 qu'« une chose inerte ne peut être l'instrument du dommage si la preuve qu'elle occupait une position anormale (...) n'est pas

¹ Rapp. D. Thouvenin, note sous *Cass. 1^{re} civ. 29 juin 1999 (2^e esp.)* : D. 1999, p. 562 (2^e col.), à propos de la responsabilité médicale.

² Comp. le lien entre illicéité et sanction chez Kelsen, in P. Dubouchet, *La théorie pure du droit de Kelsen et la logique*, préc., p. 740 : alors que, pour la théorie classique, un acte est sanctionné en raison de son illicéité, Kelsen prétend, dans une perspective positiviste, qu'il est illicite parce que sanctionné. - Adde l'incidence d'une technicisation de la société, in Th. Ivainer, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique* : JCP 1972, éd. G, I, 2495, spéc. nos 10 s. & n° 33 (sur la redéfinition du bon père de famille).

³ Cf. spéc. M. Schley, *La grande réforme du droit des obligations en Allemagne* : D. 2002, chron. p. 1739, II.

⁴ *Cass. crim., 11 avr. 1889 et 13 mars 1890* : Ann. propr. ind. 1892, p. 189-190 ; & *1^{er} févr. 1912* : Gaz. Pal. 1912, I, p. 437. - Pour la contrefaçon par reproduction, cf. *Cass. crim., 12 juin 1976 (Vanci)* : Bull. crim., n° 209 p. 545 s. ; & par représentation, cf. *Cass. crim., 5 mai 1981* : RIDA janv. 1982, p. 179. - Sur quoi, P. Bouzat, *La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon littéraire et artistique* : RIDA juill. 1972, p. 171.

⁵ *Cass. crim., 12 févr. 1969 (Garret c/ Robert-Houdin)* : Bull. crim., n° 72 p. 177 s. ; D. 1969, p. 296-297, et la note.

⁶ In *Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1976*, préc., spéc. Bull. civ. I, n° 4 p. 5.

⁷ *Cass. 3^e civ., 11 févr. 1998 (Epx Lang c/ Mme Porre)* : Bull. civ. III, n° 34 p. 24-25 ; D. 1999, p. 529 s., note S. Beaugendre, spéc. note 9 p. 530. - Adde *Cass. 3^e civ., 30 juin 1998 (SA Intrafor c/ Chaudouet et a.)* : *ibid.* 1998, inf. rap. p. 220.

⁸ *Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1992 (Sté Fiat Géotech France c/ Sté Legeay Père et Fils et a.)* : Bull. civ. I, n° 303 p. 198-199 ; & *11 févr. 1997 (Gourchon et a. c/ Régie nationale des usines Renault et a.)* : D. 1997, p. 535-536, note Cl. Mouloungui.

rapportée »¹, une autre décision plus récente vient implicitement présumer cette anomalie en admettant que la seule intervention matérielle de la chose établit son rôle causal². Déjà, à la veille de la seconde guerre mondiale, la Chambre civile retenait que la chose inanimée devait être la cause du préjudice ; mais, du moment où il était établi qu'elle avait contribué à la réalisation du dommage, elle était présumée en être la cause génératrice, sauf au gardien à apporter la preuve contraire³. Pareille induction prétorienne n'est toutefois pas propre au droit civil : le Tribunal de grande Instance de Lyon, dans un jugement correctionnel du 26 septembre 1996, décidait, sur le fondement de l'article 121-3 du Code pénal, que « le dirigeant d'une entreprise, en justifiant de l'accomplissement des diligences normales que la situation requérait, s'exonère de sa responsabilité découlant du manquement à l'obligation de sécurité qui lui est reproché »⁴. En droit pénal toujours, non plus au plan de la présomption de faute mais dans l'appréciation d'un éventuel dommage, la Chambre criminelle conclut à la gravité nécessaire des conséquences d'un comportement routier, puisque ce dernier constitue une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité⁵. En matière administrative, un défaut d'entretien normal est également présumé au bénéfice de l'administré en cas d'accident sur un ouvrage public⁶. Dans ce domaine, le plus symptomatique reste l'appréciation de la faute lourde dans le service public de la justice ; en l'absence de définition législative, l'article L. 141-1 alinéa premier et l'article 141-3 alinéa 1^{er} (1^o) du Code de l'organisation judiciaire est compris de plus en plus libéralement, dans l'indéniable intérêt des usagers : initialement, l'interprétation de cette faute lourde engendrait l'irresponsabilité de principe de l'Etat⁷, mais elle s'identifie

¹ Cass. 2^e civ., 11 janv. 1995 (*C^{ie} Groupama et a. c/ Gilles et a.*) : Bull. civ. II, n^o 18 p. 10-11.

² Cass. 2^e civ., 15 juin 2000 (*Liebrand et a. c/ GIE Centre commercial Chamnord et a.*) : Bull. civ. II, n^o 103 p. 70-71 ; D. 2001, p. 886 s., note G. Blanc ; JCP 2000, éd. G, I, 280 n^o 21 p. 2288, obs. G. Viney ; RTD civ. 2000, p. 849-850 n^o 5, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. assur. 2000, comm. 292, note H. Groutel. - Comp. Cass. 2^e civ., 25 oct. 2001 (*Mme Taieb c/ Aubert*) : D. 2002, p. 1450 s., note C. Prat.

³ Cass. civ., 9 juin 1939 (*V^{ie} Emoney c/ Monge*) : DH 1939, p. 449 et les obs.

⁴ D. 1997, p. 200 s., note critique H. Seillan, spéc. p. 202 (1^{re} col.).

⁵ Cass. crim., 12 mars 1997 : *ibid.*, inf. rap. p. 151.

⁶ Sur quoi, cf. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, n^o 732 p. 699 et les réf. ; A. de Laubadère, J.-Cl. Vénézia et Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. I, n^o 1278 p. 928, & n^o 1288 p. 938.

⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 : Bull. civ. I, n^o 202 p. 144-145. - CA Paris, 1^{er} avr. 1994 (*Sté SA 2000 c/ Agent jud. Trésor*) : D. 1994, inf. rap. p. 125.

désormais à la simple inefficacité de la police judiciaire¹. Cependant, un tel mode de raisonnement aboutit parfois à quelque paradoxe : quel critère peut encore permettre de moduler une clause pénale dans le cas où celle-ci serait « manifestement excessive ou dérisoire » (C. civ., art. 1152 al. 2), quand la troisième Chambre civile décide qu'elle doit s'appliquer du seul fait de l'inexécution d'une convention² ? De plus, la Cour de cassation confondait conservation du niveau de vie antérieur et exposition au dénuement, lorsqu'elle approuvait un tribunal d'ouvrir une curatelle pour prodigalité, au motif que la cession d'actifs immobiliers risquait de réduire les ressources du majeur à ses seules pensions de retraite, sans vérifier l'éventualité de conséquences graves au regard de dépenses excessives³. Malgré la pétition de principe doctrinale, la mise en œuvre des notions relatives semble donc jouer quelque peu les trublions dans la théorie classique du fardeau probatoire. Pour autant, elles ne sauraient apparaître comme une exception isolée, tant le Code civil renferme lui-même de nombreux aménagements. Ainsi, en optant pour un système de preuve légale (art. 1319 et 1341), le Parlement étend-il à l'extrême l'idée de fait pertinent ; il force davantage encore l'appréciation judiciaire quand il use d'expressions confinant à la règle de fond⁴, voire interdisant la preuve contraire (art. 1908⁵), essentiellement d'ailleurs dans un souci de cohésion avec d'autres dispositions du Code civil⁶, plus spécialement lorsque existe pour les

¹ Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005 (*Agent jud. Trésor et a. c/ Epx Girodie*) : Bull. civ. I, n° 42 p. 33-34 ; D. 2006, pan. p. 617-618, I, obs. J. Pradel. - Arrêt prolongeant Cass. ass. plén., 23 févr. 2001 (*Cts Bolle-Laroche c/ Agent jud. Trésor*) : Bull. ass. plén., n° 5 p. 10-11 ; D. 2001, p. 1752 s., note Ch. Debbasch ; JCP 2001 éd. G, I, 346 p. 1674, obs. A. Maron ; *ibid.*, 362 p. 2095, obs. L. Cadiet ; Dr. et patrimoine juill.-août 2001, p. 107, obs. F. Chabas ; Dr. pén. 2001, p. 22-23, note A. Maron. - Concernant cette dernière décision, le professeur Menuret remarque que la faute lourde correspond « soit à un manquement caractérisé à une obligation essentielle de la fonction de juger, soit à un comportement imputable à cette dernière et se traduisant par un résultat désastreux pour la victime » : JCP 2001, éd. G, II, 10583, p. 1630 (1^{re} col.).

² Cass. 3^e civ., 20 déc. 2006 (*Epx Dupont c/ Sté Omhover Grimmer*) : D. 2007, act. jur. p. 371, et la note. - Si la haute juridiction avait déjà retenu que son montant n'est pas nécessairement égal à celui du préjudice (*Cass. com.*, 29 janv. 1991, *SA Rodimod et a. c/ SA Anett services* : *ibid.* 1991, inf. rap. p. 51), elle convenait que les juges du fond pouvaient valablement supprimer la peine lorsque le créancier ne subit aucun tort (*Cass. com.*, 16 juill. 1991, *Sté Brasserie Sébastien Artois c/ Epx Cauchard* : *ibid.* 1992, p. 365, note D. Mazeaud).

³ Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 1995 (*X c/ Cts X*) : D. 1997, p. 22 s., note critique B. Fillion-Dufouleur, spéc. n° 16 p. 25.

⁴ Art. 653 (présomption de mitoyenneté des murs servant de séparation entre fonds) ; 1758 et 1759, & 1774, sur la durée des baux spéciaux. - Adde le renversement de la charge probatoire par l'établissement d'une liste de clauses abusives, in J. Ghestin et I. Marchessaux-Van Melle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives*, préc., n°s 55-56 p. 46-47.

⁵ Concernant la présomption de paiement du prêt à intérêt par remise d'une quittance. - Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1980 (*SA Dulis et C^e et a. c/ Dame Caquereau*) : Bull. n° 40 p. 33.

⁶ Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 39 p. 87-88, à propos du prêt à intérêt.

personnes la tentation de contourner certaines règles¹. Cette même cohérence préside à la composition de la communauté conjugale : le caractère forcément équivoque de la possession d'un époux (au regard de l'article 2276 al. 1^{er}) autant que l'intérêt du ménage (art. 1387 *a contrario* et 1401²) conduisent à réputer acquêt tout bien meuble ou immeuble ; en conséquence, selon un arrêt du 24 novembre 1976, « il incombe à l'épouse qui soutient que la masse commune comporte d'autres biens que ceux dont l'existence a été constatée après la dissolution de la communauté, d'établir le bien-fondé de sa prétention »³. Dans un esprit similaire, la jurisprudence a pu chercher à faire disposer du droit de propriété « de la manière la plus absolue » (art. 544), en présumant celle-ci libre de toute servitude⁴. Ce sont plus sobrement les habitudes de la vie quotidienne qui avaient amené la Cour de cassation à reconnaître dans les anciens articles 2271 à 2273 du Code civil une présomption de paiement⁵, sorte de peine contre le créancier négligent, ce qui explique que la prescription courait même contre les incapables (art. 2278 ancien⁶). Sur un plan davantage technique, c'est bien parce que l'introduction d'une instance nuit naturellement à la bonne foi que le législateur est contraint de présumer celle-ci en raison des difficultés à en prouver la vigueur⁷.

277. - En raison de leur gradualité, les notions relatives exercent manifestement une influence sur les juridictions quant à l'administration de la preuve : le Code civil ne prédéterminant pas quels éléments agréent au qualificatif légal, ils jouissent pleinement de leur intime conviction ; aucun adminicule n'y étant parfaitement adéquat, c'est

¹ Cf. la présomption d'interposition de personne, *in art. 911 al. 2 ancien*, & *Cass. civ., 22 janv. 1884 (Cts Perin c/ Taureau et a.)* : DP 1884, I p. 117-118. - Sur la présomption de gratuité instituée par l'article 918, cf. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 47 p. 103 s. ; & *Cass. civ., 28 déc. 1937 (D^{elle} Perez c/ D^{elles} Perez)* : DP 1940, I p. 41 s., note G. Holleaux.

² R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 65 p. 712 s.

³ *Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1976 (Dame Jalabert c/ Jardillier)* : Bull. civ. I, n° 367 p. 289-290 ; la haute juridiction ajoute que la cour d'appel de Montpellier n'a pas fondé « sa décision sur un motif hypothétique en déclarant la version d'une partie plus vraisemblable que celle de son adversaire qui avait la charge de la preuve ».

⁴ R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 70 p. 190-191.

⁵ *Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 1991 (Epx Graner c/ Garage 2000)* : RTD civ. 1991, p. 746 n° 12, obs. J. Mestre ; JCP 1992, éd. G, II, 21863, note E. du Rusquec ; *Contrats, conc., consom. avr. 1991*, n° 75, note L. Leveneur.

⁶ *Comp. les exceptions au cours ou à la suspension de la prescription, in art. 2235.*

⁷ Art. 550 (sur le droit d'accession) & 2268 (en matière de prescription). - *Cass. 3^e civ., 27 nov. 2002 (Sté Pétroles Shell c/ SCI Petit Martigny et a.)* : Bull. civ. III, n° 244 ; *Petites affiches 6 mars 2003 n°47*, p. 20 s., note O. Abram.

l'apparence qui prend naturellement le pas¹. Ceci rappelle quelque peu l'article 1353 : « les présomptions (...) sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes (...) ». Comme le concède le professeur Terré, « celui qui se réclame d'une situation normale n'a pas à rapporter la preuve de son existence », soit parce qu'elle a duré jusque là sans susciter de réactions négatives, soit parce qu'elle s'apparente au *plerumque fit*, auxquels cas elle doit être maintenue tant que n'est pas prouvée une excessive anomalie². Par conséquent, l'apport au soutien de la demande d'un faisceau d'éléments rendant probable la qualité légalement attendue emportera l'adhésion : la relativité démasque ainsi un cas dans lequel un indice devient obligatoire pour le juge, indépendamment de l'intervention du législateur, ce qui pose incidemment la question du besoin d'un texte pour instaurer une présomption³, conformément à ce que laisse entendre l'article 1350 du Code civil. En somme, la norme est avérée dès que le litige est soumis au prétoire⁴, si bien que la preuve ne porte plus que sur la relativité⁵ : son objet devient alors la destruction de l'évidence⁶. Force est cependant de convenir que prouver le contraire de cette dernière est impossible, le défendeur ne pouvant donc que tendre à l'amoindrir en la mettant en rapport avec la norme coutumière, soit pour montrer que son attitude est tolérable, soit que celle de son adversaire ne correspond guère à ce dont la société s'accommode. Ainsi se trouve mis en exergue un déplacement de l'objet de la preuve qui allège d'autant le fardeau du demandeur, alors dispensé de faire une preuve directe plutôt malaisée⁷. Au fond, la relativité décline le droit à la preuve, en cela que chaque

¹ Comp. D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1104, spéc. note 164.

² In *Introduction générale au droit*, préc., n° 502 p. 500-501.

³ Sur quoi, cf. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 115 p. 296-297, 2°, et plus encore p. 299 s., 3° ; rappr. n° 114 p. 292. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 175 in fine p. 338.

⁴ Comp. CA Paris, 9 janv. 2001 (*Mme Corjux c/ Sté Mardev*) : où le comportement du salarié est qualifié de faute lourde en raison du seul caractère abusif de la grève : D. 2001, inf. rap. p. 594-595, et la note.

⁵ Rappr. J.-Ph. Théron, *Responsabilité pour troubles anormaux de voisinage en droit public et en droit privé*, préc., n°s 35 & 39.

⁶ Rappr. en ce sens F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, préc., t. 3, n° 231 p. 271 s.

⁷ Sur un détournement de l'objet de la preuve plus qu'un renversement de la charge probatoire, rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 90, 2° p. 226-227 & n° 93, 3° p. 232-233 ; M. Oudin, *Preuve - Charge de la preuve*, préc., n° 7 p. 4. - Adde V. Thomas, note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998 (*SARL Clinique Belledonne et a. c/ Mme Jallamion et a.*) : D. 1999, p. 655 n°s 5 & 8. - Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n°s 554 s. p. 558 s.

plaideur garde toujours la faculté de démontrer ce qu'il avance en sa faveur¹ ; elle cautionne surtout le passage d'un système probatoire légal, abstrait et intellectuel, à un régime judiciaire plus substantiel, axé sur l'idée de normalité². Si, longtemps, les présomptions reposaient sur une raison causale (due à la difficulté de prouver immédiatement), elles sont désormais finalistes (pour faciliter le bénéfice de la loi). Les notions relatives se calquent sur ce second aspect, dans la mesure où le demandeur bénéficie aisément de sa revendication ; mais elles n'ignorent pas le premier, puisque l'excès qualitatif légalement attendu est difficilement prouvable.

§ 2 : La modalité linguistique neutralisée

278. - Sans doute convient-il, à la suite de Merlin, de dissocier la présomption *stricto sensu* et l'indice ou la conjecture : tenir pour vrai (*sumit pro vero*) avant d'en avoir la preuve immédiate (*prae id est ante quam aliunde probatur*) se distingue, en effet, non seulement du signe particulier permettant quelque identification, mais aussi de l'extrapolation résultant de la vérité d'un fait par le raisonnement³. De fait, à la différence d'une présomption classique - telle qu'entendue généralement dans le Code civil -, le problème posé par la relativité ne tient pas tant à la difficulté de prouver directement une situation qu'à la force avec laquelle celle-ci s'impose : par son action en justice, le plaideur signifie spontanément qu'il estime sa demande légitime, bien fondée. C'est alors implicitement admettre que les faits soumis au prétoire requièrent infailliblement la sanction de celui-ci. Aussi le demandeur se retrouve-t-il concrètement déchargé du fardeau probatoire par le seul effet de la linguistique juridique. Curieusement, d'ailleurs, cette dernière joue deux rôles quasiment antinomiques : elle implique une propriété si subtile à établir qu'elle ne peut être que supposée⁴, ce qui n'est point sans rappeler les présomptions

¹ Cf. spéc. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1515 *in limine* p. 562, & n° 1525 p. 565-566 ; G. Goubeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, p. 277 s., spéc. n° 19 s. p. 294 s.

² Comp. l'incise in M. Rotondi, *Considérations en « fait » et en « droit »* : RTD civ. 1977, p. 9 n° 6, sur l'erreur de langage consistant à dire que la charge de la preuve est attribuée au demandeur. - Adde C. proc. civ., art. 9 ; Ch. Larroumet, *Introduction à l'étude du droit privé*, préc., n° 549 *in fine* p. 342 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1526 p. 566-567.

³ M. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 2^e col. p. 12 (pour les présomption et indice) et 1^{re} col. p. 13 (concernant la conjecture).

⁴ Rapp. J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 3 *in fine* p. 5, sur l'idée de spéculation.

violentes ou véhémentes du Moyen Age¹. D'une cause : le qualificatif légal (I), découle logiquement une conséquence : la simplification de la preuve (II).

I - Une cause : le qualificatif légal

279. - Si les notions relatives achoppent à l'esprit positiviste, cela ne tient pas tant à leur spécificité linguistique qu'à l'absence de critères objectifs explicites pour en déterminer l'application. A cause de cette imprécision technique, elles empêchent d'effectuer commodément la preuve directe de la qualité litigieuse. Malgré l'incertitude devant laquelle il se trouve, le juge ne peut pourtant se complaire dans le doute et doit trancher le débat : quand bien même il n'est pas en état de décider à l'aune de moyens factuels en indubitable adéquation avec le Code civil, son appréciation ne saurait reposer sur de vagues soupçons² et elle ne peut donc conserver sa pleine légitimité qu'en vertu de la norme dont chaque notion relative s'inspire implicitement. Par là se manifeste un trait marquant des présomptions au point de vue psychologique : appartenant au droit objectif, les notions relatives imposent une sanction, tandis que le respect de la norme reste mal connu ; le Code civil constitue ainsi une anticipation du jugement, puisqu'il use alors de l'idée de probabilité au regard du cours habituel des choses³. Se fait alors jour une étroite imbrication entre relativité et mécanisme de présomption⁴, ce qui fait craindre de devoir immanquablement passer par des moyens de preuve qui ne sont pas en corrélation naturelle avec la règle de droit (et qui ne font que s'en approcher plus ou moins). Pour pallier cet écueil, l'esprit est spontanément enclin à confronter une espèce singulière à des situations comparables. En renvoyant au comportement social le plus répandu (*ex eo quod plerumque fit*), les notions relatives limiteraient alors la preuve incombant au demandeur à ce qui est nécessaire pour que sa prétention paraisse valable ; en fin de compte, elles auraient pour effet de ne pas exiger de lui la démonstration que la créance judiciairement réclamée est certaine, mais

¹ J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves*, préc., p. 65. - Adde les critiques in R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 14 p. 34.

² Rappr. J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age*, préc., p. 129-130, à propos des présomptions téméraires.

³ Comp. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., nos 9-10 p. 24 s.

⁴ Cf. un exemple symptomatique concernant la bonne foi des tiers pour les actes usuels de l'autorité parentale (C. civ., art. 372-2), in *CE 8 févr. 1999* : D. 2000, somm. p. 161-162, obs. F. Vauvillé, spéc. p. 162, 1^{re} col. in *fine* et 2^e col. ; Dr. fam. avr. 1999 n° 4, comm. 40, P. Murat ; RJP 1999-3/38, A.-M. Blanc ; Petites affiches 3 sept. 1999 n° 176, p. 12-13, note J. Massip ; Defrénois 1999, art. 37031, n° 68 p. 944-945, note J. Massip.

qu'elle est seulement vraisemblable¹. C'est là cependant réduire la force de la relativité législative à une banale méthode probatoire ; plus encore, ce qui forme le comportement le plus couramment constaté n'est jamais susceptible de s'acquitter de ce que le Code civil réclame comme qualité. Toutefois, les habitudes sociales n'y sont pas totalement étrangères ; bien au contraire, les notions relatives s'y réfèrent afin d'en commander le dépassement². Elles semblent ainsi côtoyer la règle de fond : la décision que prend le législateur en présupposant la réalité inconnue des faits s'identifie avec la règle de droit et contribue à forger le caractère obligatoire des notions relatives³. Or, en dépit de l'indétermination du Code civil, le justiciable n'agit certainement pas sans croire à la légitimité de sa demande : il en a une connaissance intuitive, puisqu'il contribue lui-même à l'élaboration de la coutume ; il a incontestablement conscience que la situation excède la moyenne socialement admise⁴. L'intérêt de la relativité semble donc pouvoir se définir par son but : abonner les rapports sociaux tout en se fondant sur eux, mais en excluant quelque uniformité *a minima*. Faute pour les juridictions d'obtenir des éléments matériels exactement conformes à la qualité légale, elles doivent ainsi convenir que la prétention insinue un minimum de bien-fondé : la demande se mue alors tacitement en évidence probatoire⁵. Opposer une telle présomption à l'un des plaideurs revient à lui signifier l'obligation de discuter la valeur des faits. Cette conclusion amène à considérer que les notions relatives participent à la fois des présomptions légales et de l'indice : d'un côté, le législateur ne préjuge pas de la réalité des faits et laisse entière la souveraineté d'appréciation prétorienne ; de l'autre, néanmoins, le raisonnement opéré par le juge va largement au-delà des conditions restrictives de l'article

¹ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Plerumque fit.* - Adde M. Oudin, *Preuve - Charge de la preuve*, préc., n° 5 p. 4. - Comp. les présomptions probables, in J. Ph. Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen-Age*, préc., p. 106 s., spéc. I p. 109.

² Sur la légitimation des décisions de justice par la standardisation des rapports sociaux, cf. X. Lagarde, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, préc., concl. p. 38-39.

³ Cf. *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Fond*, I 3. - Comp. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, préc., t. III, n°s 239 s. p. 356 s. ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1935, p. 267 & 270.

⁴ Le prénom ou le nom de famille sont trop ridicules (art. 60 & 61), l'absence de « relations nécessaires au maintien de liens affectifs » manifeste l'abandon d'enfant (art. 350 al. et 1^{er}), les nuisances du voisinage sont vraiment inacceptables...

⁵ Rapp. *Petit Robert*, préc., v° *Evidence* ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° *Evidence*, B. - Comp. les *circumstantial evidences* d'outre-Manche, in R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 5 p. 19 : « les indices ne font nullement preuve par eux-mêmes, puisqu'ils n'ont pas été constitués à cette fin. C'est le raisonnement, la présomption du magistrat qui leur confère une certaine valeur probante. La preuve est alors dans une certaine mesure l'œuvre du juge ». - Adde J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n°s 122 s. p. 35 s., sur les « présomptions jurisprudentielles ».

1353 et découle directement de la linguistique utilisée dans le Code civil¹, mais en s'appuyant plus ou moins sur le critère de gravité attaché aux présomptions de l'homme. Reste tout de même à souligner que la sanction judiciaire dépend davantage de la pertinence de la défense que de celle de l'adminicule offert en demande. En définitive, la norme de référence fondant les notions relatives tient moins de la moyenne des comportements sociaux que de l'évidence ; en recourant à la relativité, le Parlement force donc la portée de l'indice fourni au juge².

II - Une conséquence : la simplification de la preuve

280. - Comme le relève Monsieur Decottignies³, le législateur peut infléchir de deux manières l'administration de la preuve : soit en prohibant certains modes (tel est le cas du témoignage dans l'article 1341 pour la preuve des conventions) ; soit en contraignant les magistrats à conférer à d'autres modes une certaine force. Les notions relatives entrent dans cette seconde catégorie, en créant au profit du demandeur une situation privilégiée. Cette empreinte légaliste laisse néanmoins dubitatif au plan de l'efficacité de la règle de droit, étant donné que le rôle d'une présomption est de ne rendre que plausible l'existence des conditions législatives d'accès à un droit subjectif. Mais la relativité revêt aussi, au moins du point de vue logique, les atours des présomptions de l'homme. A ce titre, elle devrait nécessiter un ensemble de données « graves, précises et concordantes » (art. 1353). Or, la connaissance empirique de la coutume, associée à la difficulté de justifier la qualité exigée, fait que c'est quasiment sur la seule demande que le juge induit la violation ou le respect de la norme référentielle. Que devient alors la confiance accordée « aux lumières et à la prudence du magistrat » (art. 1353) ? De fait, prétendre démontrer une propriété éminemment subjective par la multiplication d'éléments objectifs tient de l'antinomie ; par ricochet, les juridictions sont dans l'incapacité de préciser en quoi cette quantité matérielle correspondrait à la qualité légale requise. Aussi doctrine et jurisprudence admettent-elles

¹ Sur la possibilité de présomptions en dehors de tout texte, cf. J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., nos 141 s. p. 40 s. & nos 122 s. p. 35 s. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 175 p. 338.

² Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 114 p. 289, 2°.

³ *In ibid.*, n° 6 p. 20-21.

qu'un unique indice suffise pour fonder une présomption¹, ce que reflétait déjà un dahir marocain en 1913 en disposant que « le juge ne doit admettre que les présomptions graves et précises, ou bien nombreuses et concordantes »². Seulement, cette remarque condamnerait à considérer que l'indice n'a aucune force probante en lui-même ; celle qui lui est attachée suppose l'intervention primordiale du juge³. Serait alors directement mise en cause l'objectivité d'un fait qui nécessiterait son appréciation pour obtenir quelque valeur judiciaire⁴ ! Au contraire, si les faits ne peuvent mentir sur leur réalité et emportent ainsi la conviction du juge, c'est que leur portée juridique est flagrante. La prétendue subjectivité prétorienne se résume alors à constater que l'élément litigieux coïncide avec la coutume et vaut mieux que les simples usages sociaux⁵. Cette heureuse objectivation de la preuve n'annonce pas pour autant que l'appréciation *in concreto* disparaisse : elle repose seulement sur une évidence sensible⁶ ; le bénéfice de la situation ainsi créée dispense en quelque sorte le demandeur de plus amples détails et transfère finalement le risque de l'anormalité sur le débiteur. Cette remarque ne doit pas pour autant alarmer car, comme l'écrivait le doyen Ripert, présumer une faute, c'est tout de même demeurer fidèle à la règle que la responsabilité naît de l'action coupable⁷. Ceci équivaut surtout à simplifier la démonstration prouvant que les conditions légales particulières sont remplies. Face à l'imprécision de ces

¹ En ce sens, H., L. & J. Mazeaud et F. Chabas, *Introduction à l'étude du droit*, n° 435 p. 596 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1638 p. 609 ; J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, bibl. dr. privé t. LXV, préface R. Perrot, n° 344 p. 371. - *Cass. 3^e civ.*, 28 nov. 1972 (*Epx Ackermann c/ Epx Dessinger*) : *Bull. civ.* III, n° 636 p. 469-470. - *Adde*, pour la preuve des « relations intimes » (bien que l'adjectif ne figure pas *expressis verbis* dans l'article 342 du Code civil), utiles à la réclamation de subsides, *Cass. 1^{re} civ.*, 5 févr. 1991 : *Bull. civ.* I, n° 48 p. 31 ; D. 1991, p. 456-457, note J. Massip.

² Dahir 12 août 1913, art. 454, cité in R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 113 p. 285 note 16.

³ En ce sens, cf. *ibid.*, n° 105 p. 263, B, ainsi que concl. p. 266.

⁴ *Comp. ibid.*, n° 112 p. 281, 2°.

⁵ La loi incite elle-même à distinguer mœurs et bonnes mœurs, endettement et surendettement, père de famille et bonus pater familias, etc.

⁶ *Comp. Cass. ass. plén.*, 9 mai 1984 (*Fullenwarth c/ Felten*), d'après lequel, « pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » : *Bull. ass. plén.*, n° 4 p. 3-4 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, préc., nos 208-209, I ; D. 1984, p. 525 s., concl. J. Cabannes, note F. Chabas (2^e esp.) ; *JCP* 1984, éd. G, II, 20255, note N. Dejean de la Batie (2^e esp.) ; *RTD civ.* 1984, p. 508 n° 2, obs. J. Huet.

⁷ *In Les forces créatrices du droit*, préc., n° 10 p. 28 *in fine*.

dernières¹, le but semble bien d'avantager le plus vulnérable². Spécialement, en ce qui concerne la responsabilité du fait d'un produit défectueux, la preuve d'un vice ne serait pas véritablement nécessaire (malgré l'article 1386-9 du Code civil) : l'indemnisation serait alors due sur la simple démonstration d'un dommage consécutif à l'utilisation du produit ; cette conséquence vaut à elle seule manquement à l'obligation pour le fabricant « de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à causer un danger pour les personnes ou les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »³. Mais cela ne repose que sur le subterfuge de la vraisemblance qui, selon le professeur Souriou⁴, habite tout le droit civil. Dans cette perspective, la présomption sous-jacente aux notions relatives érige un colosse aux pieds d'argile⁵, dans la mesure où l'équipollence du fait aux critères légaux est purement intellectuelle et abstraite des contingences de chaque espèce.

281. - D'un côté, l'existence de seuils normatifs appelle quelque évidence pour accueillir une prétention, puisqu'elle repose sur un moyen de preuve éminemment subjectif ; de l'autre, la flexibilité inhérente aux notions relatives devrait permettre de corriger cet *a priori* potentiellement fallacieux⁶. La conjonction de ces deux remarques aboutit, en définitive, à reconnaître la possibilité de convaincre que la présomption n'est pas réalisée dans la cause litigieuse⁷ : l'adaptation au contexte factuel revient à tolérer la preuve

¹ A l'instar du développement des responsabilités objectives, in Ch. Radé, *L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité* : D. 1998, chron. p. 301 n° 3, p. 302, n°s 6-7 & p. 303 n° 10.

² En ce sens, à propos de la notion de consommateur, cf. J.-P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il ?*, préc., n° 28 p. 266. - Sur l'interdiction des « traitements inhumains et dégradants » (Conv. EDH, art. 3), cf. J.-F. Renucci, comm. sous CEDH, 4 déc. 1995, *Ribbitsch c/ Autriche* : D. 1997, somm. p. 202. - Adde Ch. Radé, note sous Cass. 2^e civ., 19 févr. 1997 (*C^{ie} Die Bundesknappschaft et a. c/ Sté Rhône-Loire consultant et a.*) : *ibid.*, p. 385-386, n°s 6 s.

³ Cass. 3^e civ., 3 mars 1998 (*SA Les Laboratoires Léo c/ Scovazzo et a.*) : JCP 1998, éd. E, p. 1102 s., note J. Revel, mentionnant (p. 1103, 1^{re} col.) que, « dans la mesure où le produit défectueux est celui qui crée un danger (...), et qu'il y a lieu à indemnisation lorsque le "danger créé" s'est muté en "préjudice réalisé", c'est bien sur la seule preuve du dommage imputable au produit que la demande aboutit ». - Contre cette lecture, cf. obs. Ph. Brun : D. 2006, pan. p. 1938, 3 ; & *ibid.* 1999, p. 36 s., note G. Pignarre et Ph. Brun. - Rappr. les dispositions adoptées depuis cette décision, in C. civ., art. 1386-4 al. 1^{er} et 2.

⁴ In *La croyance légitime*, préc., n° 12 in fine.

⁵ Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 90 p. 227, C.

⁶ Comp. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 247 p. 200, en conclusion d'un chapitre sur l'appréciation de l'apparence.

⁷ Au passage est ainsi confortée la distinction entre arbitraire et subjectivité : le tribalisme normatif sous-tendu par les notions relatives est bien moins discrétionnaire que toute autre règle de droit apparemment plus rigide, quand bien même les deux modes d'expression législative reflètent un identique besoin de synthétiser une infinité de particularités contingentes en une formule simple. - Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 3 p. 13-14, 1°.

contraire, en sorte que le nœud gordien de l'instance devient la destruction de l'évidence. Le préjugé initial révèle la simple vraisemblance de son fondement, ce qui autorise raisonnablement son infirmation¹.

Section 2 : La coutume comme moyen de défense

282. - Dans la troisième partie du *Discours de la méthode*, après avoir énoncé l'évidence comme premier principe du raisonnement, Descartes avance que « les actions de la vie ne souffrant souvent aucun délai, c'est une vérité très certaine que lorsqu'il n'est pas en notre pouvoir de discerner les plus vraies opinions, nous devons suivre les plus probables »². S'en tenir à cette dernière incise au plan de la preuve juridique ruinerait assez rapidement le principe de la contradiction en proscrivant toute discussion sur une vérité judiciaire, au demeurant seulement hypothétique.

283. - Le philosophe n'omettait cependant pas de pouvoir opposer des arguments de nature à dévoiler la réalité³. De fait, un minimum d'équité exige que le bénéficiaire de l'évidence ne puisse s'en prévaloir de manière irréfutable lorsque la légitime croyance initiale est concrètement renversée, c'est-à-dire en définitive insuffisamment caractérisée⁴. L'ambiguïté des notions relatives tient au fait qu'elles provoquent plus qu'une simple conjecture mais aussi moins qu'une certitude ; la présomption qui y est attachée aboutit en effet à une conclusion approximative, quand bien même elle s'appuie sur une certaine logique scientifique⁵. Une telle objectivation de l'anormalité est-elle compatible avec le tribalisme de l'appréciation judiciaire ? Au demeurant, le recours à l'évidence ne constitue

¹ *Ibid.*, n° 66 p. 183-184.

² *Le discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, III, in *Œuvres philosophiques de Descartes, publiées d'après les textes originaux*, Paris, Auguste Desrez, MDCCCXXXVIII, par L. Aimé-Martin, p. 41 ; ajoutant : « encore que nous ne remarquions point davantage de possibilité aux unes qu'aux autres, nous devons néanmoins nous déterminer à quelques unes, et les considérer après, non plus comme douteuses en tant qu'elles se rapportent à la pratique, mais comme très vraies et très certaines, à cause que la raison qui nous y a fait déterminer se trouve telle ».

³ Rappr. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° Contradictoire (principe du). - C. proc. civ., art. 14 & 16. - *Addé Cass. soc.*, 19 juin 1986 (*Laboratoire de biologie médicale Coquard et Nodet c/ Mme Gaunard*) : Bull. civ. V, n° 325 p. 249-250, d'après lequel l'article 16 du Code de procédure civile veut seulement que les parties aient été mises à même de débattre contradictoirement des moyens invoqués et des preuves produites.

⁴ A propos de l'apparence, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 869 p. 861 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 401 p. 415 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n° 1504 p. 557

⁵ Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 7 p. 22 & n° 2 p. 10 s.

qu'un artifice de technique probatoire¹ ; dès lors, la réalité doit pouvoir venir combattre cette présomption en détruisant le jeu de la probabilité, de façon à substituer la matérialité des faits à l'abstrait d'origine légale². C'est là toute l'originalité des notions relatives : l'échec d'une prétention dépend plus des circonstances propres à l'espèce que des conditions législatives ; à ce titre, elles se rapprochent des présomptions mixtes pour lesquelles la loi fixe de façon limitative l'objet de la preuve contraire³. Si la sanction prétorienne découle de l'évidence par la présomption, le justiciable peut néanmoins démontrer le degré d'adéquation de son comportement à la norme, en fonction du cadre de l'affaire litigieuse.

284. - En définitive, le juge va rechercher ce qui est juste entre les parties⁴. C'est pourquoi le défendeur ne saurait rester inactif, si bien que la question de respecter le qualificatif législatif devient un moyen de défense⁵. Ce correctif tend assurément à minimiser les risques d'arbitraire mais ne doit pas en retour pour autant en engendrer d'autres : l'appréciation *in concreto* qu'il implique doit reposer sur quelque légitimité⁶. A lui seul, le fondement coutumier des notions relatives confère sa rationalité au jugement, tout en permettant son adaptation empirique à chaque espèce. Elles tournent ainsi indéniablement le

¹ En ce sens, J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 7 p. 6 et n° 5 p. 5-6, ajoutant que « la présomption est, en matière de preuve, l'image de la rationalité » ; « il s'agit d'une déduction raisonnable et humaine (...) et non d'une solution irrationnelle et divine ».

² Rappr. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 75 p. 196 et n° 94 p. 234, 3°.

³ En ce sens, J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., nos 154-155 p. 43 ; R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., nos 56 s. p. 135 s. - Adde C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 12, n° 750 *in fine*.

⁴ En ce sens, R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 3 p. 14, 2°.

⁵ Comp. H. Fulchiron, *Autorité parentale*, préc., n° 283 p. 36-37, concernant l'organisation du droit de visite au profit du père naturel après la loi du 22 juillet 1987. - Adde, relativement au respect de la vie privée, Fl. Deboissy et J.-Ch. Saint-Pau, *La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet)* : D. 2000, chron. p. 269, 1A.

⁶ Comp. N. Dejean de la Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 247 p. 200. - Rappr. A. Ponsard, note sous *Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1976 (Epx Alessandri)* : D. 1976, p. 254-255, estimant que le juge doit discerner si le comportement litigieux était inspiré par le modèle sous-entendu par l'intérêt familial. - Adde *CA Paris, 7 déc. 1940 (Pagès c/ Dame Pagès)* : S. 1943, 2, p. 13 s., note M. Boitard, jugeant que « l'autorisation donnée à la femme d'exercer une profession appartient toujours, en principe, au mari, et qu'il ne peut être fait échec par le tribunal à l'opposition de celui-ci que dans les cas où il se serait laissé guider par des mobiles abusivement autoritaires ou vexatoires, et non par l'intérêt unique du ménage ou de la famille ».

Code civil vers l'idée de normalité¹ : critère décisionnel (§ 2), cette dernière induit d'ériger préalablement et nécessairement l'abus en objet probatoire (§ 1).

§ 1 : L'abus comme objet probatoire

285. - « *Da mihi factum, dabo tibi jus* » : cet adage a beau, normalement, ne résumer que la répartition des rôles entre juge et parties en ce qui concerne la matière du litige dans le procès civil², il est aisément transposable aux notions relatives dans la mesure où le premier va devoir statuer à l'aune des faits exposés par les secondes. Or, ce sont exclusivement ces données factuelles qui déterminent la coutume applicable³. Participant du droit positif, les notions relatives invitent ainsi les juridictions à s'interroger sur le manquement à la finalité institutionnelle (I) associée à chaque notion relative. Mais la présomption ne saurait toutefois dégénérer complètement en règle de fond, tant son fondement est techniquement imprécis⁴. Le renvoi à la coutume rappelle donc incidemment que la vraisemblance appartient quelque peu à l'évidence⁵ ; elle appelle alors la capacité de vérifier la normalité d'une situation, ce qui rejoint d'ailleurs le projet initial de rédaction de l'article 1349 du Code civil d'après lequel « la présomption est un jugement que la loi ou le magistrat porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence tirée de faits et de circonstances et qui est fondée sur ce qui arrive communément et plus ordinairement »⁶. Par conséquent, la présomption liée à la relativité signifie que l'objet de la preuve contraire gravite autour de l'utilisation excessive d'une prérogative en elle-même licite⁷ ; mise dans

¹ En ce sens, St. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, préc., n° 72 p. 61 & n° 149 p. 212. - Adde D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards*, préc., p. 1078 & 1097 (sur « l'existence des jugements de valeurs inhérents à l'évaluation des faits ») ; M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur des « standards »*, préc., 3 p. 1131-1132, & note 50 p. 1136. - Rapp., renvoyant cependant plutôt au concept de moyenne, F. Ost et M. Van de Kerchove, *L'outrage public aux bonnes mœurs*, préc., p. 123.

² *Adages du droit français*, préc., n° 75, p. 138-139 ; *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Da mihi factum, dabo tibi jus*.

³ Rapp. *ibid.*, v° *Judex secundum allegata et probata partium judicare debet*.

⁴ Sur quoi, G. Wicker, *Les fictions juridiques*, préc., n° 3.2 p. 13-13. - Adde J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 4 p. 5. - Rapp. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 4 p. 15 s.

⁵ *Ibid.*, n° 5 p. 19-20, et les réf.

⁶ Version du 24 thermidor an VIII, citée in J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 7 in fine p. 6.

⁷ Cf. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v° *Abus* ; *Lexique des termes juridiques*, préc., v° *Abus de droit* ; *Vocabulaire juridique*, préc., v° *Abus*, I, spéc. - de droit, a.

une perspective coutumière, l'adéquation au paradigme législatif nécessite de rendre compte du contexte de la qualification (II).

I - Manquement à la finalité institutionnelle

286. - Abuser ! Selon le *Petit Robert*, le terme signifie mettre en œuvre avec excès, c'est-à-dire outrepasser une prérogative¹. Un brocard proprement juridique semble se dresser contre cette acception : « *neminem laedit qui suo jure utitur* »² ; le principe serait donc que l'exercice d'un droit subjectif ne comporte aucune autre restriction que celle résultant de sa détermination législative. N'est-ce pas là poser à nouveau les ingrédients d'une « logomachie » tôt dénoncée par Planiol³ ? Assurément, quelque incohérence apparaît dans le fait d'estimer qu'une situation pourra tout à la fois être conforme et contraire au droit. Nul individu ne saurait effectivement être répréhensible dès l'instant qu'il agit en vertu du droit objectif⁴. Encore la règle de droit envisagée doit-elle être suffisamment expressive pour fixer clairement les limites de l'action. Or, la complexité propre des notions relatives est de ne posséder aucune modalité explicite d'application ; sans être socialement abscons, leur fondement coutumier n'en est pas moins fluctuant dans le temps et dans l'espace. A cet égard, le seuil de l'illicéité reste totalement imprécis, si bien qu'elles réclament obligatoirement une appréciation. La sanction judiciaire vise alors à ramener le maniement de la relativité dans les frontières de ce que la flexibilité de la coutume rend concevable. L'usage de cette souplesse normative consiste donc à admettre la possibilité d'agissements illégitimes, sans pour autant que soit nié le droit subjectif offert par le Code civil⁵ ; l'abus

¹ Préc., v^{is} Abuser, I & User, I 2. - Adde *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Abus, I ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, préc., v^o Abus ; *Dictionnaire étymologique de la langue française*, préc., v^o Abus.

² Sur quoi, *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Neminem laedit qui suo jure utitur* ; *Adages du droit français*, préc., n^o 242 p. 475 s., v^o *Neminem laedit qui suo jure utitur*. - Adde J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 183, I p. 352 *in limine* ; & *Les obligations*, préc., n^o 1148, b p. 2313.

³ *In Traité élémentaire de droit civil*, préc., t. II, n^o 871. - Adde *Etudes sur la responsabilité civile* : Rev. crit. 1905, p. 207 ; & *ibid.* 1906, p. 80.

⁴ Rappr. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, préc., p. 198-199 ; A. Esmein, note sous *Cass. req., 29 juin 1897 (Jaurès et a. c/ Rességuier)* : S. 98, I p. 17 s.

⁵ Comp. A. Pirovano, *Rép. civ. Dalloz*, v^o Abus de droit, n^o 9.

pourrait alors être perçu comme « l'acte qui n'est pas exercé selon la stricte raison »¹. Selon le doyen Carbonnier, « le postulat serait que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre, contraire au droit ; qu'il est donc dans l'office du juge², pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération »³. D'ailleurs, de nombreux adages latins vont dans le sens d'un examen systématique de la pratique des droits : « *melitiis non est indulgendum* » et « *mela enim nostro jure uti non debemus* »⁴. Au fond, l'anomalie socialement acceptée dérive vers l'anormalité condamnable lorsque le comportement litigieux déborde la coutume dans l'importance des effets recherchés ; ainsi que l'a soutenu le professeur Latournerie, cette exceptionnelle intensité permet d'analyser l'acte hors norme comme celui qui ne satisfait pas aux conditions d'un canon habituel, en engendrant des conséquences contraires à l'institution qui le régit⁵. Il s'apparente alors à l'idée de faute, c'est-à-dire, d'un point de vue plus global, à la violation de la loi⁶ ; c'est exactement ce que déclarait la Chambre criminelle dans un arrêt du 30 octobre 1984⁷, en décidant qu'une « cour d'appel, après avoir rappelé que la banque n'avait pas à s'immiscer dans les opérations réalisées par sa cliente, a pu retenir (...) que la banque n'avait pas commis de faute », parce qu'elle avait « relevé que le compte (...) avait toujours fonctionné dans des conditions normales ». La première critique suscitée par cette opinion serait essentiellement de nature pratique, dans la mesure où l'élasticité d'une telle normativité serait abandonnée aux conceptions personnelles de chaque magistrat, déjouant toute sécurité dans les rapports

¹ C. Aubry et C. Rau, N. Dejean de la Batie, *Responsabilité délictuelle*, préc., VI 2, n^{os} 45 s. - Rapp. Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, développant l'idée que la notion de raisonnable innerve toute activité juridique, après avoir admis que tout droit sera censuré s'il est mis en œuvre de façon déraisonnable : Arch. philo. dr., t. 23, Paris, Sirey, 1978, p. 35-36. - Adde G. Khairallah, *Le « raisonnable » en droit privé français*, préc., n^{os} 7-8 p. 444-445 & n^o 14 p. 449.

² Spécialement en raison de l'article 4 du Code civil. - Adde Cass. soc., 11 oct. 2005, retenant que viole l'article 4 « la cour d'appel qui s'est référée à l'apparence du droit, alors qu'il lui appartenait d'interpréter le texte qu'elle estimait obscur ou insuffisant » : D. 2006, p. 214 s., note Ph. Waquet.

³ In *Les obligations*, préc., n^o 1149 p. 2317.

⁴ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Melitiis non est indulgendum* ; *Adages du droit français*, préc., n^o 214 p. 419 s., v^o *Melitiis non est indulgendum*. - Adde J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n^o 763 p. 749.

⁵ RD publ. 1945, p. 321. - Comp. J.-Ph. Théron, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé*, préc., n^{os} 48-49 & n^o 54 *in fine*.

⁶ En ce sens, G. Ripert et J. Boulanger, t. II : *Obligations – contrats, responsabilité – Droits réels – Biens, propriété*, n^o 933. - Rapp. Ch. Blaevet, *De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative* : JCP 1946, éd. G, I, 560, introduction et définitions in n^o 3.

⁷ (*Sté Stylmob c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel de la Gironde*) : Bull. crim. n^o 285 p. 231.

juridiques¹. Le second reproche, à l'inverse, est davantage théorique : cette même finalité institutionnelle serait un relent d'idéologie dirigiste et collectiviste, anéantissant toute l'autonomie individuelle acquise depuis le siècle des Lumières, le Parlement ne s'intéressant à l'homme que pour l'assujettir à l'Etat² ; ce qui apparaît comme un contingentement de l'absolutisme des droits pourrait aussi s'expliquer, de manière plus conservatrice, avec le soutien de Ripert ou Dabin³, par un conflit d'ordre technique entre droit objectif et morale, l'usage d'un droit ne pouvant devenir prétexte à violer impunément les impératifs fondamentaux de la moralité⁴. Ces objections ne tiennent guère face à la consécration de la coutume comme fondement objectif des notions relatives : non seulement, celle-ci empêche que les juridictions élaborent leurs propres règles (dans la ligne de l'article 5 du Code civil), et garantit une certaine cohérence jurisprudentielle par le jeu des voies de recours, spécialement par le contrôle de cassation ; mais encore, son absence de rigidité technique autorise, voire impose son adaptation à chaque espèce. En somme, parler d'abus dans l'emploi d'une notion relative amène à considérer la fonction du droit en cause : asseoir l'interprétation et l'appréciation prétoriennes sur un dessein politique assure théoriquement l'épanouissement de l'institution dont elle dépend, tout en l'harmonisant à son environnement d'application⁵. Sans cette dimension téléologique, au demeurant, le droit manquerait à sa mission primordiale, et se bornerait alors à valider indéfiniment les positions prétendument acquises en société. La relativité compte donc parmi les leviers tendant à

¹ Sur quoi, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 787 p. 770-771. - Adde l'objection in B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations*, t. I, n° 385.

² Sur quoi, J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 788-789 p. 771 s. - Adde la cause de cette diatribe, in L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., spéc. n° 5 p. 7 : « dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale ; (...) à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise, et c'est donc dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser ».

³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 95 p. 166-167. - J. Dabin, *Le droit subjectif*, préc., p. 97 s., § 4 : *L'élément de protection juridique et le droit d'action*, & 293 s., § 3 : *Le critère véritable de l'abus : l'usage immoral du droit*.

⁴ Sur quoi, assez dubitatifs, F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n° 11 p. 11 s. ; J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 16 p. 38 s., b & n° 18 p. 43 s., et les réf. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n°s 782 s. p. 766 s. - Plus nuancés, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n°s 7 s. p. 7 s. et les réf.

⁵ En ce sens, L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n° 292 p. 369-370 : tous les droits ayant un but d'ordre social, ils ne peuvent être utilisés sans abus que conformément à cette finalité. - Rapp. la difficulté à bâtir un lien entre mécanisme et fonction en matière contractuelle, in P. Lokiec, *Le droit des contrats et la protection des attentes* : D. 2007, chron. p. 326, B in limine.

atteindre le bien commun¹, et dont l'usage cesse d'être justifié quand il joue contre cet objectif.

II - Contexte de la qualification

287. - De manière générale, la fonction des magistrats est d'effectuer une analyse des faits qui leur sont soumis sur la base des critères souverainement adoptés au Parlement. Pourtant, cette norme reste diffuse dans l'application des notions relatives. Aussi se pose la question de savoir si l'appréciation judiciaire doit se réaliser *in abstracto*, au regard d'un sujet de droit conceptuel, respectueux d'un idéal social, ou bien si elle doit s'accomplir *in concreto*, par rapport à la conduite attendue dans des circonstances similaires. La première branche de l'alternative se révèle particulièrement inadaptée : se référer à un modèle utopique aboutirait à débouter systématiquement le plaideur ; à l'opposé, ne percevoir dans la loi qu'un parangon médian ruinerait le qualificatif législatif propre à la relativité. Le tribalisme juridique a ceci d'intéressant qu'il renvoie, au contraire, à la coutume : d'une part, celle-ci évite un repli sur la seule personnalité des parties, mais aussi sur celle du juge qui statue ; d'autre part, elle s'imprègne des habitudes courantes pour en faire jaillir les imperfections et la nécessité de les bonifier pour pérenniser la société dans son ensemble, sans quoi le recours aux juridictions serait inutile. Par le biais de la relativité, le Code civil choisit donc de n'exiger de chacun que ce qui lui est possible. Or, la coutume présente cet avantage de varier dans l'espace et dans le temps, sans occulter la cohérence du corpus juridique. Cette conjonction d'une souplesse et d'une finalité normative permet de concilier l'adaptation de la norme aux faits et l'ambition politique sous-jacente à chaque notion relative. La responsabilité du fait des produits défectueux en fournit une riche illustration. La formule de l'alinéa premier de l'article 1386-4 manifeste que le défaut peut s'inférer du simple caractère nocif du bien meuble stigmatisé. Mais, si une partie de la doctrine a cru pouvoir se dispenser d'autre preuve que celle du dommage en se contentant d'un défaut virtuel² (contrairement à l'article 1386-9), la jurisprudence contredit cette thèse : elle n'hésite pas à censurer des juges du fond ayant déduit le vice d'un médicament du seul fait que « certains de ses principes actifs étaient dangereux », sans rechercher si, au regard de la

¹ Comp. la recherche du bien commun, in J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., n° 789 p. 773-74 et les réf.

² En ce sens, cf. J. Revel, note sous *Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1998 (SA Les Laboratoires Léo c/ Scovazzo et a.)*, préc.

conjoncture spécifique à l'espèce, celui-ci n'offrait pas la sécurité à laquelle le consommateur « peut légitimement s'attendre » (art. 1386-4 al. 1^{er})¹. A l'évidence, cette solution prend acte de l'article 1386-4, alinéa 2, qui invite à tenir « compte de toutes les circonstances », à l'instar d'un arrêt du 26 janvier 2006 soulignant clairement que la malfaçon du produit n'est pas réductible à sa dangerosité, celle-ci devant nécessairement s'entendre d'un point de vue anormal (conformément aux critères énoncés par l'article 6 de la directive du 25 juillet 1985)². Quand bien même la responsabilité du fait d'autrui le démentirait³, cette doctrine va dans le sens de l'exigence d'un fait anormal dans toute responsabilité⁴. Plus globalement, elle permet de conclure que celui sur qui pèse le fardeau probatoire doit prouver son absence de faute, dans le sens où il n'a pas tiré abusivement profit de la flexibilité normative de la notion relative litigieuse. Le débat judiciaire porte ainsi moins sur la notion basique, acquise par le biais de la coutume, que sur la relativité législative qui accorde quelque élasticité d'application. D'ailleurs, dans l'affaire du sang transfusionnel contaminé par le virus du sida, un annotateur n'a pas manqué de faire remarquer combien le doute s'installe plus aisément au bénéfice du prévenu, dès lors que la Cour de cassation élève délibérément le seuil de la

¹ Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2005 (*Sté Glaxosmithkline, venant aux droits de Sté Laboratoires Glaxo Wellcome c/ Carro et a. & Sté Laboratoire Aventis, venant aux droits de Sté Hoeschst Houde c/ Sté Glaxosmithkline, venant aux droits de Sté Glaxo Wellcome et a.*) : Bull. civ. I, n° 173 p. 146-147 ; D. 2005, p. 2256 s., note A. Gorny ; JCP 2005, éd. G, I, 149 n°s 7 s. p. 1227-1228, obs. G. Viney ; *ibid.*, II, 10085 p. 1231 s., note L. Grynbaum et J.-M. Job ; RTD civ. 2005, p. 607 s. n° 5, obs. P. Jourdain ; Dr. et patrimoine sept. 2005 n° 140, p. 104-105 n° 3729, note F. Chabas ; RLDC mars 2006 n° 25, suppl. p. 55, obs. P. Jacques ; Resp. civ. et assur. 2005, comm. 189, obs. Ch. Radé.

² Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006 (*Sté Aventis Pasteur MSD*) : D. 2006, p. 1273 s., note L. Neyret ; RTD civ. 2006, p. 325 s. n° 3, obs. P. Jourdain. - Plus circonspect quant à la distinction, difficilement perceptible par les victimes, entre dangerosité anormale et effets indésirables, cf. note Ch. Radé : Resp. civ. et assur. 2006, comm. 91.

³ Cf., spéc. pour la responsabilité parentale, Cass. 2^e civ., 10 mai 2001 (*Levert c/ GMF et a.*) : Bull. civ. II, n° 96 p.64-65 ; D. 2001, p. 2851, rapp. P. Guerder et note O. Tournafond ; *ibid.* 2002, somm. p. 1315-1316, obs. D. Mazeaud ; JCP 2001, éd. G, II, 10613 p. 1995 s., note J. Mouly ; *ibid.* 2002, I, 124 n°s 20-21 p. 603-604, obs. G. Viney ; Defrénois 2001, art. 37423, p. 1275, note E. Savaux ; Resp. civ. et assur. 2001, chron. 18, H. Groutel, *in L'enfant mineur ravalé au rang de simple chose ?* ; Dr. fam. 2002, chron. 7, J. Julien, *in Remarques en contrepoint sur la responsabilité des parents (A propos de Cass. 2^e civ., 10 mai 2001)* ; RJPF 2001-9/41, note F. Chabas ; Petites affiches 3 déc. 2001 n° 240, p. 10 s., note F. Niboyet ; RTD civ. 2001, p. 601 s ; n° 4, obs. P. Jourdain. - *Adde* Cass. ass. plén., 13 déc. 2002 (*Cts Minc et a. c/ Epx Gohill et a. & Epx Pouillet c/ Koral et a.*) : Bull. ass. plén., n° 4 p. 7 s. ; Bull. inf. C. Cass. 1^{er} mars 2003 n° 572 p. 3 s., avis R. de Gouttes, spéc. D p. 9 s. pour l'analyse jurisprudentielle et II p. 12 s. sur des correctifs plus prospectifs à la responsabilité de plein droit des parents, & rapp. B. Le Corrolier, spéc. p. 25 s. sur la causalité comme moyen de restreindre cette même responsabilité ; D. 2003, p. 231 s., note P. Jourdain ; JCP 2003, éd. G, I, 154, n°s 46 s., obs. G. Viney ; *ibid.*, II, 10010 p. 135, note A. Hervio-Lelong ; Gaz. Pal. 2003, p. 1008 s., note Chabas, *ibid.* p. 1035 s., note J. Icard et F.-J. Pansier ; Resp. civ. et assur. févr. 2003, chron. 4, H. Groutel, *in Responsabilité du fait d'autrui : l'inexorable progression* ; Dr. fam. 2003, comm. 23, note J. Julien ; RJPF 2003-5/32, note M. Saluden ; Petites affiches 18 avr. 2003 n° 78 , p. 16 s., note Laydu.

⁴ Sur quoi, J.-Ch. Saint-Pau, *Responsabilité civile et anormalité*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, PUB, 2003, ouvrage édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 249 s.

preuve à rapporter, en estimant que les médecins prescripteurs devaient avoir connaissance du caractère « nécessairement mortifère » de la substance administrée aux victimes, en opposition flagrante à la lettre du texte d'incrimination (C. pén., art. 221-5)¹. C'est convenir que le défendeur ne parvient à combattre la présomption qui pèse sur lui qu'en recourant au concept de proportionnalité² ; cette preuve ne peut être que contingente, car l'anomalie reste acceptable tant que la normalité coutumière est respectée en l'espèce. En somme, chaque notion relative reflète la difficulté pour le législateur de fixer en une règle ramassée et abstraite les conditions précises d'une qualité subjective. Mais cette technique linguistique n'est finalement pas favorable au seul demandeur : l'absence de rigidité formelle du Code civil n'oblige pas son contradicteur à vérifier exactement la règle de droit ; elle lui ouvre effectivement la faculté de n'avoir à prouver qu'une adéquation approximative de sa situation à la coutume sous-jacente. Le changement d'un élément du nom livre, à cet égard, un exemple typique : faute d'une liste énumérative, la légitimité de l'intérêt requis par les articles 60 ou 61 du Code civil oblige celui qui conteste la requête de montrer en quoi les circonstances particulières ne satisfont pas à la condition légale³. Comme en convient le professeur Terré, « on confronte chaque fois le mobile auquel le titulaire du droit a obéi en l'occurrence, la fin qu'il s'est proposé d'atteindre, avec l'esprit, la fonction du droit en cause »⁴.

§ 2 : La normalité comme critère décisionnel

288. - Dans une chronique sur la révocabilité du mandat, le professeur Najjar souligne que « l'abus est signe non pas de l'exercice d'un droit, mais de son exercice anormal », ajoutant que « l'abus est faute, la faute est anormalité préjudicielle et illégitime »,

¹ Cf. A. Prothais, note sous *Cass. crim.*, 18 juin 2003 : D. 2005, p. 199, II B I *in fine*. - Pour la décision elle-même, *adde* : Bull. crim., n° 127 p. 483 s. ; D. 2004, p. 1620 s, note D. Rebut, spéc. II p. 1624 s.

² Rappr. le colloque organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V : *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, in Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117.

³ Pour une modification de prénom dictée par de pures convenances personnelles, cf. *Cass. 1^{re} civ.*, 20 févr. 1996, préc., & *CA Grenoble*, 9 mars 2005 : JCP 2005, éd. G, IV, 3379 p. 2035. - Comp., cependant, art. 60 al. 1^{er} *in fine*, tel qu'issu de L. n° 2011-525, 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 51 : JO 18 mai 2011, texte 11.

⁴ *In Introduction générale*, préc., n° 428 p. 437. - *Adde* L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, préc., n° 192 p. 241-242 ; M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, préc., p. 282.

en conséquence de quoi l'ordre social doit l'emporter sur la liberté individuelle¹. L'auteur invite ainsi à considérer, et allier, le versant subjectif de toute norme (parce qu'elle dérive toujours d'une espèce de moyenne) et son côté objectif (qui sert de modèle préétabli et non arbitraire)². Sans cette dernière composante, la majeure du raisonnement judiciaire resterait en effet parfaitement contingente et oblitérerait sa vocation à régler des conflits comparables³. Dès la Révolution, le législateur a d'ailleurs eu le souci de cette abstraction en exigeant une motivation à la fois en fait et en droit⁴. Aucune règle spéciale n'y déroge en cas d'imprécision textuelle ; l'article 4 du Code civil conforterait même plutôt la thèse contraire. Aussi, nonobstant la flexibilité des notions relatives, les magistrats jouissent-ils d'une souveraineté *ad non libitum* (I), en raison de l'existence d'une norme de référence. Ce critère de normalité les astreint donc à rechercher concrètement le degré de conformité à la coutume (II) affectée à l'espèce litigieuse.

I - Une souveraineté *ad non libitum*⁵

289. - Pour Montesquieu⁶, « lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires ; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe » ! Or, les notions relatives doivent être considérées comme participant à la fois des présomptions légales et indicielles ; se pose alors inévitablement la question de l'étendue des pouvoirs des juridictions du fond. De fait, le législateur, pour pallier la complexité à prouver certaines qualités, s'appuie sur l'intime conviction des juges, tout en se fondant sur la coutume. La relativité suggère donc paradoxalement quelque souveraineté d'appréciation, en même

¹ I. Najjar, *Mandat et irrévocabilité* : D. 2003, chron. p. 711, I B 2 (1^{re} col.). Rapp. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, préc., à propos de l'abus du droit de propriété, p. 200 : « dire que l'exercice abusif d'un droit n'est pas permis, ou encore que celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit pas d'une protection légale, c'est dire tout simplement qu'on fait une chose qu'on n'a pas le droit de faire, que l'on excède les prérogatives qui se rattachent à tel ou tel droit ». - *Adde Dictionnaire étymologique de la langue française*, préc., v^o Abus ; *Petit Robert*, préc., v^s Abuser, I, & Us, spéc. l'encadré.

² *Ibid.*, v^o Normal, 3 & 5 ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Normal, A & B.

³ Cf. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., n^o 879 p. 331.

⁴ C. proc. civ., art. 455 al. 1^{er} *in fine*. - Rapp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n^o 149, c p. 283-284, & n^o 146 p. 278-279 (pour l'aspect historique) - *Adde* F. Terré, *Introduction générale au droit*, préc., n^o 115, 2 p. 111-112, & n^o 219 p.236-237.

⁵ Rapp. *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v^o *Ad libitum*.

⁶ *De l'esprit des lois*, préc., XXIX, 16.

temps que le caractère obligatoire d'une règle de droit¹. En effet, la force probante des faits soumis par le défendeur relève incontestablement des « lumières du magistrat » (C. civ., art. 1353) et devrait donc échapper au pourvoi en cassation², tant la normalité peut varier à l'infini suivant les espèces. Sans doute les notions relatives ne sont-elles qu'une modalité de formulation toujours plus évasive de la règle juridique et s'inscrivent-elles ainsi « dans une perspective plus large du droit contemporain qui voit sans cesse s'accroître l'influence des juridictions »³. Si les juges en tirent un pouvoir considérable, ils n'en viennent pas pour autant à statuer selon une intuition personnelle ; bien au contraire, ils doivent respecter un minimum d'unité jurisprudentielle. Au cœur même du procès, la relativité brouille insensiblement la discrimination du fait et du droit, qui comporte, à dire vrai, selon le doyen Gabriel Marty, « des infléchissements par rapport à la pure logique de cette distinction »⁴. Combattre l'évidence revient à faire valoir le degré de coïncidence d'une situation particulière à la coutume. Aussi la haute juridiction doit-elle pouvoir examiner ce point de pur droit : elle dépasse ainsi sa fonction strictement disciplinaire - consistant à traquer l'arbitraire dans la décision des juges du fond - pour recouvrer pleinement sa mission d'un contrôle de légalité, afin de veiller à une interprétation uniforme de la coutume sur tout le territoire⁵. Une absence totale d'examen par la cour régulatrice semble effectivement difficile à concevoir : le justiciable est en droit d'exiger qu'elle puisse vérifier dans quelle mesure les motifs adoptés dans chaque affaire y satisfont⁶. Parce que les juridictions du fond arbitrent au final la normalité d'une situation malgré l'indigence technique du Code civil, cela suppose,

¹ Rapp. H. Mazeaud, note sous *Cass. req.*, 5 mai 1942 (*Belin et C^{ie} La Providence c/ V^{me} Dubrana*) : S. 1942, I p. 125 ; & RTD civ. 1953, n° 22 p. 538-539, obs. sur *CA Amiens*, 3 mars 1953. - Adde R. Perrot, note sous *Cass. civ.*, 29 mai 1951 (*Cts Martin c/ Birot*) : JCP 1951, éd. G, II 6421, spéc. B. - Comp. R. Decottignies, *Les présomptions en droit privé*, préc., n° 114 p. 286 s., spéc. p. 288-289.

² *Ibid.*, n° 113 p. 284, 2° A. - Adde *Cass. 2^e civ.*, 1^{er} févr. 1978 (*Vincent c/ Reisdorf et a.*), retenant qu'« une discussion de fait relative à l'interprétation d'indices matériels ne saurait être admise devant la Cour de cassation » : Bull. civ. II, n° 31 p. 24-25.

³ J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions, - Notions générales*, préc., n° 22 in fine p. 10.

⁴ Rép. civ. Dalloz, ancien v° Cassation, n° 120.

⁵ Sur la distinction des contrôles de motivation et de légalité, cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Introduction générale*, préc., nos 444 s. p. 407 s. ; J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., nos 63.21 & 63.41 p. 286.

⁶ Rapp. J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 17 p. 9.

d'une part, qu'elles motivent suffisamment leurs décisions au regard de la coutume retenue¹ - sous peine de s'exposer à la censure pour défaut de base légale² -, et, d'autre part, qu'elles justifient la contextualisation de celle-ci - sous peine d'encourir, cette fois, une cassation pour violation de la loi³. Par conséquent, la logique relativiste tend à encadrer l'appréciation judiciaire en imposant aux juges du fond que soit juridiquement fondée la normalité alléguée.

II – Degré de conformité à la coutume

290. - Lorsque le premier président Guy Canivet affirme que « le juste est (...) l'exacte adéquation de la norme au contexte économique, social et culturel permettant de régler de manière utile et équitable l'universalité des litiges auxquels elle s'applique », il conçoit que « l'office du juge est d'abord de rechercher dans les litiges qui lui sont soumis la "solution juste" »⁴. Mais, ramenée au problème de la relativité législative, cette quête comporte un double impératif : non seulement, la décision se construisant à partir d'une norme générale et abstraite, elle doit être compatible avec ce qui est admissible dans l'ordre social ; mais encore, simultanément, elle reflète la conciliation avec la source coutumière des notions relatives et souligne donc le caractère fondamentalement contingent de la vérité judiciaire⁵. Or, à partir du moment où le créancier d'un droit subjectif met en exergue la coutume applicable, son débiteur se retrouve contraint d'exploiter les modulations de cette dernière pour échapper à la sanction judiciaire. C'est pourquoi le fardeau probatoire ne peut reposer que sur le chef de celui qui avance que les éléments allégués contre lui entrent dans le cadre d'une anomalie socialement tolérable. Cet effet est particulièrement patent dans les articles 1022 et 1246 du Code civil⁶. De même, en vertu de l'article 1731¹, le preneur d'un

¹ Rappr. R. Pautrat, *La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement* : D. 1994, chron. p. 340 n^{os} 20-21, distinguant la réalité de la faute (dont la preuve pèse sur l'employeur) et l'appréciation de sa gravité qui relève du pouvoir de qualification conféré au juge par l'article 12 du Code de procédure civile.

² Sur quoi, cf. J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n^{os} 78.11 s. p. 433 s. ; J. Voulet, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, préc., n^o 24.

³ Spécialement pour fausse interprétation de la loi, ou pour fausse qualification de la loi. - Sur quoi, *ibid.*, n^o 26 ; J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n^{os} 72.31 p. 366, 61.61 p. 258-259 & 65.161 s. p. 322 s.

⁴ In *La méthode jurisprudentielle à l'épreuve du juste et de l'injuste*, préc., p. 101-102.

⁵ En ce sens, comp. Ph. Théry, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé* : Droits 1996, p. 46 & 48.

⁶ Cf. F. Lucet, J.-Cl. civil, art. 1018 à 1024, fasc. *Donations et testaments – Legs particulier – Objet du legs*, n^{os} 9, 22 s. et 65.

immeuble est tenu d'indemniser son bailleur, sauf à prouver qu'il n'avait pas initialement reçu les lieux « en bon état de réparations locatives »². Dans cet esprit, la Chambre commerciale de la Cour de cassation reconnaît implicitement une valeur de principe aux relevés automatisés d'un fournisseur d'électricité, en précisant que la charge probatoire de tout dysfonctionnement repose sur l'abonné, en cas de montant prétendument anormal d'une facture³. De son côté, l'article 372-2 est à double détente : qu'un parent conteste un acte passé unilatéralement par l'autre revient à récuser sa nature usuelle, ce qui entraîne *ipso facto* la mauvaise foi du tiers en cause ; ce dernier ne peut alors se soustraire à sa responsabilité supposée qu'en étayant son caractère banal. Une logique identique prévaut à l'égard de l'article 1134, alinéa 3 : la mauvaise foi se déduit de l'inexécution de la convention⁴, en conséquence de quoi le débiteur défaillant doit arguer de sa propre sincérité⁵. De même, aux termes de l'article 1880 d'après lequel « l'emprunteur est tenu de veiller, en bon père de famille, à la garde et à la conservation de la chose prêtée », la jurisprudence conclut à la présence d'un régime de faute présumée pesant sur le débiteur ; c'est donc à ce dernier d'établir que le bien a péri malgré lui⁶. En cas de contentieux, donc, le défendeur sur qui pèse la présomption doit faire la preuve d'un usage socialement valable de la prérogative contestée. A l'opposé, en matière gracieuse, les notions relatives obligent le Ministère public à démontrer qu'existe un abus dans l'utilisation de leur souplesse, c'est-à-dire à établir que la requête est insuffisamment caractérisée. Ainsi en va-t-il de l'« intérêt légitime » qui conditionne le changement de prénom (art. 60 al. 1^{er}) ou de nom de famille (art. 61 al. 1^{er}). La formulation d'une demande ne saurait certes suffire, mais un minimum

¹ Hors les dispositions spéciales de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, spéc. art. 3 al. 2 : JO 8 juill. 1989, p. 8541.

² Rappr. Cass. 3^e civ., 17 oct. 1990 (OPAC Dpt Seine-Maritime c/ Mme Deporte) : Bull. civ. III, n° 188 p. 108.

³ Cass. com., 24 mars 1992 (Epx Hivert c/ Régie d'électricité de l'Entre-Deux-Mers) : Bull. civ. IV, n° 131 p. 93-94.

⁴ Comp., outre-Rhin, M. Schley, *La grande réforme du droit des obligations en Allemagne*, préc., II p. 1739.

⁵ Cf. spéc. CA Versailles, 28 juin 1990 (Epx Quérou c/ SARL Fer et a.) : Gaz. Pal. 1990, 2, p. 435 s., note A. Martin-Serf. - Pour le contrat de travail, « dans une situation familiale critique », Cass. soc., 18 mai 1999 (Sté Legrand c/ Rochin) : D. 2000, somm. p. 84-85, obs. M.-C. Escande-Varniol ; *ibid.* 2001, somm. p. 2797-2798, obs. B. Bossu ; JCP 2000, éd. E, p. 40 s., note C. Puigelier ; RTD civ. 2000, p. 326-327 n° 5, obs. J. Mestre et B. Fages ; mais *contra* Ch. Radé, obs. sous Cass. soc., 23 févr. 2005 : Rev. contrats 2005, p. 761 s., note sous Cass. soc., 23 mai 2005 (Fort Cros c/ Sanchez ès qual. et a. & SA Leviel c/ Mme Laulier). - Pour les contrats de distribution, cf. Cass. com., 3 nov. 1992 (Sté fr. pétroles BP c/ Huard) : JCP 1993, éd. G, II, 22164 p. 469 s., note G. Virassamy ; RTD civ. 1993, p. 124 s. n° 7, obs. J. Mestre ; Défrénois 1993, art. 35663, p. 1377-1378 n° 131, obs. J.-L. Aubert.

⁶ En ce sens, pour une parcelle de terre contaminée au plomb, Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 1995 (Delaveau c/ Assoc. Ball trapp Club de Bournan et a.) : Bull. civ. I, n° 353 ; D. 1996, somm. p. 118, comm. Ph. Delebecque.

d'éléments peut laisser pressentir l'opportunité de cette modification d'état ; c'est alors à l'autorité publique compétente que revient la charge de signifier en quoi la prétention est injustifiée¹. A titre comparatif, la déclaration d'absence devient caduque dès que l'absent reparaît (art. 129), c'est-à-dire du fait même que sa survivance nie la présomption de décès pesant sur lui ; le raisonnement vaut pour celui qui a disparu « dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger » (art. 88 al. 1^{er} 2), expression qui peut d'ailleurs être qualifiée de notion relative à part entière, dans la mesure où le Code civil ne série aucun événement précis mais renvoie à la raison commune³.

291. - En conclusion, la relativité exige une qualité factuelle si malaisée à caractériser objectivement qu'elle conduit à détourner l'objet réel de la preuve. L'imprécision technique du Code civil oblige, en effet, à considérer que les moyens apportés au soutien d'une prétention suffisent *a priori* à son succès, le fondement coutumier de la norme faisant présumer que nul ne saurait saisir une juridiction s'il n'avait intimement conscience de s'y conformer. Pareille implacable automaticité contrarie cependant la souplesse constitutive des notions relatives et heurte aussi quelque peu du même coup l'équité procédurale⁴. Cette dernière suggère donc la nécessité de compenser cette faveur accordée dans la logique probatoire⁵, à l'instar d'une transaction qui implique des « concessions réciproques » entre litigants⁶, quelle que soit leur importance respective¹,

¹ Comp. TA Paris, 26 mai 2000 : D. 2000, inf. rap. p. 269. - Adde CAA Paris, 5 juin 2001 : RFD adm. 2001, p. 1353 ; rapp. CE, 19 mai 2004 (Cts Bourbon) : D. 2004, inf. rap. p. 1644, et la note ; RTD civ. 2004, p. 481-482 n° 1, obs. J. Hauser ; AJDA 2004, p. 1351, chron. Cl. Landais et F. Lenica.

² Adde art. 92 al. 2.

³ Adde J. Dupichot et D. Guével, *Présomptions - Notions générales*, préc., n° 151 p. 42.

⁴ Sur le principe de l'égalité des armes, cf. Conv. EDH, art. 6. - CEDH, 27 mai 1968, *Neumeister c/ Autriche*, A8, § 22 s. ; 17 janv. 1970, *Delcourt c/ Belgique*, A 11, § 27 s. ; 6 mai 1985, *Bönisch c/ Autriche*, A 92, § 28 s. ; & 22 févr. 1996, *Bulut c/ Autriche* : Rec. 1996-II, § 44 s. et l'opinion du juge Matscher. - J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., c p. 111 s., principe qui « se traduit par la reconnaissance à toute partie d'une possibilité raisonnable de présenter sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (p. 111).

⁵ *Petit Robert*, préc., v^s Compensation, I & 2, et Compenser ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Compensation, A.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 (*Bertrand c/ Jeanne*) : Bull. civ. I, n° 130 p. 87-88. - Cf. déjà Cass. soc., 13 nov. 1959 (*Sté Cotonière de Saint Quentin c/ Graeve*) : JCP 1960, éd. G, II, 11450, note G.-H. Camerlynck, mentionnant cette condition comme si elle figurait explicitement dans l'article 2044 du Code civil. - Sur l'absence paradoxale de celle-ci dans la définition légale, cf. l'argumentation in Ch. Jarrosson, *Les concessions réciproques dans la transaction* : D. 1997, chron. p. 268-269, n°s 8 s. ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Contrats spéciaux*, n° 1103 ; A. Bénabent, *Contrats spéciaux*, n° 1009 ; encore qu'elle ne puisse apparaître comme une véritable condition de validité, in Ch. Jarrosson, *Les concessions réciproques dans la transaction*, préc., n°s 19-20 p. 269-270.

encore qu'un contractant ne puisse renoncer à des droits pour une contrepartie si faible qu'elle en devienne pratiquement inexistante². La réponse semble pouvoir sourdre de l'idée de norme elle-même ; elle laisse effectivement entendre que la sanction ne doit pas contraindre à l'idéal législatif mais seulement viser un retour au standard coutumier³, ce qui tempère, en définitive, la présomption liée aux notions relatives.

¹ Cass. soc., 17 mars 1982 (*SA SEPIMO La Henin c/ Chaloub*) : Bull. civ. V, n° 180 p. 133. - 13 mai 1992 (*Sté des créations graphiques c/ Mme Quaix*) : *ibid.*, n° 307 p. 192 ; RTD civ. 1992, p. 783 s. n° 5, obs. P.-Y. Gautier. - 5 janv. 1994 (*Sté de distribution des eaux minérales de France SDEMF c/ Mulon*) : D. 1994, p. 586 s., note C. Puigelier ; JCP 1994, éd. G, II, 22259 p. 197-198, note F. Taquet.

² Cass. 1^{re} civ., 4 mai 1976 (*Claude Besse c/ Dame Besse et a.*) : Bull. civ. I, n° 157 p. 124-125 ; RTD civ. 1976, p. 812 s. n° 3, note R. Savatier.

³ Rappr. v^{is} Absolu, 2 et 4, Normaliser, 2 & Normal, 5, in *Petit Robert*, préc.

Chapitre second : Normalisation du rapport juridique

292. - « Aucune société n'est parfaite. Toutes comportent par nature une impureté incompatible avec les normes qu'elles proclament, et qui se traduit concrètement par une certaine dose d'injustice, d'insensibilité, de cruauté ». Immédiatement après ce constat¹, Claude Lévi-Strauss s'interroge sur le fait de savoir comment estimer cette part socialement acceptée de transgression. L'anthropologue remarque, de façon préliminaire, qu'aucune communauté n'est foncièrement bonne ni d'ailleurs absolument mauvaise : « toutes offrent certains avantages à leurs membres, compte tenu d'un résidu d'iniquité dont l'importance paraît approximativement constante et qui correspond peut-être à une inertie spécifique qui s'oppose, sur le plan de la vie sociale, aux efforts d'organisation »². Rejetant ensuite l'état de nature cher à Diderot³, il convient que l'état de société - immanent à la condition humaine - entraîne certains maux ; l'ethnographie permet seulement de dégager les principes de la vie sociale et de constater que « les hommes ne se sont jamais attaqués qu'à une besogne, qui est de faire une société vivable »⁴.

293. - De prime abord surprenante ou défaitiste, cette réflexion suscite néanmoins quelque intérêt à l'endroit des notions relatives lorsque survient la question de leur sanction. Celle-ci consiste, en effet, essentiellement à rétablir une situation en l'état où elle se trouvait avant d'être déstabilisée, avant de s'écarter de la manière générale de faire⁵.

¹ Cl. Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955, coll. Terre humaine / poche, Presses Pocket n° 3009, chap. XXXVIII p. 462-463.

² *Ibid.* p. 463.

³ Cf. spéc. *Supplément au voyage de Bougainville*, Paris, Hatier, 2007, coll. Classiques et C^{ie} n° 66, notes et dossier Florian Alix, 127 p.

⁴ Cl. Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, préc., p. 471.

⁵ *Petit Robert*, préc., v° Normalisation, 2. - *Comp. Vocabulaire juridique*, préc., v° Normalisation, 3, bien que plus orienté vers la sémantique politique. - *Adde Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Anormal, B. - *Rappr. Cass. 2^e civ., 28 oct. 1954 (C^e gén. fr. des tramways c/ Braun)* : Bull. civ. II, n° 328 p. 222-223 ; JCP 1955, éd. G, II, 8765, note R. Savatier, puis *Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1996 (C^e financière du littoral c/ Lenthéric et a.)* : Bull. civ. I, n° 327 p. 228 ; la jurisprudence empruntant largement à la pensée du doyen Savatier, in *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1951, préface G. Ripert, t. II : Conséquences et aspects divers de la responsabilité, n° 601 p. 177.

Quand bien même cette réparation apparaîtrait comme « une des plus vieilles idées morales de l'humanité »¹, elle n'en demeure pas moins pour autant difficile à cerner au plan juridique². De fait, l'étymologie même du terme renvoie au dessein de mettre en état³. De façon constante depuis 1954, c'est d'ailleurs ce que proclame en substance la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation⁴ : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». Cette approche induit aussi, implicitement mais nécessairement, un préjudice⁵. *Lato sensu*, seulement, la sanction peut être conçue comme le moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'une obligation⁶, si bien que le préjudice devient alors synonyme d'un droit non exécuté. Au demeurant, le concept n'est pas directement abordé dans le Code civil, la doctrine au mieux le confondant avec le dommage, au pire l'ignorant comme une évidence⁷ ! De telles « torsions notionnelles » ont fini par faire « admettre que n'importe quoi puisse être réparé »⁸. Au contraire, l'histoire du droit enseigne que le dommage ne désigne que la perte, la lésion subie, tandis que le préjudice

¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n° 121 p. 218-219.

² Cf. spéc. M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1974, coll. Bibl. dr. privé t. CXXXV, préface P. Hébraud, 493 p. - Rappr. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 240 p. 136.

³ *Petit Robert*, préc., v° Réparer.

⁴ 28 oct. 1954, préc. - *Adde Cass. 2^e civ., 1^{er} avr. 1963 (V^e Sohy et a. c/ SA Moulin coop. des Ardennes et Champenois) : ibid. 1963, éd. G, II, 13408, obs. P. Esmein ; D. 1963, p. 453-454, note H. Molinier. - Cass. 2^e civ., 18 janv. 1973 (Blairon et a. c/ Gossez) : Bull. civ. II, n° 27 p. 20-21 ; 7 déc. 1978 (Bloqueau c/ Gaudel) : ibid. 1978, n° 269 p. 207 ; 4 févr. 1982 (Dame Babin c/ C^{ie} La Union et Le Phénix espagnol et a.) : JCP 1982, éd. G, II, 19894, obs. J.-F. Barbieri ; 13 janv. 1988 (Lotan c/ Epx Berracassat et a.) : Gaz. Pal. 1988, I, pan. jurispr. p. 261, note F. Chabas.*

⁵ Par rapport au concept de peine qui se fonde davantage sur l'existence d'une faute. - Sur quoi, cf. spéc. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992, coll. bibl. dr. privé, t. 223, préface F. Chabas, n° 544 p. 315.

⁶ *Comp. in Vocabulaire juridique*, préc., v° Sanction, 2 et 3. - Rappr., non sans quelque amalgame entre les distinctions précédentes, *Dictionnaire de droit*, préc., v° Sanction.

⁷ Cf. J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1121 p. 2269 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc. n°246-1 p. 3-4.

⁸ Ph. Stoffel-Munck, propos critiques in *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1306 p. 409 et 408.

apparaît comme sa conséquence logique¹. Cette distinction recouvre néanmoins toute sa pertinence en matière de relativité puisque celle-ci rend le droit imprécis : la nuance sémantique voulue par le législateur instille une part d'excès² à la norme de référence dont les contours sont par nature malléables ; le juge ne peut l'ignorer dans l'appréciation des faits. Le manquement à la règle ne saurait effectivement tenir dans la violation de la coutume mais dans l'atteinte au qualificatif posé dans le Code civil. Ainsi l'infraction à la loi ne réside-t-elle pas dans l'endettement ni même dans la commission d'un trouble de voisinage, mais dans le fait d'être surendetté³ ou de causer un désagrément au-delà de ce qu'implique la promiscuité résidentielle⁴. En filigrane se dessine donc l'idée que la sanction n'est pas systématique, dans la mesure où elle comporte nécessairement un préjudice acceptable. Autrement dit, dans certains cas, le débiteur en est exonéré pour n'être plus tenu qu'à une réparation subsidiaire⁵.

294. - Finalement, la relativité n'empêche pas tant de fixer un niveau idéal de sanction que de rétablir complètement la situation *ex ante*. En somme, les modalités de la réparation ne sauraient être déterminées en contemplation du seul dommage subi, c'est-à-dire en considération exclusive du créancier ; elle ne peut, en effet, avoir pour but que de restaurer la norme coutumière, sans pouvoir être optimale, ni surtout sans venir contrarier ce qui est socialement acceptable. Alain n'écrivait-il pas qu'« il y a toujours de la bonne foi dans les querelles ; et c'est par là qu'elles sont difficiles à apaiser » ; cette apparente antinomie requiert d'ailleurs aux yeux de l'essayiste une puissance légitime impartiale, habile à dénouer les abus de pouvoir et les passions avec sagesse⁶. Aussi, pour apparaître

¹ Sur quoi, Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 4^e éd. 1947, t. I, n° 208 p. 229, note I ; L. Cadet, *Le préjudice d'agrément*, thèse Droit, dactyl., Poitiers, 1983, dir. Ph. Rémy, n°s 288-289 et 323 s. ; R. Rodière, note sous *Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 1952 (Beikheir ben M'Bark ben Abdallah et a. c/ Dame O)* : JCP 1953, éd. G, II, 7592, obs. R. Rodière. - Adde F.-P. Benoît, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)* : *ibid.* 1957, éd. G, I, 1351, spéc. n°s 11 s.

² Sur quoi, cf. D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005, coll. bibl. dr. priv. t. 432, spéc. n°s 99 s. p. 95 s.

³ *Lexique des termes juridiques et Dictionnaire de droit*, préc., v° Surendettement. - Comp. v° Endettement et Surendettement, in *Vocabulaire juridique*, préc. - Adde *Dictionnaire d'économie*, préc., v° Dette.

⁴ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Trouble de voisinage, in v° Trouble, I.

⁵ Comp. Ph. Stoffel-Munck, in *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1305 in fine p. 408 notant que, « à la limite, un dommage peut même être source de... bénéfice pour la "victime" : je devais procéder à la démolition d'un vieux bâtiment, quand un poids lourd sort de la route... et m'évite de le faire ».

⁶ Alain, *Propos*, II, Paris, Gallimard, 1970, coll. NRF, Bibl. de la Pléiade vol. 217, seconde partie, 1930 (21 janvier), n° 510, p. 826-827.

réellement équitable, la sanction dépend-elle étroitement de la recherche d'un équilibre entre des intérêts antagonistes : cette forme de compensation doit rester en adéquation avec le préjudice effectivement subi, sans quoi l'intervention du juge aboutirait alors à une condamnation arbitraire du débiteur¹. De fait, comme le fait remarquer le professeur Jean-Marc Trigeaud, « l'Etat n'est pas l'auteur du juste ni du droit, mais le garant de l'un et de l'autre »².

295. - Dans cette perspective, la normalisation du rapport juridique va essentiellement dépendre de l'étendue réelle du préjudice, ainsi que de la corrélation entre ce dernier et l'événement à l'origine de la saisine d'une juridiction. A partir du moment où pèse sur le défendeur le fardeau de se départir d'une certaine flagrance du fait générateur, l'équité commande effectivement que lui soit épargnée une charge contributive disproportionnée. D'ailleurs, tout élément susceptible d'influer sur son obligation devrait fort classiquement modeler l'imputabilité de cette évidence factuelle. Sur la foi du principe général tiré des articles 1147 et 1148 du Code civil, les juges doivent donc tenir compte d'une causalité pondératrice (*Section 1*) de la satisfaction du demandeur. Plus inhabituel semble le raisonnement portant sur la sanction du préjudice à proprement parler. Dire que l'anormalité profite au créancier, c'est aussi insinuer, réciproquement, que la normalité bénéficie à son adversaire, dans la mesure où ce dernier n'est tenu qu'à une *restitutio in... tolerabilem*³ (*Section 2*).

Section I : Une causalité pondératrice

296. - Au début du XX^e siècle, dans son *Essai sur les éléments principaux de la représentation*, Octave Hamelin considérait la causalité comme « l'enchaînement nécessaire des phénomènes par un dynamisme mécanique rationnel »⁴. En philosophie, la cause est le plus généralement abordée comme l'antécédent auquel est attribuée la production de l'effet,

¹ Comp. la notion d'« équivalence qualitative » in M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préc., p. 271 s. - Cf. aussi l'étymologie du verbe compenser, in *Petit Robert*, préc., v° Compenser et *Vocabulaire juridique*, préc., v° Compensation.

² In *Introduction philosophique au droit*, Bordeaux, Bière, 2^e éd. 1993, p. 86.

³ Du latin *tolerabilis*, -e, tolérable, supportable, de *tolero*, -are, porter un fardeau, en comparaison de l'adage « *Restitutio in integrum* », in *Lexique juridique - Expressions latines*, préc. ;

⁴ PUF, 3^e éd. 1952, coll. Bibl. philo. contemporaine, comm. A. Darbon, p. 168. - Cf. déjà Aristote, *Rhétorique*, Livre I, chap. 23, XXV.

consistant donc à remonter d'un phénomène connu vers son origine *a priori* ignorée¹. En droit, cependant, la causalité consiste plutôt à vérifier si existe un lien suffisamment caractérisé entre le fait initial et le préjudice², tous deux formellement déterminés ; le Doyen Carbonnier ajoute d'ailleurs qu'elle « ne doit pas être entendue d'une manière purement logique », dans la mesure où elle ne se résume pas en « une simple coïncidence temporelle et spatiale »³.

297. - « Condition de bon sens »⁴ seulement suggérée par le Code civil⁵, le lien de causalité réside habituellement dans la corrélation logique entre un événement et une situation dont elle dépend étroitement, ce qui dicte sa disparition lorsque le manquement à la règle litigieuse provient de circonstances de nature à diminuer la dette⁶. Inévitablement se pose la question de l'exonération en présence d'une notion relative puisque la sanction découle alors essentiellement d'une certaine véhémence des faits. Celle-ci suppose effectivement un excès par rapport à la norme coutumière de référence. *A priori*, le débiteur se trouve déchargé de son obligation, sans avoir à combattre cette disproportion : l'appréciation du juge ne porte pas sur l'intensité du lien causal, mais seulement sur la preuve de ce dernier. Le contrôle de la Cour de cassation demeure néanmoins assez sourcilieux sur

¹ Dictionnaire de la langue philosophique, préc., v° Cause, *passim*.

² Lexique des termes juridiques, préc., v° Causalité. - Adde G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 333 p. 181. - Comp. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1704 p. 507-508.

³ *Les obligations*, préc., n° 1129 p. 2282. - Rapp. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1774 p. 533. - Adde Cass. civ., 14 mars 1892 (*Chemin de fer d'Orléans c/ Dabo*) : DP 1892, I, p. 343, indiquant que la partie lésée ne doit pas seulement établir la faute du défendeur et le préjudice : elle doit encore prouver l'existence du lien direct de cause à effet entre cette faute et le préjudice.

⁴ Selon l'expression du professeur Philippe Malinvaud, in *Droit des obligations*, préc., n° 680 p. 485. - Adde A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 555 p. 395 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 88 p. 41 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1704 *in limine* p. 507. - Sur quoi, plus généralement, cf. G. Marty, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (Étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française)* : RTD civ. 1939, p. 685 ; P. Esmein, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité* : D. 1964, chron. p. 205 s.

⁵ Cf. le verbe « causer », in C. civ., art. 1382, 1383, 1384 *passim*, 1385, 1386 et 1386-1, et in art. 1151, l'expression « une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». - Pour une nuance en matière contractuelle, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1705 p. 508-509 et Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*, n° 806 p. 293-294. - Adde, en ce sens, Ph. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept* : RTD civ. 1997, p. 323 s.

⁶ Cf. l'étymologie in *Petit Robert*, préc., v° Exonérer, de ex, hors de, et onus, oniris, charge. - Comp. C. civ., art. 1147. - Rapp. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 383 p. 251.

ce point¹, exigeant très classiquement que ce rapport soit direct et certain². Ainsi la faculté d'exonération ne semble-t-elle pas inversement proportionnée au qualificatif législatif, de telle sorte qu'elle paraît quelque peu facilitée. Cette faveur apparemment accordée au débiteur doit pourtant être nuancée car les différents modes d'exonération ne sauraient être envisagés de façon similaire. D'une part, « la force majeure est définie par l'impossibilité absolue d'empêcher le dommage par suite de circonstances » extraordinaires³ - hors norme ! Nonobstant la controverse suscitée par la Cour de cassation au milieu du XX^e siècle dans les affaires *Lamoricière* et *Houillères du Bassin du Nord*⁴, la force majeure exclut nécessairement et complètement le rôle du débiteur : le fait générateur ne peut être à l'origine du dommage s'il a lui-même été inéluctablement provoqué par cas fortuit⁵. A l'inverse, d'autre part, les parties concourent directement à la genèse de l'excès contesté, si bien que cette pluralité de causes justifie un partage des charges au moment de la sanction⁶.

298. - En conséquence, les notions relatives n'apparaissent pas exclusivement sous l'emprise de l'évidence factuelle. Très classiquement, d'ailleurs, celle-ci sera tempérée chaque fois que sera prouvé un élément propre à en combattre les effets⁷. En somme, la sanction est modérée à l'aune de la norme coutumière. C'est pourquoi la force majeure ne peut être envisagée qu'en extrême limite. A cette cause étrangère restreinte (§ 1) répond cependant l'idée d'une cause intrinsèque étendue (§ 2) puisque le débiteur ne saurait être tenu de corriger ce que la société convient généralement d'accepter.

¹ Sur quoi, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1709 p. 510 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 349 p. 195-196 et les réf.

² Sur quoi, cf. spéc. J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1129 p. 2283-2284 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n°s 1719 s. p. 518 s., spéc. n°s 1773-1774 p. 532-533 (sur le caractère certain) et n°s 1776-1777 p. 534-535 (sur le caractère direct).

³ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1803 p. 542

⁴ *Cass. com.*, 19 juin 1951 (*Transports maritimes de l'Etat c/ V^e Brossette et Bastard ès qual. & V^e Brossette et Jacques Bastard ès qual. c/ C^e gén. Transatlantique et a.*) : S. 1952, I, p. 89 s., note R. Nerson ; D. 1951, p. 717 s., note G. Ripert ; JCP 1951, éd. G, II, 6426, note E. Becqué ; RTD civ. 1951, p. 515 n° 19, note H. et L. Mazeaud. - *Cass. 2^e civ.*, 13 mars 1957 (*Houillères du Bassin du Nord et du Pas-de-Calais c/ SARL Brasserie E. Calonne*) : S. 1958, p. 77, note R. Meurisse ; D. 1958, p. 73, note approbative J. Radouant ; JCP 1957, éd. G, II, 10084, note P. Esmein.

⁵ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1799 p. 540 et n° 1804 p. 542 ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1135 p. 2290-2291 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 402 p. 283-284.

⁶ En ce sens, *ibid.*, n° 405 p. 289. - Rapp. B. Starck, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle)* : JCP 1970, éd. G, I, 2339.

⁷ Rapp. *Petit Robert*, préc., v° Pondérer, I.

§ I : Une cause étrangère restreinte

299. - *Major*¹ ! Une cause étrangère n'est assurément exonératoire que si elle présente les conditions d'une contrainte rendant complètement impossible l'exécution d'une obligation². En fait, pareille exigence dans l'interprétation semble assez cohérente puisque la force majeure est elle-même une notion relative, dont les signes distinctifs doivent dès lors dépasser la simple situation courante³. C'est aussi la raison pour laquelle l'appréciation de cette outrance dans les caractères (I) de la force majeure ne peut être systématisée : la souplesse intrinsèque du concept devrait effectivement autoriser les juges du fond à appréhender l'impossibilité de prévoir la survenance de la cause étrangère litigieuse et d'empêcher ses conséquences dommageables, en fonction des particularités de chaque espèce. La jurisprudence opte d'ailleurs globalement pour une appréciation circonstanciée de la disproportion (II).

I - L'outrance dans les caractères

300. - La doctrine retient couramment trois critères pour caractériser une force étrangère exonératoire : l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité⁴. Cependant, le premier d'entre eux peut passer pour assez tautologique : que la cause d'exonération soit « hors de la sphère dont le débiteur doit répondre »⁵ semble rationnel puisque le défendeur

¹ *Petit Robert et Dictionnaire étymologique de la langue française*, préc., v° Majeur.

² *Dictionnaire de droit*, préc., v° Cause(s) d'exonération ; *Vocabulaire juridique, Lexique des termes juridiques et Dictionnaire du vocabulaire juridique*, v° Force majeure. - Adde C. pén., art 122-2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister » ; l'ancien Code (art. 64) retenait qu'« il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu (...) a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». - Sur quoi, J.-Y. Chevallier, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif)*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, A. Pédone, 1980, p. 117 s. ; A. Vitu, *Contrainte morale. Etat de nécessité* : Rev. sc. crim. 1986, p. 87 s.

³ En ce sens, J. Fischer, *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile*, in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 387, notant en substance que les juges s'épuiseraient à rechercher une certitude, là où ne réside qu'une approximation, « une probabilité acceptable ».

⁴ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n°s 1806 s. p. 543 s. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1078 p. 2200 ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 622 p. 436-437 (dans la responsabilité du fait des choses) et n°s 392 s. p. 260 s. ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, préc., n°s 687 s. p. 490 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 195 p. 101-102 et n°s 954 s. p. 511 s. - Relativement à un droit commun européen, adde Ch. Radé, *La force majeure*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, coll. Actes - Thèmes et commentaires, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, p. 201 s.

⁵ J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1078 p. 2200, a) 3°.

ne peut être admis à se prévaloir d'une cause qui lui serait imputable¹. La même remarque pourrait prospérer à l'endroit de l'impossibilité parfois alléguée, puisqu'elle tient davantage de la « condition préalable » que d'un élément constitutif². Restent donc les conditions que la cause soit imprévisible et irrésistible ; ce sont d'ailleurs celles mises en avant par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 avril 2006³. Toutefois, aucun phénomène n'est strictement imprédictible et la haute juridiction judiciaire n'a jamais osé faire mentir probabilités et statistiques⁴ ; non sans quelque provocation, le professeur André Tunc relève que rien n'est imprévisible puisque des mots figurent dans les dictionnaires pour désigner l'immanquable⁵ ! En revanche, aucun événement n'est vraiment inéluctable, imparable⁶. Aussi l'évidence liée à la relativité ne peut-elle être brisée qu'à raison d'une disproportion incoercible (1) et inévitable (2).

¹ En faveur du rejet de cette condition, cf. spéc. P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 220, n° 120 p. 84, n° 191 p. 138 et n°s 33 s. p. 25 s. (avec concl. in n° 54 p. 42) ; A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 335-1 p. 262. - *Contra* L. Jossierand, *Les transports en service intérieur et en service international*, Paris, Rousseau et C^{ie}, 2^e éd. 1926, n° 577 p. 540 ; A. Tunc, note sous *TGI Laval, 29 avr. 1963 (Bouvier c/ EDF)*, à propos de la grève : D. 1963, p. 673 s. ; postérieurement à l'arrêt d'Assemblée plénière du 14 avril 2006, *Cass. soc., 31 oct. 2006 (Diaz et a. c/ Cons. prud'hommes de la Rochelle)* : JCP 2007, éd. S, 1019, note L. Drai.

² P. Wiggy, *Responsabilité contractuelle et force majeure* : RTD civ. 1935, p. 52. - Rapp. P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 83 p. 62, & J. Radouant, obs. sous *CA Paris, 30 juin 1958 (PMU et a. c/ Léon)* : JCP 1959, éd. G, II, 11105, obs. J. Radouant.

³ (*Mittenaere c/ Cts Pacholczyk*) : Bull. ass. plén., n° 5 p. 9 s. ; Bull. inf. C. cass., 1^{er} juill. 2006, rapp. Petit et concl. de Gouttes ; JCP 2006, éd. G, II, 10087 p. 1117 s., note Ph. Grosser (2^e esp.) ; *ibid.*, éd. E, p. 2224, n°s 11-12 p. 1423-1424, obs. C. Legros ; D. 2006, p. 1577 s., note P. Jourdain (2^e esp.) ; *ibid.*, chron. p. 1566 s., D. Noguéro, in *La maladie du débiteur cas de force majeure* ; *ibid.*, pan. p. 1933 s., obs. Ph. Brun, et p. 2645-2646, obs. B. Favarque-Cosson ; Defrénois 2006, art. 38433, p. 1212 s. n° 42, obs. E. Savaux ; Contrats, conc., consom. 2006, comm. 152, note L. Leveneur ; Petites affiches 6 juill. 2006 n°, note Le Magueresse ; Rev. contrats 2006, p. 1083 s., obs. Y.-M. Laithier, et p. 1207 s. a, obs. G. Viney. - *Adde* *Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 (SA Figeac Aéro c/ EDF)* : Bull. civ. I, n° 243 ; JCP 2009, éd. G, I, 123, n° 10, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Defrénois 2008, art. 38874, p. 2509 s., obs. E. Savaux ; *ibid.* 2009, art. 38931, p. 824 s., note Y. Dagonne-Labbe ; RTD civ. 2009, p. 126 n° 3, obs. P. Jourdain ; Contrats, conc., consom. 2009, comm. n° 3, obs. L. Leveneur ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 351, obs. L. Bloch.

⁴ Pour une tempête en mer, cf. *CA Paris, 3 mai 1957 (Ets Vezia c/ Sté Nofroa Line)* : JCP 1957, éd. G, II, 10195, obs. M. de Juglart ; ou l'effondrement d'une carrière, in *Cass. 2^e civ., 5 févr. 1992 (Cts X et a. c/ Eymat)* : Bull. civ. II, n° 45 p. 22. - Concernant la communication d'incendie par un lapin en flammes, cf. *CA Amiens, 14 nov. 1951 (C^{ies} assur. Le Phénix, Mutuelle de Seine-et-Marne et a. c/ Degraule)* : D. 1952, p. 90 s., note H. Lalou ; RTD civ. 1952, p. 224-225 n° 24, obs. H. et L. Mazeaud.

⁵ *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle* : RTD civ. 1945, p. 254 n° 17.

⁶ En ce sens, P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n°s 86-87 p. 63-64. - Rapp. *Cass. 2^e civ., 19 mars 1956 (Galais c/ Fumoux)* : JCP 1956, éd. G, II, 9499, obs. J.-P. Brunet ; D. 1956, p. 349, et la note. - *CA Orléans, 17 janv. 1951 (Delacour c/ Ligier et L'Union)* : D. 1951, p. 298-299, et la note.

I. Une disproportion incoercible

301. - Pour que soit constituée la relativité devant les juridictions, la situation litigieuse doit s'imposer au juge avec une telle vigueur qu'aucune autre preuve n'est utile pour en connaître la mesure ; dans le cas contraire, elle ne satisferait pas au qualificatif législatif, en le laissant en quelque sorte lettre morte. Aussi le débiteur ne peut-il s'en départir qu'à condition de démontrer qu'elle résulte d'un événement qu'il n'a pu contrecarrer : il est resté impuissant lors de sa réalisation ou n'a pu se prémunir contre malgré sa prévoyance¹. Comme le relève Monsieur Antonmattei dans sa thèse², ce caractère « traduit la supériorité de la force face à celle de l'homme qui l'affronte, justifiant ainsi l'adjectif comparatif majeur ». Sans doute, « dans l'océan de controverses que suscite la qualification de force majeure, l'irrésistibilité semble être un îlot de certitudes »³. De fait, "résister" signifiant "ne pas céder sous l'effet d'une force"⁴, apprécier le comportement du débiteur en termes de rapport de forces suppose que l'empêchement à l'exécution de la norme soit résistible⁵. Cette remarque est en parfaite congruence avec l'esprit de la relativité. Effectivement, la mise en œuvre de toute notion relative requiert qu'un seuil quantitatif ou qualitatif soit atteint. Aussi le manquement à cette obligation ne peut-il rationnellement trouver sa justification dans un modeste obstacle ; il doit plutôt puiser sa source dans un avatar, plus de nature à combattre le qualificatif législatif lui-même que la norme de référence. Le conseiller Melottée parvenait aux mêmes conclusions dans une affaire examinée par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 1970, lorsqu'il proposait de voir dans la force majeure un événement « contre lequel on ne peut rien faire et devant lequel on demeure totalement désarmé »⁶. Certains auteurs préfèrent cependant considérer

¹ Cf. F. Chabas, collaboration F. Gréau, Rép. civ. Dalloz, v° Force majeure, n°s 30 s. p. 8-9 ; P. Jourdain, J.-Cl. Resp. civ. et assur., fasc. 160, n° 123.

² *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 77 in fine p. 58. - Adde Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 195 p. 101 et n° 954 p. 511, mettant en exergue ce caractère ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1078 p. 2200, soulignant que « l'homme trouve son maître dans un événement plus fort que lui » ! ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 392 p. 264.

³ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 77 p. 58. - Rappr. G. Cornu : RTD civ. 1981, p. 171-172 n° 4, obs. sous *CA Lyon*, 8 nov. 1979 et *CA Paris*, 4 juin 1980.

⁴ V° Résister, in *Petit Larousse*, préc., I, et *Petit Robert*, préc., I I.

⁵ En ce sens, rappr. P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude la force majeure*, préc., n° 88 p. 64-65.

⁶ Concl. sous *Cass. soc. 15 avr. 1970 (Gréard c/ C^e Air France & C^e Air France c/ Trémoulet)* : D. 1971, p. 109.

que, si le droit « ne demande pas au débiteur d'être un surhomme », « il ne doit pas accepter non plus qu'il soit un sous-homme dépourvu du sens de l'effort »¹. Or, se contenter d'une pâle moyenne, d'un simple comportement habituel, ne suffit pas à déséquilibrer l'évidence qui sourd de la violation de la règle litigieuse : seule la preuve d'une contrainte extraordinaire est susceptible de justifier le résultat critiqué. C'est pourquoi, par exemple, un agriculteur exposé à une sécheresse exceptionnelle reste tenu de livrer les produits promis s'il peut se les procurer autrement sur le marché², tout comme la maladie de l'acquéreur d'un fonds de commerce n'excuse pas le défaut de paiement du prix³. L'intérêt du caractère irrésistible dans la force majeure ne doit pas, pourtant, être exagéré. Tout au moins, celui-ci n'est-il pas exclusif, dans la mesure où l'individu peut parfaitement avoir été confronté à une conjoncture devenue vraiment insurmontable⁴, sans qu'elle fût pour autant initialement inéluctable. Un événement ne saurait, en effet, entraîner l'exonération d'une obligation sans présenter aussi une nature inévitable.

2. Une disproportion inévitable

302. - Selon une doctrine autorisée, le caractère irrésistible de la force majeure englobe le fait qu'elle ne puisse être évitée⁵. Néanmoins, le sens même de l'incoercibilité invite à rechercher si les moyens dont disposait le responsable lui permettaient de faire face à l'événement - tel est le cas d'un cyclone, d'une plaque de verglas sur la chaussée ou d'un braquage). Prévenir son résultat ne renvoie plus à la faculté d'affronter l'obstacle ou de le franchir, mais met davantage l'accent sur l'anticipation de sa survenance ou de ses effets, afin de s'y soustraire. En somme, le sujet commettrait une faute s'il entrait dans la sphère d'influence du fait perturbateur tandis qu'une occasion raisonnable

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 954 p 511.

² *Cass. com.*, 4 janv. 1980 (*Pommereul c/ SA Ets Gaudiche*) : Bull. civ. IV, n° 6 p. 4-5, rejetant le pourvoi au motif que « la sécheresse ne pouvait constituer la cause insurmontable pouvant libérer Pommereul de son obligation puisque dans le même temps la Société Gaudiche a pu se faire livrer les mêmes quantités et qualités de cette luzerne par la même coopérative Les Authieux et que la résistance de Pommereul procède d'un esprit de spéculation motivée par la hausse des cours ». - Rapp., pour la fourniture de composants, *Cass. 1^{re} civ.*, 12 juill. 2001 (*Sté ECOPSI c/ Sté Fadier Elevage et a.*) : Bull. civ. I, n° 216 p. 136.

³ *Cass. 1^{re} civ.*, 23 janv. 1968 (*Epx Damiette c/ Epx Fourmer*) : JCP 1968, éd. G, II, 15422 et les obs.

⁴ Encore que le terme soit parfois distingué de l'irrésistibilité : sur quoi, cf. P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n°s 88-89 p. 64 s. - *Contra* A. Bénabent, *Les obligations*, préc., n° 334 p. 260-261.

⁵ En ce sens, J. Radouant, note sous *CA Paris*, 9 juin 1961 (*Lamy c/ Bailles*) : D. 1962, p. 297 s. ; P. Jourdain : J.-Cl. Resp. civ. et assur., fasc. 160, n° 126. - *Contra* P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 86 p. 63.

s'offrait à lui de la déjouer¹. Les ricochets de plombs de chasse illustrent depuis longtemps la jurisprudence tant le phénomène est parfaitement irrésistible, tandis que quelques précautions permettraient de le prévenir². Pour sa part, la navigation maritime pourrait aussi offrir quelques exemples topiques : la tempête dépressionnaire inscrite à la capitainerie du port s'oppose au coup de tabac subit et passager. Finalement, comme le souligne Monsieur Antonmattei, « la quête de l'inévitabilité constitue une étape essentielle dans la qualification de la force majeure »³. De fait, un événement prévisible mais irrésistible peut très bien correspondre à une force majeure⁴ : si l'irrésistibilité est à elle seule constitutive de la force majeure quand la prévision de l'incident ne permet pas d'en empêcher les effets, elle ne suffit plus lorsque le débiteur pouvait normalement l'anticiper. Un ouragan est ainsi envisageable mais totalement inéluctable et invincible⁵. D'aucuns ont pu devenir les thuriféraires de cette imprévisibilité⁶ quand d'autres la rejetaient ou la réduisaient au rôle d'indice du caractère irrésistible⁷. Néanmoins, les décisions qui n'exigeaient plus cette condition concernaient des situations à la fois irrésistibles et inévitables, au sens où elles n'auraient pu être empêchées ni

¹ En ce sens, P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 86 p. 63.

² Le phénomène est imparable mais quelques précautions permettent de le prévenir. - Cf. notamment *Cass. 2^e civ., 19 mars 1956 (Galais c/ Fumoux)*, préc., qui ne requiert que le caractère inévitable pour circonscrire la force majeure.

³ In *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 86 in fine p. 64. - Adde P. Wigny, *Responsabilité contractuelle et force majeure* : RTD civ. 1935, p. 54 s.

⁴ Cf. *Cass. 2^e civ., 21 janv. 1981 (Pereira c/ Ville de Biarritz)*, évoquant le fait que le phénomène d'infiltration des eaux est « normalement insurmontable » : JCP 1982, éd. G, II, 19814, note N. Dejean de la Batie. - *Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1966 (Bouvier c/ EDF)* : *ibid.* 1966, II, 14878, obs. J. Mazeaud (1^{re} esp.) ; RTD civ. 1966, p. 823 s. n° 27, obs. G. Durry.

⁵ Cf. A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, préc., n° 71 p. 80 : « l'irrésistibilité constitue le cœur de la notion de force majeure et sa preuve suffit à exonérer le débiteur, mais c'est la prévisibilité de l'événement qui permet de mesurer les diligences attendues de ce dernier ». - Comp. la notion de précaution, intermédiaire entre les caractères irrésistible et imprévisible d'un événement, in *Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 2002 (SNCF c/ Tassito)* : D. 2002, p. 2631 s., note J.-P. Gridel.

⁶ Spéc. A. Sériaux y voyant l'élément nécessaire et dynamique de la force majeure, note sous *Cass. com., 27 janv. 1981 (Philippe c/ SA Saunier-Duval & SARL Busquets c/ SA S-D)* : D. 1982, p. 112-113 n°s 12 s.

⁷ P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Droit, dactyl., Paris, 1982, n° 587 s. p. 622 s. ; G. Durry : RTD civ. 1966, p. 823-824 n° 27 (et *ibid.* 1968, p. 733-734 n° 25 ; *ibid.* 1974, p. 161-162 n° 10). - *Cass. 2^e civ., 13 oct. 1971 (Sté des transports rapides armoricains c/ Chauvin)* : D. 1972, p. 75, et la note. - *Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2002 (Clio voyages culturels c/ Tremois)* : Bull. civ. I, n° 258 ; RTD civ. 2003, n° 1 p. 301 s., obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 2003, comm. 41. - Rapp. J. Moury, *Force majeure : éloge de la sobriété* : RTD civ. 2004, p. 471 s. ; A. Tunc, note sous *TGI Laval, 29 avr. 1963 (Bouvier c/ EDF)* : D. 1963, p. 67 s. ; et N. Dejean de la Bâtie, note sous *Cass. 2^e civ., 21 janv. 1981*, préc. : JCP 1982, éd. G, II, 19814 ; G. Cornu : RTD civ. 1981, p. 171, préc.

leurs conséquences éludées¹. Semble donc poindre aussi l'idée de probabilité, l'imprévisibilité devenant alors une question de risque de réalisation d'un événement, ce qui exclut toute exonération dès que ce dernier est certain ou sérieusement plausible² ; la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation reste particulièrement pointilleuse à cet égard³. Le juge peut-il toutefois légitimement entrer en voie de condamnation lorsque l'irrésistibilité est avérée, au motif que l'obstacle à l'exécution de la règle était envisageable ? « Le sentiment d'équité qui préside à la prise en compte de la force majeure s'oppose à ce raisonnement »⁴. Une réponse positive reviendrait effectivement à admettre que l'individu commette une faute prospective, sanctionnée quand bien même elle n'est pas intervenue dans la violation de l'obligation litigieuse⁵. Ce constat remet seulement en exergue le fondement et l'essence de la force majeure, d'après lesquels à l'impossible nul n'est tenu ; cette règle de bon sens consiste en l'absence de comportement répréhensible de celui qui en est victime dans la réalisation du processus dommageable. Autrement dit, alors même que la cause étrangère restait plausible, la force majeure doit être retenue si l'impossibilité d'en entraver l'accomplissement ou les effets se cumule au caractère insurmontable de l'événement⁶. Couplé à l'irrésistibilité, le caractère inévitable ainsi compris interdit toute appréciation abstraite, purement objective et *a priori*, de la force majeure. De fait, nombre de circonstances identiques sont susceptibles d'influencer différemment l'inexécution d'un même type d'obligation !

¹ Cass. com., 1^{er} oct. 1997 (*Sté The british and foreigner Marine Insurance Company c/ Sté d'exploitation Szymansky et a.*) : Bull. civ. IV, n° 240 p. 209 ; et Cass. com., 30 juin 2004 (*Sté Manufacture fr. des pneumatiques Michelin et C^{ie} SCA et a. c/ Sté Transports Jean-Michel Pascal JMP, représentée par Charrière liquidateur de la liquidation judiciaire de la Sté Transports J.-M. Pascal*) : *ibid.*, n° 144 p. 158-159. - G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 396 p. 272.

² Cf. A. Tunc, *Force majeure et absence de faute en matière délictuelle* : RTD civ. 1946, p. 184 s. n° 11. - M. de Juglart et E. du Pontavice : JCP 1971, éd. G, II, 16791, obs. sous Cass. com., 12 nov. 1969 (*C^e fr. de navigation c/ Assoc. Des pèlerinages de Paris*), 1^{re} esp.

³ Cass. 2^e civ., 12 déc. 2002 (*Epx Meyret et a. c/ Challeix*), bien que l'événement en question présente plutôt un caractère exceptionnel : Bull. civ. II, n° 287 p. 228-229 ; Resp. civ. et assur., 2003, comm. 60 ; RTD civ. 2003, p. 301 s. n° 1, obs. P. Jourdain. - Cass. 2^e civ., 15 déc. 2005 (*Mutuelle assur. du corps de santé fr. MASCP et a. c/ SNCF et a.*) : Bull. civ. II, n° 336 p. 295 ; Resp. civ. et assur. 2006, comm. 75.

⁴ P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préc., n° 75 in fine p. 58.

⁵ En ce sens, A. Sériaux : D. 1982, p. 113-114 n° 20, note sous Cass. com., 27 janv. 1981, préc. ; P. Wigny, *Responsabilité contractuelle et force majeure*, préc. : RTD civ. 1935, spéc. p. 95. - Adde P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude la force majeure*, préc., n° 70 p. 54.

⁶ En ce sens, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n° 396 p. 272.

II - Une appréciation circonstanciée de la disproportion

303. - La sévérité jurisprudentielle pour retenir l'aspect irrésistible aurait pu laisser accroire que seules certaines situations pouvaient constituer nécessairement des cas de force majeure¹. Dans le domaine de la responsabilité délictuelle du fait des choses, d'aucuns ont ainsi conclu que le gardien ne pouvait plus que « désespérément » chercher à l'invoquer² ! Pareillement, en matière contractuelle, sont exclues les simples difficultés d'exécution de l'obligation³. Néanmoins, la Cour de cassation a parfois réclamé de faire état de considérations propres au débiteur afin de juger si les circonstances étaient réellement insurmontables⁴. Par ailleurs, et principalement, les décisions relatives au caractère inévitable prennent une tournure beaucoup plus casuistique : si un incident reste toujours envisageable, son ampleur peut parfois devenir inhabituelle, au point que même un individu aux qualités exceptionnelles ne pouvait en éviter les effets⁵. C'est justement cette mesure qui permet de songer à une appréciation *in concreto* de la force majeure⁶.

304. - Seule une telle méthode « permet de nuancer l'attribution des responsabilités en fonction des particularités concrètes de chaque espèce »⁷. La juxtaposition

¹ Cf. l'effet libératoire des évacuations en temps de guerre, *in Cass. 1^{re} civ.*, 22 déc. 1954 (*Milon c/ Laforest*) : D. 1955, p. 252, et la note ; RTD civ. 1955, p. 338-339 n° 6, note J. Carbonnier.

² S. D. Hocquet-Berg, *Gardien cherche force majeure... désespérément* : Res. civ. et assur. 2003, chron. 12. - *Adde Cass. 2^e civ.*, 3 févr. 1966 (*Vibert c/ Queyriaux et CMRA*), affirmant que « seules l'imprévisibilité et l'irrésistibilité sont une cause d'exonération de la responsabilité de plein droit qui pèse sur le gardien », et non « seulement la difficulté » : JCP 1967, éd. G, II, 14976, obs. A. Planquéel ; D. 1966, p. 349 s., note A. Tunc ; Gaz. Pal. 1966, I, p. 309-310, et la note.

³ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 557 p. 525-526. - *Adde Cass. 1^{re} civ.*, 12 juill. 2001 (*Sté ECOPSI c/ Sté Fadinet Elevage et a.*), préc. - Cf. déjà *Cass. 1^{re} civ.*, 19 févr. 1963 (*PMU et a. c/ Léon*), préc. - *Adde Cass. soc.*, 20 févr. 1996 (*Mme Chabrier c/ Assoc. perspectives*), sur les difficultés financières et de fonctionnement d'une entreprise : Bull. civ. V, n° 59 p. 42 ; D. 1996, p. 633-634, note C. Puigelier.

⁴ *Cass. ch. mixte*, 4 déc. 1981 (*SA C^{te} gén. maritime c/ SA C^{te} fr. de raffinage CFR*), rejetant le pourvoi contre *CA Paris*, 23 avr. 1979, ayant énoncé qu'« aucun élément ne démontrait qu'une solution avait été activement recherchée » et que l'armateur (dont le paquebot au mouillage bloquait le chenal d'accès à un port) « ne justifiait pas avoir poursuivi l'exercice des voies de droit que lui donnait la loi pour, sinon obtenir une assistance de la force publique, tout au moins démontrer sans ambiguïté qu'il ne satisfaisait pas d'une situation qui lui permettait plus sûrement de sauvegarder son bien » : Bull. ch. mixte, n° 8 p. 9-10 ; JCP 1982, éd., G, II, 19748, note H. Mazeaud ; D. 1982, p. 365 s., concl. J. Cabannes et note F. Chabas.

⁵ Spéc., concernant l'agression d'un voyageur, *Cass. 1^{re} civ.*, 3 juill. 2002 (*SNCF c/ Tassito*) : D. 2002, p. 2631 s., note J.-P. Gridel ; RTD civ. 2002, p. 821 s. n° 3, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur., 2002, comm. 323, note H. Groutel ; Gaz. Pal. 1^{er} déc. 2002, concl. J. Sainte-Rose et note F. Chabas.

⁶ En ce sens, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 195 p. 102 et n° 955 p. 512.

⁷ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, n° 398 p. 277.

de certains arrêts peut parfois sembler déconcertante ; tel est notamment le cas de l'automobiliste confronté à une nappe d'essence sur la chaussée¹. Lier les juges du fond par une liste prédéterminée de causes étrangères exonératoires apporterait sans nul doute une simplification appréciable², mais ruinerait quelque peu la latitude induite par la qualification législative de la force : elle n'a pas d'importance en tant que telle mais dans un contexte particulier. D'ailleurs, les juridictions ont toujours estimé qu'aucun phénomène naturel ne présente en lui-même les qualités de la force majeure : la Cour de cassation exige invariablement que soit constaté son caractère extraordinaire, eu égard à des conditions climatiques locales³. Des circonstances apparemment analogues comme une tempête ou un cyclone⁴, la sécheresse⁵, la pluie ou l'orage⁶, la neige⁷, voire la guerre⁸ ou un incendie

¹ Cass. 2^e civ., 2 juill. 1980 (*Dupas et a.*) : JCP 1980, éd. G, IV, p. 354, la considérant comme prévisible et évitable. - Comp. Cass. crim., 18 déc. 1978 (*Barthe*) : *ibid.*, II, 19261, note N. Alvarez ; et, pour une plaque de verglas isolée, Cass. 2^e civ., 6 juin 1980 (*Dame Hardouin et a.*) : *ibid.*, IV, p. 157-158.

² Rapp. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^{os} 404-1 & -2 p. 486 s. ; A. Tunc, *Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil* : D. 1975, chron. p. 83 s. - Adde J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le fait juridique*, préc., n^o 274 p. 340-341. - Comp. in C. consom., art. L. 313-12, l'incidence du chômage sur l'obligation prise par le débiteur de payer une somme d'argent, reprenant Cass. 3^e civ., 19 avr. 1972 (*Epx Lévy c/ SA coop. Dame Blanche un Les Vergers*) : Bull. civ. III, n^o 247 p. 177 ; D. 1973, p. 205 s., note H. Souleau.

³ Cass. 3^e civ., 11 mai 1994 (*C^{ie} Gan c/ Le Garrec et a.*) : Bull. civ. III, n^o 94, pour un « ouragan d'une violence exceptionnelle ». - Cass. 2^e civ., 17 avr. 1975 (*SA E Segard c/ GIE des SCIC*) : D. 1975, p. 465-466, note A. D., relevant le manque de base légale d'un jugement du Tribunal d'instance de Tourcoing qui n'a pas constaté que « le vent ait effectivement soufflé au temps et au lieu de l'accident à la vitesse maximale indiquée, pour la journée, par le service météorologique ». - Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 1994 (*Koerfer c/ Cne de Palavas-les-Flots*) : Resp. civ. et assur. 1995, comm. 22.

⁴ Cass. 3^e civ., 29 juin 1988 : Bull. civ. III, n^o 119 p. 66. - Cass. 2^e civ., 17 avr. 1975, préc. ; 5 janv. 1994 (*Regincos et a. c/ Barnes et a.*) : Bull. civ. II, n^o 12 p. 6-7 ; & 5 janv. 1994 : *ibid.* n^o 13 p. 7-8 ; JCP 1994, éd. G, IV, 608 p. 79-80. - Cass. 2^e civ., 18 mars 1998 (*Sté Bourbonnaise de travaux publics c/ Sté HLM de La réunion*) : Resp. civ. et assur. 1998, comm. 184.

⁵ Cass. 3^e civ., 28 nov. 2001 (*Chatelin et a. c/ Freychet et a.*) : Bull. civ. III, n^o 136 p. 104-105 ; et 12 déc. 2001 : pourvoi n^o 00-14247.

⁶ Cass. 2^e civ., 4 mars 1976 (*Cts Reymond c/ CRAMA Sud-Est*) : JCP 1977, éd. G, II 18544, obs. L. Mourgeon (3^e esp.). - Cass. 3^e civ., 4 janv. 1979 (*Lefevre c/ Loyer*) : D. 1979, inf. rap. p. 237.

⁷ Cass. 3^e civ., 28 oct. 1992 (*Sté Al Industrie et a. c/ M^{elle} Tournayran et a.*) : Bull. civ. III, n^o 281 p. 173. - Cass. 3^e civ., 19 nov. 1975 (*Sté Le Feuillet Blanc c/ Alexandrowitz et C^{ie} Rhin-Moselle*) : JCP 1977, éd. G, II 18544 (2^e esp.), obs. L. Mourgeon. - Cass. 3^e civ., 7 mars 1979 (*SA AFEDA et a. c/ Cts Capelle et a.*) : *ibid.* 1979, IV, 169 ; D. 1979, inf. rap. p. 380.

⁸ Cass. com., 16 mars 1999 (*Sté Lema*), pourvoi n^o 97-11428, à propos de livraisons par transport aérien durant la guerre du Golfe. - Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 1998 (*Sté Castorama c/ Sté ICEV Lid'hair voyages et a.*) : Bull. civ. I, n^o 346 p. 238-239 ; JCP 1999, éd. G, II, 10106 p. 1132 s., note Y. Dagorne-Labbée (2^e esp.).

criminel¹, des vols à main armée², une corrosion bactérienne ou une invasion de capricornes³, deviennent libératoires ou au contraire devaient être anticipées, sur la seule foi de preuves spécifiques ; le fait d'un tiers⁴ ou de la victime elle-même⁵ connaissent une identique approche circonstancielle. Toute autre démarche apparaîtrait effectivement incohérente. Non seulement, un moyen d'exonération prédéterminé ne semble pas compatible avec les variations (temporelles, locales, économiques, sociales, politiques ou personnelles) dues à la coutume définissant chaque notion relative, car il heurterait ainsi l'adaptabilité de la norme⁶, en risquant l'iniquité ; mais encore, comme le remarquait le professeur Tunc⁷, la lecture du Code civil n'implique pas le *vis maxima* mais seulement le *vis major*. En soi, ces différentes causes étrangères au rapport d'obligation confirment le rôle primordial qu'occupe l'environnement de la situation dans son appréciation. Plus spécialement encore, l'éventuel fait de la victime révèle l'incidence que peut avoir le comportement des litigants dans la sanction des notions relatives. Au demeurant, pour libérer d'une responsabilité délictuelle, la force majeure est jugée au moment où se produit le fait dommageable ; elle suppose, au contraire, de « se placer à la date du contrat et tenir

¹ Cass. 3^e civ., 27 mai 1993 (*El Khalfet c/ Royal Insurance C^{ie} Ltd & Sté NCR et a. c/ C^{ie} La Mutuelle*) : Resp. civ. et assur. 1993, comm. 171, & *ibid.* 1992, chron. 16, H. Groutel, in *L'exonération du locataire en cas d'incendie criminel provoqué par des inconnus*.

² Cass. com. 20 mars 1990 (*C^{ie} Helvetica et a. c/ C^{ie} Le Languedoc et a.*) : Bull. civ. IV, n^o 88 p. 59. - Cass. com., 14 févr. 1995 (*SA Madrias transports c/ SARL Rambeau*) : RJDA 6/1995, n^o 686 p. 552-553.

³ La distinction s'effectue au regard de la connaissance d'un traitement préventif. - Cass. 3^e civ., 10 oct. 1972 (*Synd. Copropriétaires de l'immeuble Gentilly-Cité-Verte c/ Sté Maurice Clemm et a.*) : D. 1973, p. 378-379, note J. M. ; RTD civ. 1974, p. 161 n^o 10, obs. G. Durry. - Cass. 3^e civ., 31 janv. 1969 (*Prévert c/ Lavigne et a.*) : JCP 1969, éd. G, II 15937, obs. G. Liet-Vaux.

⁴ Concernant la grève, comp. Cass. soc., 11 janv. 2000 (*SA Peugeot et a. c/ SNCF*) : Bull. civ. V, n^o 16 p. 12-13, ou Cass. ch. mixte, 4 févr. 1983 (*Ste Boulonneries et visseries de Sablé et a. c/ EDF*) : Bull. ch. mixte, n^o 2 p. 1 s. ; RTD civ. 1983, p. 549-550 n^o 12, obs. G. Durry ; et Cass. com. 7 janv. 1997 (*C^{ie} de remorquage et sauvetage Les Abeilles c/ SA Total*) : D. 1997, inf. rap. p. 54. - Adde G. Lyon-Caen, *La recherche de responsabilités dans les conflits du travail* : D. 1979, chron. p. 255 s., spéc. II C p. 257-258 ; A. Bousiges, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, PUF, p. 85 s.

⁵ Pour les accidents imputés à la S.N.C.F., comp. Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1998 (*Derollerot c/ SNCF*) : Bull. civ. I, n^o 269 p. 188 ; JCP 1999, éd. G, II, 10186, note Y. Aubrée ; RTD civ. 1999, p. 113 n^o 2, obs. P. Jourdain ; ou CA Paris, 15 oct. 2001 (*Bitton c/ SNCF*) : D. 2001, inf. rap. p. 3399, et la note ; et Cass. 2^e civ., 11 janv. 2001 (*M^{elle} Beaudron c/ SNCF*) : Bull. civ. II, n^o 9 p. 6 : RTD civ. 2001, p. 374 s. n^o 4, obs. P. Jourdain ; ou Cass. 2^e civ., 27 févr. 2003 (*Mme Giuliano c/ SNCF*) : Bull. civ. II, n^o 45 p. 38-39 ; RTD civ. 2003, p. 301 s. n^o 1, obs. P. Jourdain.

⁶ Le Doyen Carbonnier suggère, de façon critique, le glissement vers une responsabilité parfois purement objective, in *Les obligations*, préc., n^o 1082 p. 2205, et les réf.

⁷ *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle*, préc., n^o 18 p. 258.

compte des qualités personnelles apparentes du débiteur, puisque c'est en fonction d'elles que le créancier s'est engagé »¹.

§ 2 : Une cause intrinsèque étendue

305. - Le droit civil connaîtrait-il une « obligation de veiller à ses intérêts »² ? Certes, l'expression n'appartient pas au vocabulaire juridique classique mais transparait de façon larvée dans maintes dispositions du code napoléonien. De ce principe implicite (I) surgit la question d'une extrapolation à l'ensemble du droit civil, spécialement au regard des notions relatives. Défini sur la base de l'idée morale d'une responsabilité envers soi-même³. Ce principe peut effectivement déployer toute sa pertinence dès l'instant que l'individu ne fait pas que concourir à une situation mais contribue, de manière excessive ou anormale en quelque sorte, au résultat litigieux. Aussi semble-t-il assez logique que soient prises en compte de telles circonstances atypiques dans la satisfaction des prétentions. En effet, la sanction de la relativité doit être quelque peu exorbitante au regard de la norme coutumière. Autant cette disproportion est une condition d'accès à la règle de droit revendiquée, autant elle peut en devenir un critère d'exclusion. Or, ce dépassement de la mesure socialement acceptée n'est jamais objectivement prédéterminé, laissant au juge toute latitude dans son appréciation. C'est bien là confirmer que les notions relatives commandent une forme de personnalisation de la sanction (II), en fonction d'un contexte spécifique.

I - Un principe implicite

306. - Le dessein législatif d'avoir à préserver ses intérêts figure de façon quasi exprès seulement dans l'article 425, alinéa premier, du Code civil⁴. Ailleurs, les juridictions peuvent néanmoins aboutir aux mêmes exigences, mais sans le secours du droit

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 195 in fine p. 102.

² A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2006, 551 p.

³ L. Josserand, *La responsabilité envers soi-même* : D. 1934, chron. p. 73 s., critiquant le *Traité de la responsabilité* d'Henri et Léon Mazeaud, concluant que « responsabilité n'est pas synonyme de réparation, ou, du moins, la réparation peut affecter la forme négative d'une refus d'action » (p. 76), faisant glisser la responsabilité de la faute vers la théorie du risque. - Adde, plus nuancé, J. Dabin, *Faute dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, Bière, 1967, p. 141 s. – Rappr. R. Desgorces, *Agir contre soi* : RRJ 2003, p. 37 s.

⁴ « Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération (...), soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique (...) ».

objectif. Les juges du fond retiennent ainsi comme un manquement au devoir conjugal, cause de divorce, le fait de refuser de traiter une impuissance curable ou une stérilité¹ ; de même, ils considèrent comme « fautif le refus de soigner un état dépressif et de s'opposer, avec détermination, aux tentatives de son époux de remédier à la situation »². Cette obligation de soins, quoique contestable à l'endroit du principe d'inviolabilité corporelle³ ou « des devoirs et des droits respectifs des époux »⁴, peut être mise en parallèle, au sein du couple, avec la nécessité d'une gestion patrimoniale utile, dans le but de satisfaire à la participation des époux aux charges du mariage (art. 214), nonobstant l'article 223⁵ ; l'obligation est sans doute encore plus symptomatique dans l'article 220-1⁶ puisque le Juge aux affaires familiales peut prescrire toute mesure urgente lorsqu'un « des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille », spécialement en interdisant de disposer ou de déplacer des biens propres ou communs. Pour ce qui est du droit des personnes, le droit à la vie (C. civ., art. 16 et ConvEDH, art. 2) - considéré comme un droit de la personnalité - s'oppose à toute possibilité de renonciation⁷, uniquement parce que, à l'évidence, en la

¹ CA Lyon, 28 mai 1956 : D. 1956, p. 646 s., note A. Breton. - CA Bordeaux, 7 juin 1994 : JCP 1996, éd. G, II, 22590 p. 89 s., note J. Vassaux, considérant que la reconnaissance d'un devoir de procréation entre époux sacrifie la liberté individuelle de chacun d'eux. - Adde M. Hardouin, *Grossesse et liberté de la femme* : Dr. soc. 1977, p. 287 s., spéc. n^{os} 91 s. p. 306 s.

² CA Lyon, 30 avr. 1997 (F c/ Mme B) : JCP 1997, éd. G, II, 22869 p. 309 s., note critique Th. Garé.

³ C. civ., art. 16-1, al. 1^{er} et art. 16-3.

⁴ *Ibid.*, art. 212 s. - Cf., en ce sens, Th. Garé, note sous CA Lyon, 28 mai 1956, préc., n^{os} 7-8 p. 311-312. - Le devoir de respect (art. 212) pourrait cependant peut-être abriter pareille obligation, revenant d'ailleurs ainsi à l'esprit de « symbiose » conjugale, voulu par le législateur en 1804, et atténuant du même coup une appréhension individualiste des relations des conjoints. - V. Bonnet, *Droit de la famille*, Orléans, Paradigme, 2^e éd. 2009, coll. Manuel, n^o 466 p. 200. - Adde A.-M. Leroyer : RTD civ. 2006, p. 402 s. n^o 10. - Rapp. A. Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage* : RTD civ. 1973, p. 440 s., spéc. p. 475 s. n^{os} 43 s.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992 : D. 1993, p. 422-423, note C. Philippe ; RTD civ. 1993, p. 181 s. n^o 2, obs. F. Lucet et B. Vareille. - *Contra* Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 1996 : Dr. famille 1997, comm. 55, note H. Lécuyer. - Le conjoint n'est pas non plus recevable à invoquer un argument sans rapport avec ses aptitudes à la gestion, comme une mise au chômage volontaire, pour prétendre diminuer sa contribution, in CA Paris, 16 mars 1988 : D. 1988, p. 467-468, note C. Philippe, ou CA Aix-en-Provence, 14 avr. 1987 : JCP 1987, éd. G, IV, 362.

⁶ Cette disposition ne vise d'ailleurs pas les seuls intérêts pécuniaires, cf. in CA Nancy, 15 déc. 1968 (Dame Porcheray c/ Porcheray et Navaro) : D. 1969, p. 300 s., note Cl.-I. Foulon-Piganiol ; ou TGI Saintes, 21 oct. 1969 (Dame Foucher c/ Foucher) : JCP 1970, éd. G, IV, p. 223.

⁷ Sur le caractère indisponible du corps humain, cf. B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n^o 50 p. 69 ; J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n^{os} 198 p. 384 s. et 200 p. 388-389. - Cf. cependant la critique d'un droit subjectif à la vie, en raison du pouvoir induit par celui-ci, in A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n^o 36 p. 30-31 et note 246 p. 85, avec les réf.

matière, l'atteinte au corps constitue un outrage à la personne elle-même¹ ; le suicide n'est d'ailleurs pas sans conséquence en droit des assurances (C. assur., art. L. 132-7²) et l'euthanasie demeure très encadrée (C. santé publ., art. L. 1111-4 al. 5, et L. 1111-10 s.), voire politiquement controversée³. Dans ce contexte, la rédaction de l'article 16-3, alinéa 2, du Code civil pourrait laisser perplexe puisque le refus potentiel de soins nuit par principe à la santé du patient⁴ ; au demeurant, le Code de la santé publique (art. L. 1111-4) insiste sur le devoir de persuasion du médecin (alinéa 2), l'urgence ou l'impossibilité de consentir (alinéa 4), et plus fondamentalement sur les caractères que la volonté doit alors revêtir (alinéa 3). De fait, quoiqu'une partie de la doctrine voie dans le droit au respect de son corps un « droit défensif »⁵, c'est un véritable devoir de veiller à sa propre santé qui ressort des principes d'intégrité et d'inviolabilité du corps, dont le sens ne peut être entendu que largement, les rendant opposables à tous - y compris au titulaire du droit⁶. L'ordre public n'est-il pas en cause aux termes de l'article 16-9 ? La jurisprudence l'avait tôt pressentie à

¹ R. Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1999, coll. Bibl. dr. priv. t. 263, préface F. Chabas, n° 164 p. 96. - Comp. J.-Ch. Galloux, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 1988, p. 252 ; B. Lemennicier, *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?* : Droits 1991 n° 13 : *Biologie, personne et droit*, p. 111 s.

² Comp., en matière d'accident de la circulation, *Cass. 2^e civ., 24 juin 1998 (Mme Andriot et a. c/ Vallet et a.)* : Bull. civ. II, n° 204 p. 121 ; *Resp. civ. et assur. 1998*, comm. 309, obs. H. Groutel ; & *24 févr. 1988 (Cts Valet c/ SA Entreprise Cochery et a.)* : Bull. civ. II, n° 49 p. 25-26.

³ Cf. spéc. D. Janicaud, *Du droit de mourir – Un regard philosophique sur une question controversée* : Droits 1991 n° 13 : *Biologie, personne et droit*, p. 67 ; J. Pousson-Petit, *Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir des textes récents* : *Dr. fam.* 2001, chron. 3. - Rapp. V. Bonnin, *La mort voulue pour soi-même (du suicide à la mort demandée à autrui)* : *RRJ* 1995, p. 207 s. - *Adde CEDH, 29 avr. 2002, Pretty c/ Royaume-Uni* : *JCP* 2003, éd. G, II, 10062 p. 676 s., note C. Girault ; *Defrénois* 2002, art. 37598, p. 1131, note Ph. Malaurie ; *RJPF* 2002-7-8/11, obs. E. Garaud ; *Dr. et patrimoine déc.* 2002, p. 83 n° 3206, obs. G. Loiseau ; *RTD civ.* 2002, p. 482 s. n° 2, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 858 s. n° 1, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴ *Cass. 2^e civ., 19 mars 1997 (Mutuelle du Mans et a. c/ C^{ie} La Mondiale et a.)* : Bull. civ. II, n° 86 p. 48 ; *RTD civ.* 1997, p. 632 n° 2, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 675 s. n° 7, obs. P. Jourdain ; *Petites affiches* 8 mars 1999 n° 47, p. 16-17, note Lucas-Gallay. - Plus contestable dans sa nuance, tenant aux circonstances de l'espèce faisant accroire à un consentement non libre, *CE, 26 oct. 2001 (Mme Catherine Senanayake)* : *RFD adm.* 2002, p. 146 s., concl. D. Chauvaux, note D. de Béchillon ; *JCP* 2002, éd. G, I, 124, n°s 14-15 p. 601, obs. G. Viney ; *ibid.*, II 10025 p. 302 s., note Moreau ; *Petites affiches* 15 janv. 2002 n° 11, p. 18 s., note C. Clément ; *ibid.* 19 août 2002 n° 165, p. 3 s., note Ch. Guettier ; *AJDA* 2002, p. 259 s., note M. Deguergue. - *Adde V. Edel, L'application de l'article 1387-1 du Code civil : chronique d'une mort annoncée* : *Petites affiches* 15 août 2007 n° 163, p. 10 s. ; J.-P. Gridel, *Le refus de soin au risque de la mort* : *Gaz. Pal.* 2002, doct. p. 997 s. ; St. Henette-Vauchez, *Kant contre Jéhovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine* : *D.* 2004, chron. 3154 s. ; D. Roman, *Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ?* : *RD sanit. soc.* 2005, p. 423 s.

⁵ A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 111 p. 94.

⁶ G. Cornu, *Introduction, les personnes, les biens*, préc., 2005, n° 488 - *Adde Cons. const., 27 juill. 1994, déc. n° 94-343/344 DC* : *JO* 29 juill. 1994, p. 11024 s.

propos de la stérilisation¹, même si la Cour européenne des droits de l'homme a cru bon de retenir que seules des « raisons particulièrement graves » justifient « une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité », puisque « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses » pour le sujet². Quant à l'existence d'une personne morale, un bref rappel jurisprudentiel de la théorie de la réalité suffit à convaincre que leur existence n'est admise qu'à la condition que les administrateurs préservent suffisamment son autonomie et poursuivent sa finalité propre, à savoir cette forme de « conscience collective »³ qu'ils ne doivent pas confondre avec leurs avantages individuels⁴ : ainsi des arrêts de la Chambre des requêtes en 1891 à propos des sociétés civiles ou de ceux de la Chambre commerciale au début des Trente glorieuses pour la protection des comités d'établissement⁵. En aval, abus de majorité⁶ et de minorité¹, sur le fondement de l'article 1833 du Code civil², ou abus de

¹ Cass. crim. 1^{er} juill. 1937 : S. 1938, I, p. 193, note R. Trotet.

² CEDH, 17 févr. 2005, *K A et AD c/ Belgique* : RTD civ. 2005, p. 341 s. n° 4, obs. J.-P. Marguénaud. - Comp. les propos critiques contre un ordre moral liberticide, in J.-M. Larralde : D. 1998, p. 97 s. (note sous CEDH, 19 févr. 1997).

³ Evoquée par Durkheim, in B. Teyssié, *Les personnes*, préc., n° 488 p. 307-308.

⁴ Spéc. A. Cozian, M. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°s 386 s. p. 221 s., soulignant que l'intérêt social doit constituer la « boussole » de l'action des différents dirigeants et représentants.

⁵ Cass. req., 23 févr. 1891 (*Banque gén. des Alpes-Maritimes c/ Duc de Rivoli*) : S. 1892, I, p. 73 s., note Ed. Meynial. - Rapp. Cass. req., 2 mars 1892 (*Sté des forces motrices, terrains et immeubles de la gare de Grenoble c/ Fontenay et Cts*) : S. 1892, I, p. 497, note Ed. Meynial. - *Addé Cass. com.*, 8 oct. 1991 (*de Saint Exupéry c/ Dir. Gén. des impôts*) : Bull. civ. IV, n° 280 p. 194. - *Cass. com.*, 28 janv. 1954 (*Comité d'établissement de saint Chamond c/ Ray*) : D. 1954, p. 217 s., note G. Lévassieur ; JCP 1954, éd. G, II, 7978, concl. Lemoine et note M. de Juglart ; Dr. soc. 1954, p. 161 s., note P. Durand. - Plus globalement, sur la théorie de la réalité, cf. L. Michoud et L. Trotabas, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1932, t. I, n°s 45 s. ; M. Planiol, G. Ripert et R. Savatier, *Traité pratique de droit civil français*, préc., I. *Les personnes : état et capacité*, n°s 66 s. ; J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n°s 378 s. p. 741 s. et n°s 382-383 p. 746 s. - Spéc., sur la notion d'intérêt, A. Pirovano, *La boussole de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* : D. 1997, chron. p. 199 s. ; J. Moret-Bailly, *Définir les conflits d'intérêts* : *ibid.* 2011, chron. p. 1100 s.

⁶ P. Le Cannu et B. Donduro, *Droit des sociétés*, préc., n°s 157 s. p. 100 s. ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°s 383 s. p. 189-190. - *Addé Cass. com.*, 18 avr. 1961 (*Sté des anciens établissements Picard et Durey-Sohy et a. c/ Paul Schumann et a.*), précisant que la décision doit notamment avoir été prise en contrariété à l'intérêt général de la société : Bull. civ. III, n° 175 p. 154-155 ; S. 1961, p. 257-258, note A. Dalsace ; JCP 1961, éd. G, II, 12164, obs. D. B. ; D. 1961, p. 661-662.

biens sociaux³ sont condamnables ; de même, la confusion des intérêts personnels avec ceux de l'entité est incriminée par le droit des entreprises en difficulté⁴. En droit des biens, par ailleurs, l'article 544 offre certes « de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue », *plena in re potestas* laissant ainsi au titulaire de ces prérogatives jusqu'à la liberté de détruire⁵, délaissier⁶ ou endommager ce qui lui appartient⁷ ; mais le principe ne survit pas quand la propriété devient collective. Si le coïndivisaire est bien propriétaire⁸, la concurrence des droits sur un unique bien dicte des restrictions de pouvoirs, de sorte qu'il puisse imposer les mesures nécessaires à la sauvegarde du bien, sans que les autres aient la faculté de s'y soustraire (art. 815-2 al. 3). Dans le même esprit, le bailleur est tenu d'entretenir et réparer le bien loué (art. 1719, 2° et 1720 al. 2), comme si le Code civil faisait prévaloir le droit réel sur le droit personnel : peu importe qu'il ne jouisse pas de la chose puisque cette

¹ P. Le Cannu et B. Donduro, *Droit des sociétés*, préc., n°s 160 s. p. 103 s., relevant pour les deux types d'actes l'importance jurisprudentielle de l'excès, *ibid.* n° 157 p. 100-101 et n° 160 p. 103 ; M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°s 387 s. p. 190 s. - Adde M. Boizard, *L'abus de minorité* : Rev. stés 1988, p. 365 s. - En ce sens, *CA Paris*, 26 juin 1990 (*SA Fromageries Bel et a. c/ SA Fromageries Paul Renard*) : JCP 1990, éd. E, 15915 p. 725 s., note M. Germain ; *Cass. com.*, 20 mars 2007 (*Sté Hexagone hospitalisation Ile-de-France c/ Sté La Rosaie Clinique hôpital*) : Bull. Joly 2007, n° 199, p. 745, note D. Schmidt ; D. 2007, p. 952, note A. Lienhard ; Dr. stés 2007, comm. 87, note H. Lécuyer ; JCP 2007, éd. E, 1877, n° 3, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *ibid.*, éd. G, II, 10062, note M.-C. Monsallier-Saint-Mleux ; Rev. stés 2007, p. 798, note A.-L. Charpentier de Ribes-Justeau. - Rappr. l'abus d'égalité, in P. Le Cannu et B. Donduro, *Droit des sociétés*, préc., n° 163 p. 106, & M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°s 391 s. p. 192 s.

² Texte visant l'« intérêt commun des associés ». - Sur quoi, D. Schmidt, *De l'intérêt commun des associés* : JCP 1994, éd. G, I, 3793 p. 440 s. et 3800 bis p. 491.

³ C. com., art. L. 242-6, 3° et 4°, pour les sociétés anonymes, et L. 241-3, 4° et 5°, pour les SARL, qui se réfèrent à la mauvaise foi des dirigeants. - Sur l'extension à l'EUURL, cf. *Cass. crim.*, 14 juin 1993 : Bull. Joly 1993, n° 337, p. 1139 s., note B. Saintourens, & 20 févr. 2002 (*Dame Aubes*) : Rev. stés 2002, p. 546 s., note B. Bouloc. - Sur quoi, M. Cozian, A. Viandier et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., n°s 622 s. p. 295 s.

⁴ C. com., art. L. 653-4, relatif à la faillite personnelle.

⁵ J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 730 p. 1641, e ; adde n° 722 p. 1620 (et n° 714 p. 1607-1608) sur la notion de produit diminuant périodiquement la substance de la chose. - F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n° 125 p. 130-131.

⁶ Le caractère imprescriptible finit par céder devant la possession d'un tiers. - Sur quoi, Th. Lamarche, *L'imprescriptibilité et le droit des biens* : RTD civ. 2004, p. 403 s. - Adde *Cass. 3° civ.*, 22 juin 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, pan. p. 309, note St. Piedelièvre. - *Cass. 3° civ.*, 9 juill. 2003 (*Cts Nouveau c/ Raoux et a.*) : Bull. civ. III, n° 156 p. 139 ; JCP 2004, éd. G, I, 125, n° 4, obs. Périnet-Marquet ; Defrénois 2004, art. 37958, p. 816-817, obs. Ch. Atias. - *Cass. 3° civ.*, 1^{er} avr. 1992 (*Ternet c/ Mme Depeyras*) : Bull. civ. III, n° 115 p. 70-71 ; D. 1993, somm. p. 35, comm. A. Robert ; RTD civ. 1993, p. 851 s. n° 5, obs. F. Zénati.

⁷ Cf., cependant, pour les animaux, C. pén., art. R. 653-1 et R. 655-1.

⁸ Cf., toutefois, la discussion sur l'objet du droit, in C. Caron et H. Lécuyer, *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, p. 113 s. (retenant la propriété du tout par chacun) ; H., L. et J. Mazeaud, *Les biens*, droit de propriété et ses démembrements, t. II, n° 1131, ou F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, préc., n° 570 p. 409 (envisageant une division intellectuelle). - Adde P. Jourdain, *Les actes de disposition sur la chose indivise (Condition Juridique des actes irréguliers pendant l'indivision)* : RTD civ. 1987, p. 501 n° 6.

dernière reste un élément de son propre patrimoine¹. En droit des obligations, enfin, la négligence du débiteur l'expose à l'exercice par ses créanciers de ses propres droits et actions - sans pouvoir gérer ou administrer à sa place, pour autant² ; en conséquence, la preuve de diligences signifiant un minimum d'intérêt dans la préservation du patrimoine engagé, elle prive de fondement l'action subrogatoire³. D'ailleurs, l'action paulienne (art. 1167) est d'une toute autre nature⁴, dans la mesure où elle ne tend plus à critiquer une inaction, mais à révoquer un acte délibérément frauduleux : dans le premier cas, le débiteur fait montre d'inertie dans ses propres droits, alors que, dans le second, l'impression serait plutôt qu'il en prend soin au point de mettre en péril ceux de ses créanciers⁵. Plus encore, l'oisiveté du titulaire d'un droit est sanctionnée de manière générale par le biais de la prescription extinctive (art. 2219 s.)⁶. L'obligation de veiller à ses intérêts ressort aussi clairement de la jurisprudence qui soumet le créancier de l'information précontractuelle au devoir de se renseigner, son ignorance ne devenant légitime envers son cocontractant qu'à cette condition⁷.

307. - Or, comme le relève le professeur Le Tourneau⁸, pour apprécier le bien-fondé de cette impéritie, le juge tiendra nécessairement compte « de la qualité et de

¹ Dans le même sens, L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 6 al. 3, c. - Comp. le refus de la jurisprudence de contraindre le nu-proprétaire sur le fondement de l'article 605 du Code civil, in *Cass. 3^e civ., 10 juill. 2002 (SCI Evangélique de la Magnanerie c/ Causse)* : Rev. loyers 2002, p. 562 s., obs. J. Rémy, & *Cass. req., 10 déc. 1900 (Fourvel c/ Jouvenceau-Domas)* : DP 1901, I, p. 209 s., note L. Guénée ; GAJ civ., n^{os} 74-75 (II), p. 469 s.

² *Cass. 1^{re} civ., 18 janv. 1977 (Doron c/ Caisse régionale de garantie des notaires de la Cour d'appel de Grenoble)* : Bull. civ. I, n° 29 p. 21-22.

³ *Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2005* : Bull. civ. I, n° 167 p. 142-143 ; RTD civ. 2005, p. 598-599 n° 10, obs. J. Mestre et B. Fages. - *A contrario*, *Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2002 (Caisse d'épargne et de prévoyance Aquitaine-Nord c/ Epx Chabrie et a.)* : Bull. civ. I, n° 145 p. 112 ; D. 2002, p. 3041 s., note V. Perruchot-Triboulet ; *ibid.*, somm. p. 2836, obs. Ph. Delebecque.

⁴ Sur quoi, cf. spéc. V. Tellier, *La nature juridique de l'action oblique* : RRJ 2002, p. 1835 s. – B. Roman, *La nature juridique de l'action paulienne* : Defrénois 2005, art. 38146, p. 655 s.

⁵ *Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1985 (Perception de Nuremberg Ouest, RFA et a. c/ SCI Vector et a.)* : Bull. civ. I, n° 163 p. 148 s., notant que l'intention de nuire n'est cependant pas une condition de l'action.

⁶ J. Carbonnier, *Notes sur la prescription extinctive* : RTD civ. 1952, p. 171 s., spéc. III p. 175 s. - P. Hébraud, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, t. 2, p. 1 s., sur la notion et le rôle du temps en droit privé. - Adde M. Cresp, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2010, dir. J. Hauser, spéc. n° 354 p. 416 s.

⁷ *Cass. com., 17 juill. 2001 (Bonardi c/ Sté Somica)* : D. 2002, somm. p. 1003-1004, obs. G. Pignarre ; RJDA 01/2002, n° 28. - Comp. *Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2002 (Douarin c/ Saye et a.)* : Contrats, conc., consom. 2003, n° 22, note L. Leveneur. - Plus généralement, P. Jourdain, *Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)* : D. 1983, chron. p. 139 s.

⁸ *In Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 3754 p. 923.

l'état social de l'ignorant (...) et, d'une façon plus large, de l'évolution des mentalités et de la vulgarisation des techniques »¹. Plus globalement, ce rapide panorama au sein de différentes branches du droit civil montre que l'apparente rigidité de la plupart des règles civilistes laisse malgré tout un vaste espace d'appréciation aux juridictions². Combien plus cette remarque prend-elle de l'ampleur lorsque la conclusion du syllogisme judiciaire requiert en amont un travail d'interprétation, en vertu de l'article 4 du Code civil ! Au demeurant, le principe d'égalité qui figure au frontispice de la déclaration des droits de 1789³ ne devrait pouvoir s'entendre que dans cette perspective, plus distributrice que commutative selon la pensée d'Aristote⁴, sous peine de verser dans un égalitarisme niveleur et impersonnel⁵, consistant à nier les inégalités naturelles et réelles⁶. En somme, aucune sanction ne saurait être arbitrairement fixée sans nuire à l'équité et doit donc être adaptée à la singularité de chaque instance⁷. Aussi la relativité semble-t-elle alors le terrain privilégié d'une pareille approche : non seulement, si sa formulation est bien générale et impersonnelle, elle n'est pas nécessairement universelle ; mais encore, la disproportion qu'elle induit appelle un jugement de valeur subjectif puisque la norme de référence ne contient aucun critère neutre de comparaison.

II - Personnalisation de la sanction

308. - Bien sûr, comme le soulignait Capitant, le droit inspiré par la Révolution se préoccupait des devoirs de l'homme envers autrui, en négligeant quelque peu

¹ Cf. spéc. *T. com. Paris, 5 mai 2004* : Expertises 2004, p. 278. - *Contra Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007 (Thomas c/ SCP Bouat et Chabrolles)* : Bull. civ. I, n° 142 p. 125 ; D. 2007, AJ p. 1271-1272, note A. Darsonville ; RTD civ. 2007, p. 499 s. n° 1, obs. P. Deumier.

² Pour une analyse plus exhaustive et systématique, mais assez critique, cf. A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., *passim*.

³ Art. 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ».

⁴ *Ethique à Nicomaque*, préc.

⁵ *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Egalité et Egalitarisme. - Adde R. Hernu, in *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, coll. Quadrige, dir. J. Andriantsimbazovina et al., v^o Egalité et non-discrimination, *passim*.

⁶ *Comp. CJCE, 17 juill. 1963, Com. c/ Italie*, considérant que la discrimination consiste sans doute à traiter de façon différente des situations similaires, mais aussi de manière identique des circonstances dissemblables.

⁷ Rapp. F. Terré, *Réflexion sur un couple instable : égalité et équité* : Arch. philo. dr., t. 51 : *L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008, publié avec le concours du CNRS, p. 21 s.

ses devoirs envers lui-même¹ ; ce constat procède d'une vision des libertés individuelles entendues comme la faculté d'agir indépendamment de contraintes extérieures, en sorte que le droit ne semble plus alors fondé à s'immiscer dans la sphère personnelle². Bien sûr encore, la Cour de cassation a forgé un principe de réparation intégrale du préjudice subi³ et demeure sourde tant au comportement de la victime⁴ qu'à la gravité de la faute⁵. Une généralisation de cette jurisprudence semblerait donc interdire toute possibilité de proportionner la sanction aux circonstances propres à chaque espèce. Quelques observations pourraient néanmoins conduire à atténuer la portée de cette doctrine. La première, tout d'abord, confinerait à l'esquive en arguant du fait que la haute juridiction n'évoque que la responsabilité civile délictuelle ; à l'inverse, le Conseil constitutionnel a pu admettre, pour sa part, des régimes de réparation forfaitisée⁶, le Conseil d'Etat allant jusqu'à

¹ *Introduction générale au droit*, 4^e éd., 1925, n^{os} 10-11 p. 36 s.

² Cf. *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v^o Liberté, spéc. I A. - Adde G. Lebreton, in *Dictionnaire des droits de l'homme*, préc., v^o Liberté, spéc. p. 621 et la référence à Benjamin Constant. - Rappr. CEDH, 17 févr. 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique : « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne » : RTD civ. 2005, p. 341, obs. J.-P. Marguénaud.

³ Elle ne peut l'excéder (Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 2004, *Deyvaux c/ Cts Bachelot et a.* : Bull. civ. I, n^o 264 p. 221 ; JCP 2005, éd. G, I, 114 n^{os} 1 s., obs. P. Grosser (2^e esp.), ni être fixée de manière forfaitaire, fût-ce en équité (Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, *Caisse d'épargne des pays Lorrains c/ Agent jud. Trésor* : Bull. civ. I, n^o 296 p. 206-207 ; & Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007, *Caisse d'assur. mutuelle du BTP c/ Paray et a.* : Bull. civ. II, n^o 149 p. 136-137). – Rappr. *Les limites de la réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires – Actes, sous l'égide de la Cour de cassation, l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'Institut des hautes études pour la justice, l'Ecole nationale supérieure de sécurité sociale et le Centre des hautes études de l'assurance, travaux menés sous la direction de François Ewald, Antoine Garapon, Gilles J. Martin, Horatia Muir Watt, Patrick Matet, Nicolas Molfessis et Maurice Nussembam, p. 128 s., considérant que la réparation intégrale « procède (...) d'un certain arbitraire » (p. 128).

⁴ Cass. 2^e civ., 19 juin 2003 (*Cts Xhaufnaire c/ Decrept et a.*) : Bull. civ. II, n^o 203 (1^{re} esp.) ; D. 2003, p. 2326, note Chazal ; *ibid.* 2004, somm. p. 1346, obs. D. Mazeaud ; JCP 2003, éd. G, I, 101, n^{os} 9 s., obs. G. Viney ; Gaz. Pal. 2003, p. 3101, note Rosenfeld et Bouchez ; Defrénois 2003, p. 1574, obs. J.-L. Aubert ; Resp. civ. et assur. 2004, chron. 2, M.-A. Agard ; Petites affiches 31 déc. 2003, note Y. Dagonne-Labbe ; Dr. et patrimoine nov. 2003, p. 82, obs. F. Chabas ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. Jourdain.

⁵ Cass. 2^e civ., 8 mai 1964 (*Dame Harang-Martin c/ Dame Bonneau*), retenant que « l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice subi doit être calculée en fonction de la valeur du dommage, sans que la gravité de la faute puisse avoir aucune influence sur le montant de ladite indemnité » : JCP 1965, éd. G, II, 14140, obs. Esmein ; RTD civ. 1965, p. 137 n^o 20, obs. R. Rodière.

⁶ *In Cons. const.*, 30 déc. 1987, déc. n^o 87-237 DC, Loi de finances pour 1988 : Rec. Cons. const. 1987, p. 63, spéc. considérants 21 : « les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques (...) s'appliquent aussi bien dans l'hypothèse où la loi prévoit l'octroi de prestations que dans le cas où elle impose des sujétions », & 23 : « les règles d'indemnisation retenues par la loi présentement examinée pour la perte des biens ont été fixées à partir d'une estimation du patrimoine laissé par les rapatriés des Nouvelles-Hébrides, dans ce territoire, (...) l'indemnisation forfaitaire qui est prévue doit permettre un prompt règlement de la situation des intéressés ».

refuser la réparation de certains dommages¹. Ensuite, l'indétermination quantitative ou qualitative, qui préside aux notions relatives, devrait logiquement se refléter dans la sanction juridictionnelle, dans la mesure où l'appréciation du préjudice varie nécessairement au gré des espèces. Enfin et surtout, le droit privé connaît déjà une forme d'individualisation de la sanction puisque l'article 132-24 du Code pénal dispose explicitement que, « dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur », l'amende devant même être établie « en tenant compte également des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction »². Elle n'est jamais que l'héritière de l'ancienne mitigation des peines qui consistait, en vertu de la loi et par égard pour la faiblesse physique du condamné à substituer une peine plus douce à celle ordinairement requise³. Toutefois, reconnaître le comportement du justiciable comme la cause déterminante de la sanction revient moins à occulter la réalité factuelle dans son ensemble qu'à lui déléguer une partie de la puissance normative des notions relatives⁴. C'est justement ce qu'a pu reprocher une partie de la doctrine en soutenant que, « dans la mesure où la règle juridique vise à imposer ou à sanctionner un devoir, on comprend qu'elle admette difficilement des dérogations fondées sur la subjectivité du débiteur et de l'agent » puisque « les particularités existant chez celui-ci n'influent pas, en ce cas, sur l'utilité de la règle et sur les intérêts dont elle assure la défense »⁵. Mais c'est la formulation linguistique des notions relatives qui appelle nécessairement un jugement de valeur spécifique, car le qualificatif législatif contient en lui-même une obligation de diligence. Qui pourrait, en effet, soutenir qu'une identique sanction frappe celui qui a veillé et celui qui n'a pas prêté attention à ses intérêts propres⁶ ? Si une

¹ CE, 28 mai 1965, *Epx Tebaldini* : Rec. CE, p. 304 s., concl. G. Braibant. - Sur quoi, I. Poirot-Mazères, *La notion de préjudice en droit administratif français* : RD publ. 1997, p. 519 s., *passim*. - Rappr. la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme, in C. urb., art. L. 160-5 ; & G. Forest, *Regards prospectifs sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié* : D. 2011, chron. p. 2127 s.

² Sur quoi, cf. Th. Papatheodorou, *La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français* : Rev. sc. crim. 1997, p. 15 s. ; A. Garapon, *Peine fixe v. individualisation : analyse d'un clivage culturel* : Justices 1998, n° 9 p. 137 s. - Adde art. 132-18 s. permettant d'amoinrir la peine encourue.

³ *Vocabulaire juridique et Lexique des termes juridiques*, préc., v° Mitigation des peines.

⁴ Pour une critique de l'obligation envers soi-même, cf. A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 4 s. p. 3 s.

⁵ N. Dejean de La Batie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n° 10 p. 8. - Rappr. *Vocabulaire juridique*, préc., v° Norme, I et Règle, I, termes qui expriment ce qui est interdit ou autorisé par le droit.

⁶ Rappr. A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 10 in fine p. 9.

telle option a reçu une ratification jurisprudentielle (1), c'est que la loi participe à l'évidence d'une relativité distributive (2).

I. Une ratification jurisprudentielle

309. - Très classiquement, seul le droit pénal est présenté comme ayant une fonction de rétribution, en proportionnant la peine à la faute commise, sous-entendant donc aussi que la matière civile est dominée par la justice commutative¹. Ce ne serait certes là qu'un prolongement de la pensée aristotélico-scholastique qui distingue les rapports de la société avec les particuliers qui en sont les membres, des relations de ces derniers entre eux². Comment prétendre, néanmoins, se cantonner, y compris en droit civil, à une stricte équivalence quand la loi renferme en son sein un mécanisme mélioratif ? Peu importerait donc, pour ce qui est de la responsabilité, qu'une faute grave entraîne un faible préjudice ou qu'une *culpa levissima* provoque un dommage étendu³ ! De fait, au plan linguistique, la relativité embrasse intrinsèquement l'idée que l'obtention ou la perte d'un droit est concevable à la seule condition que la revendication soit causée par un niveau minimal d'intensité. Autrement dit, le comportement du justiciable au regard du *plerumque fit*, de ce qui est tout du moins socialement accepté, est susceptible d'influencer la décision du juge - de manière plus ou moins occulte, pour certains auteurs⁴ - par aggravation de la dette (a) ou réduction de la créance (b).

¹ Spéc., en droit de la responsabilité délictuelle, *Cass. 2^e civ., 28 oct. 1954 (C^{ie} gén. fr. des tramways c/ Braun)* : Bull. civ. II, n° 328 p. 222-223 ; JCP 1955, éd. G, II, 8765, obs. R. Savatier ; ou *Cass. 1^{re} civ., 17 juill. 1996 (C^{ie} financière du littoral c/ Lenthéric et a.)* : Bull. civ. I, n° 327 p. 228.

² Sur quoi, *Dictionnaire de la langue philosophique*, préc., v° Justice.

³ Tel est apparemment le sens à décèler, in *Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004 (M^{elle} Richard c/ Sté Gan Assurance Incendie et a.)*, décision d'après laquelle « les dommages-intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit » : Bull. civ. II, n° 393 p. 331 ; RTD civ. 2004, p. 739-740 n° 2, obs. P. Jourdain.

⁴ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le fait juridique*, préc., n° 387 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 239 p. 132. - F. Leduc, *Régime de la réparation* : J.-Cl. civ., art. 1382 - 1386, fasc. 201, n°s 89 s. p. 33-34. - G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ - R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, coll. Bibl. dr. privé t. LIII, préface A. Tunc, n° 365 p. 309 s. et les réf. ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, coll. Institut de droit des affaires, préface F. Pollaud-Dulian, n° 216 p. 200.

a. Aggravation de la dette

310. - D'aucuns ont pu prétendre que la responsabilité civile n'est point l'interface entre le droit et l'état des mœurs ; sa fonction ne serait pas de discerner le bien du mal, comme en matière répressive, mais elle serait principalement indemnitaire, ne visant qu'à effacer le dommage¹. A la fin du XX^e siècle, elle a d'ailleurs connu une certaine expansion, non seulement en accablant quelque peu les parties puissantes (et solvables !), mais encore en objectivant la notion de faute, c'est-à-dire en détachant le manquement de tout aspect moral et donc en écartant prétendument toute objection attachée à pareil argument². Pour autant, la recherche quasi effrénée du premier axe d'évolution semble incompatible avec le second : la victime obtient d'autant plus facilement satisfaction que l'infraction à la règle est importante. Ainsi la responsabilité de l'employeur est-elle engagée alors même que d'autres fautes auraient concouru au dommage, dès lors que la sienne, qualifiée d'inexcusable, en est une cause nécessaire³ ; c'est admettre en contrepoint qu'un manquement plus véniel aurait conduit à un partage des responsabilités. En somme, des considérations de pure équité peuvent influencer le mécanisme de la réparation ; elles restent parfaitement extérieures au dommage subi par la victime mais révèlent le comportement du coupable. Dissimulées sous le pouvoir souverain des juges du fond dans l'application du principe de l'équivalence entre indemnité et préjudice, elles recèlent en réalité la prise en compte du degré de gravité de la faute. Les pays de tradition anglo-saxonne connaissent, pour leur part, l'institution des *punitive damages* qui correspondent à une indemnisation supérieure au dommage, dans le but de réprimer sévèrement certaines fautes⁴ : pour entrer en voie de condamnation à des dommages-intérêts exemplaires, au-delà de la stricte réparation compensatoire, les juridictions américaines relèvent ainsi

¹ Rappr. *Petit Robert*, préc., v° Dommage. – E. Pire, *Retour sur le privilège de la femme enceinte* : D. 2003, point de vue, p. 2243-2244.

² *Ibid.*, introduction II, p. 2244.

³ *Cass. soc.*, 31 oct. 2002 (*Sté Ouest Concassage c/ Mme Latchoumanin et a.* : Bull. civ. V, n° 336 p. 324-325 ; D. 2003, p. 644 s., note Y. Saint-Jours ; *Resp. civ. et assur.* 2003, comm. 100, note H. Groutel.

⁴ Sur quoi, C. Joffret-Spinosi, *Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers* : Petites affiches 20 nov. 2002 n° 232, p. 8 s. - Adde L. Reiss, *Le juge et le préjudice - Etude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, coll. Institut de droit des affaires, 570 p. ; *Les limites de la réparation du préjudice*, sous l'égide de la Cour de cassation et *alii*, préc., n°s 48 s. p. 428 s. – Pour le droit continental, cf. F. Werro, *La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit suisse des médias*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, PUB, 2003, ouvrage édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Université Montesquieu-Bordeaux IV, collaboration L. Heckendorn, p. 745 s.

généralement « le comportement particulièrement répréhensible et haïssable de l'auteur du délit ou sa situation financière et économique »¹, sans contrarier pour autant le VIII^e Amendement à la Loi suprême des Etats-Unis qui énonce que des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et exceptionnels infligés². Sans ce soutien objectif du *common law*, la jurisprudence française a, malgré tout, dissocié assez tôt la peine prononcée du dommage effectivement réalisé³. Assez hypocritement, elle peut se dissimuler sous une surévaluation du préjudice ; plus clairement, sans avoir toutefois d'incidence sur l'obligation à la dette dans une condamnation *in solidum*⁴, elle permet de fixer la contribution à la dette en fonction de la gravité des différentes fautes, c'est-à-dire à proportion du « rôle plus ou moins causal »⁵ qu'a eu le fait respectif de chaque coauteur *solvens* dans la réalisation du dommage⁶. Mais cette philosophie pourrait obtenir une véritable consécration législative : selon un projet de réforme du droit des obligations, un article 1371 du Code civil prévoirait que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée (...) peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs »⁷. Dans le même esprit, sur le fondement de l'article 1150 actuel, les juridictions écartent les limitations (légalles ou conventionnelles) du droit à réparation en

¹ A. A. Levasseur, *Le droit américain*, Paris, Dalloz, 2004, coll. Connaissance du droit, p. 152.

² « *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted* ».

³ *Cass. civ.*, 19 mai 1885 (*Durant et Cts Bonnefoy c/ Ruchon et Cts Barthélémy Bonnefoy*) : DP 1885, I, p. 345 s., et la note, spéc. n^{os} 3-4. - *CA Douai*, 2 juill. 1851 (*Beaudoux c/ V^e Deltombe*) : *ibid.* 1853, 2, p. 126-127, et la note avec les réf.

⁴ *Cass. soc.*, 4 déc. 1983 (*Fontaine et a. c/ Mme Demery et a.*), affirmant que « chacun des coresponsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité sans qu'il y ait lieu de tenir compte d'un partage entre eux qui n'affecte que leurs rapports réciproques et non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la partie lésée » : *Bull. civ. V*, n^o 598 p. 428-429. - *Adde Cass. civ. 2^e*, 26 avr. 2007 (*FGAO c/ Epx Dumas et a.*) : *Bull.* n^o 108, p. 90-91 (cassation partielle sans renvoi).

⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n^o 256 p. 148, qui notent que, « sous couvert de causalité, réapparaît une appréciation morale », *ibid.* n^o 1381 p. 732.

⁶ *Cass. 2^e civ.*, 20 juin 2002 (*MAAF et a. c/ C^e La Suisse accidents et a.*) : *Bull. civ. II*, n^o 136 p. 108-109. - *Cass. 1^{re} civ.*, 28 juin 1989 (*SCP Georges Daublou et Claude Thibierge c/ Sté Franck Arthur et a.*) : *ibid.* I, n^o 264 p. 175-176 (cassation sans renvoi).

⁷ www.justice.gouv.fr/art_prix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. - Rapp. M. Attal, *Le droit français est-il devenu favorable aux dommages et intérêts punitifs ?* : Dr. et patrimoine n^o 205 juill.-août 2011 p. 42 s., à propos de *Cass. 1^{re} civ.*, 1^{er} déc. 2010, décidant que cette sanction n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public international français. - F.-X. Licari, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ?* : D. 2001, p. 423 s., spéc. la discussion critique sur l'exigence de proportion de la sanction (*in II*, p. 425 s.).

présence d'une faute dolosive ou intentionnelle du responsable¹, voire, par application de l'adage « *culpa lata dolo aequiparatur* »² en cas de faute non intentionnelle³. Crépuscule des clauses limitatives de réparation, selon l'expression du professeur Grégoire Loiseau⁴, cette nette défaveur pour les forfaits ou plafonds indemnitaires se manifeste même parfois en cas de faute ordinaire⁵. Curieusement, donc, la volonté de punir prime contre le débiteur, au prix d'une distorsion logique, soit en portant exception à la parité entre dommage et réparation, soit en favorisant le retour à un intégral dédommagement lorsque existe une restriction quantitative de celle-ci. Elle ne prend néanmoins pas réellement en compte le préjudice ressenti, mais plutôt l'importance causale du comportement incriminé. Cette conclusion peut aisément être transposée en matière d'autorité parentale. Parce que son exercice est intimement lié à la personne de son titulaire⁶, le législateur s'accommode de maladresses, de négligences, voire de fautes. Mais la réaction du droit - plus par souci de protection de l'enfant que pour sanctionner les parents, d'ailleurs⁷ - se fera sentir si le manquement éducatif excède ce qui est acceptable⁸ : « désintérêt manifeste »⁹ (art. 377 al. 2), consommation excessive d'alcool¹⁰, « inconduite notoire » (art. 378-I al. 1^{er}). Ce même

¹ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^{os} 602 s. p. 624 s. - *Cass. 1^{re} civ.*, 24 févr. 1993 (*FNAC c/ Legrand*) : *Bull. civ. I*, n^o 88 p. 58 ; *JCP* 1993, éd. G, II, 22166, note G. Paisant ; *Defrénois* 1994, art. 35746, p. 354 s ; n^o 23, obs. D. Mazeaud ; *D.* 1994, p. 6 s., note X. Agostinelli ; *ibid.* 1993, somm. p. 249, comm. Th. Hassler. - *Cass. 1^{re} civ.*, 4 févr. 1969 (*Sté des comédiens français c/ Giraud et a.*) : *ibid.* 1969, p. 601-602, note J. Mazeaud ; *JCP* 1969, éd. G, II, 16030, obs. R. Prieur.

² Sur quoi, *Lexique juridique - expressions latines*, préc., v^o *Culpa lata dolo aequiparatur*.

³ *Cass. com.*, 3 avr. 1990 (*Ateliers et chantiers de la Manche et a. c/ Sté océanique de pêche et d'armement et a.*) : *Bull. civ. IV*, n^o 108 p. 71-72. - G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^{os} 606 s. p. 628 s. - Adde G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde* : *D.* 1975, chron. p. 263 s. - R. Jambu-Merlin, *Dol et faute lourde* : *ibid.* 1955, chron. p. 89 s.

⁴ *Le crépuscule des clauses limitatives de réparation* : *RLDC* mai 2007 n^o 38, n^o 2511, à propos de *Cass. com.*, 13 févr. 2007.

⁵ *C. civ.*, art. 1953, al. 3 *in fine*, pour le dépôt hôtelier. - *CA Paris*, 15 janv. 1987 (*Sté Sofrexho c/ Epx Grandinetti*) : *D.* 1987, inf. rap. p. 36 & 26 nov. 1987 (*Versi et a. c/ SA C^{ie} La Paternelle*) : *ibid.* 1988, inf. rap. p. 4, qui se réfèrent à une faute simplement caractérisée du professionnel. - Pour l'ensemble de la question, G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, préc., n^{os} 316 s. p. 575 s.

⁶ *Comp. C. civ.*, art. 458, pour les actes « réputés strictement personnels » et ne pouvant donner lieu ni à assistance, ni à représentation de la personne protégée.

⁷ *Cass. 1^{re} civ.*, 14 avr. 1982 (*Dame Vidal et Vidal*) : *D.* 1983, p. 294-295, note J. M.

⁸ Le risque éventuel est insuffisant, *in Cass. 1^{re} civ.*, 6 juill. 1999 : *Dr. fam.* 2000, comm. 4, note P. Murat.

⁹ *Comp. les circonstances particulières* (al. 1^{er}) justifiant une délégation volontaire, au regard du principe d'indisponibilité figurant à l'article 376 du Code civil.

¹⁰ Celle de stupéfiants semble comporter par essence, en raison de la formulation du texte, une certaine gravité, qui peut être rapprochée des incriminations pénales de l'article 378, intrinsèquement nuisibles.

dépassement d'un équilibre idéal a inspiré la jurisprudence relative au divorce puisque, d'après la Cour de cassation¹, des torts partagés ne permettent pas d'accéder aux dommages-intérêts de l'article 266 : seule l'exclusivité de la faute à l'origine du divorce en justifie l'allocation. Cette charge est cependant tempérée par le fait que la dissolution du mariage doit entraîner des conséquences caractérisées, « d'une particulière gravité » selon cette même disposition² ; la haute juridiction ajoute que l'évaluation du dommage ne saurait dépendre des ressources du débiteur³. Au demeurant, cela confirme que la sanction dépend plus des faits qui sont imputables à ce dernier que de son état de fortune, comme ce serait le cas en matière de pension alimentaire - qui repose sur la seule idée de subsistance sans avoir de finalité indemnitaire⁴ (art. 208⁵). Plus en amont, la gravité de la violation des devoirs et obligations du mariage peut conduire à un divorce aux torts exclusifs, mais elle est susceptible d'être excusée par l'attitude de celui qui l'invoque⁶. Finalement, de manière plus générale, cette dernière peut venir elle-même pondérer l'exonération de la dette qu'implique la relativité.

b. Réduction de la créance

311. - Les torts exclusifs qui sont cause de divorce produisent un effet radical dans la mesure où ils peuvent interdire au demandeur de profiter d'une prestation compensatoire (art. 270 al. 3). Là encore, cependant, le législateur paraît hésiter à aggraver le sort de ce dernier puisqu'il suspend ce mécanisme d'équité à la preuve de « circonstances

¹ Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005 : Bull. civ. I, n° 383 p. 319 ; Dr. fam. 2005, comm. 269, note V. Larribau-Terneyre ; D. 2005, inf. rap. p. 2899.

² Rappr. CA Paris, 20 févr. 2008 : Dr. fam. 2008, comm. 55, obs. V. Larribau-Terneyre, justifiant le versement de dommages-intérêts le préjudice réel et renforcé causé par un divorce intervenu dans un pays dont l'épouse n'est pas originaire et où elle n'a pas sa famille.

³ Cass. 2^e civ., 21 juill. 1982 (Mme Teisseire c/ Teisseire) : Bull. civ. II, n° 109 p. 80 ; Defrénois 1983, art. 33082, p. 771 n° 43, obs. J. Massip.

⁴ Cf., cependant, J. Bosquet-Denis, *Réflexions sur la distinction de l'« alimentaire » et de l'« indemnitaire »* : JCP 1981, éd. G, I, 3010.

⁵ Rappr. art. 371-2. - Cass. 1^{re} civ., 22 mars 2005 : D. 2005, inf. rap. p. 1112. - Cass. 2^e civ., 17 oct. 1985 : Bull. civ. II, n° 157 p. 103-104 ; Rapp. C. cass. 1985, p. 82. - Adde J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, préc., n° 399 p. 797 s. *passim*.

⁶ En ce sens, CA Pau, 14 déc. 1998 : Dr. fam. 1999, comm. 80, note H. Lécuyer. - Cass. 2^e civ., 29 avr. 1994 : Bull. civ. II, n° 123 p. 71 ; RTD civ. 1994, p. 571-572 n° 12, obs. J. Hauser ; Defrénois 1995, art. 36210, p. 1374-1375 n° 124, obs. J. Massip ; JCP 1995, éd. G, I, 3813 n° 6, obs. S. Ferré-André ; *ibid.* 1996, 3946, p. 280 n° 2 obs. E. Mattéi.

particulières » (al. 3 *in fine*)¹. Logiquement aussi, le caractère vital des aliments devrait faire obstacle à leur disparition, mais les articles 379, alinéa 2, et 207, alinéa 2, permettent aux magistrats de décharger le débiteur de sa dette en fonction de l'inconduite du créancier². De la même manière, une faute inexcusable peut être opposée aux victimes d'accidents de la circulation dans l'indemnisation du dommage résultant des atteintes à leur personne³. Tout spécialement, l'extrême casuistique jurisprudentielle concernant le piéton illustre combien la relativité terminologique de la législation influe sur l'aménagement de la sanction au regard des circonstances particulières ; selon la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, d'ailleurs, la qualification de la faute dépend essentiellement de la contrariété du comportement de la victime à celui qu'aurait dû avoir une personne sensée jouissant de toutes ses facultés⁴. C'est pourquoi la recherche délibérée du dommage exclut toute indemnisation⁵. Ce référentiel justifie donc aussi des distinctions, nonobstant des configurations matérielles similaires : traversée de la chaussée par une personne en fuite ou se faufilant entre des voitures à l'arrêt⁶, conducteur ayant quitté son véhicule dans l'espoir d'être vu ou pour marcher sur la voie rapide d'une autoroute⁷... D'une certaine façon, les notions relatives empêchent la pleine satisfaction d'une prétention lorsque le créancier a lui-même contribué à son état actuel, comme si, aux yeux de la société, son attitude rendait par exemple son préjudice plus acceptable. Le droit pénal raisonne identiquement en refusant le bénéfice des faits justificatifs à l'individu qui a « outrepassé son devoir »⁸, c'est-à-dire ayant

¹ Rappr. CA Montpellier, 5 févr. 2008 : AJ fam. 10-2008, p. 395, obs. St. David.

² Cf. Cass. 2^e civ., 11 févr. 1981 (G c/ D) : Gaz. Pal. 1982, I, p. 105, note J. Massip.

³ L. n° 85-677, 5 juill. 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art. 3 al. 1^{er}. - Cass. 2^e civ., 20 juill. 1987 : Bull. civ. II, n° 160 (10 arrêts) ; Rapp. C. cass. 1987, p. 24, concl. Bouyssie ; GAJ civ., n° 223 ; Gaz. Pal. 1988, I, p. 26 s., note F. Chabas. - Cass. ass. plén., 10 nov. 1995 (Cts Larher et a. c/ Sté Harscoat et a.) : Bull. ass. plén., n° 6 p. 11 ; JCP 1996, éd. G, II, 22564, concl. M. Jéol et note G. Viney ; D. 1995, p. 633, rapp. Y. Chartier ; Defrénois 1996, art. 36354, p. 762 n° 63, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1996, p. 187 s. n° 7, obs. P. Jourdain.

⁴ Cass. 2^e civ., 5 juin 2003 (Gozlany c/ Gasparini et a.) : Bull. civ. II, n° 167 p. 143 ; D. 2003, inf. rap. p. 1946 ; RTD civ. 2003, p. 721, obs. P. Jourdain ; Resp. civ. et assur. 2003, chron. p. 24, note H. Groutel.

⁵ Cass. 2^e civ., 24 juin 1998 (Mme Andriot et a. c/ Vallet et a.) : Bull. civ. II, n° 204 p. 121 ; D. 1998, inf. rap. p. 191 ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. 309, obs. H. Groutel. - Adde Cass. 2^e civ., 24 févr. 1988 (Cts Valet c/ SA Entreprise Cochery et a.) : Bull. civ. II, n° 49 p. 25-26.

⁶ Comp. Cass. 2^e civ., 5 févr. 2004 (Mme Naja, représentante légale de son fils Ikram et a. c/ C^{ie} Generali France assur. et a.) : Bull. civ. II, n° 40 p. 33 ; & 12 nov. 1987 (Agent jud. Trésor c/ Disca et a.) : *ibid.*, n° 222 p. 124.

⁷ Comp. Cass. 2^e civ., 4 juin 1997 (UAP c/ Guignard et a.) : *ibid.*, n° 164 p. 98-99 ; & 27 mai 1999 (Mme Bernard c/ Gutierrez et a.) : *ibid.*, n° 99 p. 71-72.

⁸ Cass. crim., 1^{er} déc. 1955 : Bull. crim., n° 535.

franchi les limites des prérogatives qui lui étaient conférées¹ : les articles 122-5 et -7 du Code pénal - se rapportant respectivement à la légitime défense et à l'état de nécessité - font expressément de la proportionnalité un critère de l'exonération du débiteur². En matière civile - exception faite de l'épisode provocateur de l'arrêt *Desmares* concernant la responsabilité du fait des choses³ -, cette dernière devient d'autant plus étendue qu'est intense la faute de la victime⁴... comme c'est traditionnellement le cas dans la responsabilité pour faute⁵. Toutefois, au moins à l'endroit d'une prétendue objectivation de la responsabilité civile tournée vers le seul lien de causalité pour favoriser l'indemnisation de la victime⁶, la jurisprudence tend alors à substituer une évaluation morale à une approche purement causale. C'est dans cette continuité que peut être lu l'article 1374 alinéa 2 du Code civil. Il prévoit en effet que la réparation du gérant d'affaires est modérée par sa faute

¹ Rappr. CA Alger, 9 nov. 1953 (*Min. publ. et Bussutil c/ Zeghdoudi*) : D. 1954, p. 369, note P.-A. Pageaud. - *Adde Cass. crim.*, 21 févr. 1990 : *Rev. sc. crim.* 1990, p. 785, obs. G. Levasseur ; *Dr. pénal* 1990, comm. 216, note M. Véron.

² Rappr. *Cass. crim.*, 5 janv. 2000 : D. 2000, p. 780 s., note B. de Lamy, concernant le commandement de l'autorité légitime (C. pén., art. 122-4), à propos du tir d'un gendarme « porté de manière particulièrement imprudente et maladroite quant à sa direction et à sa hauteur ».

³ *Cass. 2^e civ.*, 21 juill. 1982 (*La mutualité industrielle et a. c/ Epx Charles et a.*) : D. 1982, p. 449 s., rapp. Charbonnier, note Ch. Larroumet ; *JCP* 1982, éd. G, II, 19861, note F. Chabas ; *RTD civ.* 1982, p. 766 n° 1, obs. G. Durry ; *GAJ civ.*, n° 134. - Pour les critiques doctrinales, G. Viney, *L'indemnisation des victimes de dommages causés par le « fait d'une chose » après l'arrêt de la Cour de cassation (2^e ch. civ.) du 21 juillet 1982* : D. 1982, chron. p. 201 s. ; Y. Lambert-Faivre, *Aspects juridiques, moraux et économiques de l'indemnisation des victimes fautives* : *ibid.*, chron. p. 207 s. ; J. Bigot, *L'arrêt Desmares : retour au néolithique* : *JCP* 1982, éd. G, I, 3090 ; E. Bloch, *Est-ce la glas du partage de responsabilité (arrêt Mutualité industrielle de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 21 juillet 1982)* : *ibid.*, I, 3091 ; B. Puill, *Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile* : D. 1984, chron. p. 58 s.

⁴ Sur quoi, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 802, p. 762. - *Adde Cass. 2^e civ.*, 6 avr. 1987 : *Bull. civ. II*, n° 86 p. 49 s., 3 arrêts ; D. 1988, p. 32, note Ch. Mouly ; *JCP* 1987, éd. G, II, 20828, note F. Chabas ; *Defrénois* 1987, art. 34049, p. 1136-1137 n° 72, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1987, p. 767 s. ; n° 1, note J. Huet ; *GAJ civ.* n° 135. - La jurisprudence est demeurée constante depuis, *in Cass. 2^e civ.*, 8 juin 1994 (*Epx Brière*) : *JCP* 1994, éd. G, IV, 2012 ; D. 1994, inf. rap. p. 181 ; 18 déc. 1995 (*Mme Campan c/ Touring club rhodanien et a.*) : *ibid.* 1996, inf. rap. p. 35 ; *JCP* 1996, éd. G, IV, 380. - *Comp.*, toutefois, *Cass. 2^e civ.*, 25 juin 1998 (*Texier c/ SNCF*) : *ibid.* 1998, éd. G, II, 10191, note B. Fromion-Hébrard ; & *Cass. 1^e civ.*, 13 mars 2008 : D. 2008, p. 1582, 1^{re} esp., note G. Viney ; *JCP* 2008, éd. G, II, 10085, note P. Grosser.

⁵ Cf. la jurisprudence, déjà ancienne, *in Cass. req.*, 30 janv. 1929 (*Plantier c/ Croisier*) : S. 1929, I, p. 191. - *Adde M. Eloi, C. de Jacobet de Nombel, M. Rayssac et J. Sourd, La faute de la victime dans la responsabilité extra-contractuelle, in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Bordeaux, PUB, 2003, p. 58 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le fait juridique*, préc., n° 176 p. 176.

⁶ *Spéc. G. Ripert, Le régime démocratique et le droit civil moderne*, chap. VI, I, *De la responsabilité à la réparation*, Paris, LGDJ, 1948, nos 168 s. p. 305 s. ; Y. Lambert-Faivre, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation* : *RTD civ.* 1987, p. 1 s., & *L'éthique de la responsabilité* : *ibid.*, 1998, p. 1 s., spéc. p. 14 s. - *Adde J. Carbonnier, Les obligations*, préc., nos 1116 s. p. 2257 s. et les réf. ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, préc., nos 529-530, p. 420 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., nos 654 s. p. 618 s. - *Comp.* l'évolution du sens de la responsabilité chez l'enfant, *in J. Piaget, Le jugement moral chez l'enfant*, préc., p. 91 s. et 202 s.

ou sa négligence, dessinant en creux une définition du *bonus pater familias*¹ visé au premier alinéa : deviendrait malin celui dont la conduite relève des articles 1382 et suivants², encore que l'article 1992 alinéa 2 suggère une appréciation qualifiée du manquement³. C'est pourquoi le caractère injustifiable de l'erreur neutralise également la nullité du contrat fondée sur l'article 1110⁴. En décider autrement reviendrait, en quelque sorte, à gratifier la personne qui s'est insuffisamment prémunie contre la situation dont elle se plaint ; comme le souligne la doctrine, c'est aussi « affirmer que l'auteur de son propre dommage n'est pas digne de protection, précisément pour la raison qu'il aurait dû mieux veiller à ses intérêts »⁵. Mais la Cour de cassation oblige là encore à une évaluation contextuelle⁶ ; de façon paradoxale, elle excuse systématiquement l'erreur provoquée par réticence dolosive⁷. Au demeurant, cette considération jurisprudentielle n'est pas innocente quant à la nature de la sanction : fort logiquement, la malléabilité inhérente aux notions relatives empêche, en effet, non seulement de songer à prédéterminer la sentence judiciaire, mais aussi de rendre cette dernière invariante au gré des espèces. En somme, l'appréciation de l'intensité requise par le

¹ Comp. art. 496 al. 2 : le tuteur est tenu d'apporter, dans les actes nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée, « des soins prudents, diligents et avisés ».

² Rappr. J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n° 1217 p. 2425 *in fine* ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Mucnk, *Les obligations*, préc., n° 1025 *in limine* p. 564. - Adde M. Lecène-Marénaud, *Le rôle de la faute dans les quasi-contrats* : RTD civ. 1994, p. 515.

³ Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1980 (*Ezvan c/ Dame Sée*), précisant bien que ce texte ne concerne que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation : Bull. civ. I, n° 11 p. 9 ; RTD civ. 1981, p. 406 s. n° 3, obs. G. Cornu. - Adde Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1985 (*Dame Catella c/ Sté Carrefour et a.*), relevant qu'un supermarché est responsable de la mégarde d'un sac à main, mais la réparation due à la cliente est modérée en raison du fait qu'elle l'avait à l'origine oublié dans un chariot : Bull. civ. I, n° 5 p. 4-5 ; JCP 1985, éd. G, IV, p. 102.

⁴ En ce sens, Cass. soc., 3 juill. 1990 (*Racy c/ Sté Cart Expert France et a.*) : D. 1991, p. 507 s. (2^e esp.), note J. Mouly ; RTD civ. 1991, p. 316-317 n° 2, obs. J. Mestre.

⁵ A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 12 p. 11.

⁶ Comp., à propos du marché de l'art, Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1964 (*de Causans c/ V^{re} Villet et a.*) : D. 1965, p. 136-137, et la note (amateur d'art issu d'un milieu social élevé s'étant méprisé sur la signification des mentions « signé Courbet » et « attribué à Courbet ») ; & Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 2004 (*Perrault c/ Claudel*), excusant le professionnel acquéreur d'un tableau, intervenu en qualité de restaurateur et non d'expert sur le tableau authentifié par d'autres spécialistes : Bull. civ. I, n° 326 p. 271-272 ; D. 2005, inf. rap. p. 594 ; RTD civ. 2005, p. 123 s. n° 4, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP 2005, éd. G, I, 141, n°s 1 s., obs. Y.-M. Serinet.

⁷ Cass. 3^e civ., 21 févr. 2001 (*Epx Plessis c/ Cts Errera et a.*) : Bull. civ. III, n° 20 p. 17-18 ; D. 2001, p. 2702 s., note D. Mazeaud ; *ibid.*, somm. p. 3236, obs. L. Aynès ; *ibid.* 2002, somm. p. 927-928, obs. Ch. Caron et O. Tournafond ; JCP 2002, éd. G, II, 10027 p. 348 s., note Ch. Jamin ; *ibid.* 2001, I, 330, p. 1217 n°s 10 s., obs. A. Constantin ; Defrénois 2001, art. 37365, p. 703 s. n° 40, obs. R. Libchaber ; Petites affiches 30 oct. 2001 n° 216, p. 16 s., note Ch. Gentili ; AJDI 2002, p. 70, obs. Cohet-Codey ; RTD civ. 2001, p. 353 s. n° 3, obs. J. Mestre et B. Fages.

législateur suggère quelque flexibilité ; les notions relatives semblent davantage appeler une pondération des droits en présence¹ qu'une stricte commutation arithmétique².

2. Une relativité distributive

312. - Assez spontanément, l'esprit est enclin à considérer la vente comme un transfert de propriété égalitaire. Quand bien même le prix de ce transfert de propriété repose sur une estimation monétaire assez subjective³, il recèle en effet la nécessité d'une contrepartie sérieuse⁴, son absence excluant la qualification de l'acte en cause⁵ ; de fait, cet équilibre minimum est suggéré dans les articles 1658 *in fine*⁶ et 1674 (en matière immobilière) du Code civil. A l'opposé aux termes de l'article 894, une donation consiste essentiellement dans le dépouillement gratuit du disposant au profit du bénéficiaire⁷ ; seulement, le défaut de contrepartie doit alors impérativement être justifié par une intention

¹ Cf. *Petit Robert*, préc., v° Pondération, 2 (« Equilibre des forces sociales et politiques ») et 5 (en mathématiques, « affectation d'un coefficient à une variable, en vue de modifier son influence sur un résultat »).

² *Ibid.*, v° Commutatif, 2 (« dont le résultat est invariable quel que l'ordre des facteurs »). - *Adde* J. Benoist, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2010, v° Aristote, spéc. p. 5, précisant que la justice est dite commutative quand elle « opère seulement au moyen de l'addition et de la soustraction, sans multiplier ni construire de rapport ».

³ *Comp. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995 (Sté Cartier c/ Talbot)*, pour un prix non dérisoire mais dénué de réalité économique : *Bull. civ. I*, n° 303 p. 212 ; *RTD civ.* 1995, p. 881 n° 4, obs. J. Mestre ; *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. 181, note L. Leveneur. - *Rappr.*, à propos d'une erreur d'étiquetage entraînant la nullité de l'acte pour vice du consentement, *CA Angers, 8 janv. 2001 (SA Castorama c/ Loizeau)* : *JCP* 2001, éd. G, IV, 2857 p. 2074.

⁴ *Cass. 3^e civ., 23 mai 2007 (Cne d'Arnas c/ SCI de Joux et a.)* : *Bull. civ. III*, n° 90 p. 82-83 ; *JCP* 2008, éd. N, 1192, note Ch. Lebel ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. 232, note L. Leveneur. - *Adde Cass. 3^e civ., 3 mars 1993 (Mme Delanghe c/ Teneul)*, validant la vente d'un terrain au franc symbolique parce qu'elle dépend d'un ensemble contractuel plus vaste procurant au vendeur un avantage réel : *Bull. civ. III*, n° 28 p. 18-19 ; *Deffrénois* 1993, art. 35602, p. 927 s., note Y. Dagorne-Labbe ; *JCP* 1994, éd. G, I, 3744, n°s 1 s. p. 125-126, obs. M. Fabre-Magnan ; *RTD civ.* 1994, p. 124-125 n° 1, obs. P.-Y. Gautier (*Mme Chiaffi c/ Sté lyonnaise de Crédit bail Slibail*, pour les deux dernières réf.). - *Rappr. Cass. 3^e civ., 12 sept. 2006*, déclarant que, si « le prix, quoique déterminable selon une procédure choisie d'un commun accord, demeure inconnu et que la procédure de détermination n'a pas été engagée, la vente ne peut être déclarée parfaite » : *Petites affiches* 8 nov. 2006 n° 223, note C. Boismain, in *Précision sur la notion de prix déterminable*.

⁵ *Cass. req., 3 mai 1922 (Chayrou dit Gervais c/ Gaget-Ragot et a.)* : *S.* 1922, I, p. 310, et la note ; & *Cass. com., 30 nov. 1983 (Bibie et a. c/ SA Elf France et a.)* : *Bull. civ. IV*, n° 333 p. 288-289. - Plus globalement, Ph. Le Tourneau, in *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 5830, p. 1231 et n°s 5857 s. p. 1237 s. - *Adde* P. Chauvel, *Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques* : *Droits* 1990/12, p. 92 s. ; B. Garrigues, *La contre-prestation du franc symbolique* : *RTD civ.* 1991, p. 459 s.

⁶ Sur quoi, faisant du texte un principe général, *Cass. 3^e civ., 29 avr. 1998 (Mme Compain c/ Cts Couteau et a.)* : *Bull. civ. III*, n° 88 p. 58-59 ; *D.* 1999, somm. p. 14, note G. Paisant ; *ibid.* 2000, p. 504, obs. M.-C. Cauchy-Psaume (1^{re} esp.).

⁷ *Cass. civ., 5 avr. 1938 (Dame Fauchon c/ Fauchon)* : *DH* 1938, p. 305.

libérale¹, sans que celle-ci puisse résulter d'une simple disparité entre engagements réciproques des contractants². La présence d'une notion relative interdit une analyse aussi catégorique, qui reposerait sur une formule de stricte homologation. Sans refouler le mécanisme de compensation égalitaire, le qualificatif qui est à la base de la relativité renvoie davantage à un calcul de proportion ; le régime des donations n'est d'ailleurs pas sans évoquer lui-même cette forme d'eurythmie des intérêts en présence. L'incidence de la relativité est la plus évidente en matière de faute, le degré de transgression de l'obligation litigieuse ne présentant quelque utilité structurelle qu'au regard de sa sanction, en ce qu'elle concerne le rapport à autrui. Or, ce dernier n'est commensurable qu'à raison de la nature originale de chaque espèce, exclusive d'une égalité qui serait indifférente à la particularité de chaque situation³. *Jura vigilantibus, tarde venientibus ossa*, prévient l'adage, en renvoyant implicitement à un principe d'ordre moral⁴ ! Cette conception de la justice n'est point sans rappeler la parabole des talents d'après laquelle le jugement du maître est déterminé par les capacités de chaque serviteur⁵. Pour autant, la Cour de cassation semble bien complaisante quand elle s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond⁶, esquivant ainsi la question du fondement même de celle-ci. Certes, les notions relatives ont vocation à demeurer malléables, mais cela ne saurait signifier qu'elles sont exemptes de tout référentiel et de toute finalité juridiques, au risque de confondre la règle de conduite et le principe qui lui est sous-jacent⁷. Ailleurs, de fait, la doctrine a pu montrer que l'idée d'une « justice restaurative » véhiculait une philosophie poursuivant cumulativement trois objectifs :

¹ Cass. 1^{re} civ., 24 nov. 1965 (*Cts Goiffon c/ Ferrari*) : Bull. civ. I, n° 644 p. 489-490 ; & 19 nov. 2002 (*Mme Tugendhat c/ Cts Menche de Loigne*) : *ibid.*, n° 276 p. 215 ; D. 2003, somm. p. 1873-1874, obs. M. Nicod. - Rapp. J.-Cl. Brault, *L'intention libérale dans les relations familiales* : Defrénois 1998, art. 36900, p. 1425 s.

² Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 1989 (*Cts Guivarch c/ Adm. impôts*) : Bull. civ. I, n° 79 p. 52 ; Defrénois 1992, art. 35192, p. 181 s., note A. Chappert.

³ J. Benoist, v° Aristote, préc., spéc. p. 3-4, in *La justice distributive*, et *La justice commutative in limine*. - Adde M. Bastit, v° Thomas d'Aquin, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, préc., p. 573.

⁴ Cf. *Lexique juridique - expressions latines*, préc. - Rapp., *ibid.*, d'autres brocards ayant plus une valeur symbolique que juridique, v° *De non vigilantibus non curat praetor, Jura vigilantibus non dormientibus prosunt* ou *Sibi vigilavit suum recepit*. - Sur quoi, H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc.

⁵ Mt 25, 14-30 ; Lc 19, 12-27.

⁶ Sur le fondement de l'article 1383 du Code civil, cf. notamment Cass. civ., 23 mai 1911 (*Chemin de fer du Nord c/ Lahaye*) : DP 1912, I, p. 421, et la note. - Adde Cass. ass. plén., 26 mars 1999 (*Adm. Douanes et Dr. indirects c/ Girod et a.*) : Bull. ass. plén., n° 3 p. 3 s. ; JCP 2000, éd. G, I, 199, n° 12 p. 70-71, obs. G. Viney.

⁷ Rapp. A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 20 p. 18-19.

resocialisation du délinquant, réparation de la victime et rétablissement de la paix sociale¹. Si la première fin demeure distinctive de la criminologie, les deux autres sont parfaitement adaptables au droit civil, et plus particulièrement aux notions relatives. Nonobstant l'hésitation de la haute juridiction judiciaire à accepter une obligation de modérer son propre préjudice², le régime juridique de la relativité ne saurait être compris sans une personnalisation de la sanction juridictionnelle. En effet, si l'intensité requise par la loi n'y est point explicitement caractérisée³, son interprétation ne vaut donc qu'avec une certaine flexibilité, conférant par ricochet une nécessaire marge d'appréciation. En somme, la relativité implique non seulement - comme dans tout régime juridique - une appréciation circonstanciée, mais aussi, en amont - de façon plus originale -, une exégèse contextuelle⁴. Or, si la coutume fournit bien une norme de référence comparative, l'indétermination du qualificatif qui y est adjoit empêche d'en fixer objectivement les contours avec précision. Autrement dit, sans méconnaître l'égalité des justiciables devant la loi telle que défendue par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 1^{er}) ou d'autres textes internationaux⁵, la disproportion entre la réalité factuelle et la notion de base est éminemment subjective : elle

¹ R. Cario et P. Mbanzoulou, *La justice restaurative, une utopie qui marche ?*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Sciences criminelles-Controverses, 102 p. – Adde Ph. Gailly, *La justice restauratrice*, Bruxelles, Larcier, 2011, coll. Crimen, 471 p. ; A. Lemmone et B. Claes, *Une nouvelle philosophie de la justice ?*, in *La justice restauratrice, justice d'avenir* : Rev. nouvelle mars 2011, p. 94 s.

² Sur quoi, M.-A. Agard, *Ne t'aide pas, le ciel t'aidera quand même !* : Resp. civ. et assur. 2004, chron. 2, obs. sur Cass. 2^e civ., 19 juin 2003 (Cts Xhaufnaire c/ Decrept et a. et Dame Dibaoui c/ Flamand et a.) ; sur cette même première décision, cf. Bull. civ. II, n° 203 p. 171-172 ; D. 2003, p. 2326 s., note Chazal ; *ibid.* 2004, somm. p. 1346-1347, obs. D. Mazeaud ; JCP 2003, éd. G, II, 10170, note Castets-Renard ; *ibid.* 2004, I, 101, n°s 9 s. p. 19-20, obs. G. Viney ; Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574-1575, obs. J.-L. Aubert ; Petites affiches 31 déc. 2003 n° 261, note Y. Dagonne-Labbe ; Dr. et patrimoine nov. 2003, p. 82, obs. F. Chabas ; RTD civ. 2003, p. 716 n° 4, obs. P. Jourdain. - Cass. 2^e civ., 20 oct. 2005 (EFS c/ Caruso et a.) : Bull. civ. II, n° 274 p. 243-244 ; RTD civ. 2006, p. 122 ; D. 2006, p. 1930. - S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, coll. Institut de droit des affaires, préface H. Muir-Watt, 357 p. ; J. Kullmann, *Minimiser son dommage ?*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 243-254.

³ Comp. les discordances entre l'article 496 du Code civil et le décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008, relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du code civil (JO 31 déc. 2008, texte 94), définissant les actes de « gestion courante » et ceux qui engagent le patrimoine « de manière durable et substantielle ».

⁴ Comp. A. Gogorza, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, préc., n° 23 p. 20-21. - Rapp. J. Benoist, v° Aristote, préc., in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, p. 2. - *Ibid.*, M. Bastit, v° Thomas d'Aquin, préc., spéc. in *Le droit et Les diverses relations juridiques*, p. 572 s., précisant notamment que « le droit n'est pas seulement une réalité, mais il est une réalité extérieure, c'est-à-dire que sa mesure ne se trouve pas dans l'intention de l'individu, mais dans la situation objective dans laquelle il se trouve impliqué » (p. 573).

⁵ Conv.EDH, art. 14, relatif à la prohibition des discriminations ; Charte dr. fondamentaux UE, préambule al. 2, & titre III art. 20 s. ; Décl. univ. dr. homme, art. 1^{er}.

dépend étroitement de l'état des personnes concernées¹. N'est-ce pas là le cœur des pensées aristotélicienne et thomiste² ? L'absence de toute relativité risquerait de réduire la légitimité du droit à la seule légalité ; elle n'a de puissance cathartique que dans la mesure où elle est indissociablement morale et juridique³, c'est-à-dire en raison de sa faculté à désigner en même temps le respect du droit et la conformité de la rétribution au mérite⁴. Dans sa *Somme théologique*⁵, Thomas d'Aquin relève ainsi que « la justice est la disposition par laquelle on donne, d'une perpétuelle et constante volonté, à chacun son droit », l'injustice consistant alors, selon Aristote, « dans un excès ou un défaut de ce qui est avantageux ou dommageable »⁶. Si les notions relatives peuvent apparaître la source d'une extrême casuistique, elles ne participent pas moins de la recherche d'un équilibre social, ce qu'Aristote nomme l'avantage commun⁷.

313. - Finalement, le lien causal n'est pas systématique en matière de notions relatives, malgré la prégnance des faits. Si la solution n'a rien d'étonnant lorsque plusieurs causes se concurrencent, elle devient plus surprenante - au regard de la théorie classique - quand une partie est seule à l'origine de la situation litigieuse. Pour autant, ces faits justificatifs ne parviennent pas à atteindre et modifier le contenu de la norme coutumière de

¹ *Vocabulaire juridique*, préc., v° Etat (I), I 2. - J. Carbonnier, *Les personnes*, préc., n° 253 p. 471-472 et n° 266 p. 492-493 ; B. Teyssié, *Les personnes*, préc., nos 2-3 p. 11 s. - Rapp. J. Benoist, v° Aristote, préc., in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, spéc. p. 4-5.

² *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, préc., v° Aristote et Thomas d'Aquin. - Adde M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, coll. Léviathan, 2003, p. 158 et 161 s. pour Saint Thomas, et p. 97 s. pour Aristote.

³ Rapp. l'étymologie du terme « justice », *justicia*, nom féminin issu de *justus*, conforme au droit, ayant lui-même pour racine *ius*, droit, v° Justice et Juste, in *Petit Robert et Vocabulaire juridique*, préc. - Plus insolite, R. Jacob, *Jus ou la cuisine romaine de la norme*, in *Jus et le Code civil* : Rev. dr. et cultures n° 48, 2004/2, p. 11 s.

⁴ Rapp. F. Terré, *Réflexions sur un couple instable : égalité et équité* : Arch. philo. dr., t. 51 : *L'égalité*, Paris, Sirey, 2008, publié avec le concours du CNRS, p. 21 s.

⁵ Livre II, 58, I.

⁶ *Ethique à Nicomaque*, préc., p. 246. - Comp. J. Rawls, in *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, coll. points Essais n° 354, traduction C. Audard, 665 p., présentant la justice comme un refus de prendre plus que ce qui est dû.

⁷ *Ethique à Nicomaque*, préc., n° 1129 b. - Comp. Th. Hobbes, *Léviathan : Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Bibl. Dalloz, 474 p., pour qui la justice est créée par des règles autoritaires, publiques et impératives, destinées à permettre la vie sociale. - Adde la pensée de Hume, in J.-F. Spitz, v° Justice (Doctrines) in limine, in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., et le principe de différence développé par Rawls (*ibid.* p. 892), d'après lequel la justice consiste à organiser la compatibilité entre principes égalitaires et inégalités concrètes. - Rapp. le taoïsme qui enseigne que l'harmonie entre les hommes est une priorité, in Lao-Tseu, *Tao Tö King. Le livre de la voie et de la vertu*, Paris, Jean de Bonnot, 1990, 1^{re} partie, 32, p. 66.

référence, dans la mesure où ils sont seulement partiellement exonérateurs¹. Or, dès l'instant que la responsabilité d'un fait n'est pas partagée, elle pèse sur la tête d'un seul. Comment concevoir alors qu'une gradation de la causalité soit sans incidence sur la sanction ? Si le principe de réparation intégrale interdit *a priori* d'indemniser outre le préjudice subi², il est nécessairement atteint quand le seul créancier est en cause, ce qui force donc à considérer l'admission d'un préjudice acceptable³.

Section 2 : *Restitutio in... tolerabilem*

314. - Sancho Panza, l'écuyer qui devient gouverneur d'un archipel où l' « on a autant besoin des lettres que des armes »⁴, reçoit de l'ingénieur hidalgo Don Quichotte de la Manche quelques conseils - pour la sauvegarde de son âme⁵ - sur la manière de remplir ses nouvelles fonctions, étant donné que « les charges publiques sont comme une mer semée d'écueils »⁶ et puisqu'il devra y faire montre « d'une grande mansuétude qui, alliée à la sagesse, (...) met à l'abri de la médisance à laquelle on échappe jamais »⁷ : « chaque fois que l'équité le permet, n'accable pas le délinquant de toute la rigueur de la loi, car un juge impitoyable n'a pas meilleure réputation qu'un juge compatissant. Si tu fais plier la verge de la justice, que ce soit sous le poids de la miséricorde et non sous celui des cadeaux »⁸.

¹ Comp. la distinction entre aléa thérapeutique et faute médicale en vue de l'indemnisation du patient, in Ch. Larroumet, *L'indemnisation de l'aléa thérapeutique* : D. 1999, chron. p. 34-35, n^{os} 5 s. et p. 35-36 n^{os} 14 s., spécialement au regard de *Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998 (Mme C c/ Clinique du Parc et a. & R c/ M)*, précisant que le médecin n'est pas dispensé de l'obligation d'information du seul fait que le risque est exceptionnel : JCP 1998, éd. G, II, 10179, concl. J. Sainte-Rose et note P. Sargos ; D. 1999, p. 145 s., note St. Porchy. - Adde Y. Lambert-Faivre, *La réparation de l'accident médical - obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non* : D. 2001, chron. p. 570 s.

² *Cass. 2^e civ., 8 mai 1964 (Dame Harang-Martin c/ Dame Bonneau)* : JCP 1965, éd. G, II, 14140, obs. P. Esmein ; RTD civ. 1965, p. 137 n^o 20, obs. R. Rodière. - *Rappr. Cass. com., 11 mai 1999 (Sté Euraqua c/ Sté Salmona et a.)* : Bull. civ. IV, n^o 101 p. 81 s.

³ En ce sens, G.-C. Henriot, *Le dommage anormal : contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, Cujas, 1960, préface M. Waline, p. 1. - J.-P. Théron, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé*, préc., n^{os} 47 s. et les réf.

⁴ Il n'entend goutte à l'alphabet mais promet de manier les secondes jusqu'à se retrouver par terre !

⁵ M. de Cervantès, *L'Ingénieur hidalgo Don Quichotte de la Manche*, t. 2, Paris, Seuil, 1997, coll. Points, traduit de l'espagnol par A. Schulman, p. 336.

⁶ *Ibid.* p. 333.

⁷ *Ibid.* p. 334.

⁸ *Ibid.* p. 335, in chap. XLII p. 331 s.

315. - C'est là indéniablement faire le choix d'un résultat raisonnable, et non absolument rationnel, la règle juridique se mêlant d'une certaine conscience collective de loyauté¹. C'est aussi remettre en exergue l'adaptation du droit aux circonstances propres de l'espèce, ce que d'aucuns pointeraient comme une promotion du subjectivisme au détriment de la loi² : « le propre de l'idéologie des droits individuels, c'est de saper les règles elles-mêmes et de paraître priver de pertinence les raisonnements qui s'en inspirent ou y puisent leurs justifications » ; ainsi, « tout se passe comme si, désormais, certains droits incluaient la liberté de nuire ». Certes, la Cour de cassation assène que le juge doit « replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »³ ; elle prend soin de préciser que ne saurait être pris en considération la gravité de la faute commise par le défendeur⁴ ou encore les prédispositions de la victime pouvant aggraver le dommage⁵. L'objet de la sanction, en présence d'une notion relative, n'est pas non plus d'allouer une réparation symbolique ou forfaitaire ; la haute juridiction condamne d'ailleurs cette perspective avec vigueur⁶. Mais ce qui est en cause demeure bien le caractère juridiquement réparable du préjudice et, plus globalement, le caractère excessif de la situation au regard de la norme coutumière. Même si l'équité ne joue qu'un rôle subsidiaire⁷

¹ Rappr. la pensée de Perelman et de l'École de Bruxelles, in G. Lebreton, *Y a-t-il un progrès du droit ?*, préc., p. 102, I *in fine*.

² Spéc. Ch. Atias, in *Le droit de nuire*, préc., *passim*, spéc. n^{os} 9 et 11 p. 386, ajoutant qu'« aucune règle n'est à l'abri de la dénaturation par les droits ».

³ Cass. 2^e civ., 28 oct. 1954 (*C^e gén. tramways c/ Braun*) : JCP 1955, éd. G, II, 8765, note R. Savatier. – 1^{er} avr. 1963 (*V^{re} Sohy et a. c/ Moulin coop. des Ardennes*) : *ibid.* 1963, II, 13408, obs. P. Esmein ; D. 1963, p. 453-454, note H. Molinier. – 13 janv. 1988 (*Lotan c/ Epx Berracassat*) : Gaz. Pal. 1988, I, pan. jurispr. p. 261, note F. Chabas.

⁴ Cass. civ., 26 mai 1913 (*Chemin de fer de l'Etat c/ Duchemin*) : D. 1916, I, p. 171-172. – Cass. 2^e civ., 8 mai 1964, préc.

⁵ Cass. crim., 10 déc. 1985 : Bull. crim., n^o 394 p. 1006 s. – Cass. 2^e civ., 15 déc. 1986 (*Tourtoy et a. c/ Corde et a.*) : Bull. civ. II, n^o 193 ; D. 1987, p. 450 s., note Y. Lambert-Faivre (2^e esp.).

⁶ Cass. soc., 27 mai 1970 (*Abisse c/ Sté Rhodiaceta*) : JCP 1971, éd. G, II, 16773, obs. H. Groutel. – Cass. 2^e civ., 5 janv. 1994 (*Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions c/ Mme Mollard*) : Bull. civ. II, n^o 8 p. 4-5. – Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996 (*Caisse d'Épargne des pays Lorrains c/ Agent jud. Trésor*) : Bull. civ. I, n^o 296 p. 206-207.

⁷ E. Agostini, *L'équité*, préc., n^o 1 p. 7 et n^o 3 p. 8. – Adde E.-H. Perreau, *Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé*, préc., p. 611 et rappr. p. 662. – Rappr. *Les limites de la réparation du préjudice*, sous l'égide de la Cour de cassation et *alii*, préc., p. 67 s. et p. 134 s. (retenant que « le critère de l'équité ne met pas en cause celui d'intégralité, c'est-à-dire la diversité des intérêts à prendre en cause pour que la réparation joue son rôle social. Il introduit une exigence de justice nouvelle qui est le produit, l'effet ou le reflet de la systématisation de la réparation des victimes »).

(sans quoi elle figurerait une législation forcément injuste¹), elle tient donc une place non négligeable. Elle apparaît au moins comme le reflet d'une justice sociale idéale et comme la soupape de sûreté à une application réflexe des textes : elle ne cherche pas à s'en abstraire, mais à en atténuer de trop stricts effets². Dans des domaines comparables, la jurisprudence procède quelque peu en ce sens : l'évaluation du dommage subi par un fonds de commerce du fait d'un acte de concurrence déloyale requiert de « supputer un chiffre d'affaires et des bénéfices qui n'ont pas été réalisés », aucune certitude ne permettant d'affirmer qu'ils l'auraient jamais été³ ; l'exacte ampleur du préjudice moral est également difficile à appréhender, si ce n'est de manière fort subjective⁴ ; la réparation d'une perte de chance suppose un pourcentage (celui de la possibilité d'éviter le dommage) appliqué à la valeur du préjudice final⁵... Ces quelques illustrations des modalités d'appréciation d'une sanction suffisent à démontrer que cette dernière n'est pas exempte de souplesse. Or, plus cette flexibilité augmente, moins le principe d'une réparation intégrale conserve son sens : alors que l'irrespect de la norme est indiscutable, l'étendue de la sanction ne correspond guère à ce dernier⁶. Au demeurant, ce principe peut signifier moins une sanction égale au dommage que celle que la coutume estime juste au regard du préjudice réellement souffert. Au cœur de cette notion d'équité bat donc le pouls de l'équilibre⁷ : la sanction n'est pas fonction du dommage seul mais s'effectue en fonction d'une certaine normalité. Aussi est-ce là mettre en

¹ Rappr. P. Bellet, *Le juge et l'équité*, préc., p. 10, concluant que, dans le jugement, la loi doit rester générale et l'équité particulière, correctrice en quelque sorte.

² Comp., à propos de l'article 280-I ancien et, par effet de miroir, l'article 270, alinéa 3, actuel (où les « circonstances particulières de la rupture » répondent au caractère manifeste de l'absence de prestation compensatoire), B. Petit, *L'évidence*, préc., nos 21-22 p. 495-496. - Adde M.-A. Frison-Roche, *L'impartialité du juge*, préc., n° 10 p. 54.

³ Cf. les réf. in Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 1983, n° 455 p. 567. – Rappr. *Les limites de la réparation du préjudice*, sous l'égide de la Cour de cassation et *alii*, préc., p. 293 s.

⁴ Sur quoi, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Le fait juridique*, préc., n° 388 p. 414.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000 : Bull. civ. I, n° 224 p. 147-148 ; Defrénois 2000, art. 37230, p. 1385-1386 n° 95, obs. J.-L. Aubert.

⁶ Rappr., concernant le préjudice moral, G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, préc., n° 58-1 p. 115 s.

⁷ Comp. le « rétablissement » comme fonction spécifique de la responsabilité, in M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préc., spéc. p. 135 s.

relief un concept de préjudice légitime¹. Finalement, pour reprendre la pensée de Madame Frison-Roche, les notions relatives apportent une autre rationalité discursive : le syllogisme judiciaire emprunte plus au raisonnable et à l'acceptable qu'à l'unicité de raison, de justice ou de vérité².

316. - Cette idée trouve sa traduction dans un aphorisme latin issu du droit des biens : *abusus non tollit usum*³. Il est souvent considéré comme une lapalissade en ce sens que, la propriété se composant du *jus abutendi* et du *jus utendi*⁴, l'exercice d'un de ces droits ne compromet pas l'existence de l'autre ; mieux vaut en réalité y déceler le postulat que la sanction de l'abus du droit de propriété ne fait pas perdre la qualité de propriétaire, celle-ci résidant seulement dans l'injonction de cesser les mesures préjudiciables. Le raisonnement peut aisément être transposé aux notions relatives : si le Code civil réclame un excès au regard de la norme coutumière pour la mise en œuvre de la règle, ce que cette coutume inclut d'acceptation sociale n'est pas susceptible de sanction. Ainsi les notions relatives n'appellent-elles qu'à rétablir une pondération des droits en conflit⁵ (§ 1) ; mais ce même critère de proportionnalité imprime l'originalité du régime juridique de la relativité, en ce sens qu'il permet surtout l'exclusion de faits insignifiants (§ 2) du bénéfice de la législation.

¹ Rappr. Ph. Stoffel-Munck, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 2523 p. 723, préférant l'expression « réparation appropriée, ou mieux indemnisation appropriée, à celle de réparation "intégrale", car les dommages et intérêts servent moins à réparer qu'à compenser le préjudice ». – Comp. V. Wester-Ouisse, *Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage* : RRJ 2007 p. 1219 s.

² M.-A. Frison-Roche, *La procédure injuste*, préc., p. 80-81.

³ *Lexique juridique - Expressions latines*, préc., v° *Abusus non tollit usum*.

⁴ Droit de disposer et droit d'usage, *abusus* et *usus*. - Sur quoi, *ibid.*, v° *Jus abutendi* et *Jus utendi*, 2 ; J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n° 730 p. 1640 s.

⁵ Rappr., à propos du cautionnement, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Paris, Montchrestien, 9^e éd. 2011, coll. Domat droit privé, n° 705 : bien que l'engagement excessif aboutisse en la matière à l'extinction du contrat, l'idée d'équilibre réapparaît dans l'article L. 313-10 du Code de la consommation puisque la caution reste tenue si son appauvrissement est postérieur à la conclusion de l'acte ou si la consistance de son patrimoine lui permet de faire face ultérieurement à son obligation. - *Adde Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1996 (Caisse d'épargne de Lunéville c/ Mme Catteau et a.)*, préc., spéc. note M. Wacongne.

§ I : Pondération des droits en conflit

317.- L'expression jurisprudentielle de trouble anormal de voisinage¹ comporte en elle-même « l'obligation de supporter les inconvénients normaux », comme si - ajoute le Doyen Carbonnier - une servitude était imposée par l'initiative unilatérale de l'occupant du fonds dominant d'où émanent les nuisances² ; c'est-à-dire comme si la persistance d'un préjudice incompressible était inéluctable. Ce n'est effectivement qu'au-delà d'un certain seuil que la Cour de cassation accepte le principe d'une réparation³. Fût-elle donc avérée, la nuisance litigieuse n'est susceptible d'aucune sanction, conférant une véritable « liberté de nuire »⁴ : elle se justifie donc essentiellement par la promiscuité de la vie en société, ce que la Cour européenne des droits de l'homme résume dans la « nécessité de ménager un juste équilibre » entre des intérêts forcément antagonistes⁵, à la ville comme à la campagne⁶, pour des raisons privées ou professionnelles (lorsque « les forces productrices se heurtent à la propriété oisive »⁷)⁸. Outre des perturbations purement

¹ Sur l'origine de la théorie, cf. *Cass. civ., 27 nov. 1844 (Derosne c/ Puzin et a.)* : D. 45, I, p. 13-14 et la note ; & *Cass. req., 20 févr. 1849 (Derosne c/ Puzin et a.)* : *ibid.* 49, I, p. 148-149, qui considère comme naturelle l'obligation de ne causer aucun dommage à la propriété d'autrui. - Adde E. Agostini, *J.-Cl. civ., art. 1382 à 1386, Régimes divers - Troubles de voisinage*, n^{os} 2 s. p. 2-3.

² *Les biens*, préc., n^o 834 p. 1790 et p. 1791. - Adde J.-M. Bruguière : D. 2004, p. 1547 *in fine* et E. Dreyer, n^{os} 13 s. p. 1550-1551, notes sous *Cass. ass. plén., 7 mai 2004 (Sté Hôtel de Girancourt c/ Sté SCIR Normandie)*, à propos de l'image des biens. - Rappr. R. Demogue, *Obligations*, t. IV, n^{os} 721 s., sur l'expropriation pour cause de nécessité privée.

³ *Cass. civ., 13 nov. 1886* : Bull. n^o 172.

⁴ Ch. Atias, *Le droit de nuire* : D. 1997, chron. p. 386.

⁵ 2 nov. 1996, *Giacomelli c/ Italie*, req. n^o 59909/00. - Adde J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 89-90, 3.

⁶ Sur les chants de coq, comp. *CA Dijon, 2 avr. 1987 (Epx Delpup c/ Epx Guedes)* : Gaz. Pal. 1987, 2, p. 601 s., note A. Goguet, & *CA Riom, 7 sept. 1995 (Epx Roche c/ Rougier)* : JCP 1996, éd. G, II, 22625, note A. Djigo. - Concernant une surélévation immobilière cachant la lumière du soleil, comp. *Cass. 3^e civ., 6 juill. 1988 (Valenti)* : *ibid.* 1988, IV, p. 330, ou *CA Versailles, 9 juill. 1986 (Epx Feldmar c/ Chailly)* : *ibid.* 1988, somm. p. 15-16, comm. A. Robert (2^e esp.).

⁷ J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n^o 832 p. 1789.

⁸ Comp. CEDH, 1^{er} juill. 2008, *Borysiewicz c/ Pologne*, req. n^o 71146/01, pour le son émis par un atelier ; & *Cass. 2^e civ., 29 nov. 1995 (Sté Tuileries briqueteries du Lauragais c/ Epx Vannutelli)* : Bull. civ. II, n^o 298 p. 175-176, pour l'exploitation d'une carrière bouleversant le sol d'une maison proche.

matérielles et objectivement mesurables¹, d'autres sont davantage marquées par la sensibilité individuelle du demandeur, spécialement en matière de bruit². Ce ressenti subjectif, émanation d'un droit à la tranquillité³, empêche *a priori* une évaluation objective et conduit à une appréciation circonstancielle, fonction d'un environnement précis⁴. En droit administratif, le Conseil d'Etat accepte d'engager la responsabilité étatique seulement lorsque le préjudice, « excédant les aléas inhérents à l'activité en cause, (...) revêt un caractère grave et spécial et ne saurait, dès lors, être regardé comme une charge incombant normalement aux intéressés » ; de fait, l'égalité des citoyens devant les charges publiques - fondement de la responsabilité de l'Etat à raison de ses lois - ne se trouverait point rompue si le dommage atteignait une majorité de personnes ou si les dispositions contestées causaient « seulement une petite gêne, inhérente à toute vie sociale »⁵. Cette personnalisation ne signifie pas pour autant que le trouble puisse être seulement hypothétique, comme dans le cas des antennes relais de téléphonie mobile⁶ ; l'anormalité n'est caractérisée qu'en cas de risque avéré⁷. Plus

¹ Obstacle au fonctionnement d'une cheminée en raison de la hauteur d'une construction, in *Cass. 3^e civ.*, 27 juin 1973 (*SCI du 209 rue des Pyrénées c/ V^e Delpech et a.*) : JCP 1975, éd. G, II, 18014, obs. M.-F. Jaubert. - Lézardes et fissures provoquées par un chantier de construction, in *Cass. 3^e civ.*, 25 oct. 1972 (*SCI « Le Gai Logis » c/ Ets des Diaconesses et a.*) : Bull. civ. III, n° 560 p. 411-412 ; D. 1973, p. 756 s., note H. Souleau ; JCP 1973, éd. G, II, 17491, obs. G. Goubeaux. - Coupure d'électricité par arrachage d'un câble lors de travaux sur le fonds voisin, in *Cass. 3^e civ.*, 31 mars 2005 : Bull. civ. III, n° 76 p. 68 ; Defrénois 2006, art. 38307, p. 72 s. n° 14, obs. H. Périnet-Marquet.

² *Cass. 2^e civ.*, 3 janv. 1969 (*Epx Retail c/ Roche*) : D. 1969, p. 323, et la note ; JCP 1969, éd. G, II, 15920, obs. L. Mourgeon. - Pour la musique, cf. *CA Lyon*, 23 déc. 1980 (*Epx Saporis c/ Lavigne*) : *ibid.* 1983, p. 605 s., note J.-L. Aubert ; pour des pas sur un plancher, cf. *CA Paris*, 2 mai 1983 (*Roger Becker c/ Faget Obadia*) : *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 457 s., note M. Morand. - Adde L. Sermet, *Le sommeil et le droit* : RRJ 1995, p. 713 s.

³ E. Agostini et J. Lamarque, note sous *Cass. 3^e civ.*, 28 janv. (*SA Cassar Père et fils c/ Keundjian*) et 15 avr. 1975 (*Epx Buttigieg c/ Epx Lazzarino*) & *Cass. 2^e civ.*, 28 avr. 1975 (*SARL Forges de Bourth c/ Bucaille et a.*) : D. 1976, p. 221 s.

⁴ *Cass. 3^e civ.*, 3 nov. 1977 (*D^{elle} Camiys et Lavoye c/ Mercier, ès qual. et a.*) : D. 1978, p. 434 s., note F. Caballero, précisant que « les juges du fond apprécient souverainement, en fonction des circonstances de temps et de lieu la limite de la normalité des troubles de voisinage ». - Rapp. J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, in *Etudes offertes à Geneviève Viney, Liber amicorum*, préc., p. 165. - Sur quoi, plus généralement, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., nos 955 s. p. 1219 s. - Cf., cependant, *Cass. 2^e civ.*, 21 juin 1979 (*Sté des établissements Gaillardon et a. c/ Epx Lemesle*) : Bull. civ. II, n° 192, p. 133-134 qui refuse de prendre en compte l'état de santé de la victime.

⁵ Ch. Guillard, note sous *CE*, 30 juill. 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre* : D. 2003, p. 2530.

⁶ Sur quoi, E. Agostini, in J.-Cl. civ., art. 1382 à 1386, *Régimes divers, Troubles de voisinage*, préc., n° 14 p. 4 ; Ph. Stoffel-Munck, *La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais* : D. 2009, chron. p. 2817 s. - Adde *TGI Nevers*, 22 avr. 2010 (*D. et a. c/ Sté Orange France*) : *Resp. civ. et assur.* 2010, comm. 275, note C. Sintaz ; N. Leblond, *Feue la responsabilité pour trouble anormal de voisinage en matière d'antennes relais ?* : *ibid.* 2011, études 2.

⁷ En ce sens, concernant la présence de paille exposant à l'incendie, in *Cass. 2^e civ.*, 24 févr. 2005 : JCP 2005, éd. G, I, 149, obs. G. Viney ; *ibid.* 2005, II, 10100, note F.-G. Trébouille.

globalement, l'indigence technique des notions relatives - au sens de l'article 4 du Code civil - impose une certaine flagrante factuelle, qui dépasse en quelque sorte la mesure coutumière¹ ; c'est ainsi que peut se comprendre l'obligation faite aux juges du fond par la Cour de cassation de rechercher le caractère extraordinaire du trouble invoqué par rapport aux inconvénients normaux du voisinage², sans quoi toute activité économique³ ou domestique serait rendue impossible⁴. Dans le même esprit, la fonction de garantie du cautionnement ne serait point assurée si son éventuelle disproportion emportait nullité de l'acte en son entier : si le créancier peut être tenu pour responsable envers le garant à cause d'un engagement sans rapport avec son patrimoine et ses revenus, il ne l'est qu'à hauteur de la part surpassant les biens que ce dernier pouvait effectivement lui proposer comme

¹ Rappr. J.-B. Blaise, *Responsabilités et obligations coutumières dans les rapports de voisinage* : RTD civ. 1965, p. 261 s. - Adde J.-P. Théron, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé*, préc., n^{os} 47 s. - *Contra*, pour un retour à la responsabilité délictuelle de droit commun, E. Agostini, J.-Cl. civil, préc., n^{os} 56 s. p. 11-12.

² Cass. 3^e civ., 18 juill. 1972 (*SCI Résidence Washington c/ Auzelic*) : JCP 1972, éd. N, II, 17203, rapp. Fabre ; 3 nov. 1977 : D. 1978, p. 434, note F. Caballero, préc. ; 6 juill. 1988 (*Valenti c/ Choquet*) : Gaz. Pal. 1989, I, somm. p. 168, note A. Piedelièvre ; 24 oct. 1990 (*Synd. des copropriétaires de l'ensemble imm. 3 place de Catalogne à Perpignan c/ Guarinos et a.*) : Bull. civ. III, n^o 205 p. 118-119. - Cass. 2^e civ., 17 févr. 1993 (*Epx Douix c/ Epx Mercury*) : Bull. civ. II, n^o 68 p. 37. - Cass. 3^e civ., 26 juin 1996 (*Epx Huck c/ Epx Noé*) : JCP 1997, éd. G, I, 4060, n^o 3 p. 453-454, obs. H. Périnet-Marquet. - Comp., sur le fondement de l'article 827 ancien, S. Digard, *Le partage en nature des immeubles indivis et l'appréciation par les juges du fond de leur caractère « commodément partageable »*, préc., *passim* ; R. Martin, *Référé - Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage*, préc., n^{os} 6 s. p. 146 s.

³ Comp. l'intérêt d'associer au trouble de voisinage l'obligation de ne pas faire, in A. Chaibou, *L'application de l'article 1143 du Code civil et la théorie des troubles anormaux de voisinage* : JCP 1998, éd. N, p. 761-764, note sur Cass. 3^e civ., 22 mai 1997 (*Epx Elia c/ Sté Garage du Gymnase*).

⁴ Comp. les valeurs limites d'exposition sonore fixées par voie réglementaire, suggérant que les nuisances ne sont pas contestables en-deçà et ôtant quelque peu toute marge d'appréciation : D. n^o 2006-1044, 23 août 2006, relatif aux prescriptions de sécurité et de santé applicables en cas d'exposition aux risques dus au bruit des personnels employés à bord des navires : JO 25 août 2006, p. 12507 s., texte 38 ; A. 4 avr. 2006, relatif à l'établissement des cartes de bruit et des plans de prévention du bruit dans l'environnement : JO 5 avr. 2006, p. 5126 s., texte 39 ; A. 22 mai 2006, modifiant l'arrêté du 18 mars 2002 relatif aux émissions sonores dans l'environnement des matériels destinés à être utilisés à l'extérieur des bâtiments : JO 30 mai 2006, p. 8092 s., texte 60 ; A. 5 déc. 2006, relatif aux modalités de mesurage des bruits de voisinage : JO 20 déc. 2006, p. 19183 s., texte 32. - Adde la définition de l'émergence sonore, in C. santé publ., art. R. 1334-33 al. 1^{er} et -34 al. 1^{er}.

sûreté¹. D'ailleurs, l'article L. 341-4 du Code de la consommation confirme bien ce souci de simple rééquilibrage de droits antagonistes : il précise que la caution reste tenue, si son patrimoine lui permet d'honorer la dette au moment où elle est appelée, quand bien même le cautionnement était, à l'origine, manifestement disproportionné. Tout autant, l'article 1152, alinéa 2, tend à laisser persister le caractère comminatoire d'une clause pénale² en autorisant exclusivement à « modérer ou augmenter la peine » qui était à l'origine « manifestement excessive ou dérisoire » : seule la disproportion doit donc être sanctionnée³. De même, les plafonnements légaux de réparation tombent en cas de faute

¹ « Justifie légalement sa décision (...) la cour d'appel qui, après avoir retenu que l'avaliste avait souscrit un aval "manifestement disproportionné" à ses revenus (...) et à son patrimoine (...), et tout en estimant qu'il n'avait pas commis d'erreur viciant son consentement, a pu estimer que le créancier, dans de telles circonstances de fait exclusives de toute bonne foi, avait commis une faute en demandant un tel aval "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste », in *Cass. com.*, 17 juin 1997 (*Macron c/ Banque internationale pour l'Afrique occidentale*) : Bull. civ. IV, n° 188 p. 165-166 ; JCP 1997, éd. E, II, 1007 p. 235 s., note D. Legeais ; Defrénois 1997, art. 36703, p. 1424-1425 n° 158, obs. L. Aynès ; RTD civ. 1998, p. 100-101 n° 5, obs. J. Mestre, & p. 157 s. n° 5, obs. P. Crocq. - *Cass. 1^{re} civ.*, 9 juill. 2003 (*Sté Champex c/ Mme Rivière*) : Bull. civ. I, n° 167 p. 130-131 ; D. 2004, p. 204 s., note Y. Picod ; JCP 2003, éd. G, II, 10167 p. 1879 s., note J. Casey ; *ibid.*, I, 176, n° 4 p. 1981-1982 (3^e esp.), obs. Ph. Simler ; Gaz. Pal. 2004, somm. p. 1999-2000, note St. Piedelièvre ; RTD civ. 2004, p. 124 s. n° 2, obs. P. Crocq ; 6 avr. 2004 (*Caisse de crédit mutuel de Châteauneuf-du-Faou c/ Epx Goubin et a.*) : Bull. civ. I, n° 110 p. 90 ; D. 2004, AJ p.1232, et la note ; Defrénois 2005, art. 38111, p. 339 s. n° 1, obs. Ph. Théry ; Petites affiches 10 nov. 2004 n° 225, p. 8 s., note S. Raby ; & 20 déc. 2007 (*Mme Cardiec épouse Le Bail-Collet c/ Caisse d'épargne et de prévoyance de Bretagne et a.*) : Bull. civ. I, n° 393 p. 343-344 ; D. 2008, AJ p. 287-288, note V. Avena-Robardet ; Dr. et patrimoine oct. 2008 n° 174, p. 94, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot. - *Comp.*, cependant, la jurisprudence qui abandonne le principe de proportionnalité au profit d'une comparaison des connaissances respectives des parties (« les cautions... n'ayant jamais prétendu ni démontré que la banque avait commis envers laquelle ils avaient souscrit cette garantie, auraient eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondées à rechercher la responsabilité de cette banque en raison d'une disproportion entre le montant de leur engagement et leur capacité financière »), in *Cass. com.*, 8 oct. 2002 (*Cts Nahoum c/ Banque CGER France et a.*) : Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2003, p. 414 s., note C. Koering ; JCP 2003, éd. G, II, 10017 p. 197 s., note Y. Picod ; *ibid.*, I, 124, n° 6 p. 615, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *ibid.*, I, 134, n° 3 p. 883-884, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; Defrénois 2003, art. 37698, p. 456 s., note St. Piedelièvre ; *ibid.*, art. 37691, p. 411 s., obs. Ph. Théry ; Contrats, conc., consom. 2003, comm. 20, note L. Leveneur ; Petites affiches 8 juill. 2003 n° 135, p. 18 s., note B. Roman ; *ibid.* 18 juill. 2003 n° 143, p. 12 s., note Cl. Brenner ; RTD civ. 2003, p. 125 s. n° 3, obs. P. Crocq.

² *Cass. 1^{re} civ.*, 3 janv. 1985 (*Boutboul c/ Groupe imm. Lenchener Gil et a.*) : Bull. civ. I, n° 4 p. 4. - Rappr. *Cass. com.*, 10 juill. 2001 (*Sté Spontex c/ Sté Le Nigen Industries*) : Contrats, conc., consom. 2001, comm. 168, note L. Leveneur, (2^e esp.).

³ Rappr. *Cass. ch. mixte*, 20 janv. 1978 (*SA Cofratel c/ Pignerol, synd. à la liquidation des biens de la SA Autoculture Champenoise*), énonçant que, pour réduire le montant d'une clause pénale, les juges du fond ne peuvent se borner à énoncer qu'il était un peu élevé, sans rechercher en quoi ce montant était manifestement excessif : Bull. ch. mixte, n° 1 p. 1 ; RTD civ. 1978, p. 377 s. n° 3, obs. G. Cornu ; D. 1978, inf. rap. p. 229, obs. M. Vasseur. - Adde D. Mazeaud, note sous *Cass. com.*, 16 juill. 1991 (*Sté Brasserie Sébastien Artois c/ Epx Cauchard*), préc. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, préc., nos 263 s. p. 493 s., sur les méthodes de correction envisageables. - *Comp.* la possibilité de diminuer les honoraires exagérés d'un courtier, in *Cass. req.*, 11 mars 1824 (*Isart c/ héritiers Desgardes*) : Bull. p. 363 s., spécialement pour équilibrer la rétribution stipulée au profit de l'intermédiaire à l'importance des soins donnés et du service rendu, in *Cass. com.*, 13 juill. 1958 (*Le Roux c/ Kuiper*) : Bull. civ. IV, n° 308 p. 257-258.

lourde ou dolosive du responsable, exclusion qui permet alors un retour au principe de réparation intégrale¹ ; mais ce bénéfice est suspendu à la condition de respecter le régime favorable au responsable voulu par le législateur. En comparaison, Geneviève Viney soulignait que « la responsabilité civile n'est pas faite pour réparer intégralement tous les dommages imaginables, mais pour répondre à une demande sociale de compensation qui est plus ou moins impérieuse et plus ou moins légitime selon la nature de l'intérêt atteint et la gravité du préjudice »². Ainsi peut s'expliquer la différence de régime juridique entre trouble de voisinage et empiètement foncier : là où le premier découle de la contiguïté des fonds immobiliers et d'une « incoercible expression d'un besoin d'être »³, le second porte atteinte à un droit absolu, aux termes de l'article 544 du Code civil. Malgré l'hostilité de la doctrine⁴, la jurisprudence reste ferme quant à l'exigence de démolition, aussi minime soit l'emprise au sol⁵, en raison de la valeur fondamentale du droit de propriété⁶. Cette même « conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme » prévaut aussi en matière de respect de la vie privée⁷, si bien que la seule constatation d'une atteinte ouvre droit à réparation¹ ; le

¹ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^{os} 603-604 p. 625 s. (pour la faute intentionnelle) et 606 p. 628 s. (pour la faute non intentionnelle) ; *Les effets de la responsabilité*, préc., n^{os} 318 s. p. 576 s.

² Obs. sous Cass. 2^e civ., 27 mai 1999 : JCP 2000, éd. G, I, 197 p. 26.

³ J. Carbonnier, *Les biens*, préc., n^o 836 p. 1794.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Théry, *Les biens*, préc., n^o 449. - Adde J.-Cl. Planque, *Comment sanctionner un empiètement minime ?* : D. 2004, p. 2819 s., note sous CA Versailles (ch. civ. réunies), 11 février 2004.

⁵ Cass. 3^e civ., 20 mars 2002 (Mme Houssin c/ Legrasse) : D. 2002, p. 2075 s., note Ch. Caron.

⁶ Décl. dr. homme et citoyen, art. 17 ; Prot. additionnel n^o 1 Conv. EDH, art. 1^{er}. - *Cons. const.*, 16 janvier 1992, déc., n^o 81-132 DC : D. 1983, p. 169 s., note L. Hamon, spéc. p. 170-171 ; *ibid.*, chron. p. 79 s., par L. Hamon, in *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel* ; *ibid.* p. 105 s., par R. Savy, in *La constitution des juges* ; *ibid.* 1984, chron. p. 1 s., par J.-L. Mestre, in *Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété* ; *ibid.* 1988, chron. p. 71 s., par F. Sudre, in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme* ; JCP 1982, éd. G, II, 19788, obs. Ngyen Quoc Vinh et C. Franck (1^{re} esp.) ; Gaz. Pal. 1982, I, p. 67, note Dupichot et Piedelièvre ; RTD civ. 1982, p. 245 s., spéc. III p. 266 s., note F. Luchaire, in *Les fondements constitutionnels du droit civil*. - Cass. 1^{re} civ., 4 janv. 1995 : Bull. civ. I, n^o 4 p. 2 s. ; D. 1995, somm. p. 328-329, comm. M. Grimaldi ; JCP 1996, éd. G, I, 3921, n^o 1 p. 145, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ. 1996, p. 932 s. n^o 1, obs. F. Zénati. - Adde M. Raynal, *L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé* : JCP 1976, éd. G, I, 2800 ; S. Hennion-Moreau, *L'empiètement* : RD imm. 1983, p. 303 s. - Comp. R. Martin, *Référé, Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage*, préc., n^{os} 10 s. p. 148 s.

⁷ *Cons. const.*, 23 juill. 1999, déc., n^o 99-416 DC, loi portant création d'une couverture maladie universelle : JO 16 nov. 1999, p. 11250 s. ; D. 2000, somm. p. 265-266, obs. L. Marino ; *ibid.* p. 422 s., obs. L. Gay et M. Fatin-Rouge ; RTD civ. 1999, p. 725 s. n^o 1, obs. N. Molfessis.

mécanisme de pondération recouvre néanmoins son empire face à un droit de même nature², spécialement la liberté d'information³. Beaucoup plus nettes sont les atténuations au principe de réparation intégrale dans l'hypothèse où la victime obtient moins que la valeur correspondant à son dommage. Une jurisprudence ancienne retenait ainsi que l'étendue de la réparation pouvait varier en considération de la situation de fortune du responsable⁴. Tel est encore le cas lorsque existe une limitation conventionnelle de réparation⁵. Toutefois, au moins implicitement à la lecture de quelques décisions en la matière⁶, l'absence de bonne foi contractuelle semble pouvoir en corriger les effets trop radicaux. Une identique logique peut être décelée dans l'éviction des plafonds de responsabilité dans la mesure où la disgrâce frappant *ab initio* la victime potentielle s'estompe devant le comportement inexcusable du

¹ Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (*SNC Prisma Presse c/ Mme Grimaldi*) : Bull. civ. I, n° 378 p. 265 ; D. 1997, somm. p. 289-290, comm. P. Jourdain ; JCP 1997, éd. G, II, 22805 p. 129 s., note J. Ravanas ; *ibid.*, I, 4025, n° 1 s. p. 237-238, obs. G. Viney ; RTD civ. 1997, p. 632-633 n° 3, obs. J. Hauser. – Adde, pour une synthèse sur le droit au respect de la vie privée, B. Beignier, *Vie privée et vie publique* : Arch. philo. dr., t. 41 : *Le privé et le public*, Paris, Sirey, 1997, publié avec le concours du CNRS, p. 163 s. – Rapp. J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., p. 152.

² Curieusement, leur confrontation aboutit soit à l'abandon de l'un en niant son caractère fondamental, soit à un équilibre qui affaiblit leur valeur respective.

³ Cass. 1^{re} civ., 23 avr. 2003 (*Sté Cogedipresse c/ Mme Stéphanie Grimaldi*) : Bull. civ. I, n°98 p. 75-76 ; D. 2003, p. 1854 s., note Ch. Bigot ; *ibid.* somm. p. 1539-1540, obs. A. Lepage ; JCP 2003, éd G, II, 10085 p. 999 s., note J. Ravanas ; Gaz. Pal. 2003, p. 2403 s., note D. Amson. – Rapp. J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., p. 163-164, soulignant que le régime général de la responsabilité se prête mal à l'indemnisation des préjudices incorporels, suggérant ainsi que la réparation est plus appropriée si elle est personnalisée

⁴ CA Nîmes, 29 avr. 1863 (*Daudé c/ héritiers Sévène*), décidant que « l'application de la règle suivant laquelle les dommages dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il est privé doit être tempérée par les circonstances, lorsqu'on n'argue ni dol ni fraude, surtout à l'égard des officiers ministériels ; ainsi (...), le juge (...) doit considérer la perte éprouvée, la position de fortune et de famille de celui qui l'a causée, (...) la gravité du fait préjudiciable (...) ; il doit également avoir égard, pour modérer les dommages-intérêts, soit à cette circonstance que le notaire n'a pas été mis en cause dans l'instance à laquelle a donné lieu sa faute, soit à cette autre circonstance que l'action en responsabilité n'a été intentée que longtemps après le jour où elle était ouverte » : DP 1865, 2, p. 14 s., et la note. – CA Nancy, 9 déc. 1876 (*Ricœur c/ Sonrier*), retenant que, « dans la fixation du chiffre des dommages-intérêts à allouer pour réparation d'un accident, et notamment d'un accident industriel, le juge doit tenir compte, non seulement de l'importance du préjudice, mais aussi des ressources connues de celui qui l'a causé, conformément au principe posé en matière d'allocation alimentaires par l'article 208 du code civil » : *ibid.* 1879, 2, p. 47-48. – Adde, sur une prise en compte plus tacite de cette donnée, Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, préc., p. 41 s. et 48 s. ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préc., p. 326 s. et 333 s.

⁵ Sur quoi, G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, préc., n° 181-I s. p. 346 s. et n° 184 s. p. 351 s.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1964 (*Sté artistique de Cap Bénat c/ Ronce et a.*) : Bull. civ. I, n° 358 p. 279 ; & 19 nov. 1985 (*Perrin et a. c/ Cts Gastaud et a.*) : Bull. civ. I, n° 308 p. 273-274 ; RTD civ. 1986, p. 771-772 n° 10, obs. J. Huet. – Cass. com., 21 mars 1977 (*Cabinet Lavigny c/ Cts Bergeras*) : Bull. civ. IV, n° 89 p. 77 ; D. 1977, inf. rap. p. 281, et la note.

responsable¹, même en présence d'une « obligation essentielle »². Depuis une loi du 7 avril 1900 (C. civ., art. 1153 al. 4), la mauvaise foi du débiteur permet encore d'aller au-delà des dommages-intérêts moratoires, si elle cause un préjudice indépendant du retard dans le paiement d'une somme d'argent ; la jurisprudence force quelque peu la sanction en réduisant parfois à peu de chose cette condition d'un préjudice autonome³. Ce souci de pondération a pu amener les juridictions administratives à rejeter certaines demandes de réparation⁴ : celles concernant les servitudes d'urbanisme, pour des raisons d'utilité générale⁵, celles liées aux dommages consécutifs à des modifications de la circulation, eu égard aux enjeux financiers⁶, ou encore celles résultant de la naissance d'un enfant après l'échec de l'avortement ou de la stérilisation sollicité par la mère⁷. Par effet de balancier, ce même souci d'équilibration justifie aussi le retour à une pleine indemnisation sur la preuve d'un préjudice exorbitant : grave infirmité de l'enfant due à un traumatisme causé au foetus⁸, servitude constituant une charge « hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »⁹. En somme, la relativité semble empêcher la recherche d'une sanction absolument objective : moins qu'à individualiser la décision de justice, elle aboutit surtout à concilier les droits en conflit ; dans cet esprit, un auteur a pu considérer que l'anormalité se ramène, outre des

¹ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n°s 616 s. p. 646 s. - Adde J.-P. Tosi, *Transports aériens. – Montant de la responsabilité du transporteur. Procès en responsabilité. – Règles spécifiques au droit aérien interne* : J.-Cl. resp. civ. assur., fasc. 460-20, 2005, n° 39 s.

² *Cass. com.*, 21 févr. 2006 (*Sté Chronopost venant aux droits de la sté SFNI c/ Sté Ets Banckereau*) : Bull. civ. IV, n° 48 p. 48-49 ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 103, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2006, p. 322-323 n° 1, obs. P. Jourdain ; *D.* 2006, AJ p. 717-718, note E. Chevrier ; *ibid.*, pan. p. 1933, 2, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 2007, pan. p. 114, obs. H. Kenfack.

³ *Cass. com.*, 28 oct. 1986 (*Crédit agricole du Sud-Ouest*) : *D.* 1986, p. 592 s., note M. Vasseur.

⁴ Sur quoi, cf. spéc. I. Poirot-Mazères, *La notion de préjudice en droit administratif* : *RD publ.* 1997, p. 519 s.

⁵ C. urb., art. L. 160-5. - Sur quoi, P. Soler-Couteaux, *Droit de l'urbanisme*, préc., n°s 524 s.

⁶ *CE*, 28 mai 1965, *Min. travaux publ., transports et tourisme c/ Epx Tebaldini* : *Rec. CE*, p. 304 s., concl. G. Braibant. - *CE*, 2 juin 1972, *Sté des bateaux de la Côte d'Emeraude dite Les vedettes blanches* : *ibid.* 1972, p. 414 ; *D.* 1974, p. 260 s., concl. Rougevin-Baville.

⁷ *CE*, 2 juill. 1982 : *Rec. CE*, 1982, p. 266. - *TA Strasbourg*, 21 avr. 1994, *Mme M. c/ Hospices civils de Colmar* : *RD publ.* 1994, p. 1837 s., concl. Martinez.

⁸ *CE*, 27 sept. 1989, *Mme Karl c/ CPAM de la Marne* : *Rec. CE*, p. 176-177 ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, p. 421 s., concl. Fornacciari ; *RFD adm.* 1991, p. 325 s., note M.-P. Deswarte.

⁹ *CE*, 3 juill. 1998, *Bitouzet* : *RFD adm.* 1998, p. 1068 ; *AJDA* 1998, p. 570 s. et 639, chron. F. Raynaud et P. Fombeur. - Adde D. de Béchillon, *Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'Homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme - A propos de l'arrêt Bitouzet* : *RFD adm.* 1999, p. 841 s. - Rappr. le cas d'une réparation supérieure au dommage par nécessité pratique, consistant à écarter tout coefficient de vétusté, *in* F. Leduc, J.-Cl. resp. civ. et assur. fasc. 201, n° 60 p. 25-26 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 859, p. 796.

conditions de gravité et de continuité, à « l'atteinte à un droit par l'exercice d'un droit »¹. L'analyse n'est pas complètement ignorée du Code civil qui autorise, en son article 2046, à transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit : les concessions réciproques que l'opération requiert² proscrit par nature une réparation intégrale ; elles conduisent par nécessité à occulter partiellement l'atteinte effectivement causée³. N'est-ce pas là déjà accepter, en filigrane, que certains préjudices ne sont pas dignes d'attention juridique ?

§ 2 : Exclusion des faits insignifiants

318. - A rebours des *punitive damages* du *common law* qui consistent à indemniser au-delà du préjudice, une dissociation entre la condamnation prononcée et le dommage subi est-elle envisageable dans le sens où la perte ressentie ne serait finalement pas prise en considération⁴ ? D'aucuns, évidemment, songeraient à l'adage en vertu duquel le juge ne connaît point des affaires dérisoires⁵. Le droit administratif, pour sa part, retient l'impossibilité d'attaquer les mesures d'ordre intérieur, en ce que l'aménagement d'un service est de trop peu d'importance pour ouvrir un débat contentieux⁶. Mais, sans prétendre « moraliser le droit français de la réparation du dommage »⁷, la question est susceptible de se singulariser dans les cas où les éléments de fait ne seraient pas suffisants pour accéder au bénéfice de la loi revendiquée, c'est-à-dire ne satisferaient pas au qualificatif législatif. Aussi ne seraient-ils pas négligeables en eux-mêmes mais au regard de la linguistique propre aux notions relatives. Néanmoins, l'article 1382 du Code civil ne distingue ni ne hiérarchise les intérêts lésés, n'excluant donc pas *a priori* pas la réparation de certains

¹ G. C. Henriot, *Le dommage anormal*, préc., p. 32.

² Sur quoi, Ch. Jarrosson, *Les concessions réciproques dans la transaction* : D. 1997, chron. p. 267 s. - En ce sens, Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000 (*Bertrand c/ Jeanne*) : Bull. civ. I, n° 130 p. 87-88 ; Cass. soc., 17 mars 1982 (*SA SEPIMO La Henin c/ Chalhoub*) : *ibid.* V, n° 180 p. 133 s.

³ G. Viney et P. Jourdain, *Introduction à la responsabilité*, préc., n° 36 p. 59. - A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, Paris, PUF, 2006, coll. Droit fondamental Droit Manuels, n° 165 s. p. 178 s., spéc. n° 168 p. 180-181.

⁴ Comp., outre-Rhin, la liste des intérêts dignes de protection et les exigences relatives au lien de causalité qui restreignent la responsabilité délictuelle, in F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, coll. Précis droit privé, nos 360 s. p. 365 s. *passim*.

⁵ *Lexique juridique - expressions latines*, préc., v° *De minimis non curat praetor*.

⁶ Ch. Debbasch et J.-Cl. Ricci, *Contentieux administratif*, préc., n° 328 p. 342 s. & n° 860 p. 750 ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., nos 670 s. p. 586 s.

⁷ Petites affiches 20 nov. 2002 n° 232, p. 8 s., in colloque du Centre de droit des affaires et de gestion, Faculté de droit Paris V, 21 mars 2002, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? A propos des dommages-intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*.

d'entre eux, au motif qu'ils seraient moins sérieux ou moins légitimes que d'autres¹. Or, l'adage prévient : *ubi lex non distinguit, non debemus distinguere*² ! Le droit commun n'opérant aucune discrimination, tous les dommages - qu'ils soient corporel, économique, moral, etc. - apparaissent ainsi compensables de façon indifférenciée. De plus, « la "victimisation" croissante des "mal-heureux", c'est-à-dire la tendance à se présenter comme une victime dès que quelque chose ne va pas, et le succès de l'idéologie de la réparation - rançon de la "sécurité sociale" absolue - font que tout désagrément, toute frustration, tout malheur devient préjudice à indemniser »³. Cette véritable « désintégration du préjudice » selon la formule du professeur Le Tourneau⁴, intéresse au plus haut point la relativité. En effet, consécutivement à l'éclipse de la faute comme condition essentielle de la responsabilité⁵, le préjudice en est devenu « le centre de gravité »⁶ et mériterait donc une définition rigoureuse⁷. L'outrage ressenti envers un droit subjectif constitue-t-il l'unique condition pour obtenir gain de cause⁸ ou, au contraire, seules les prétentions qui présentent une réelle importance peuvent-elles accéder au prétoire ? « L'existence d'une souffrance, d'un manque

¹ En ce sens, Cass. crim., 20 févr. 1863 (*Caderousse c/ Dillon*) : S. 1863, I, p. 321 s., rapp. Nouguier.

² *Lexique juridique - expressions latines*, préc., v° *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*. – Rappr. la lecture nuancée de l'adage *De minimis non curat praetor*, in J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 74 s.

³ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 239 p. 132.

⁴ *In Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1306 p. 408. - Rappr. L. Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité – Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers*, Paris, PUF, 1997, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers T. 32, Sixièmes Journées René Savatier Poitiers 15 et 16 mai 1997, spéc. I p 39 s. sur la dissolution des caractères du préjudice réparable.

⁵ Cass. ass. plén., 9 mai 1984 (*Füllenwarth c/ Felten*), retenant que, « pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime » : Bull. ass. plén., n° 4 p. 3-4 ; D. 1984, p. 525 s., concl. J. Cabannes et note F. Chabas (2^e esp.) ; JCP 1984, éd. G, II, 20255, obs. N. Dejean de La Bâtie (2^e arrêt) ; Defrénois 1984, art. 33368, p. 1015 s. n° 82, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1984, p. 508 s. n° 2, obs. J. Huet.

⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, préc., n° 239 p. 132. - Rappr. le phénomène de concurrence entre responsabilité civile et socialisation des risques, in G. Viney et P. Jourdain, *Introduction à la responsabilité*, préc., n° 44 s. p. 96 s.

⁷ En ce sens, D. Mazeaud, « *Encore la responsabilité civile !* » : Resp. civ. assur. 1998, n° 5 bis, *Le préjudice : questions choisies*, actes du colloque organisé par le DESS de droit des assurances et de la responsabilité de la Faculté de Droit de Paris XII et le Centre de recherches européen en droit des obligations (CREDO) - 12 déc. 1997. - Sur quoi, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 1303 s. p. 407 s. ; L. Reiss, *Le juge et le préjudice*, préc., *passim*. - Adde J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., spéc. p. 168, qui postule plutôt un effacement de la réparation intégrale en raison de la multiplication des dommages réparables.

⁸ Sur quoi, G. Viney et P. Jourdain, *Introduction à la responsabilité*, préc., n° 56-2 p. 122 s.

ou d'une atteinte ne suffit pas nécessairement à elle seule à caractériser un préjudice », souligne le professeur Borghetti¹ avant de poursuivre sur la nécessité d' « admettre que tous les préjudices, mêmes reconnus par le droit, ne sont pas automatiquement réparables »². Transposée aux notions relatives, cette remarque suggère que la qualité ou la quantité mobilisée par la loi borne le champ de la sanction à une certaine hypertrophie factuelle. Au demeurant, l'article 1382 du Code civil n'affirme pas en substance que tout préjudice doit faire l'objet d'une réparation³. Quelle juridiction accepterait pourtant l'indemnisation d'un aîné qui se plaindrait auprès de ses parents de voir réduire sa part héréditaire du fait de la naissance d'un puîné ? Simple expectative déçue, répondront certains ! Mais c'est sans doute aussi reconnaître que les caractères traditionnellement exigés du préjudice en restreignent les possibilités d'indemnisation⁴. Comment lire, dès lors, les arrêts de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation affirmant, en 1982, que « l'évaluation du dommage doit être faite exclusivement en fonction du préjudice subi »⁵, et, en 2003, que « les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit »⁶ ? Se dessine cependant, en filigrane, une distinction, au moins pour ce qui

¹ In *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., p. 148.

² *Ibid.* p. 149.

³ Rappr. *ibid.* p. 170.

⁴ « La seule preuve exigible était celle d'un préjudice personnel, direct et certain », note la Cour de cassation, in *Cass. 2^e civ., 16 avr. 1996 (Cts Biscan et a. c/ Sté Allianz Via Iard et a.)* : Bull. civ. II, n° 94 p. 59 ; D. 1997, somm. p. 31, comm. P. Jourdain ; RTD civ. 1996, p. 627-628 n° 3, obs. P. Jourdain. - *Comp. Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2000*, retenant un préjudice actuel, direct et certain : Bull. civ. I, n° 277 p. 179-180 ; RTD civ. 2001, p. 370 s. n° 2, obs. P. Jourdain. - Sur quoi, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n°s 1390 s. p. 427 s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n°s 248 s. p. 13 s. ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n°s 668 s. p. 630 s.

⁵ 21 juill. 1982 (*Mme Teisseire c/ Teisseire*) : Bull. civ. II, n° 109 p. 80, considérant qu'encourt la cassation un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 5 février 1981, ayant fixé le montant des dommages-intérêts alloués à une épouse, par application de l'article 1382 du Code civil dans le cadre d'un divorce, en considération des ressources du mari.

⁶ 23 janv. 2003 (*C^{ie} GMF et a. c/ Pezet et a.*) : Bull. civ. II, n° 20 ; JCP 2003, éd. G, II, 10110 p. 1259 s., note J.-F. Barbiéri ; D. 2003, inf. rap. p. 605. - *Adde*, sur l'utilisation de la valeur vénale ou de la valeur de remplacement, P. Jourdain, in *La réparation intégrale du dommage peut passer le cas échéant par l'enrichissement de la victime* : RTD civ. 1994, p. 118 s. n° 5, & *ibid.* 1999, p. 412-413 n° 6. - *Comp.*, censurant une loi relative à la communication audiovisuelle aux motifs qu'elle neutralisait la réparation de préjudices pouvant se révéler tardivement, en raison du délai de prescription qui courrait du jour où les travaux prennent fin et non du jour de la naissance du préjudice, *Cons. const., 13 déc. 1985, déc. n° 85-198 DC* : JO 14 déc. 1985, p. 14574 s. ; *Rec Cons. const., 1985*, p. 78 s.

concerne la responsabilité civile, entre dommage et préjudice¹ ; le premier peut être considéré comme un simple élément de fait, tandis que le second apparaît comme la répercussion sur le patrimoine ou la personne de la victime. Cette nuance n'est d'ailleurs pas ignorée du droit public² ; la Cour de cassation semble l'envisager aussi, implicitement, quand elle affirme que les juges du fond ne peuvent accorder à la victime une réparation supérieure à celle réclamée par celle-ci³. Sous cet angle, les arrêts rendus par la haute juridiction en 1982 et 2003 deviennent pleinement compatibles avec une décision de 1991 reconnaissant que le caractère insignifiant de certains préjudices n'ouvre pas droit à réparation⁴ ; en somme, la complète indemnisation de la victime suppose que l'atteinte au droit revendiqué présente un minimum de légitimité. En droit commercial, la jurisprudence convient également que démarcher la clientèle d'un concurrent n'est pas anormal et que la perte en résultant constitue un préjudice acceptable, pour autant qu'il ne provienne pas d'un acte déloyal⁵. Ce principe transparait de façon encore plus prégnante en matière de relativité ; dans ce cas, la loi elle-même tend à exclure de son bénéfice les situations qui ne seraient pas assez remarquables. En conditionnant les changements de prénom ou de nom à la justification d'un intérêt légitime, les articles 60 et 61 du Code civil rejettent les motifs de pure convenance personnelle⁶, quand bien même ils n'interdisent pas un cumul de

¹ Sur quoi, J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudice réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., I A p. 149 s., spéc. p. 153. - Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n^{os} 1304-1305 p. 408 et n^o 1309 p. 411. - Plus nuancés, G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^o 246-1 p. 3-4.

² F.-P. Benoit, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)* : JCP 1957, éd. G, I, 1351. - M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibl. dr. publ. t. 174, préface J.-M. Pontier, 541 p.

³ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1964 (*Canty c/ Druffaud*) : Bull. civ. I, n^o 13 p. 9-10. - Adde Cass. crim., 3 juill. 1979 (*Pélessier et Thioleron*) : Bull. crim., n^o 236 p. 641 s.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 avr. 1991 (*Sté du Vallon du Cap c/ ancienne assoc. Synd. libre des coprop. Des parcs de Saint-Tropez*) : Bull. civ. I, n^o 127 p. 85-86. - Rapp. Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, considérant que « justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter une demande fondée sur une atteinte à la vie privée, relève que l'une des infractions relatées constitue un fait public et que les autres présentent un caractère anodin » : *ibid.*, n^o 110 p. 85 ; D. 2002, p. 3164 s., note Ch. Bigot ; *ibid.* 2003, p. 1543-1544, obs. Ch. Caron.

⁵ Y. Picod, Y. Auguet et N. Dorandeu, *Concurrence déloyale* : Rép. com. Dalloz, oct. 2010, spéc. n^{os} 1 s. & n^{os} 78 s. - Adde *Les limites de la réparation du préjudice*, sous l'égide de la Cour de cassation, préc., p. 293 s.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996 (*M^{elle} Balaguer c/ Proc. gén. CA Paris*) : Bull. civ. I, n^o 98 p. 67-68 ; Deffrénois 1996, art. 36381, p. 985-986, obs. J. Massip ; *ibid.* 1997, art. 36667, p. 1198 s., note F. Ruel ; RTD civ. 1996, p. 356-357 n^o 2, obs. J. Hauser. - CA Grenoble, 9 mars 2005 : JCP 2005, éd. G, IV, 3379 p. 2035. - Rapp. CA Toulouse, 27 mars 1996 : RTD civ. 1996, p. 580 n^o 2, obs. J. Hauser.

modifications¹ et même si l'appréciation s'effectue *in concreto*². En ne sanctionnant que la faute grave ou renouvelée, l'article 242 du Code civil concède que certaines violations des devoirs et obligations du mariage n'emportent pas divorce³, selon notamment que l'union est encore vive ou déjà morte⁴. Aussi curieuse puisse-t-elle paraître à l'endroit de l'intérêt de l'enfant⁵, la déclaration d'abandon d'enfant procède de la même logique : non seulement le caractère manifeste du désintérêt parental conditionnant l'article 350 du Code civil légitime la commission d'erreurs ou maladresses éducatives qui peuvent sembler normales, au contraire d'actes de nature à briser les relations affectives (alinéas 2 et 3)⁶ ; mais encore, sauf en cas d'adoption plénière, elle ne retentit pas sur le lien de filiation⁷. L'absence de sanction systématique innervé pareillement la notion de surendettement des particuliers : l'article L. 330-1 du Code de la consommation ne vise pas la charge raisonnable qui résulte pour la trésorerie débitrice d'un foyer de sa politique de gestion, mais bien plutôt les conjonctures extrêmes rendant inconcevable le règlement régulier des créanciers⁸ ; au demeurant, le traitement de ces crises financières n'aboutit qu'à des aménagements dans le paiement de la

¹ CA Paris, 26 sept. 1996 (Mme B c/ JAF Paris) : Defrénois 1997, art. 36634, p. 984-985 n° 95, obs. J. Massip ; Petites affiches 2 juin 1997 n° 66, p. 17-18, note G. Yamba.

² Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999 (Taiebi c/ Proc. gén. CA Aix-en-Provence) : Bull. civ. I, n° 76 p. 51-52 ; JCP 1999, éd. G, II, 10082 p. 975 s., note Th. Garé ; Defrénois 1999, art. 37031, p. 934-935 n° 63, obs. J. Massip ; RTD civ. 1999, p. 358 n° 4, obs. J. Hauser.

³ Ainsi CA Caen, 5 janv. 2006 : Dr. fam. 2006, comm. 149, obs. Larribau-Terneyre, concernant la conception d'un enfant contre la volonté du mari. - Cass. 2^e civ., 8 nov. 1995, pour l'appartenance à une secte : Bull. civ. I, n° 271 p. 160-161 ; Defrénois 1997, art. 36516, p. 300 n° 2, obs. J. Massip ; RTD civ. 1996, p. 367-368 n° 13, obs. J. Hauser.

⁴ Spéc., quant à l'adultère, CA Paris, 30 juin 1978 : Gaz. Pal. 1980, I, p. 231-232, note J. M. - Comp. CA Aix-en-Provence, 7 nov. 2006 : JCP 2007, éd. G, IV, 1494 p. 50 ; TGI Nantes, 9 nov. 1982 : D. 1985, inf. rap. p. 150, obs. J.-Cl. Groslière ; Cass. 2^e civ., 29 avr. 1994 : Bull. civ. II, n° 123 p. 71 ; RTD civ. 1994, p. 571-572 n° 12, obs. J. Hauser. - Rapp. M. Lamarche, *Les degrés du mariage*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, préface J. Hauser, n°s 350 s. p. 281 s. ; J. Carbonnier, *in La question du divorce*, préc., p. 117.

⁵ P. Salvage-Gerest, *Droit de la famille*, coll. Dalloz action, préc., n° 221.183 p. 671. - Adde Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1981 : D. 1981, p. 495, note Raynaud. - Rapp. Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1992 (DDAS de l'Oise c/ Mme E) : Bull. civ. I, n° 230 p. 152-153 ; Defrénois 1993, art. 35484, p. 297-298, obs. J. Massip.

⁶ Sur quoi, Y. Patureau, *Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné* : D. 1978, chron. p. 167 s.

⁷ P. Salvage-Gerest, *in Droit de la famille*, coll. Dalloz action, préc., n° 221.202 p. 672.

⁸ Comp., *in Vocabulaire juridique*, préc., v^o Endettement et Surendettement. - Adde *Dictionnaire de droit*, préc., v^o Surendettement. - Rapp., dans le domaine de la politique économique, *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, préc., v^o Agrégat de financement : grandeur statistique synthétique et macro-économique « regroupant toutes les sources de financement monétaires de l'économie », « appelé endettement intérieur total (...) régulièrement suivi par les autortés monétaires françaises pour anticiper un risque éventuel d'emballement de la demande interne, source potentielle d'inflation et de déséquilibre extérieur ».

dette (alinéa 2), seule « une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste » d'apurer le passif (alinéa 3) permettant de solliciter une procédure de rétablissement personnel¹. Plus évidemment encore², la théorie jurisprudentielle de l'acceptation des risques sportifs illustre combien une victime ne peut revendiquer l'indemnisation de tout dommage survenant dans le cadre d'une pratique normale³. En définitive, l'accès à la sanction suppose la lésion d'un intérêt légitime, c'est-à-dire reconnu par le droit en tant qu'il est digne de protection⁴. En d'autres termes, les notions relatives impliquent un jugement de valeur, dans la mesure où le juge devra mettre les faits en rapport avec ce qui est socialement accepté et légalement pertinent. Au fond, ce critère de la légitimité, bien que particulièrement fuyant⁵, confirme le jeu du renversement de la charge probatoire ; en effet, la saisine d'une juridiction comporte en elle-même l'atteinte à un droit que la partie adverse devra alors combattre par la démonstration de l'illicéité, par la preuve que le qualificatif législatif n'est pas satisfait en fait⁶. Nul doute que le droit civil « gagnerait en prévisibilité et en sécurité et éviterait bien des atermoiements et des hésitations »⁷ en fixant *a priori* une liste de préjudices dont la lésion serait sanctionnée. Mais c'est probablement la

¹ C. consom., art. L. 332-5 s.

² *Contra*, l'avis d'une partie de la doctrine, in S. Hocquet-Berg, *Vers une suppression de l'acceptation des risques en matière sportive ?* : Resp. civ. et assur. 2002, chron. 15, spéc. III n^{os} 11 s.

³ Pour une renonciation tacite aux articles 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, cf. *Cass. 2^e civ., 8 oct. 1975 (Drimaracci c/ Piot)* : Bull. civ. II, n^o 246 p. 198-199 ; RTD civ. 1976, p. 357-358, obs. G. Durry ; & 1385, cf. *Cass. 2^e civ., 16 juin 1976 (Dame Chedeville et a. c/ Dame Roussel et a.)* : JCP 1977, éd. G, II, 18585, obs. A. Bénabent ; 5 juin 1985 (*Henry et a. c/ Cts Empain et a.*) : *ibid.* 1987, II, 20744, obs. E. Agostini. - Sur les limites de l'acceptation des risques, cf. *Cass. 2^e civ., 8 mars 1995* : Bull. civ. II, n^o 83 p. 47 s. ; D. 1998, somm. p. 43, comm. J. Mouly ; JCP 1995, éd. G, I, 3893, p. 509, n^o 16, obs. G. Viney ; *ibid.*, II, 22499 p. 370 s., note J. Gardach ; RTD civ. 1995, p. 904 s. n^o 6, obs. P. Jourdain (mort lors d'une régates marine) ; & 22 mars 1995 (*Mutuelle d'entraide et de prévoyance militaire et a. c/ Venot et a.*) : Bull. civ. II, n^o 99 p. 57 ; D. 1998, somm. p. 43-44, comm. J. Mouly (1^{re} esp.) ; JCP 1995, éd. G, I, 3893, n^o 15 p. 508-509, obs. G. Viney ; RTD civ. 1995, p. 905 s. n^o 6, obs. P. Jourdain (cyclisme amateur en sortie dominicale).

⁴ Sur quoi, H. Mazeaud, *La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile* : D. 1954, chron. p. 39 s. - G. Wicker, *La légitimité de l'intérêt à agir, in Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux - Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 455 s., spéc. n^{os} 3 s. p. 456 s. ; J. Carbonnier, *Les obligations*, préc., n^o 1121 p. 2271 ; J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., p. 155-156. - Adde Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2^e 2009, coll. manuel, n^o 215 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc., n^o 249 p. 15-16.

⁵ J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits - Etudes de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2004, coll. Bibliothèque dr. privé t. 428, préface G. Viney, n^{os} 439 s. p. 436 s.

⁶ Rapp. J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, préc., p. 158.

⁷ D. Mazeaud, « *Encore la responsabilité civile !* », préc.

force des notions relatives que d'offrir une formule générale malléable¹ : en n'optant pas pour une règle rigide, le législateur fait le choix d'un régime spécifique, adaptable aux circonstances personnelles. Finalement, l'existence de termes qualificatifs dans le Code civil aboutit assez logiquement à exclure du bénéfice de la loi les situations qui ne vérifieraient pas quelque énormité par rapport à la norme coutumière de référence.

319. - A l'évidence donc, le régime juridique des notions relatives semble venir brider deux piliers fondamentaux de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par une décision du 9 novembre 1999 - posant quelques réserves d'interprétation à la loi instaurant le pacte civil de solidarité² -, tout d'abord, ce dernier considérait que le contenu de l'article 1382 du Code civil devait être érigé en « exigence constitutionnelle », en vertu de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789³. De manière plus générale, en somme, nulle réserve ne peut faire obstacle à la sanction du droit ; ce n'est là du reste qu'une conséquence du pouvoir coercitif de la règle juridique⁴. Or, la relativité appelle une situation remarquable, extraordinaire en quelque sorte⁵, sans quoi la transgression de la règle ou le bénéfice d'un statut ne saurait être acquis. Autrement dit, ou bien le débiteur n'a pas à répondre de tous ses agissements, ou bien le requérant doit justifier une qualité particulière pour se voir octroyé un droit ; la coercition n'est certes pas atteinte mais elle tient moins désormais de l'impératif catégorique que de l'éthique de la discussion avancée par Jürgen Habermas⁶. D'ailleurs, les sages de la rue Montpensier ont eux-mêmes admis qu'un motif d'intérêt général autorise le législateur à aménager les conditions dans lesquelles

¹ *Contra*, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Responsabilité délictuelle*, préc., n° 100 ; Ph. Brun, *Personnes et préjudice* : Rev. gén. dr. 2003 (33), p. 187 s.

² Déc. n°99-149 DC : JO 16 nov. 1999, p. 16962 s., spéc. considérant 70 : « l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

³ « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

⁴ J. Carbonnier, *Introduction* préc., n° 5 p. 15 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, préc., nos 72 s. p. 32 s.

⁵ *Petit Robert*, préc., v^s Remarquable, 2 et Extraordinaire, 1 et 3.

⁶ *De l'éthique de la discussion*, Paris, Flammarion, 2004, coll. Champs, 202 p., où le sociologue conduit un double mouvement d'interrogation sur les problèmes philosophiques de la conformité au vrai et au bien : la question du juste, c'est-à-dire la validité d'une règle de conduite, est pour lui plus pertinente que celle d'une vie assujettie au bien. - Rapp. J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 11 p. 25-26.

la responsabilité peut être engagée¹. Ensuite, par une décision rendue le 22 octobre 1982², les hauts conseillers posaient le principe d'une réparation intégrale du préjudice subi³, pour condamner une certaine « absolutisation »⁴ du droit de grève et préserver ainsi l'égalité devant la loi⁵. Ici encore, de façon plus globale, c'est reconnaître que la règle de droit doit trouver à s'appliquer pleinement, et non partiellement. Là où le droit emprunte donc classiquement à la loi physique de conservation⁶, la sanction des notions relatives opère au contraire à hauteur d'une simple normalisation, de telle sorte que le créancier doive se résigner à n'être jamais complètement satisfait en sa prétention. La règle juridique n'est plus alors de l'ordre d'une application purement mécanique, mais s'insère plutôt systématiquement dans un contexte spécifique, au regard d'une norme socialement acceptée et reconnue comme telle.

¹ *Cons. const.*, 22 juill. 2005, déc. n° 2005-522 DC, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : JO 27 juill. 2005, p. 12225 s. ; JCP 2006, éd. G, I, 111 n° 8 p. 263-264, obs. Ph. Stoffel-Munck. - Adde A. Reygrobelle, *Brefs propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde* : Petites affiches 17 févr. 2006 n° 35, p. 58 s. ; J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, Paris, LGDJ, 2007, coll. Bibl. dr. privé t. 477, préface P. Jourdain, n°s 271 s. p. 229 s.

² *Cons. const.*, 22 oct. 1982, déc. n° 82-144 DC, loi relative au développement des institutions représentatives du personnel : JO 23 oct. 1982, p. 3210 s. ; Pouvoirs 1983 (25), p. 195-196, note P. Avril et J. Gicquel ; RD publ. 1983, p. 333 s., note L. Favoreu, spéc. n°s 42 p. 361, 57 p. 367, 100 s. p. 386 & 127 bis p. 397 ; Gaz. Pal. 1983, I, p. 60-61, note F. Chabas ; F. Luchaire : D. 1983, p. 189 ; Dr. soc. 1983, p. 155 s., note L. Hamon.

³ Encore que le Doyen Georges Vedel eut écrit que le Conseil n'avait pas eu alors l'intention d'établir un principe général de valeur suprême, in Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., n° 31 p. 20 - Comp., cependant, J. Carbonnier, *Introduction*, préc., n° 123 p. 221 et J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière contractuelle*, préc., n° 277 p. 235-236.

⁴ Selon le mot de Léo Hamon, in *Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : Dr. soc. 1983, p. 162.

⁵ *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., n° 19 § 8 p. 293-294.

⁶ *Petit Robert*, préc., v° Conservation, 4. - Cf. A.-L. de Lavoisier, *Traité élémentaire de chimie*, Sceaux, J. Gabay, 1992, p. 101, affirmant que « rien ne se crée, ni dans les opérations de l'art, ni dans celles de la nature, et l'on peut poser en principe que, dans toute opération, il y a une égale quantité de matière avant et après l'opération ; que la qualité et la quantité des principes est la même, et qu'il n'y a que des changements, des modifications ».

CONCLUSION

320. - « Si K' est relativement à K un système de coordonnées qui effectue un mouvement uniforme sans rotation, les phénomènes de la nature se déroulent, relativement à K' , conformément aux mêmes lois générales que relativement à K . Nous appelons cet énoncé “principe de relativité” (dans le sens restreint) ». Telle est la proposition d'Albert Einstein en 1905¹. Mais elle perd sa validité quand la vitesse devient voisine de celle de la lumière : la mécanique classique n'est plus applicable. La thèse de l'astrophysicien postule que la vitesse de la lumière reste identique et finie dans les systèmes de référence doués d'inertie qui se déplacent avec une vitesse constante les uns par rapport aux autres, et que le temps ne s'écoule pas de la même manière selon un état de repos ou de déplacement avec des vitesses assez proches de celles de la lumière². Un train se déplace à une vitesse uniforme par rapport à une voie ferrée. Celle-ci peut être représentée par un référentiel R , et le convoi par un autre R' . Deux lampes, positionnées sur la voie en A et B envoient simultanément un éclair lumineux vers M situé rigoureusement au milieu de ces deux points. Comme la vitesse de la lumière est la même dans toutes les dimensions de l'espace, la concomitance des éclairs signifie que ces derniers sont partis en même temps de A et B , les deux événements étant donc parfaitement synchrones dans le référentiel R . En est-il de même par rapport au train ? A' , B' et M' sont des points dans le train en marche,

¹ *La relativité*, préc., p. 21. - Autrement dit, tout référentiel qui se déplace à vitesse constante et uniforme par rapport à un référentiel galiléen, est lui aussi galiléen : si les lois de la mécanique classique sont applicables à K , elles le sont donc aussi à K' , exprimant donc l'invariance des lois naturelles par rapport aux changements de référentiels spatio-temporels. Ainsi le terme de relativité ne qualifie-t-il pas le principe lui-même mais le changement de référentiel.

² *Petit Robert*, préc., v° Relativité, II.

coïncidant exactement avec A, B et M à l'instant des éclairs émis depuis le talus. M' concorde bien avec M au moment de l'éclair mais, puisque M' se déplace vers la droite, il va diverger de M par la suite, de telle sorte qu'il se dirige vers l'éclair venu de B et qu'il fuit celui émis par A. En conséquence, un observateur posté en M' verra l'éclair provenant de B plus tôt que celui parti du point A : utilisant naturellement le train comme référentiel, il en conclut que l'éclair issu de B s'est produit avant celui produit en A, le départ des deux éclairs n'étant donc pas simultané pour lui. Ainsi deux événements concomitants par rapport au sol ne le sont plus par rapport au train, et inversement. Chaque référentiel a donc son temps propre : une indication de temps n'a de signification qu'en indiquant le système de référence auquel elle se rapporte¹.

321. - Quand bien même le principe de la relativité générale² est aujourd'hui remis en cause³, c'est sur la base de la théorie de la relativité restreinte qu'a été rendue possible l'appréhension des notions relatives en droit civil. De fait, la relativité pourrait *a priori* désigner une législation imparfaite, consistant dans l'emploi de concepts volontairement vagues et approximatifs, finalement indéfinissables⁴. Cette abdication herméneutique se heurte néanmoins rapidement au principe de légalité de l'intervention étatique. La procédure civile enjoint les magistrats non seulement de rendre un jugement, nonobstant la faiblesse technique de la loi, mais encore de fonder en droit ce dernier. Aucun pouvoir exorbitant ne pouvant sourdre des articles 4 du Code civil et 12 du Code de procédure civile, la présence d'une notion relative impose de déterminer la norme de référence susceptible de justifier la décision judiciaire. La saisine d'une juridiction, malgré l'absence de définition explicite, laisse alors supposer que le justiciable en a une connaissance spontanée. Pour primordiale qu'elle

¹ *Ibid.*, chap. 9 p. 34 s. - Sur quoi, J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., p. 27-28.

² Elle étend les lois d'invariance à des référentiels en mouvement accéléré quelconque, les uns par rapport aux autres. - Sur quoi, A. Einstein, *La relativité*, préc., chap. 18 s. p. 71 s. - *Petit Robert*, préc., v° Relativité, II. - Adde J. Hladik, *La relativité selon Einstein*, préc., chap. VI p. 71 s.

³ Cf. *Einstein dépassé, 47 galaxies contredisent sa théorie* : Sciences et vie mai 2011 n° 1124, p. 55 s., spéc. p. 62 s. les travaux de Stacy Mac Gaugh. - Cf. déjà Ph. Pajat, *L'énigmatique trajectoire de Pioneer* : Le monde, mercredi 3 nov. 2004, p. 23. - Adde la détection de neutrinos supraluminiques par le CERN dans son laboratoire près de Genève, remettant en cause la vitesse de la lumière comme limite réputée infranchissable dans le cadre de la théorie de la relativité restreinte : D. Larousserie et A. Duparc, *Excès de vitesse des neutrinos*, in *L'observation de particules plus rapides que la lumière excite la curiosité des scientifiques. L'enjeu est aujourd'hui de valider cette « découverte »* : Le Monde dimanche 25-lundi 26 sept. 2011, p. 3 ; H. Morin, *Tops et flops, les glorieuses incertitudes de la science*, *ibid.*

⁴ *Petit Robert*, préc., v° Relatif, I 3° ; *Dictionnaire de la langue philosophique*, v° Relatif, C 3. - Sur quoi, cf. spéc. C. Thibierge, *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit*, préc., distinguant les droits souple (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction) ; *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir* : D. 2004, chron. p. 578-579, III.

soit, cette nature coutumière fonde la notion de base, mais ne circonscrit pas la relativité elle-même : elle induit simplement une adaptation de la règle civiliste à son contexte d'application, retentissant nécessairement sur le régime juridique du qualificatif législatif qui caractérise les notions relatives. En attribuant aux magistrats une importante marge d'appréciation, la sanction du droit ne devient effectivement concevable qu'à l'aune d'une certaine évidence factuelle. Mais celle-ci entraîne à son tour une double conséquence : d'une part, elle renverse le fardeau probatoire, en faisant peser sur le défendeur la preuve du défaut d'excès ; d'autre part, elle exclut du champ judiciaire les situations insuffisamment outrancières, suggérant que le Code civil tolère une part d'anomalie dans la société. En somme, les faits soumis au juge ne doivent point nuire à l'institution juridique qui accueille la notion relative litigieuse, ni être socialement abusifs.

322. - Ainsi comprise, la relativité procure au droit quelque souplesse, mais dans le cadre étroit de la légalité, hors de portée de l'arbitraire¹ ; à cet égard, elle répond à l'exigence, posée par le Conseil constitutionnel, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi², qualités censées prémunir contre son ignorance³ et qui offrent, en conséquence, la garantie de sécurité juridique⁴. Sans vraiment régler la question de savoir si la loi doit tout prévoir,

¹ Comp. les trois fonctions du processus judiciaire, in J.-F. Kriegk, *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique* : D. 2005, chron. p. 1595-1596, la première étant avant tout de dire le droit pour préserver la paix sociale (l'interprétation imposant une confrontation des intérêts en présence et conduisant à s'interroger sur les moyens d'assurer l'égalité devant la loi), la seconde résidant dans une garantie de sécurité juridique tout en contribuant à l'adaptation du droit, la troisième plus pédagogique et donc déontologique. - Adde Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc. : Petites affiches 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 17, concluant que « le droit des notions-cadres repose sur plusieurs équilibres, entre le droit et le fait, entre le pouvoir du législateur et celui du juge, entre le besoin de sécurité et celui de justice ».

² *Cons. const.*, 16 déc. 1999, déc. n° 99-421 DC : RTD civ. 2000, p. 186 s., n° 1 obs. N. Molfessis ; M.-A. Frison-Roche et W. Baranès, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi* : D. 2000, chron. p. 361 s. - Rapp. *Cons. const.*, 10 juin 1998, déc. n° 98-401 : JO 14 juin 1998, p. 9033 ; D. 2000, somm. p. 61, obs. L. Favoreu, sur la nécessité de clarté et de précision.

³ *Nemo censetur ignorare legem !* La publicité (C. civ., art 1^{er}) est évidemment impropre à garantir à elle seule la connaissance du droit : à cette présomption quasi mythique doit se substituer une forme de transparence consistant à rendre la loi d'un accès plus facile en des termes largement compréhensibles. - Rapp. G. Nicolau, « *inaccessible droit !* » : RRJ 1998, p. 15 s.

⁴ A. Cristau, *L'exigence de sécurité juridique* : D. 2002, chron. p. 2814 s. - Adde CEDH, 22 nov. 1995, *CR c/ Royaume-Uni* et 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France* : D. 1997, somm. p. 202-203, comm. C. Henry ; F. Sudre, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 44 s. - Adde J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, préc., p. 146 s. (sur l'aménagement des effets des arrêts dans le temps), & p. 57-58 (sur la nécessité de tenir compte de l'évolution d'une situation dans les Etats du Conseil de l'Europe et d'un éventuel consensus). - Plus nuancé, S. Néron, *Le standard, un instrument juridique complexe*, préc., n°s 17 s. p. 1667-1668.

l'étude des notions relatives n'est donc pas celle des lacunes du droit¹. Comme le souligne le Doyen Ripert, l'interprétation n'est pas synonyme de pouvoir créateur et la hardiesse de la technique relativiste ne vaut pas blanc seing pour un libre droit : elles instaurent certes l'autorité judiciaire comme authentique troisième pouvoir de la République, mais sans en faire pour autant un autocrate, sa glose devant être finalisée et structurée². Pareille approche, si peu pernicieuse ou redoutable, laisse entrevoir une possible utilisation des notions relatives hors du droit civil, jusqu'en matière pénale même³. De fait, l'interprétation stricte de la norme répressive⁴ n'implique pas que l'incrimination soit exhaustive et précise, mais signifie uniquement que l'exégèse prétorienne doit rester prévisible quant à ses conséquences : la jurisprudence s'accorde pour affirmer que, si les magistrats ne peuvent procéder par extension, analogie ou induction⁵, ils peuvent rechercher l'intention du législateur et la renforcer à la lueur des principes généraux du droit⁶. En soi, le flou en matière pénale reste un bien quand il ressort d'une ambition politique et ne devient un mal que s'il véhicule l'ambiguïté⁷. Plus largement, le raisonnement lié à la relativité peut être profitable à l'interprétation de tout texte : pourvu que celui-ci la nécessite, elle reste valable seulement si elle préserve l'institution législative en cause⁸. Le recours à la relativité réclame donc une utilisation raisonnée. Elle doit découler d'une volition politique et non d'une démission du Parlement de son rôle et de sa puissance normative, qui chercherait ainsi à

¹ Rappr. L. Bach : Rép. civ. Dalloz, v° Jurisprudence, préc., n°s 125 s. p. 16 s. – Comp. Ph. Coët, *Les notions-cadres dans le Code civil*, préc.

² *Les forces créatrices du droit*, préc., p. 12.

³ *Cass. crim.*, 11 févr. 2003 : D. 2003, somm. p. 1660, obs. Ch. Mathieu. – *Contra* Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 91 p. 59 ; G. Canivet et D. Guihal, *Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats* : D. 2004, chron. p. 2729, spéc. I A.

⁴ C. pén., art. 111-4.

⁵ *Cass. crim.*, 9 août 1913 (*Véillard c/ Octroi de Vitré*) : DP 1917, I, p. 69, et la note ; 29 sept. 1992 : Bull. crim., n° 287 p. 780 s. – Rappr. *Cass. crim.*, 4 févr. 1898 (*Loup*) : S. 99, I, p. 249 s., note J.-A. Roux.

⁶ *Cass. crim.*, 21 janv. 1969 (*Chabas et a.*) : Bull. crim., n° 38 p. 86 s. (3^e arrêt). – *TGI Toulouse*, 30 oct. 1995 (*Min. publ. c/ M^{elle} X*) : D. 1996, p. 101 s., note D. Mayer et J.-F. Chassaing. – L'interprétation doit donner au texte sa capacité maximale d'extension dans la limite de la volonté législative, in G. Roujou de Boubée et B. de Lamy, *Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999)* : D. 2000, chron. p. 181 note 3.

⁷ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, préc., n° 10 p. 10 s.

⁸ Autant la personnalisation des peines (C. pén., art. 132-18 s. et 132-24) que l'opportunité des poursuites participent indirectement de la logique relativiste. – R. Merle et A. Vitu, *Procédure pénale*, préc., n°s 325 s. p. 389 s. ; *Droit pénal général*, préc., n°s 635-636 p. 801 s. ; G. Stefani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 592 p. 517-518 et n°s 597-598, p. 522. – Rappr. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., n°s 299 s. p. 222 s.

éviter de trancher un débat de société ; elle doit seulement constituer un moyen d'englober des réalités sociales diverses dans une même finalité, en acceptant donc des divergences dans l'application du droit. Pour reprendre la pensée de Gény, l'emprise des notions relatives ne saurait devenir celle « du règne du concept, isolé des intérêts qu'il représente, s'organisant suivant sa nature propre et se combinant avec d'autres concepts de même sorte, pour former une pure construction juridique, bâtie toute en abstraction et par les seuls effets de la pensée »¹. Le juge n'a pas pour fonction de donner un contenu opportuniste et utilitariste aux notions relatives : l'absence de sanction résulte non de sa fantaisie, mais du constat que les faits litigieux n'entament pas la cohésion sociale. Les notions relatives apparaissent ainsi comme un espace de respiration du droit : sans cette forme particulière de personnalisation qu'elles entraînent, le droit civil verserait parfois inexorablement dans le carcan juridique, tombant aussi sèchement qu'un couperet sans pouvoir embrasser des situations marginales². Le Doyen Carbonnier considérait d'ailleurs que la société ne doit pas tout attendre de la législation et doit faire confiance aux mœurs : cette « hypothèse du non-droit »³ n'est pas synonyme de violation du droit ni d'un anti-droit, elle n'est qu'une autre méthode de régulation des conflits humains. En cela, la relativité favorise la promotion d'un consensus, fût-il mouvant, et reflète l'idée de ne pas réglementer systématiquement par un droit imposé *de plano*. Certes, ce phénomène de linguistique juridique n'est pas récent puisque l'Antiquité romaine connaissait déjà les bonnes mœurs ou le *bonus pater familias*, mais il fait courir le risque de la perversion « à une époque où l'on tait toute classification, toute taxinomie, par peur de représailles de la Cour européenne des droits de l'homme, en chasse permanente contre les discriminations »⁴, satisfaisant alors à peu près tout un chacun. Bien plus grave

¹ *Science et technique en droit privé positif*, préc., t. I, n° 40 p. 113, l'auteur ajoutant (p. 114) que « la participation de l'intellect à l'élaboration du droit positif (...) transforme peu à peu (...) les éléments éthiques ou économiques, qui sont à la base fondamentale de la jurisprudence, en éléments logiques, qui paraissent seuls capables d'assurer la règle de droit, but dernier de toute l'organisation ». - Rappr. G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, préc., n° 1, distinguant les notions fonctionnelles et des notions conceptuelles ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préc., n°6 p. 18.

² Rappr., M. Taruffo, *La justification des décisions fondées sur des « standards »*, préc., p. 1124, à propos de l'ouverture du droit sur les valeurs sociales.

³ *Flexible droit*, préc., p. 25 s.

⁴ Ph. Delmas-Saint-Hilaire, *Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux (Rapport de synthèse du 106^e Congrès des notaires de France)* : Defrénois 2010, art. 39130, p. 1322. - Rappr. *Septièmes Journées d'Etudes du Pôle Européen Jean Monnet – 27, 28 et 29 novembre 2006 – Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, coll. Colloques Jean Monnet, dir. L. Potvin-Solis, 700 p.

apparaît, dans cette perspective, l'instrumentalisation potentielle des notions relatives : utiliser leur plasticité pour forcer l'accès au bénéfice de la loi masquerait bien mal le manque d'ambition politique dans la défense de certaines règles prétendument impératives¹ et conduirait finalement à déstabiliser ces dernières² ; elles finiraient par n'être plus qu'un moyen d'exaltation de n'importe quelle revendication personnelle. N'est-ce pas là admettre « l'autodestruction de l'Homme par l'inflation des droits subjectifs », selon le mot vigoureux du professeur Jean Hauser³ ? A tout le moins, l'expansion moderne des notions relatives est révélatrice du recul constant d'un certain ordre public de direction, contraignant et prohibitif, comme si, par effet de balancier, la liberté individuelle était à son tour devenue axiomatique et d'ordre public⁴. En ce sens, la persistance de l'institution judiciaire a au moins le mérite d'assurer un contrôle de la volonté. Le danger principal d'une telle privatisation des prérogatives juridiques réside dans l'empilement des cas les uns sur les autres, sans rechercher forcément une cohérence d'ensemble, sans réelle finalité. Tout en préservant dans leur formulation linguistique les caractères général et abstrait de la règle de droit, les notions relatives la rendraient en fait concrète et individuelle : l'application de la loi deviendrait en quelque sorte purement potestative⁵.

323. - L'analyse des notions relatives n'a sans doute pas permis de fixer avec exactitude le contenu de chacune d'elles, mais la définition de leur régime juridique suffit pour saisir ce qu'elles véhiculent point. Cette imprécision ontologique reste évidemment

¹ Cf. *CA Paris*, 25 oct. 2007, considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant contraint à la transcription dans l'état civil français des actes de naissance étrangers d'enfants nés de mère porteuse, en contrariété avec l'ordre public attaché à l'article 16-7 du Code civil : *D.* 2007, *AJ* p. 2953, note F. Luxembourg ; *ibid.* 2008, pan. p. 1376, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 12/2007, p. 478-479, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2008-2/12, note M.-Ch. Le Boursicot, in *Une convention de gestation pour autrui souscrite légalement à l'étranger pourrait produire effet en France* ; *RTD civ.* 2008, p. 93 s. n° 19, obs. J. Hauser ; *JDI* 2008, p. 145 s., note G. Cuniberti ; *Dr. famille* 2007, alerte 87, Marie Lamarche, in *Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ?*.

² En ce sens, à propos de la responsabilité civile, Ph. Stoffel-Munck, in *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc., nos 1306 s. p. 408 s.

³ In *RTD civ.* 1996, p. 871. – Rapp. J. Hauser, *Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits subjectifs des administrés ?*, in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Lexis-Nexis Litec, 2011, coll. Colloques et débats – Travaux de l'AFDA - 4, p. 135 s. - Plus nuancé, J. Carbonnier, *Flexible droit*, préc., p. 197 ; & *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 121 s.

⁴ Rapp. C. Thibierge, *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit*, préc., p. 600. - Adde le rôle de la volonté individuelle et collective dans la création du droit, in Ch. Atias et D. Linotte, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, préc., p. 251 s. ; D. Mayer, *Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs*, in *Les bonnes mœurs*, préc., p. 56, sur la difficulté de la société à se représenter la notion de bonnes mœurs.

⁵ *Comp. C. civ.*, art. 1174 en matière d'obligations, condition qui emporte une nullité d'ordre public, selon *Cass. soc.*, 9 juill. 1996 : *Bull. civ.* V, n° 269 p. 189.

l'intérêt majeur des notions relatives, concept vulgaire auquel l'autorité a prêté un qualificatif, en faisant ainsi un outil de légistique qui confère au pouvoir juridictionnel une marge d'interprétation et d'appréciation, conditionnée par le contexte législatif¹ et la personnalité des justiciables en cause. A n'en pas douter, cette ultime tentative de définition de la relativité juridique fait la promotion du juge alors qu' « il est effrayant de penser que cette chose qu'on a en soi, le jugement, n'est pas la justice. Le jugement, c'est le relatif. La justice, c'est l'absolu »².

¹ Sans finalité législative, les décisions de justice ne sont pas susceptibles d'un contrôle de base légale. - Sur quoi, J. et L. Boré, *La cassation en matière civile*, préc., n° 78.11 s. p. 433 s. ; A. Perdriau, *La portée doctrinale des arrêts de la Cour de cassation* : JCP 1990, éd. G, I, 3468, spéc., n°s 17 et 55 ; H. Motulsky, *Le défaut de base légale, son avenir*, in *Etudes en l'honneur de A. Ponsard – La Cour de cassation, l'Université et le Droit, André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 59 s., spéc. p. 67 s. ; & *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique* : JCP 1949, éd. G, I, 775, concluant que, « dès l'instant où le lien est établi entre le "manque de base légale" et l'ensemble de la technique juridique, la systématisation peut se substituer au tâtonnement empirique » ; C. Fattaccini, in *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne – droit communautaire*, dir. S. Guinchard, préc., n°s 553-461 s. p. 1352, spéc. n° 553-464. – Adde Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préc., *passim* ; D. Foussard, *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, coll. Etudes juridiques n° 20, p. 69-93.

² V. Hugo, *L'homme qui rit*, Paris, Gallimard, 2002, coll. folio classique n° 3616, p. 329, 2^e partie, Livre 1^{er}, X.

BIBLIOGRAPHIE

I - Ouvrages généraux

I. Dictionnaires

Dictionnaire de la culture juridique, publié sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Lamy-PUF, 2003, coll. Quadrige - Dicos poche, ouvrage publié avec le concours du Centre national du livre, 1649 p.

Dictionnaire des droits de l'homme, Paris, PUF, 2008, coll. Quadrige Dicos Poche, sous la direction de Joël Andriantsimbazovina et alii, 1074 p.

Dictionnaire historique des juristes français - XII^e-XX^e siècle, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, Paris, PUF, 2008, coll. Quadrige - Dicos poche, 827 p.

Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2^e éd. 2011, coll. Quadrige Dicos Poche, Association Henri Capitant, dir. Gérard Cornu, préface de Philippe Malinvaud, 1095 p.

Bialès C. & M., Leurion R. et Rivaud J.-L., *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, Paris, Foucher, 1999, coll. La dicothèque Foucher, 633 p.

Bloch Oscar et von Wartburg Walter, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 3^e éd. 2008, coll. Quadrige Dicos Poche, 682 p.

Boudon Raymond et Bourricaud François, *Dictionnaire critique de la sociologie*, Paris, PUF, 4^e éd. 2011, coll. Quadrige Dicos Poche, 720 p.

Dictionnaire du vocabulaire juridique 2012, Paris, LexisNexis, 2011, coll. Objectif Droit, dir. Rémy Cabrillac, 502 p.

Dictionnaire de la justice, Paris, PUF, 2004, sous la direction de Loïc Cadiet, 1362 p.

Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Paris, Dalloz, 2010, dir. Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin, conseillers scientifiques Stéphanie Hennette-Vauchez et Paolo Napoli, 620 p.

Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, publié sous la direction d'Olivier Duhamel et Yves Mény avec l'assistance de Pascal Vennesson, 1112 p.

Fontaine M., Cavalerie R. et Hassenforder J.-A., *Dictionnaire de droit*, Paris, Foucher, 3^e éd. 2004, coll. La dicothèque foucher, 511 p.

Foulquié Paul, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 6^e éd. 1992, 778 p.

Malaurie Philippe, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 2^e éd. 2001, 376 p.

Dictionnaire de philosophie politique, Paris, PUF, 2003, coll. Quadrige Dicos Poche, publié sous la direction de Philippe Raynaud et Stéphane Rials, 928 p.

Roland Henri, *Lexique juridique - Expressions latines*, Paris, LexisNexis, 5^e éd. 2010, coll. Objectif Droit, 451 p.

Roland Henri et Boyer Laurent, *Adages du droit français et Locutions latines du Droit Français*, Paris, LexisNexis, 2002, 2 vol., 1587 p.

2. Manuels et traités

Ancel Bertrand et Lequette Yves, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2006, coll. Grands arrêts, 814 p.

Armarelle Cesla, *Droit suisse*, Le Mont-sur-Lausanne, LEP, 2008, coll. Mix et Remix, 231 p.

Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil avec annexe documentaire*, Paris, Dalloz-Sirey, 13^e éd. 2010, coll. Sirey Université, 360 p.

Aubin Gérard et Bouveresse Jacques, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, coll. Droit fondamental-droit social, 318 p.

Aubry C. et Rau C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal, Billard et C^{ie}, 4^e éd. 1869, t. I, 655 p.

4^e éd. 1878, tome huitième, 628 p.

Batiffol Henri et Lagarde Paul, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ, 8^e éd. 1993, tome I : Sources – Nationalité – Condition des étrangers – Conflits de lois (théorie générale), 656 p.

Bénabent Alain, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 2010, coll. Domat droit privé, 536 p.

Droit civil, Les obligations, Paris, Montchrestien, 12^e éd. 2010, coll. Domat droit privé, 718 p.

Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Paris, Montchrestien, 9^e éd. 2011, coll. Domat droit privé, 702 p.

Bergel Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 2003, coll. Méthodes du droit, 374 p.

Berger Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz-Sirey, 12^e éd. 2011, 940 p.

Bonneau Thierry, *Droit bancaire*, Paris, Montchrestien, 9^e éd. 2011, coll. Domat droit privé, 727 p.

Boré Jacques et Louis, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, 4^e éd. 2008, coll. Dalloz Action, 798 p.

Bouloc Bernard, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 22^e éd. 2011, coll. précis droit privé, 728 p.
Procédure pénale, Paris, Dalloz, 22^e éd. 2010, coll. précis droit privé, 1073 p.

Boulouis Jean, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 6^e éd. 1997, coll. Domat droit public, 406 p.

Boulouis Jean et Chevallier Roger-Michel, *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 1994, *Tome I : Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, 434 p.

Brethe de la Gressaye Jean et Laborde-Lacoste Marcel, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947, 571 p.

Brun Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, Litec, 2^e éd. 2009, coll. Manuel, 582 p.

Burdeau Georges, *Traité de science politique*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1980, tome I : *Présentation de l'univers politique*, volume I : *société, politique et droit : Le social et le politique. - Le bien commun. - L'ordre et la justice. - L'univers politique. - Les ressorts passionnels de la politique. - L'idée de droit. - L'image de l'avenir. - Attitudes politiques et milieux sociaux. - Consensus et idéologie. - Idée de droit et droit international*, 483 p.

Cabrillac Michel, Mouly Christian, Pétel Philippe et Cabrillac Séverine, *Droit des sûretés*, Paris, LexisNexis, 9^e éd. 2010, coll. Manuel, 848 p.

Cadiet Loïc et Jeuland Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 6^e éd. 2009, 773 p.

Calais-Auloy Jean et Temple Henri, *Droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 8^e éd. 2010, coll. Précis droit privé, 690 p.

Capitant Henri, *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, Paris, E. Pedone, 5^e éd. 1929, 423 p.

Capitant Henri, Terré François et Lequette Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 12^e éd. 2007, coll. Grands arrêts, Tome I : *Introduction, Personnes-Famille-Biens, Régimes matrimoniaux-Succession*, 816 p.

12^e éd. 2008, coll. Grands arrêts, Tome 2 : *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 941 p.

Carbonnier Jean, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 25^e éd. 1997, coll. Thémis, 350 p.

Droit civil, Tome 2 : La famille, Paris, PUF, 18^e éd. 1997, coll. Thémis droit privé, 548 p.

Droit civil, Tome 4 : Les obligations, Paris, PUF, 19^e éd. 1995, coll. Thémis, 594 p.

Droit civil, Volume I : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple ; Volume II : Les biens, Les obligations, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige Manuels - Droit Science politique, 2574 p.

Caron Christophe et Lécuyer Hervé, *Le droit des biens*, Paris, Dalloz, 2002, coll. Connaissance du droit, 138 p.

Chapus René, *Droit administratif général, Tome I*, Paris, Montchrestien, 13^e éd. 2008, coll. Domat Droit public, 1536 p.

Cohen-Jonathan Gérard, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1989, coll. droit public positif, 616 p.

Conte Philippe, *Procédure pénale*, Paris, Dalloz-Sirey, 4^e éd. 2002, coll. Sirey Université, 470 p.

Conte Philippe et Maistre du Chambon Patrick, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz-Sirey, 7^e éd. 2008, coll. Sirey Université, 394 p.

Cornu Gérard, *Droit civil : Introduction*, Paris, Montchrestien, 13^e éd. 2007, coll. Domat droit privé, 277 p.

Droit civil : Les biens, Paris, Montchrestien, 13^e éd. 2007, coll. Domat droit privé, 377

p.

Droit civil : Les personnes, Paris, Montchrestien, 13^e éd. 2007, coll. Domat droit privé, 249 p.

Linguistique juridique, Paris, Montchrestien, 3^e éd. 2005, coll. Domat droit privé, 443 p.

Cornu Gérard et Foyer Jean, *Procédure civile*, Paris, PUF, 3^e éd. 1996, coll. Thémis droit privé, 780 p.

Couchez Gérard et Lagarde Xavier, *Procédure civile*, Paris, Dalloz-Sirey, 16^e éd. 2010, coll. Sirey Université, 542 p.

Cozian Maurice, Viandier Alain et Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 24^e éd. 2011, coll. Manuel, 856 p.

Cuniberti Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, LGDJ, 2007, coll. Manuel, 416 p.

David René et Hazard John Newbold, *Le droit soviétique*, Paris, LGDJ, 1954, coll. Les grands systèmes contemporains n° 7, t. I : *Les données fondamentales du droit soviétique*, 367 p.

Debbasch Charles et Ricci Jean-Claude, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 8^e éd. 2001, coll. Précis droit public, 1018 p.

Demolombe C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris, Imprimerie générale, Durand et Pedone Lauriel, Hachette et C^{ie}, 1876, in *Cours de Code Napoléon*, XXIX, 700 p.

Duguit Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing & C^{ie}, 1911, tome premier : *Théorie générale de l'Etat (Les éléments, les fonctions, les organes de l'Etat, les agents publics)*, 570 p.

Traité de droit constitutionnel, Paris, E. de Boccard, 3^e éd. 1927, tome premier : *La règle de droit - Le problème de l'Etat*, 763 p.

Farnsworth E. Allan, *Introduction au Système Juridique des Etats-Unis*, Paris, LGDJ, 1986, Traduit de l'américain par Bruno Baron-Renault, 235 p.

Favoreu Louis et Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 16^e éd. 2011, avec la collaboration de P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux, 590 p.

Faye Ernest, *La Cour de cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du code des lois – Décrets, Ordonnances et Règlements*, Glashütten in Taunus-Paris, Verlag Detlev Auvermann KG – Librairie Edouard Duchemin, 1970 (réimpression anastatique de l'édition de Paris de 1903), 728 p.

Ferrand Frédérique, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, coll. Précis droit privé, 846 p.

Flour Jacques, Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, Paris, Dalloz-Sirey, 14^e éd. 2010, coll. Droit civil, 499 p.

Les obligations, 2. Le fait juridique, Paris, Dalloz-Sirey, 13^e éd. 2009, coll. Sirey Université, 507 p.

Gaudemet Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 7^e éd. 2002, coll. Domat droit public, 520 p.

Le droit privé romain, Paris, Armand Colin, 1974, coll. U2, 416 p.

Gaudemet Yves, *Traité de droit administratif, Tome I : Droit administratif général, L'administration, La juridiction administrative, Les actes administratifs, Les régimes administratifs*, Paris, LGDJ, 16^e éd. 2001, 918 p.

Gautron Jean-Claude, *Droit européen*, Paris, Dalloz, 13^e éd. 2009, coll. mémentos, 337 p.

Gazzaniga Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, coll. Droit fondamental – Droit civil, 296 p.

Ghestin Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 1993, dir. Jacques Ghestin, 976 p.

Ghestin Jacques, Billau Marc et Jamin Christophe, *Traité de droit civil, tome 4 : les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 2001, dir. Jacques Ghestin, 1340 p.

Ghestin Jacques, Goubeaux Gilles et Fabre-Magnan Muriel, *Traité de droit civil, tome I : Introduction générale*, 4^e éd. 1994, dir. Jacques Ghestin, 891 p.

Girard Paul Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris Dalloz, 2003, coll. Bibliothèque Dalloz, réédition présentée par Jean-Philippe Lévy (réimpression Arthur Rousseau, 8^e éd. 1929, édition revue et remise à jour par Félix Senn), 1223 p.

Gross Bernard et Bihl Philippe, *Contrats*, Paris, PUF, 2^e éd. 2002, coll. Thémis droit privé, t. I : ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux, 691 p.

Guinchard Serge, Chainais Cécile, Ferrand Frédérique, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 30^e éd. 2010, coll. précis droit privé, 1585 p.

Guyon Yves, *Droit des affaires, Tome I : Droit commercial général et Sociétés*, Paris Economica, 12^e éd. 2003, coll. Droit des affaires et de l'entreprise – série Enseignement, 1060 p.

Halpérin Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2001, coll. Quadrige n^o 339, 384 p.

Hauser Jean et Huet-Weiller Danièle, *Traité de droit civil – La famille : fondation et vie de la famille*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1993, dir. Jacques Ghestin, 943 p.

Traité de droit civil – La famille : dissolution de la famille, Paris, LGDJ, 1991, dir. Jacques Ghestin, 556 p.

Héron Jacques et Le Bars Thierry, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, 4^e éd. 2010, coll. Domat droit privé, 1016 p.

Holleaux Dominique, Foyer Jacques et de Geouffre de la Pradelle Gérard, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987, coll. Droit-Sciences économiques, 667 p.

Hubrecht Georges, *Manuel de droit romain, t. II : Les Obligations*, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1943, 243 p.

Josserand Louis, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 3^e éd. 1938, I : *Théorie générale du droit et des droits, Les personnes - La famille, La propriété et les autres droits réels et principaux*, 1128 p.

Droit de la responsabilité et des contrats, sous la direction de Philippe Le Tourneau, Paris, Dalloz, 7^e éd. 2008, coll. Dalloz action, 1778 p.

Jouffroy Théodore, *Cours de droit naturel 1834-1835*, Paris, Fayard, 1998, corpus des œuvres de philosophie en langue française, texte revu par Patrice Vermeren, 829 p.

Julien Pierre, *Droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 3^e éd. 2009 coll. manuel, avec la collaboration de Natalie Fricero, 490 p.

Lachaume Jean-François, *Droit administratif*, Paris, PUF, 13^e éd. 2002, coll. Droit Thémis Les grandes décisions de la jurisprudence, 912 p.

de Laubadère André, Venezia Jean-Claude et Gaudemet Yves, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 15^e éd. 1999, t. I : *Droit administratif général : organisation et action de l'administration, juridiction administrative*, 1107 p.

Laurent François, *Principes de droit civil, tome premier*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Christophe et C^{ie} – A. Durand et Pedone Lauriel, 1869, 590 p.

Lavroff Dmitri Georges, *Le droit constitutionnel de la V^e République*, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1999, coll. précis Droit public science politique, 1100 p.

Lefebvre-Teillard Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, coll. Droit fondamental – Droit civil, 475 p.

Leroy Yves et Schoenenberger Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich-Bruxelles-Paris, Schulthess-Bruylant-LGDJ, 2^e éd. 2009, 621 p.

Droit de la responsabilité et des contrats, Paris, Dalloz-Sirey, 8^e éd. 2010, coll. Dalloz Action, dir. Philippe Le Tourneau, 1924 p.

Levasseur. Alain A., *Le droit américain*, Paris, Dalloz, 2004, coll. Connaissance du droit, 162 p.

Loussouarn Yvon, Bourel Pierre et de Vareilles-Sommières Pascal, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 8^e éd. 2004, coll. précis droit privé, 979 p.

Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Les successions, les libéralités*, Paris, Defrénois, 4^e éd. 2010, coll. Droit civil, 572 p.

Malaurie Philippe et Aynès Laurent, *Contrats spéciaux*, Paris, Defrénois, 14^e éd. 2001, par Pierre-Yves Gautier, 756 p.

Malaurie Philippe, Aynès Laurent et Stoffel-Munck Philippe, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 5^e éd. 2011, 856 p.

Malaurie Philippe et Fulchiron Hugues, *La famille*, Paris, Defrénois, 4^e éd. 2011, 748 p.

Malaurie Philippe et Morvan Patrick, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, 3^e éd. 2009, coll. droit civil, 366 p.

Marguénaud Jean-Pierre, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2011, coll. Connaissance du droit, 177 p.

Marty Gabriel et Raynaud Pierre, *Droit civil*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1972, t. I : *introduction générale à l'étude du droit*, 532 p.

Paris, Sirey, 1962, t. II, 1^{er} vol. : *les obligations*, 927 p.

Mayer Pierre, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 10^e éd. 2010, coll. Domat droit privé, 820 p.

Mazeaud Antoine, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 7^e éd. 2010, coll. Domat droit privé, 650 p.

Mazeaud Henri et Léon, Jean et Chabas François, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 9^e éd. 1998, t. II premier vol. : *Obligations, théorie générale*, par François Chabas, 1353 p.

Merle Roger et Vitu André, *Traité de droit criminel, tome I – Problèmes généraux de la science criminelle*, Paris, Cujas, 7^e éd. 1997, 1068 p.

tome II - *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 5^e éd. 2001, 1180 p.

Droit pénal spécial, Paris, Cujas, 1982, t. 2 par André Vitu, 2111 p.

Mestre Jacques et Pancrazi Marie-Eve, *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 25^e éd. 2001, coll. manuel, 1196 p.

Monier Raymond, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 5^e éd ; 1945, T. 1^{er} *Première année de Licence – Diplôme d'études supérieures de droit romain (Introduction historique, les sources, la procédure, les personnes, les droits réels, les successions)*, 551 p.

Paris, Domat-Montchrestien, 2^e éd. 1940, T. Deuxième (*Les Obligations*), 455 p.

Morand-Deville Jacqueline, *Droit administratif, Cours, Thèmes de réflexion, Commentaires d'arrêt avec corrigés, Juridiction administrative, Administration centrale et locale, Principe de légalité, Acte administratif unilatéral – Contrats, Service public, Police – Recours pour excès de pouvoir - Responsabilité*, Paris, Montchrestien, 11^e éd. 2009, 943 p.

Droit public – Tome I : Théorie générale de l'Etat et Droit constitutionnel, Droit administratif, Paris, Economica, 3^e éd. 1999, coll. Collectivités territoriales, dir. Jacques Moreau, 572 p.

Droit de la famille, Paris, Dalloz, 5^e éd. 2010, dir. de Pierre Murat, coll. Dalloz action, 1767 p.

Ngyen Quoc Dinh, Dailler Patrice et Pellet Alain, *Droit international public – Formation du droit, sujets, Relations diplomatiques et consulaires, Responsabilité, Règlement des différends, Maintien de la paix, espaces internationaux, relations économiques, Environnement*, Paris, LGDJ, 7^e éd. 2002, 1510 p.

Oppetit Bruno, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2005, coll. précis droit privé, 156 p.

d'Ors Alvaro, *Une introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 2^e éd. 2001, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie Juridique, Présentation, traduction et notes par Alain Sériaux, 158 p.

Ourliac Paul et de Malafosse J., *Histoire du droit privé*, Paris, PUF, 1968, Tome III : *Le droit familial*, 554 p.

Pédamon Michel, *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats de commerce*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 2000, coll. précis, 717 p.

Pélissier Jean, Auzero Gilles et Dockès Emmanuelle, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 25^e éd. 2010, coll. précis droit privé, 1447 p.

Perrot Roger, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 14^e éd. 2010, coll. Domat droit privé, 538 p.

Planiol Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, LGDJ, 4^e éd. 1906, t. premier : *Principes généraux, Les personnes, La famille, Les incapables, Les biens*, 1046 p.

- Radé Christophe, *Droit du travail*, Paris, Montchrestien, 5^e éd. 2011, coll. focus droit, 275 p.
- Ripert Georges et Roblot René, *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 17^e éd. 1998, t. I : *actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, par Michel Germain et Louis Vogel, 1598 p.
 vol. I : *Commerçants, Tribunaux de commerce, Fonds de commerce, Propriété industrielle, Concurrence (droit communautaire et français)*, par Louis Vogel, 18^e éd. 2001, 905 p.
Droit commercial, Paris, LGDJ, 17^e éd. 2004, Tome 2 : *Effets de commerce, Banque, Contrats commerciaux, Procédures collectives*, 1324 p.
- Roland Henri et Boyer Laurent, *Introduction au droit*, Paris, LexisNexis, 2003, coll. Traités, 664 p.
- Rouyère Aude, *Théorie du droit*, Pessac, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1998-1999, cours de maîtrise en droit public, 90 p.
- Royer Jean-Pierre, Jean Jean-Paul, Durand Bernard, Derasse Nicolas, Dubois Bruno, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 3^e éd. 1996, coll. droit fondamental, 1305 p.
- Rubellin-Devichi Jacqueline, *Travaux dirigés de droit civil*, Lyon, L'Hermès, 3^e éd. 1992, vol. I, *Introduction générale – Les personnes – Les incapacités – Les biens*, coll. droit privé, 381 p.
- Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2001, coll. Dalloz Action, dir. Jacqueline Rubellin-Devichi, 932 p.
- Savatier René, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1951, préface Georges Ripert, t. II : *Conséquences et aspects divers de la responsabilité*, 572 p.
- de Savigny F. C., *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, traduit de l'allemand par M. Ch. Guenoux, volume I, 421 p.
- Sériaux Alain, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 2^e éd. 1999, coll. Que sais-je ? n° 2806, 127 p.
Manuel de droit des obligations, Paris, PUF, 2006, coll. Droit fondamental Droit Manuels, 257 p.
- Solus Henry et Perrot Roger, *Droit judiciaire privé, T. I : Introduction, Notions fondamentales, action en justice, formes et délais, acte juridictionnel, Organisation judiciaire*, Paris, Sirey, 1961, coll. Traités, 1147 p.
- Starck Boris, Roland Henri et Boyer Laurent, *Droit civil, les obligations*, Paris, Litec, 6^e éd. 1999, 3. Régime général, 383 p.
Droit civil, les obligations, Paris, Litec, 6^e éd. 1998, 2. Contrat, 837 p.
Droit civil, les obligations, Paris, Litec, 5^e éd. 1996, 1. Responsabilité délictuelle, 582 p.
- Szramkiewicz Romuald, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz, 1995, coll. « connaissance du droit » droit privé, 143 p.
- Terré François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 8^e éd. 2010, coll. précis, 656 p.

Terré François et Simler Philippe, *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 8^e éd. 2010, coll. précis droit privé, 868 p.

Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Paris, Dalloz, 6^e éd. 2011, coll. précis droit privé, 790 p.

Terré François, Simler Philippe et Lequette Yves, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd. 2009, coll. précis, 1542 p.

Toullier M^r C. B. M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, Warée, 4^e éd. MDCCCXXIV, t. premier, 555 p.

Ueno Mamiko, *Justice, constitution et droits fondamentaux au Japon*, Paris, LGDJ,

Vedel Georges, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, 616 p.

Villey Michel, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. "Philosophie du droit" n° 6, 318 p.

Philosophie du droit, Paris, Dalloz, 4^e éd. 1986, coll. précis, tome I : *définitions et fins du droit*, 205 p.

Paris, Dalloz, 2^e éd. 1984, coll. précis, II. *Les moyens du droit*, 241 p.

Waline Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 23^e éd. 2010, coll. précis droit public science politique, 728 p.

Zénati Frédéric, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, coll. Méthodes du droit, 281 p.

II - Monographies

I. Thèses

d'Ambra Dominique, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 236, préface de Georges Wiederkher, 339 p.

Amssek Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964, coll. Bibliothèque philo. dr. n° 2, préface de Charles Eisenmann, 470 p.

Andorno Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ, 1996, coll. Bibliothèque dr. privé t. 263, préface de François Chabas, 372 p.

Antonmattei Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, Paris, LGDJ, 1992, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 220, préface de Bernard Teyssié, 315 p.

Arrighi Jean-Pierre, *Apparence et réalité en droit privé - Contribution à l'étude de la protection des tiers contre les situations apparentes*, thèse Dr., dactyl., Université de Nice - Faculté de droit et des sciences économiques, 1974, 661 p.

Bakouche David, *L'excès en droit civil*, Paris, LGDJ, 2005, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 432, préface de Michelle Gobert, 452 p.

Balian Serge, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse Droit, Paris II, 1986.

Baraké Samuel, *Le champ contractuel : étude de l'adéquation des moyens au but contractuel*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2007, direction Guillaume Wicker, 566 p.

de Béchillon Marielle, *La notion de principe général en droit privé*, Aix-en-Provence, PU d'Aix-Marseille, 1998, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille - Laboratoire de théorie juridique, Préface de Bernard Saintourens, 298 p.

Beignier Bernard, *L'honneur et le droit*, Paris, LGDJ, 1995, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 234, préface de Jean Foyer, 660 p.

Boillot Christine, *La transaction et le juge*, Clermont-Ferrand, PU Clermont-Ferrand-Fondation Varenne-LGDJ, 2003, coll. des Thèses de l'Ecole Doctorale, préface P. Le Cannu, 718 p.

Boismain Corinne, *Les contrats relationnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, préface de Muriel Fabre-Magnan, 526 p.

Borghetti Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des produits – Etude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2004, coll. Bibliothèque dr. privé t. 428, préface Geneviève Viney, 756 p.

Bousta Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration de la justice*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Logiques juridiques, préface de Gérard Marcou, avant-propos de Jacques Caillosse, 566 p.

Cadiet Loïc, *Le préjudice d'agrément*, thèse Droit, dactyl., Poitiers, 1983, direction Philippe Rémy, 682 p.

Calais-Auloy Jean, *Essai sur la Notion d'apparence en Droit Commercial*, Paris, LGDJ, 1959, coll. Bibliothèque dr. priv. t. XVII, préface de Henry Cabrillac, 303 p.

Castets-Renard Céline, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, Paris-Budapest-Turin, L'Harmattan, 2003, 516 p.

Cesaro Jean-François, *Le doute en droit privé*, Paris, éd. Panthéon Assas - LGDJ Diffuseur, 2003, coll. Droit privé, Université Panthéon-Assas (Paris II), Préface de Bernard Teyssié, 772 p.

Chassagnard Sandrine, *La notion de normalité en droit privé français*, thèse Droit, dactyl., Toulouse, 2000, dir. Bernard Beignier, 916 p.

Chazal Jean-Pascal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Droit, dactyl., Grenoble, 1996, 658 p.

Clay Thomas, *L'arbitre*, Paris, Dalloz, 2001, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses vol. 2, 930 p.

Coët Philippe, *Les notions-cadres dans le Code civil – Etude des lacunes intra-legem* : Petites affiches 30 juill. 1986 n° 91, p. 39-49 ; *ibid.* 1^{er} août 1986 n° 92 p. 25-40 ; *ibid.* 4 août 1986 n° 93, p. 31-40 ; *ibid.* 6 août 1986 n° 94, p. 18-31 ; *ibid.* 8 août 1986 n° 95, p. 27-38 ; *ibid.* 13 août 1986 n° 97, p. 16-26 ; *ibid.* 15 août 1986 n° 98, p. 22-37 ; *ibid.* 18 août 1986 n° 99, p. 4-13 ; *ibid.* 22 août 1986 n° 101, p. 4-13 ; & *ibid.* 1^{er} sept. 1986 n° 105, p. 4-17

Combeau Pascal, *L'activité juridique interne de l'administration, Contribution à l'étude de l'ordre administratif intérieur*, thèse Dr. publ., dactyl., Bordeaux, 2000, 633 p.

Coutant-Lapalus Christelle, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, coll. Institut de droit des affaires, préface Frédéric Pollaud-Dulian, 600 p.

Cresp Marie, *Le temps juridique en droit privé : essai d'une théorie générale*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2010, sous la direction de Jean Hauser, 547 p.

Decottignies Roger, *Les présomptions en droit privé*, Paris, LGDJ - R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1949, thèse pour le doctorat en droit, Université de Lille-Faculté de droit, 328 p.

Dejean de la Batie Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1965, coll. Bibliothèque dr. priv. tome LVII, préface d'Henri Mazeaud, 316 p.

Derrida Fernand, *L'obligation d'entretien - Obligation des parents d'élever leurs enfants*, Université d'Alger n° 4, Paris, Dalloz, 1947, 352 p.

Derrien Arnaud, *Les juges français de la constitutionnalité, Etude sur la construction d'un système contentieux, Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation : trois juges pour une norme*, thèse Dr. publ., dactyl., Bordeaux, 2000, sous la direction de Slobodan Milacic, 514 p.

Deumier Pascale, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, coll. Recherches Juridiques, Préface de Jean-Michel Jacquet, 477 p.

Farjat Gérard, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 37, dir. Berthold Goldman, 543 p.

Favoreu Louis, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1964, thèse Université de Paris, 4 juillet 1962, 582 p.

Géa Frédéric, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle – Droit du travail et théorie du droit dans la perspective d'un dialogisme*, Paris, LGDJ-Fondation Varenne, 2009, « collection des Thèses » n° 24, préface d'Antoine Lyon-Caen et avant-propos de Catherine Marraud et René de Quénadon, 2 t. 4 vol., 2292 p.

Ghestin Jacques, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, Paris, LGDJ, 1971, coll. Bibliothèque dr. priv. t. XLI, dir. Jean Boulanger, 383 p.

Gogorza Amané, *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 2006, sous la direction de Philippe Conte, 551 p.

Haid Franck, *Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Villeneuve d'Ascq, ANRT-Université de Lille III, 2005, 372 p.

Hauser Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Paris, LGDJ - R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1971, coll. Bibliothèque dr. priv. t. CXVII, 339 p.

Henriot Guy-Claude, *Le dommage anormal : contribution à l'étude d'une responsabilité de structure*, Paris, Cujas, 1960, préface Marcel Waline, 76 p.

Hourquebie Fabrice, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^e République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, préface Slobodan Milacic, 678 p.

Ivainer Théodore, *L'interprétation des faits en droit, essai de mise en perspective cybernétique des « lumières des magistrats »*, Paris, LGDJ, 1988, coll. Bibliothèque de philosophie du droit n° 30, préface de Jean Carbonnier, 361 p.

Jarrosson Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 198, préface Bruno Oppetit, 407 p.

Jestaz Philippe, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LGDJ, 1968, thèse pour le doctorat en droit, 329 p.

Jobard-Bachelier Marie-Noëlle, *L'apparence en droit international privé - Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1984, coll. Bibliothèque dr. priv. t. CLXXVIII, préface de Paul Lagarde, 425 p.

Jourdain Patrice, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, thèse Droit, dactyl., 1982, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 739 p.

Klein Julie, *Le point de départ de la prescription*, thèse Droit, dactyl., Paris 2 Panthéon-Assas, 2010, direction Nicolas Molfessis, 664 p.

Koleck-Desautel Sonia, *La notion de modification du contrat de travail*, thèse Dr. priv., dactyl., Bordeaux IV, 2000, 385 p.

Lagarde Xavier, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, LGDJ 1994, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 239, préface de Jacques Ghestin, 448 p.

Lamarche Marie, *Les degrés du mariage*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, préface Jean Hauser, 554 p.

Lavaud-Legendre Bénédicte, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, Paris, PUF-Le Monde, 2005, coll. Partage du savoir, préface Antoine Garapon, 248 p.

Le Bars Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris, LGDJ, 1997, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 270, préface de Jacques Héron, 357 p.

Lebrun Auguste, *La coutume, Ses sources - son autorité en droit privé, Contribution à l'étude des sources du droit positif à l'époque moderne*, Université de Caen, Faculté de droit, Paris, LGDJ, 1932, 556 p.

Malabat Valérie, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Droit, dactyl., Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1999, 465 p.

Malaurie Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public (étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, URSS)*, Reims, Ed. Matot-Braine, 1953, thèse pour le doctorat, 278 p.

Marty Gabriel, *La distinction du fait et du droit – Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, Thèse pour le doctorat, Université de Toulouse, faculté de droit, 388 p.

Mazeaud Denis, *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992, Bibliothèque dr. priv. t. 223, préface de François Chabas, 448 p.

Menétrey Séverine, *L'amicus curiæ, vers un principe commun de droit procédural*, Paris, Dalloz, 2010, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses vol. 97, préface de Catherine Kessedjan, avant-propos de Sylvette Guillemard, 512 p.

Millard Eric, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, Paris, LGDJ, 1996, coll. Bibl. dr. publ. t. 182, préface de Jean-Arnaud Mazères et avant-propos de Marie-Anne Cohendet, 502 p.

Moine-Dupuis Isabelle, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, Paris, LGDJ, 1997, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 271, dirigée par Jacques Ghestin, préface d'Yves Loquin, 438 p.

Molfessis Nicolas, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1987, coll. Bibliothèque dr. priv. t. 287, préface de Michelle Gobert, 602 p.

Morvan Patrick, *Le principe de droit privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 1999, coll. Droit privé, LGDJ Diffuseur, Préface Jean-Louis Sourieux, 788 p.

Mozas Philippe, *La notion de dette en droit privé*, thèse Droit, dactyl., Bordeaux, 1996, 368 p.

Nicoleau Patrick, *De la preuve judiciaire de la paternité naturelle*, thèse Droit 3^e cycle, dactyl., Bordeaux, 1984, dir. Jean Hauser, 322 p.

Normand Jacques, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, Bibliothèque dr. privé t. LXV, préface de Roger Perrot, 526 p.

Paclot Yann, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse Droit, dactyl. Paris, 1988, 482 p.

Pavlopoulos Procopios, *La directive en droit administratif*, Paris, LGDJ, 1978, coll. Bibliothèque dr. publ. t. CXXVIII, 268 p.

Picod Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989, coll. Bibliothèque dr. priv., t. 208, préface de Gérard Couturier, 254 p.

Piette Gaël, *La correction du contrat*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 2004, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III, Préface de Michel Menjucq, 693 p. (Tome I, p. 1-378 ; Tome II, p. 381-693)

Reifegerste Stéphan, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, coll. Institut de droit des affaires, préface Horatia Muir-Watt, 357 p.

Reiss Lydie, *Le juge et le préjudice – Etude comparée des droits français et anglais*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, coll. Institut de droit des affaires, préface Philippe Delebcque, 570 p.

Rials Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, coll. Bibliothèque dr. publ. t. CXXXV, préface de Prosper Weil, 564 p.

Roujou de Boubée Marie-Eve, *Essai sur la notion de réparation*, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1974, coll. Bibl. dr. priv. t. CXXXV, préface Pierre Hébraud, 493 p.

Sousse Marcel, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994, coll. Bibl. dr. publ. t. 174, préface Jean-Marie Pontier, 541 p.

Traullé Julie, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, Paris, LGDJ, 2007, coll. Bibliothèque dr. privé t. 477, préface patrice Jourdain, 460 p.

Trigeaud Jean-Marc, *La possession des biens immobiliers, Nature et fondement*, Paris, Economica, 1981, préface de François Terré, 631 p.

Troper Michel, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ - R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1973, Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue publiquement le 20 décembre 1967, Université de Paris - Faculté de Droit et des Sciences économiques, 251 p.

Valensi Alfred, *L'application de la loi du divorce en France, Tendances générales de la jurisprudence, Résultats sociaux, Projets de réforme*, thèse Droit, Montpellier, Imprimerie Messiet et Jeanjean, 1916, 345 p.

Viney Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965, coll. Bibliothèque dr. privé t. LIII, préface André Tunc, 416 p.

Vouin Robert, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939, 478 p.

Wicker Guillaume, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, coll. Bibliothèque de droit privé t. 253, préface de Jacqueline Amiel-Donat, 441 p.

2. Etudes

Al Sanhoury A.-A., *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise – Contribution à l'étude comparative de la règle du droit et du standard*

juridique, Paris, Marcel Giard, 1925, coll. Bibliothèque de l'Institut de droit comparé série centrale t. 10, 361 p.

Interprétation et droit, Bruxelles – Aix-en-Provence, Bruylant-PUAM, 1995, volume publié sous la direction de Paul Amselek, 245 p.

Les divergences de jurisprudence, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2003, Centre de Recherche Critique sur le Droit, dir. Pascal Ancel et Marie-Claire Rivier, 376 p.

Arnaud André-Jean, *Les juristes face à la société - du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, coll. SUP - Le juriste n° 7, 228 p.

Une France coutumière, enquête sur les « usages locaux » et leur codification (XIX^e-XX^e siècles), Paris, CNRS, 1990, dir. Assier-Andrieu Louis, 207 p.

L'œuvre de Jean Bodin, Actes du colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 janvier 1996), Ouvrage publié sous l'égide de l'Association d'Etudes sur la Renaissance, l'Humanisme et la Réforme, du Centre Léon et Auguste Walras, Université Lumière Lyon 2, du Centre lyonnais d'Histoire du droit et de la Pensée politique, Université Jean Moulin Lyon 3, Paris, Honoré Champion éditeur, 2004, coll. Colloques, congrès et conférences sur la Renaissance n° 41, 533 p.

Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées louisianaises de la Nouvelle-Orléans et Bâton Rouge)*, Paris, Economica, 1980, t. XXIX, 1978, 374 p.

La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges (Journées italiennes de Florence), Paris, Economica, 1982, t. XXXI, 1980, 635 p.

La bonne foi (Journées louisianaises), Paris, Litec, 1994, t. XLII, 1992, 585 p.

La motivation (Journées nationales, Limoges), Paris, LGDJ, 2000, t. III, 1998, 123 p.

Becquart J., *Les mots à sens multiple en Droit civil français ; contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1928, 336 p.

Blackstone William, *Commentaries of the Laws of England*, Oxford, printed at the Clarendon press, 1765, Book the first, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769, volume I of the Rights of Persons (1765), With an Introduction by S. N. Katz, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1979, 473 p.

Boigeol Anne, Comaille Jacques, Lamy Marie-Laurence, Girard Alain, Ministère de la Justice – Service de coordination de la Recherche, Université Panthéon-Assas Paris, Laboratoire de sociologie juridique, Institut national d'études démographiques, *Le divorce et les Français*, Paris, PUF, 1974, *I Enquête d'opinion*, coll. Travaux et documents – INED 69, 194 p.

et Valetas Marie-France, Paris, PUF, 1975, *II L'expérience des divorcés*, coll. Travaux et documents – INED 72, 256 p.

Cadiet Loïc, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, coll. Publications de la faculté de droits et des sciences sociales de Poitiers Tome 32, Colloque commun aux facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université

catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers, Sixièmes Journées René savatier Poitiers 15 et 16 Mai 1997, p. 37-64

Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1939, 917 p.

Carbonnier Jean, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd. 1995, 336 p.

Droit et passion du droit sous la V^e République, Paris, Flammarion, 2008, coll. Champs Essais, 276 p.

Flexible droit - Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, LGDJ, 10^e éd. 2001, 493 p.

Sociologie juridique, Paris, PUF, 2^e éd. 2004, coll. Quadrige Manuels, 416 p.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne - Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe, Hommage à Silvio Marcu Helmons, Bruxelles, Bruylant, 2002, direction Jean-Yves Carlier et Olivier de Schutter, 304 p.

Cario Robert et Mbanzoulou Paul, *La justice restaurative, une utopie qui marche ?*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Sciences criminelles-Controverses, 102 p.

Carré de Malberg Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, 1920, Tome premier, 837 p. 1922, Tome deuxième, 638 p.

Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés, avec les idées et les institutions consacrées par le droit français relativement à sa formation, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 p.

La loi, expression de la volonté générale, Etude sur le concept de la loi ans la Constitution de 1875, Paris, Economica, 1984, coll. « Classiques » Série politique et constitutionnelle, 228 p.

La rédaction des coutumes dans le passé et dans le présent, Colloque organisé les 16 et 17 mai 1960 par le Centre d'Histoire et d'Ethnologie juridiques, sous la direction de John Gilissen, Université Libre de Bruxelles, Les Editions de l'Institut de Sociologie, 1962, Publié avec l'appui du Ministère de l'Education nationale et de la Culture, 339 p.

Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, 335 p.

Les bonnes mœurs, Paris, PUF, 1994, 445 p.

Films suggestifs, érotiques et pornographiques... Cinéma couleur chair, dossier coordonné par Raphaël Chamak : Le Monde 2 n° 116, supplément au Monde n° 19059, samedi 6 mai 2006, p. 59-67

Chartier Yves, *La réparation du préjudice*, Paris, Dalloz, 1983, 1050 p.

Paris, Dalloz, 1996, coll. Connaissance du droit – droit privé, 129 p.

Chauviré Roger, *Jean Bodin, auteur de la « République »*, Genève, Slatkine reprints, 1969, réimpression de l'édition de Paris 1914, 543 p.

Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre*

1958, Paris, La documentation française, 1987, vol. I : des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958, 613 p.

Paris, La documentation française, 1988, vol. II : le comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958, 787 p.

L'impartialité du juge et de l'arbitre – Etude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2006, sous la direction de Jacques Compennolle et de Giuseppe Tarzia, 336 p.

Le consommateur, 81^e congrès des notaires de France, Lyon 12-15 mai 1985, Paris, Conseil supérieur du notariat, 1985, t. 1 et 2

Rapport de la Cour de cassation 1996, Paris, La documentation française, 1997, 506 p.

Rapport de la Cour de cassation 1998, Paris, La documentation française, 1999, 424 p.

L'image doctrinale de la Cour de cassation, Paris, La documentation française, 1994, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, organisé par la Cour de cassation et le Laboratoire d'épistémologie juridique de la faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, sous l'égide de l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, 251 p.

Les limites de la réparation du préjudice, Paris, Dalloz, 2009, coll. Thèmes et commentaires – Actes, sous l'égide de la Cour de cassation, l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'Institut des hautes études pour la justice, l'Ecole nationale supérieure de sécurité sociale et le Centre des hautes études de l'assurance, travaux menés sous la direction de François Ewald, Antoine Garapon, Gilles J. Martin, Horatia Muir Watt, Patrick Matet, Nicolas Molfessis et Maurice Nussembam, 453 p.

Dabin Jean, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Sirey, 1935, 367 p.

Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 2008, coll. Bibliothèque Dalloz, préface de Christian Atias (réimpression Paris, Dalloz, 1952), 313 p.

Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 3^e éd. 1969, coll. "philosophie du droit" n° 11, 424 p.

Dekeuwer-Défossez Françoise, *Rénover le droit de la famille – Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps – Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice*, Paris, La documentation française, 1999, coll. Des rapports officiels, 256 p.

Delmas-Marty Mireille, *Le flou du droit – Du Code pénal aux droits de l'homme*, Paris, PUF, 2004, coll. Quadrige Essais Débats, 388 p.

Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris, Dalloz, 2000, 708 p.

Dubouchet Paul, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, Paris, L'Hermès, 4^e éd. 1998, coll. Philosophie du droit, 473 p.

Duguit Léon, *L'Etat - le droit objectif et la loi positive*, Paris, Dalloz, 2003, coll. Bibliothèque Dalloz Etudes de droit public, préface Franck Moderne (réimpression Paris, A. Fontemoing, 1901), 623 p.

Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon, Paris, La mémoire du droit, 1999 (réimpression Paris, Félix Alcan, 1920), 206 p.

Dworkin Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, coll. Léviathan, traduit de l'anglais par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare, révisée et présentée par Françoise Michaut, 517 p.

La contractualisation de la famille, Paris, Economica, 2001, coll. Etudes Juridiques n° 14, sous la direction de Dominique Fenouillet et Pascal de Vareilles-Sommières, 327 p.

De l'injuste au juste, Paris, Dalloz, 1997, coll. Thèmes et commentaires, actes du colloque organisé les 27 et 28 janvier 1995, dir. Marie-Anne Frison-Roche et William Baranès, 126 p.

L'expertise, Paris, Dalloz, 1995, coll. Thèmes et commentaires, avec la coordination de Marie-Anne Frison-Roche et Denis Mazeaud, XX^e colloque des instituts d'études judiciaires organisé les 17 et 18 juin 1994 par les IEJ d'Angers et du Mans, 143 p.

Gailly Philippe, *La justice restauratrice*, Bruxelles, Larcier, 2011, coll. Crimen, 471 p.

Gaudemet Jean, *La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IV^e et V^e siècles*, Paris, Sirey, 2^e éd. 1979, coll. Institut de droit romain de l'Université de Paris, XV, 247 p.

Gény François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif - Essai critique*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 1919 reprint, t. premier, 446 p., précédé d'une Préface de Raymond Saleilles, t. second, 422 p.

Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1915, t. 1 : introduction ; première partie : position actuelle du problème du droit positif, éléments de sa solution, 212 p.

Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1915, t. 2 : seconde partie : élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible « droit naturel »), 422 p.

Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1921, t. 3 : troisième partie : élaboration technique du droit positif, 522 p.

Science et technique en droit privé positif, Paris, Sirey, 1924, t. 4 : quatrième et dernière partie : rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et de la loi positive), 265 p.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Paris, Sirey, s.d., I. aspects historiques et philosophiques, 309 p.

II. les sources générales des systèmes juridiques actuels, 573 p.

III. les sources des diverses branches du droit, 546 p.

La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges, Paris, LGDJ, 1996, dir. Jacques Ghestin et Marcel Fontaine, 659 p.

Gorphe François, *L'appréciation des preuves en justice, essai d'une méthode technique*, Paris, Sirey, 1947, 487 p.

Le solidarisme contractuel, Paris, Economica, 2004, coll. Etudes Juridiques n° 18, sous la direction de Luc Grynbaum et Marc Nicod, ouvrage publié avec le concours de Com'Science, programme de la Région Poitou-Charentes, 206 p.

Guarnieri Carlo et Pederzoli Patrizia, *La puissance de juger, pouvoir judiciaire et démocratie*, Paris, Michalon, 1996, préface d'Antoine Garapon, 208 p.

Habermas Jürgen, *Droit et Morale - Tanner Lectures (1986)*, Paris, Le Seuil, 1997, coll. Traces Ecrites, Traduit de l'allemand par Christian Bouchindhomme et Rainer Rochlitz, 92 p.

von Hayek Friedrich August, *Droit, législation et liberté - Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, Paris, PUF, coll. Libre échange, Volume I : Règles et ordre, 3^e éd. 1998, 208 p.

Volume 2 : *Le mirage de la justice sociale*, 1981, 221 p.

La constitution de la liberté, Paris, Litec, 1994, coll. Liberalia, traduit de l'anglais par Raoul Audouin et Jacques Garello avec la collaboration de Guy Millière, 530 p.

Holmes Olivier Wendell, *The Common Law*, Boston, Little-Brown, 1881, 422 p.

von Ihering Rodolphe, *Le combat pour le droit*, Vienne-Paris, G. J. Manz – A. Durand et Pedone-Lauriel, 1875, traduit de l'allemand par Alexandre François Meydieu, 56 p.

L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, Paris, A. Marescq Aîné, 1877, t. III, traduit sur la 3^{ème} édition avec l'autorisation de l'auteur par O. de Meulenaek, 359 p.

Institut de formation continue du Barreau de Paris, *Le doute et le droit*, Paris, Dalloz, 1994, coll. philosophie et théorie générale du droit, 125 p.

Jellinek George, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen - Contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, Paris, Ancienne Librairie Thorin et fils, Albert Fontemoing éditeur, Librairie des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome du Collège de France et de l'Ecole Normale Supérieure, 1902, coll. Bibliothèque de l'Histoire du Droit et des Institutions, T. XV, Traduit de l'allemand par Georges Fardis, Edition française revue de l'Auteur et augmentée de nouvelles notes, Avec une Préface de M. F. Larnaude, 103 p.

Jestaz Philippe, *Le droit*, Paris, Dalloz, 6^e éd. 2010, coll. Connaissance du droit, 154 p.

Josserand Louis, *De l'abus des droits*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, éditeur, 1905, 91 p.

De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, Paris, Dalloz, 1927, 426 p.

L'illicite dans le commerce international, Paris, Litec, 1996, Université de Bourgogne-CNRS, travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 16, dir. Philippe Kahn et Catherine Kessedjian, 604 p.

Kayser Pierre, *La protection de la vie privée par le droit*, Aix-en-Provence – Paris, PUAM-Economica, 2^e éd. 1990, 457 p.

Kelsen Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, coll. « philosophie du droit », traduction française de la 2^e édition de la « reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann, 496 p.

Lambert Edouard, *Etudes de droit commun législatif ou le droit civil comparé*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1903, Première Série : *Le régime successoral - Introduction - La fonction du droit civil*

comparé, Tome I : Les Conceptions étroites ou unilatérales - Les Moyens d'action du droit commun législatif et les sources du droit rationnel - La Politique juridique, la jurisprudence et la théorie romano-canonique de la coutume - Les Rapports de droit romain e du droit comparé, 927 p.

Le gouvernement des juges, Paris, Dalloz, 2005 (réimpression 1921), coll. Bibliothèque Dalloz, 276 p.

Introduction à l'étude du droit comparé, recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, Paris, Sirey-LGDJ, 1938, t. 1 : première partie : les aspects, les fonctions et les sources du droit comparé ; deuxième partie : instruments d'études du droit comparé, 735 p.

t. 2 : troisième partie : le droit comparé comme science juridique moderne ; quatrième partie : le droit comparé comme science internationale moderne, 897 p.

t. 3 : cinquième partie : le droit comparé comme science sociale, 558 p.

Le Fur Louis, Les grands problèmes du droit, Le fondement du droit - Droit individuel et droit social - Droit naturel et institution - La souveraineté et ses limites - Droit, solidarité, dynamisme - Nationalisme et internationalisme - L'Eglise et le droit des gens - La démocratie et la crise de l'Etat, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1937, 623 p.

Maritain Jacques, L'homme et l'Etat, Paris, PUF, 1953, coll. Bibliothèque de la science politique - Deuxième série : Les grandes doctrines politiques, Traduit de la version originale en langue anglaise par Robert et France Davril, Préface de Boris Mirkine-Guetzévitch et Marcel Prelot, 204 p.

Les mots de la loi, Paris, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques n° 5, dir. Nicolas Molfessis, avant-propos de François Terré, 110 p.

La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Paris, Economica, 2004, coll. Etudes juridiques n° 20, dir. Nicolas Molfessis, 246 p.

Motulsky Henri, Droit processuel, Textes recueillis et mis en corrélation avec la loi relative à la réforme de la procédure civile, et les décrets instituant de nouvelles dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile, Paris, Montchrestien, 1973, par M. Capel, 294 p.

Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs, Paris, Dalloz, 2002 (réimpression 1948), coll. Bibliothèque Dalloz, 183 p.

La famille que je veux, quand je veux ? Evolution du droit de la famille, Ramonville-Saint-Agne, Erès, 2003, dir. Claire Neirinck, 199 p.

Néron Sylvain, Le standard, un instrument juridique complexe : JCP 2011, éd. G, I, 1003, p. 1663-1669

Oppetit Bruno, Droit et modernité, Paris, PUF, 1998, coll. Doctrine juridique, 299 p.

Le système politique américain, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2001, coll. Paramètres, dir. Edouard Orban et Michel Fortmann, 446 p.

d'Ors Alvaro, Une introduction à l'étude du droit, Aix-en-Provence, PUAM 2^e éd. 2001, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Laboratoire de Théorie Juridique, Présentation, traduction et notes par Alain Sériaux, 158 p.

Ost François et van de Kerchove Michel, *De la pyramide au réseau ?, pour une dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, coll. Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis n° 94, ouvrage publié avec l'aide du Fonds de la Recherche Fondamentale Collective, 587 p.

Passerin d'Entrèves Alexandre, *La notion de l'Etat*, Paris, Sirey, 1969, coll. Philosophie politique n° 2, traduit de l'anglais par Jean R. Weilland, 288 p.

Perelman Charles, *Ethique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990, 825 p.

Logique juridique - Nouvelle rhétorique, Paris, Dalloz, 1999, coll. Bibliothèque Dalloz (réimpression Dalloz, 2^e éd. 1979, coll. Méthode du droit), 193 p.

Les présomptions et les fictions en droit, Bruxelles, Bruylant, 1974, Travaux du centre national de recherches de logique, études publiées sous la direction de Chaïm Perelman et Paul Foriers, 350 p.

La motivation des décisions de justice, Bruxelles, Bruylant, 1978, Travaux du Centre national de recherches de logique, études publiées par Chaïm Perelman et Paul Foriers, 428 p.

La preuve en droit, Bruxelles, Bruylant, 1981, Travaux du Centre national de recherches de logique, études publiées par Chaïm Perelman et Paul Foriers, 367 p.

Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984, Travaux du Centre national de recherches de logique, études publiées par Perelman Chaïm et Vander Elst Raymond, 377 p.

Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2010, coll. Colloques Jean Monnet, sous la direction de Laurence Potvin-Solis, Septièmes Journées d'Etudes du Pôle Européen Jean Monnet – 27, 28 et 29 novembre 2006, 700 p.

L'accès à la justice, Aix-en-Provence, PUAM, 2007, coll. Laboratoire de théorie juridique, dir. Emmanuel Putman, 284 p.

Rawls John, *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, coll. points Essais n° 354, traduction Catherine Audard, 665 p.

L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Paris, Dalloz, 1996, coll. Thèmes et commentaires, colloque tenu à Avignon le 7 octobre 1994 à l'initiative du Laboratoire de génétique juridique, avec la coordination de Thierry Revet, 111 p.

Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1925, 398 p.

Paris, Librairie générale de droit, 4^e éd. 1949, 421 p.

Les forces créatrices du droit, Paris, LGDJ – R. Pichon et R. Durand-Auzias, 2^e éd. 1955, 431 p.

Ross Alf, *Introduction à l'empirisme juridique, Textes théoriques*, Bruylant, Bruxelles, Paris, LGDJ, 2004, coll. La pensée juridique, Traduit par Eric Millard et Elsa Matzner, Présentation et

annotation par Eric Millard, Ouvrage traduit et publié avec le concours du Centre national du livre, 231 p.

Roubier Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, Paris, Dalloz-Sirey, 2^e éd. 1960, publié avec le concours du CNRS, 590 p.

Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Paris, Dalloz, 2005, coll. Bibliothèque Dalloz, préface David Deroussin, 337 p.

Schnapper Dominique, *La communauté des citoyens : sur l'idée moderne de nation*, Paris, Gallimard, 2003, coll. Folio-Essais n° 427, 320 p.

Sériaux Alain, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 2^e éd. 1999, coll. Que sais-je ? n° 2806, 127 p.

Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits, Carnap-Hahn-Neurath-Schlick-Waismann-Wittgenstein, Paris, PUF, 1985, coll. Philosophie d'aujourd'hui, Publié sous la direction de Antonia Soulez, textes traduits de l'allemand par Barbara Cassin, Christiane Chauviré, Anne Guitard, Jan Sebestik, Antonia Soulez, John Vickers, 364 p.

Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Soyer, L'honnête homme et le droit, Paris, LGDJ, 2000, 366 p.

de Tarde Gabriel, *Les transformations du droit, étude sociologique*, Paris, Berg international, 1994, coll. « Histoire des idées », 216 p.

Les lois de l'imitation, étude sociologique, Paris, Félix Alcan éditeur, 1890, 431 p.

Terré François, *L'enfant de l'esclave - Génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, 223 p.

Timsit Gérard, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, coll. Les voies du droit, 199 p.

Gouverner ou juger – Blasons de la légalité, Paris, PUF, 1995, coll. Les voies du droit, 126 p.

Archipel de la norme, Paris, PUF, 1997, coll. Les voies du droit, 252 p.

Licéité en droit positif et Références légales aux valeurs – Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international, Bruxelles, Bruylant, 1982, bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XIV, X^e journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par l'Unité de droit pénal, 706 p.

de Tourtoulon P., *Les principes philosophiques de l'histoire du droit*, Paris-Lausanne, Librairie Payot et C^{ie}, 1908, tome I, 757 p.

La légitimité des juges : actes du colloque des 29-30 octobre 2003, Université Toulouse I, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 2004, 224 p.

Van de Kerchove Michel et Ost François, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, coll. Les voies du droit, 254 p.

Le droit privé européen, Paris, Economica, 1998, Actes du colloque organisé à Reims sous les auspices du Centre de recherche en droit des affaires (Université de Reims-Champagne-Ardenne) les 30 janvier et 1^{er} février 1997 sous le titre « Un droit privé pour l'Union européenne ? », dir. Pascale de Vareilles-Sommières, 256 p.

Villey Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, coll. Léviathan, texte établi, révisé et présenté par Stéphane Rials, notes revues par Eric Desmons, publié avec le concours du Centre national du livre, 624 p.

3. Contributions, articles et notes

Agostini Eric, *L'équité* : D. 1978, chron. p. 7-12

L'argument a contrario : D. 1978, chron. p. 149-150

Troubles de voisinage : J.-Cl. civil, art. 1382 à 1386, *Responsabilité civile. – Régimes divers*, fasc. 265, 1987, 12 p.

Alberganti Michel, *Impalpable image numérique* : Le Monde jeudi 9 sept. 2004, p. 1 & 24

Alland Denis, *Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ?* : Droits 1994 n° 19 p. 3-9

Alleaume Christophe, « *Solidarité contre solidarité* » - *Etude comparative des avantages respectifs du mariage et du PACS au regard du droit du crédit* : D. 2000, chron. p. 450-454

Alpa Guido, *La circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits* : RID comp. 1993, p. 755-782

Al Sanhoury A.-A., *Chapitre VII : Le Standard Juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Vaduz, Topos Verlag AG, Paris, Edouard Duchemin, 1977, tome II : *les sources générales des systèmes juridiques actuels*, p. 144-156

Alt-Maes Françoise, *Le discernement et la parole du mineur en justice* : JCP 1996, éd. G, I, 3913 p. 117-122

Amserek Paul, *Norme et Loi* : Arch. philo dr., tome 25 : *la loi*, Paris, Sirey, 1980, publié avec le concours du CNRS, p. 89-107

L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales : RD publ. 1982, p. 275-294

A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit : Arch. philo dr., tome 33, Paris, Sirey, 1988, publié avec le concours du CNRS, p. 283-299

La part de la science dans les activités des juristes : D. 1997, chron. p. 337-342

André-Vincent Ph. I, o.p., *L'abstrait et le concret dans l'interprétation (en lisant Engisch)* : Arch. philo dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 135-147

Andriantsimbazovina Joël, *Le commissaire du gouvernement dans le Conseil d'Etat et l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme* : D. 2001, chron. p. 1188-1193 ; rectificatif *ibid.* p. 1567

« *Savoir n'est rien, imaginer est tout* » - *Libre conversation autour de l'arrêt Kress de la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 2001, chron. p. 2611-2618

Anselme-Martin Olivier, *Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi* : Petites affiches 22 janv. 1997 n° 10, p. 17-22

- Antonmattei Paul-Henri, *Ouragan sur la force majeure* : JCP 1996, éd. G, I, 3907 p. 83-84
- Arnaud André Jean, *Le médecin et le savant – Signification politique de l'interprétation juridique* : Arch. philo dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 165-181
- Ascencio Paule, *L'annulation des donations immorales entre concubins – Cause ou notion de condition résolutoire* : RTD civ. 1975, p. 248-263
- Atias Christian, *Normatif et non-normatif dans la législation récente du droit privé* : RRJ 1982, p. 219-224
- L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé* : JCP 1984, éd. G, I, 3145
- L'image doctrinale de la Cour de cassation* : D. 1993, chron. p. 133-134
- Le crédit dénaturé* : D. 1996, chron. p. 328
- La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique* : D. 1997, chron. p. 44
- Jurisprudence a contrario ?* : D. 1997, chron. p. 297-300
- Le droit de nuire* : D. 1997, chron. p. 385-386
- Restaurer le droit du contrat* : D. 1998, chron. p. 137-140
- Enseigner le droit* : RTD civ. 1998, p. 286-289, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*
- Atias Christian et Linotte Didier, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait* : D. 1977, chron. p. 251-258
- Aubert Jean-Luc, *La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile* : D. 2005, chron. p. 1115-1121
- Audinet André, *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, Editions Bière, 1967, p. 99-107
- Audit Bernard, *Qualification et droit international privé* : Droits 1993 n° 18, p. 55-65
- Bach Louis, *Jurisprudence* : Rép. civ. Dalloz, août 2000, 34 p.
- Badel Maryse, Note sous Cass. soc., 19 déc. 2002 (Mme Pascaline Hervé c/ CPAM d'Angers) : Petites affiches 21 avr. 2004 n° 80, p. 12-21
- Badinter Robert, *Le droit au respect de la vie privée* : JCP 1968, éd. G, I, 2136
- Balestriero Véronique, *La situation de l'enfant mort-né* : D. 1999, chron. p. 81-84
- Barbey Jean, *Genèse et consécration des lois fondamentales* : Droits 1986 n° 3, p. 75-86
- Barbier Pierre, *Le divorce, la religion et « l'exceptionnelle dureté » au sens de l'article 240 du Code civil* : Gaz. Pal. 1987, I, doct. p. 273-280
- Barbosa Moreira José Carlos, *Le contrôle de l'application des standards par la Cour suprême brésilienne* : RRJ 1988, p. 1147-1156

Batiffol Henri, Questions de l'interprétation juridique : Arch. philo dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 9-27

Significations de l'égalité pour la philosophie du droit, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, LGDJ, 1976, p. 447-456

Observations sur la spécificité du vocabulaire juridique, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 35-44

Batteur Annick, *L'Interdit de l'inceste - Principe fondateur du droit de la famille* : RTD civ. 2000, p. 759-780

Beaubrun Marcel, *La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation par la possession d'état (article 334-8, alinéa 2, du code civil)* : D. 1997, chron. p. 387-394

de Béchillon Denys, *Le Conseil d'Etat, la Convention européenne des droits de l'homme et la non-indemnisation des servitudes d'urbanisme – A propos de l'arrêt Bitouzet* : RFD ad. 1999, p. 841-847

Le gouvernement des juges : une question à dissoudre : D. 2002, chron. p. 973-978

Béhar-Touchais Martine, *Rapport introductif* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 3-11, in colloque du 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V : *existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*

Conclusion : *ibid.* p. 68-72

Beignier Bernard, *Les arrêts de règlement* : Droits 1989, p. 45-55

Ordre public et compétence, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 99-122

Vie privée et vie publique : Arch. philo dr., tome 41 : *le privé et le public*, Paris, Sirey, 1997, publié avec le concours du CNRS, p. 163-180

Le droit civil, droit privé fondamental : RTD civ. 1998, p. 289-292, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*

Beignier Bernard et Bléry Corinne, *L'impartialité du juge, entre apparence et réalité* : D. 2001, chron. p. 2427-2433

Bel Jean, *Le bicentenaire de la Révolution, retours aux sources pour la Cour de cassation* : D. 1989, chron. p. 105-106

L'équivoque : D. 1994, chron. p. 136

Le naufrage : D. 1999, dernière act. 2 déc. 1999, 43^e cah., p. V-VI

de Bellescize Ramu, *La souveraineté limitée des Etats en matière pénale* : D. 2005, tribune p. 2697

Bellet Pierre, *Le juge et l'équité*, in *Etudes offertes à René Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 9-15

Bénabent Alain, *La liberté individuelle et le mariage* : RTD civ. 1973, p. 440-495

Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie (à propos des cinq arrêts des 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993) : D. 1994, chron. p. 115-116

Plaidoyer pour quelques réformes du divorce. I – Sur les effets : D. 1997, chron. p. 225-228

Benayoun Claude, *De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère* : D. 1999, chron. p. 476-480

Benoît Francis-Paul, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)* : JCP 1957, éd. G, I, 1351

Benoit-Rohmer Florence, *Il faut sauver le recours individuel...* : D. 2003, chron. p. 2584-2590

Bergé Jean-Sylvestre, *Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthode – Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 113-136

Bergel Jean-Louis, *Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires* : RRJ 1987, p. 1119-1135

Essai de synthèse, in *Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs* : RRJ 1989, p. 975-983

Bergerès Maurice-Christian, *Vade-mecum de la question préjudicielle de l'article 177 du Traité CEE* : D. 1994, chron. p. 181-185

Bernard Alain, *La confusion des ordres* : D. 1997, chron. p. 274-278

A propos de la guerre du chiffre et du droit - Comment les comptables étendent leur territoire professionnel : D. 2004, chron. p. 1580-1587

Berr Claude J. & Groutel Hubert, note sous *Cass. 1^{re} civ., 8 oct. 1974 (C^{ie} UAP c/ Garnier, ès qualité)* : D. 1975, p. 513-514

Bertin Philippe, *Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère* : Gaz. Pal. 1983, 2, doct. p. 419

Affaire Calvet : l'argent des autres : Gaz. Pal. 1989, 2, doct. p. 54-550

Bertrand Edmond et Julian Pierre, *La logique et l'éthique judiciaires d'après les arrêts de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (1966-1971)* : D. 1973, chron. p. 75-82

Betoulle Jérôme, *La distinction contrôle lourd / contrôle léger de la Cour de cassation – Mythe ou réalité ?* : JCP 2002 ;, éd. G, I, 171 p. 1790-1793

Bigot Christophe, *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information* : D. 1998, chron. p. 235-239

Bineau Laurence, *Les obligations alternatives en droit privé* : Petites affiches 6 juin 2002 n° 113, p. 9-18

Binet Jean-René, *Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage* : D. 2006, chron. p. 1923-1928

Blaevoet Ch., *De l'anormal devant les hautes juridictions civile et administrative* : JCP 1946, éd. G, I, 560

Blaise Jean-Bernard, *Responsabilités et obligations coutumières dans les rapports de voisinage* : RTD civ. 1965, p. 261-297

Bloch Etienne, *Est-ce le glas du partage de responsabilité (arrêt Mutualité industrielle de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 21 juillet 1982) ?* : JCP 1982, éd. G, I, 3091

Blohorn-Brenneur Béatrice, *La médiation judiciaire en matière prud'homale ,le protocole d'accord et la décision d'homologation* : D. 2001, chron. p. 251-255

Blondel Philippe, *Le manque de base légale, son avenir*, in *Etudes en l'honneur de A. Ponsard, La Cour de cassation, l'Université et le Droit, André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 59-102

Boccaro Bruno, *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* : JCP 1975, éd. G, I, 2742

Boizard Marine, *L'abus de minorité* : Rev. stés 1988, p. 365-380

Bolze Antoine, *L'application de la loi étrangère par el juge français : le point de vue d'un processualiste* : D. 2001, chron. p. 1818-1823

Bonneau Thierry, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement* : D. 1995, chron. p. 24-26

Bonnin Vincent, *La mort voulue pour soi-même (du suicide à la mort demandée à autrui)* : RRJ 1995, p. 207-243

Boré Louis, *La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme* : JCP 2002, éd. G, I, 104 p. 121-127

Boré Louis et de Salve de Bruneton Jean, *Quelques idées sur le pourvoi en cassation* : D. 2005, chron. p. 180-184

Bosquet-Denis Jean, *Réflexions sur la distinction de l'« alimentaire » et de l'« indemnitaire »* : JCP 1981, éd. G, I, 3010

Boudon Raymond, *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 11-24

Boudon Raymond et Davidovitch André, *Les mécanismes sociaux des abandons de poursuites* : L'année sociologique, 3^e série, 1964, p. 111-244

Boujeka Augustin, *L'influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur*, in *Le droit communautaire et les divisions du droit* : Petites affiches 23 août 2004 n° 168, p. 6-9

note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 2005 (Synd. dptal de contrôle laitier de la Mayenne c/ SA Europe computer systèmes) : D. 2005, p. 1948-1952

Boulangier David, *Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996)* : JCP 1996, éd. N, I, p. 1585-1590

Boulanger François, *Le bilan mitigé d'une réforme : la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 modificatrice du droit de l'adoption* : D. 1996, chron. p. 307-313

Au sujet de la réforme française du divorce : la notion de rupture dans les droits européennes et la survie des éléments subjectifs : D. 2002, chron. p. 590-592

Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002 : D. 2002, chron. p. 1571-1577

Boulanger Jean, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile* : RTD civ. 1961, p. 417-441

Réflexions sur le problème de la charge de la preuve : RTD civ. 1966, p. 736-754

Boulanger M., *Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi*, in *Etudes sur le rôle du juge*, Paris, Dalloz, 1949, Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, t. V, p. 61-83 (avec la discussion, p. 73 s.)

Boullez Christian, *La garantie des vices : la part maudite de la jurisprudence* : Gaz. Pal. 1994, 2, doctr. p. 1241-1249

Boulouis Jean, *Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : les « directives »*, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 191-203

Bourgeois Bernard, *La raison dans le droit*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 25-35

Bousiges Annie, *L'évolution de la force majeure en droit du travail*, in *Les orientations sociales du droit contemporain, Ecrits en l'honneur de Jean savatier*, Paris, PUF, 1992, p. 85-109

Boutayeb Chahira, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire* : RTD eur. 2003, p. 587-614

Bouthinon-Dumas Hugues, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision* : RIDE 2001, p. 339-373

Bouvier Vincent, *Le Conseil constitutionnel et la coutume - Sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* : Droits 1986 n° 3, p. 87-96

Boy Laurence, note sous Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 1998 (*Epx Huchon c/ Cne de Chaux-La-Lotière et a.*) : D. 1999, p. 170-172

Boyer G., *La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, tome II : droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, p. 257-282

Boyer Jean, *Le juge des référés peut... Réflexion sur les pouvoirs du juge des référés*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 135-142

Boyer Joël, *Fichiers de police judiciaire et normes constitutionnelles : quel ordre juridictionnel ? (Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2003 relative à la loi sur la sécurité intérieure, ou « Splendeurs et misères... »)* : Petites affiches 22 mai 2003 n° 102 p. 4-19

Braibant Guy, *Le principe de proportionnalité*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome II, p. 297-306

Bredin Jean-Denis, *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 15-27
Le doute et l'intime conviction : Droits 1996, p. 21-29

Bretzner Jean-Daniel, *Le boycottage face à l'« impérialisme » du seuil de sensibilité* : D. 2000, chron. p. 441-445

de Brosse Antoine, *La rupture fautive de relations commerciales établies* : Dr. et patrimoine juin 2003 n° 116, p. 50-59

Brouillaud Jean-Pierre, *Plaidoyer pour une reconnaissance de l'amiable composition judiciaire* : D. 1997, chron. p. 234-238

Bruguière Jean-Michel, *Le devoir conjugal – Philosophie du code et morale du juge* : D. 2000, chron. p. 10-14

Brun Philippe, *Personnes et préjudice* : Rev. gén. dr. 2003 n° 33, p. 187-207

Brunet Andrée et Ghozi Alain, *La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat* : D. 1998, chron. p. 1-9

« *La France est malade de sa mémoire* », propos de Pierre Nora recueillis par Jacques Buob et Alain Frachon : Le Monde 2 n° 105, suppl. Le Monde samedi 18 févr. 2006, p. 20-27

Burdeau Georges, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français* : Arch. philo. dr., Paris, Sirey, 1939, p. 7-55

Burgelin Jean-François, *L'Etat et sa justice* : le Monde mardi 10 oct. 2000, p. 1 & 21.

La Cour de cassation en question : D. 2001, point de vue p. 932-934

La paille et la poutre : D. 2004, chron. p. 1249-1252

Burgelin Jean-François, Coulon Jean-Marie et Frison-Roche Marie-Anne, *Le juge des référés au regard des principes procéduraux* : D. 1995, chron. p. 67-74

Bussani Mauro, *La responsabilité des sujets atteints de troubles mentaux en Italie et en common law* : Gaz. Pal. 1997, I, doct. ; p. 293-298

Buy Frédéric, *Articles 1966*, in *Bicentenaire du Code civil : les petits articles sont également de la fête* : RLDC 2004/7, n° 309 p. 68-69

Cabrillac Rémy, *Recodifier* : RTD civ. 2001, p. 833-846

Cadiet Loïc, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité – Colloque commun aux Facultés de droit de l'Université de Montréal, de l'Université catholique de Nimègue et de l'Université de Poitiers*, Paris, PUF, 1997, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers T. 32, Sixièmes Journées René Savatier Poitiers 15 et 16 mai 1997, p. 37-64

L'équité dans l'office du juge civil : *Justices* janv.-mars 1998 n° 9, p. 87-107

Petit glossaire de l'amitié dans le procès civil, in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat – La sanction du droit*, Paris, PUF, 2001, coll. Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers t. 39, p. 3-23

Cadiet Loïc et Guinchard Serge, *Le double degré de juridiction* : *Justices* 1996 n° 4, p. 1-8, in *Justice et double degré de juridiction*

Cadiet Loïc et Le Tourneau Philippe, *Rép. civ. Dalloz*, v° Abus de droit, 1992, 33 p.

Calais-Auloy Marie-Thérèse, *Les actions en justice des associations de consommateurs (Commentaire de la loi du 5 juin 1988)* : D. 1988, chron. 193-198

De la limite des libertés à l'inutilité de la notion d'abus de droit. La notion de liberté privilégiée : *Petites affiches* 13 déc. 1991 n° 149, p. 12-15

De la recherche en droit (spécialement en ce qui concerne la légitimité du droit positif) : D. 1999, dernière act. 1^{er} avr. 1999, p. 1-2

Camoz Jean-Yves, *Le rôle du juge et la notion de fraude à l'occasion d'un changement de régime matrimonial* : *JCP* 1989, éd. N, I, p. 283-284

Canivet Guy et Guihal Dominique, *Protection de l'environnement par le droit pénal : l'exigence de formation et de spécialisation des magistrats* : D. 2004, chron. p. 2728-2731

Canto-Sperber Monique et Ricœur Paul, *Une laïcité d'exclusion est le meilleur ennemi de l'égalité* : *Le Monde* jeudi 11 déc. 2003, p. 20

Capitant Henri, *Sur l'abus des droits* : *RTD civ.* 1928, p. 365-376

L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires : *DH* 1935, chron. p. 77-80

Carbonnier Jean, *Notes sur la prescription extinctive* : *RTD civ.* 1952, p. 171-181

Note sous *CA Paris*, 30 avr. 1959 (*Epx Legros c/ Epx Van Leckwyck*) : D. 1960, p. 673-677

Sur le caractère primitif de la règle de droit, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 109-121

La question du divorce – Mémoire à consulter : D. 1975, chron. p. 115-122

De minimis..., in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 29-37

Le Code civil, in *Les lieux de mémoire*, tome II : *La nation*, volume 2, Paris, NRF-Gallimard, 1996, sous la direction de Pierre Nora, p. 293-315

Exorde, in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, coll. *Thèmes et commentaires*, avec la coordination de Thierry Revet, p. 1-2

Casaux-Labrunée Lise, *Vice caché et défaut de conformité : propos non conformistes sur une distinction viciée (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 1997)* : D. 1999, chron. p. 1-7

Casille Jean-François, *Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé* : RRJ 2004, p. 639-648

Cassese Sabino, *Le problème de la convergence des droits administratifs : vers un modèle administratif européen ?*, in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47-55

Castets-Renard Céline, *La proposition de loi visant à donner un cadre juridique au droit à l'image : une occasion manquée* : Petites affiches 6 janv. 2004 n° 4, p. 7-9

Catala Pierre, *Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations* : D. 2006, chron. p. 535-538

Cayla Olivier, *Ouverture : la qualification, ou la vérité du droit* : Droits 1993 n° 18, p. 3-18

Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? A propos des dommages-intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage : Petites affiches 20 nov. 2002 n° 232, colloque du Centre de droit des affaires et de gestion Faculté de droit Paris V, 21 mars 2002

Cevaer-Jourdain Marguerite, *Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996, relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaires* : Gaz. Pal. 1997, 2, doct. p. 1587-1592

Chabas François, *La réforme de la clause pénale (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975)* : D. 1976, chron. p. 229-236

Force majeure : Rép. civ. Dalloz, avr. 2007, avec la collaboration de Fabrice Gréau, 28 p.

Chabou Abdourahman, *L'application de l'article 1133 du Code civil et la théorie des troubles anormaux de voisinage* : JCP 1998, éd. N, p. 761-764

Chagny Muriel, *L'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations* : D. 2011, chron. p. 392-396

Chalaron Yves, *Le concours idéal d'infractions* : JCP 1967, éd. G, I 2088

Chalvignac François, *La répartition des travaux dans le bail commercial : appel à une réforme législative* : D. 2004, chron. p. 2637-2640

Chamboredon Anthony, *La « texture ouverte » d'un code européen du droit des contrats* : JDI 2001, p. 5-46

Charpentier Stéphane, *Maintien des liens entre frères et sœurs : réflexions sur le nouvel article 371-5 du code civil* : Rev. dr. sanit. soc. 1998, p. 19-36

Chatain P.-L., *Surendettement des particuliers et des familles : La notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence* : JCP 1992, éd. E, I, 121 p. 71-77

Chatain P.-L., *Surendettement des particuliers et des familles : La notion de bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence* : JCP 1992, éd. E, I, 121, p. 71-77

Chatain Pierre-Laurent et Ferrière Frédéric, *Le nouveau régime de traitement du surendettement après la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions* : D. 1999, chron. p. 287-294

Chauvel Patrick, *Erreur substantielle, cause et équilibre des prestations dans les contrats synallagmatiques* : Droits 1990 n° 12 : Le contrat, p. 92-106

Chazal Jean-Pascal, *Le consommateur existe-t-il ?* : D. 1997, chron. p. 260-266

Chenot Bernard, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat* : Etudes et documents, Imprimerie nationale, 1950, p. 77-83

Chevallier Jacques, *Vers un droit postmoderne ?*, in *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, coll. Droit et Société - Recherches et Travaux n° 5, Maison des Sciences de l'Homme - Réseau Européen Droit et Société, sous la direction de Jean Clam et Gilles Martin, p. 21-46

Chevallier Jean-Yves, *L'état de nécessité (Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Paris, A. Pédone, 1980, p. 117-184

Chloros A.-G., *Essai sur l'origine et la fonction de la légalité*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 123-144

Christophe Tchakaloff Marie-France et Gohin Olivier, *La Constitution est-elle encore la norme fondamentale de la République ?* : D. 1999, chron. p. 120-128, in *Journées Paris V-Droit 1998 : 1958-1998 : La Constitution de la V^e République à l'épreuve de quarante ans de construction européenne*

Cohen-Jonathan Gérard, *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme - Quelques observations* : RGDI publ. 1998, p. 123-144

Un arrêt de principe de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme : Selmouni c/ France (28 juillet 1999) : RGDI publ. 2000, p. 181-203

Colcombet Claude, *Commentaire de la loi du 4 janvier 1970 sur l'autorité parentale* : D. 1971, chron. p. 1-32

Collomb Pierre, *Le délai de la prescription abrégée (Pour une toilette des articles 2265 et 2266 du Code civil)* : JCP 1990, éd. G, I, 3455

Combacau Jean, *Sur une définition restrictive du droit - Dialogue sans issue*, in *Mélanges offerts à Georges Burdeau, Le pouvoir*, Paris, LGDJ, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1977, p. 1033-1052

La coutume - Ouverture : De la régularité à la règle : Droits 1986 n° 3, p. 3-10

Commaille Jacques, *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque* : Droits 1994 n° 19, p. 63-75

Commaret Dominique Noëlle, *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* : D. 1998, chron. p. 262-264

Conte Philippe, *L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur* : JCP 1988, éd. G, I, 3343

La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne, droit pénal, propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 49-59

L'article 389-4 du code civil : JCP 1991, éd. G, I, 3513 : JCP 1992, éd. N, I, 141

Quel droit civil enseigner ? : RTD civ. 1998, p. 292-296, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*

Corgas-Bernard Christina, note sous *Cass. 1^{re} civ., 8 févr. 2005 (Gherardi c/ Mutuelles du Mans Assurances)* : D. 2005, p. 2058-2061

Corlay Paul, *Les limites de l'obligation de garantie du bailleur en cas d'abus de jouissance d'un locataire au préjudice d'un autre locataire* : D. 1979, chron. p. 27-34

Cornu Gérard, *Le contrat entre époux - Recherche d'un critère général de validité* : RTD civ. 1953, p. 461-493

L'âge civil, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 9-36

Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77-92

Les définitions dans la loi et les textes réglementaires – Rapport de synthèse : RRJ 1987, p. 1175-1185

Un code civil n'est pas un instrument communautaire : D. 2002, chron. p. 351-352

Cossio Carlos, *La norme et l'impératif chez Husserl - Notes analytiques pour en faire l'étude*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, tome I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 145-198

Cotta Sergio, *La question de la vérité du jugement*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 37-45

Couderc Michel, *Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers* : D. 1975, chron. p. 249-256

Couturier Gérard, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 95-115

Courbe Patrick, in *Droit international privé* : D. 2005, pan. p. 1192-1193, I - *Preuve de la loi étrangère*

Cour de cassation : Rapport sur les revirements de jurisprudence, Communiqué de presse : D. 2004, rapp. p. 3148-3150

Courtieu Guy, *Troubles de voisinage* : J.-Cl. civil, *Responsabilité civile. – Régimes divers*, fasc. 265-10, mars 2009

Troubles de voisinage : J.-Cl. civil, *Responsabilité civile. – Régimes divers. – Applications jurisprudentielles*, fasc. 265-20, janv. 2009

Cristau Antoine, *L'exigence de sécurité juridique* : D. 2002, chron. p. 2814-2819

Dabin Jean, *Faute dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches*, in *Mélanges offerts à Jean Brethe de la Gressaye*, Bordeaux, Bière, 1967, p. 141-147

Daigre Jean-Jacques et R. Martin Didier, « *La lettre tue et l'esprit vivifie* » : D. 1996, chron. p. 238

Daille-Duclos Brigitte, *La réforme en profondeur de la procédure civile* : Les Echos mardi 9 févr. 1999, p. 57

Dalle William, *L'utilisation des standards dans le système juridique anglais* : RRJ 1988, p. 887-894

Dalloz Désiré et André, *Certificat de coutume* : Rép. méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, Paris, 1847, t. huitième, p. 54

Darmaisin Stéphane, *A la recherche du bon père de famille*, in *Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 297-311

Dassas Gérard, *Marque renommée (article L. 713-5 du Code de la propriété intellectuelle)* : J.-Cl. commercial : marques, appellations d'origine, dessins et modèles, commentaires, acquisition du droit à la marque, 1993, 14 p.

Daviaud Philippe, *De l'entretien du ménage aux besoins de la vie courante (article 220 du code civil)* : D. 2003, chron. p. 848-850

David René, *La doctrine, la raison, l'équité* : RRJ 1986, p. 109-157

Defferrand Fabrice, *Le droit et ses doubles* : D. 2001, chron. p. 1409-1413

Dekeuwer Alain, *La classification des concours de qualification* : Rev. sc. crim. 1974, p. 511-531

Dekeuwer-Defossez Françoise, *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* : RTD civ. 1995, p. 249-270

Delabruyère Sophie, *Réflexions économiques sur l'Europe juridique et judiciaire* : D. 2005, point de vue p. 1652-1653

Delebecque Philippe, *Les standards dans les droits romano-germaniques* : RRJ 1988, p. 871-885
Note sous Cass. com. 7 déc. 2004 (*Sté GD Express Worldwide c/ Sté Ace Insurance*) : D. 2005, p. 2392-2394

Delmas-Marty Mireille, *Les standards en droit criminel* : RRJ 1988, p. 1019-1034

Vers une autre logique juridique : à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : D. 1988, chron. p. 221-224

Fécondité des logiques juridiques sous-jacentes, in *Raisonner la raison d'Etat - Vers une Europe des droits de l'homme*, Travaux du séminaire « politique criminelle et droits de l'homme » organisé par Mireille Delmas-Marty dans le cadre de l'Institut de droit comparé de Paris de 1987 à 1989, Paris, PUF, 1989, coll. « Les voies du droit », p. 465-494

Vers un droit pénal européen : Le Monde vendredi 6 août 1999, p. 13

L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation : D. 2000, chron. p. 421-426

Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun : D. 2001, interview p. 1326-1328

Faut-il interdire le clonage humain ? : D. 2003, chron. p. 2517-2519

Delpech Xavier, *Les nouvelles régulations économique, version Sénat* : D. 2000, 9 nov. n° 39, Le point sur... p. III-VIII

Consécration du droit des mineurs de créer une association : D. 2011, actualités p. 2110

Delvolvé Pierre, *Le principe de non-rétroactivité dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II, p. 355-368

Desbarats Isabelle, *Le droit à réparation des victimes directes du tabagisme* : D. 1998, chron. P. 167-173

Desgorces Richard, *Agir contre soi* : RRJ 2003, p. 37-46

Desideri Jean-Pierre, *La précaution en droit privé* : D. 2000, chron. p. 238-242

Despotopoulos Constantin, *Le raisonnement juridique d'après Aristote* : Arch. philo. dr., t. 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 89-97

Devers Alain, *Un droit à une « allocation suffisante » après le divorce ?*, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2006 : D. 2007, p. 280-282

Diener Pascal, *Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires* : D. 1997, chron. p. 147-151

Digard Sylvie, *L'appréciation de l'intérêt de la famille par les juges du fond lors de l'homologation du changement de régime matrimonial (C. civ., art. 1397)* : JCP 1990, éd. N, I, p. 213-216

Le partage en nature des immeubles indivis et l'appréciation par les juges du fond de leur caractère « commodément partageable » : JCP 1990, éd. N, I, p. 307-310

Dintillac J.-P., *La vérité de la chose jugée*, in *La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 2005, p. 57 s.

Dion Nathalie, *Le juge et le désir du juste* : D. 1999, chron. p. 195-199

Dobkine Michel, *Réflexions itératives à propos de l'abus de biens sociaux* : D. 1997, chron. p. 323-326

La question judiciaire : un enjeu pour la justice ou pour le politique : D. 1998, dernière act. 16 avr. 1998, p. 1-2

Donnier Marc, *L'intérêt de l'enfant* : D. 1959, chron. p. 179-182

Doublet Yves-Marie, *La loi n° 93-933 du 22 juillet 1993 réformant le code de la nationalité* : Act. législ. Dalloz 1994, comm. législ. p. 53-60

Drago Guillaume et Molfessis Nicolas, *Justice constitutionnelle* : Justices 1995, p. 194-215

- Drai Pierre, « *Le rôle et la place du juge, en France, aujourd'hui* » : RRJ 1991, p. 595-604
Centenaire de « *J'accuse... !* » : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 151-156
- Dreiffus-Netter Frédérique, *Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ?* : D. 1998, chron. p. 100-105, in Université René Descartes-Paris V ; Journées ParisV-Droit 1997
- Dubouchet Paul, *La théorie pure du droit de Kelsen et la logique* : RRJ 1991, p. 725-754
- Dufour Alfred, *Droit naturel / droit positif* : Arch. philo. dr., t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 59-79
- Duguit Léon, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789* : Rev. éco. pol. 1893, p. 99-132, p. 336-372 & p. 567-615
- Dumay Jean-Michel, *Les hésitations de la justice face à la démence et à l'« altération du discernement »* : Le Monde dimanche 20-lundi 21 déc. 1998, p. 10
- Dupeyroux Olivier, *La Jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, t. II : droit comparé, théorie générale du droit et droit privé, p. 349-377
La doctrine française et le problème de la jurisprudence source de droit, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 463-475
- Durfort Sylvie, *L'aspect sociologique* : Justices 1996 n° 4, p. 35-49, in *Justice et double degré de juridiction*
- Durrande Sylviane, *L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau code pénal* : D. 1999, chron. p. 319-322
- Duval-Arnauld Domitille, *Minorité et interruption volontaire de grossesse* : D. 1999, chron. p. 471-475
- Dworkin Gérald, *Un adoucissement de la théorie du stare decisis à la chambre des Lords* : RID comp. 1967, p. 185-198, traduction de Raymond de Menasclé
- Echappé Olivier, *L'équité en droit canonique* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 7-16
- Edel Vincent, *L'application de l'article 1387-I du Code civil : chronique d'une mort annoncée* : Petites affiches 15 août 2007 n° 163, p. 10-22
- Edon-Lamballe Carole, *La situation juridique de ceux par qui le scandale arrive : réflexions sur l'adultère* : RRJ 2002, p. 77-111
- Eisenmann Charles, *Le droit administratif et le principe de la légalité* : EDCE 1957, p. 25-40
Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique : Arch. philo. dr., t. XI : *La logique du droit*, Paris, Sirey, 1966, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 25-43
Juridiction et logique (selon les données du droit français), in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 477-506

Engel Pascal, *La quasi-réalité des valeurs et des normes* : Droits 1993 n° 18, p. 99-107

Esmein Adhémar, note sous Cass. req. 29 juin 1897 (Jaurès, Gaubert : journal la Dépêche, et Tibara : journal la Petite République c/ Rességuier) : S. 1898, I, p. 17-29
La jurisprudence et la doctrine : RTD civ. 1902, p. 5-19

Esmein Paul, *La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile* : DH 1934, chron. p. 53-56
La jurisprudence et la loi : RTD civ. 1952, p. 17-23

Etrillard Claire, *Les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et pénale : état des lieux* : RRJ 2003, p. 1927-1937

Euillet Alexandra, *L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général* : Rev. dr. sanit. soc. 2002, p. 207-228

Fabre Martine, *La cassation sans renvoi en matière civile* : JCP 2001, éd. G, I, 347 p. 1715-1720

Fabre-Magnan Muriel, *L'obligation de motivation en droit des contrats, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 301-330

Fages Bertrand, *Quelques évolutions en droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando* : D. 2003, chron. p. 2386-2390

Farjat Gérard, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts - Prolégomènes pour une recherche* : RTD civ. 2002, p. 221-245

Favennec-Héry Françoise, *Vers la relativité de la notion de faute grave ?* : RJS 2000, p. 603-606

Feddal Christian, *La coutume : fait moral et source du droit* : Gaz. Pal. 1997, I, doct. p. 229-231

Feldman Jean-Philippe, *Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement* : D. 2004, chron. p. 970-972

Sur la proposition de loi constitutionnelle « tendant à renforcer l'autorité de la loi » : D. 2005, chron. p. 399-402

Fine Agnès, *Révolution dans la transmission des patronymes – Aux noms de la loi* : Le Monde 2 n° 45, suppl. Le Monde n° 18635 vendredi 24 déc. 2004, p. 50-51, propos recueillis par Pascale Krémer

Fischer Jérôme, *Causalité, imputation, imputabilité : les liens de la responsabilité civile, in Libre droit, mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 383-396

Fitoussi Jean-Paul, *Capitalisme(s)* : Le Monde vendredi 13 sept. 2002, p. 17

Flauss Jean-François, *Le « délai raisonnable » au sens des articles 5, 3^o et 6, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence française* : RTDH 1991, p. 49-57

Flécheux Georges, *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats*, in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 341-345

Flores Philippe et Biardeaud Gérard, *La protection de l'emprunteur : une notion menacée* : D. 2000, chron. p. 191-196

Forest Grégoire, *Regards croisés sur le refus de réparer le préjudice moral de l'exproprié* : D. 2011, chron. p. 2127-2133

Fortier Vincente, *La fonction normative des notions floues* : RRJ 1991, p. 755-768

Foussard Dominique, *Rapport de synthèse*, in *Sécurité du droit et jurisprudence* : Cah. dr. entr. 1990/6, p. 17-22

Fragistas Ch. N., *Les précédents judiciaires en Europe continentale*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome II : *droit comparé, théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz-Sirey, 1960, p. 139-172

Fraisseix Patrick, *De l'Etat-nation à l'Etat « groupusculaire » : chronique d'un dépérissement engagé* : D. 2000, chron. p. 61-67

François Bénédicte, *Vers une nouvelle définition de l'appel public à l'épargne* : D. 2004, chron. p. 1652-1660

Fresnel Florence, *L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique* : RJPF avr. 2001 n° 4, p. 6-9

Freyria Charles, *Le prix de vente symbolique* : D. 1997, chron. p. 51-57

Frison-Roche Marie-Anne, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats* : RTD civ. 1995, p. 573-578

Application de la loi par le juge : J.-Cl. civil, art. 5, 1995

Déni de justice et interprétation de la loi par le juge : J.-Cl. civil, art. 4, 1996, 12 p.

Les offices du juge, in *Jean Foyer auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 463-476

L'impartialité du juge : D. 1999, chron. p. 53-57

Frison-Roche Marie-Anne et Baranès William, *Le souci de l'effectivité du droit* : D. 1996, chron. p. 301-303

Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi : D. 2000, chron. p. 361-368

Fromont Michel, *Le principe de proportionnalité* : AJDA 1995, n° spéc. p. 156-166

Fulchiron Hugues : *Rép. civ. Dalloz, v° Autorité parentale*, 1991, 57 p.

Une nouvelle réforme de l'autorité parentale - Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi « Malhuret » : D. 1993, chron. p. 117-122

Furkel Françoise, *La clause de dureté est-elle un mal nécessaire ?* : D. 1977, chron. p. 83-90

Galloux Jean-Christophe, Profumo di diritto - Le principe de la protection des fragrances par le droit d'auteur, note sous TGI Paris, 26 mai 2004 (Sté L'Oréal c/ Sté Bellure NV) : D. 2004, p. 2641-2645

Garant Patrice, Le contrôle juridictionnel de l'imprécision des textes législatifs et réglementaires au Canada, in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 275-291

Garde Amandine et Haravon Michael, *La circulation de l'information juridique en Europe : plus de moyens pour appréhender les différences* : D. 2006, chron. p. 405-409

Garreau Denis, *L'expert judiciaire et le service public de la justice* : D. 1988, chron. p. 97-108

Garrigues Brigitte, *La contre-prestation du franc symbolique* : RTD civ. 1991, p. 459-473

Gaubert Patrick, *Le Pen raciste : légiférer enfin* : Le Monde samedi 21 sept. 1996, p. 13

Gaudemet Jean, *Coutume et raison en droit romain. A propos de C. J. 8, 52, 2* : Rev. histoire du droit 1938, p. 141-171

L'interprétation des lois et des actes juridiques dans le monde antique : RID dr. de l'Antiquité 1970, 3^e série, t. XVII, p. 235-249

Gaudemet Yves, *Rapport*, in *Sécurité du droit et jurisprudence* : Cah. dr. entr. 1990/6, p. 12-17

Gaudu Françoise, *A propos du « contrat d'union civile » : critique d'un profane* : D. 1998, chron. p. 19-24

Gautier Pierre-Yves, *Contre Bentham : l'inutile et le droit* : RTD civ. 1995, p.797-834

Le bref délai de l'action en garantie des vices cachés ne porte atteinte ni au droit à un procès équitable, ni au principe de sécurité juridique. Ouf ! : RTD civ. 2000, p. 592-596, n° 1

L'influence de la doctrine sur la jurisprudence : D. 2003, chron. p. 2839-2844

De l'obligation pour le juge civil de réexaminer le procès après une condamnation par la CEDH : D. 2005, chron. p. 2773-2776

Gebler Marie-Josèphe, *Les obligations alternatives* : RTD civ. 1969, p. 1-28

Gency-Tandonnet Dominique, *Responsabilité contractuelle en matière de baptêmes de l'air : divergence au sein de la Cour de cassation* : D. 2005, chron. p. 3039-3044

Genevois Bruno, *Un statut constitutionnel pour les étrangers – A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993* : RFD adm. 1993, p. 871-900

Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein, in *L'Etat de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 323-340

Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi : RFD adm. 2002, p. 877-886

Gény François, *La technique législative dans la codification civile moderne (à propos du centenaire du Code civil)*, in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, coll. Bibliothèque Dalloz, Présentation de Jean-Louis Halpérin (réimpression Paris, Arthur

Rousseau, 1904, tome second : *Le Code civil à l'Etranger - La Question de la Révision - Documents*), p. 989-1038

van Gerven Walter, *L'harmonisation du droit privé en Europe* : D. 2007, Trois questions à, p. 288

Ghestin Jacques, *L'utile et le juste dans les contrats* : D. 1982, chron. p.1-10

La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil, in *Etudes dédiées à Alex Weill*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 243-258

Le nouveau titre IV bis du Livre III du Code civil « de la responsabilité du fait des produits défectueux – L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 : JCP 1998, éd. G, I, 148, p. 1201-1211

Les données positives du droit : RTD civ. 2002, p. 11-30

Ghestin Jacques et Marchessaux-Van Melle Isabelle, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 1-72

Girardet Alain, *L'équité du juge : si on levait le voile ?* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 1-5

Gisser François, *Réflexion en vue d'une réforme de la capacité des incapables mineurs - Une institution en cours de formation : la prémajorité* : JCP 1984, éd. G, I, 3142

Givord F., *Rapport pour le colloque de Grenoble – Protection des tiers en matière de construction* : Gaz. Pal. 1969, I, doct. p. 17-22

Gobert Michelle, *Réflexions avant une indispensable réforme du droit de la filiation* : JCP 1968, éd. G, I, 2207

Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux : JCP 1969, éd. G, I, 2281

L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) : JCP 1971, éd. G, I, 2421

La maternité de substitution : réflexions à propos d'une décision rassurante : Petites affiches 23 oct. 1991 n° 127, p. 4-25

Goubeaux Gilles, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1981, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, p. 277-301

Le poids de la tradition : RTD civ. 1998, p. 297-299, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*

Gouttenoire Adeline et Fulchiron Hugues : *Rép. civ. Dalloz, v° Autorité parentale*, 2004

de Gouttes Régis, *La convention européenne des droits de l'Homme et la justice française en 1992* : Gaz. Pal. 1992, I, doct. p. 181-189

de la Grange Patrick, *L'indemnisation des accidents médicaux* : D. 2001, interview p. 2685-6287 par Pierre Rancé

Grard Loïc, *L'Union européenne et l'art de légiférer : l'ordre du jour n'est pas au Code civil européen*, in *Le Code civil, une leçon de légistique ?*, Paris, Economica, 2006, coll. Etudes juridiques n° 24, p. 187-205

Gridel Jean-Pierre, *L'âge et la capacité civile* : D. 1998, chron. p. 90-99, in Université René Descartes-Paris V ; Journées Paris V-Droit 1997

Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité : D. 2001, chron. p. 872-877

La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé : D. 2002, chron. p. 228-236 & p. 345-350

Le refus de soins au risque de la mort : Gaz. Pal. 2002, doct. p. 997-1003

Note sous Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003 : D. 2004, p. 21-22

Grillet-Ponton Dominique, *Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle* : D. 2000, chron. p. 331-336

Grizaut Andrée, *Rupture brutale des relations commerciales - Réflexions sur les premiers cas d'application de l'article L. 442-6* : Dr. et patrimoine juin 2003, p. 71-73

Guibert Nathalie et Pereira Acacio, *Une juridiction spéciale pour les accusés « irresponsables »* : Le Monde, jeudi 25 déc. 2003, p. 6

Les autres pays d'Europe accordent plus de pouvoir au juge : *ibid.*

Guillien Raymond, *Nul n'est censé ignorer la loi*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, tome I : *théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, p. 253-260

Guinchard Serge, *Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?)*, in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 761-780

Haggenmacher Peter, *Coutume* : Arch. philo dr., t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du CNRS, p. 27-41

Haïm Victor, *De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet - Réflexion sur quelques questions d'actualité* : D. 1997, chron. p. 125-129

Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? : D. 2001, chron. p. 2988-2994

Hamelin Jacques, *La réhabilitation judiciaire de Baudelaire* : D. 1949, chron. p. 187-190

Hamon Léo, *Les nationalisations devant le Conseil constitutionnel* : D. 1983, chron. p. 79

Le droit du travail dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : Dr. soc. 1983, p. 155-164

Hanotiau Bernard, *La nouvelle législation belge relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* : RD aff. int. 1993, p. 782-804

Hardouin Michel, *Grossesse et liberté de la femme* : Dr. soc. 1977, p. 287-310

Haudebourg J.-F., *Bonne foi et surendettement des ménages* : Rev. proc. coll. 1997, p. 1-17

Hauriou André, *Le droit administratif de l'aléatoire*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, LGDJ, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1970, p. 197-225

Hauriou Maurice, *Police juridique et fond du droit, à propos du livre d'Al Sanhoury : les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise, et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon* : RTD civ. 1926, p. 265-312

L'ordre social, la justice et le droit : RTD civ. 1927, p. 795-825.

Hauser Jean, *Rôle de l'enfant mineur dans les procédures* : RTD civ. 1993, n° 25 p. 341-342

L'enfant et la famille : de l'hexagone à l'ensemble vide ? Eloge du compromis : Petites affiches 7 août 1995 n° 94, p. 17-21

La vocation successorale est étrangère au droit au respect de la vie privée : RTD civ. 1996, p. 873-876

Le juge homologateur en droit de la famille, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Paris, Economica, 2001, coll. Etudes Juridiques n° 10, sous la direction de Pascal Ancel et Marie-Claire Rivier, p. 114-127

L'ordre public et les bonnes mœurs, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Paris, Dalloz, 2003, coll. Actes Thèmes et commentaires, Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, p. 105-114

Les droits privés subjectifs, modèles pour les droits subjectifs des administrés ?, in Association française pour la recherche en droit administratif, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Paris, Lexis-Nexis Litec, 2011, coll. Colloques et débats – Travaux de l'AFDA – 4, p. 135-148

Hauser Jean et Huet-Weiller Danièle, *Révision des dispositions de la convention homologuée par le juge aux affaires matrimoniales relatives aux enfants* : RTD civ. 1992, p. 76-77, n° 31

Hauser Jean et Lemouland Jean-Jacques, *Ordre public et bonnes mœurs* : Rép. civ. Dalloz, 2011

Hébraud Pierre, *Effet dévolutif et évocation - La règle du double degré de Juridiction*, in *Etudes de droit judiciaire sous la direction des Instituts d'Etudes Judiciaires*, Tome I : *La voie d'appel*, colloque national de droit judiciaire, Journées des 22 et 23 février 1963, Aix-en-Provence, ouvrage publié avec le concours du CNRS, Institut d'Etudes Judiciaires de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence : Ann. fac. Aix-en-Provence n° 54, 1964, p. 143-175

Le juge et la jurisprudence, in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329-372

Observations sur la notion du temps dans le droit civil, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence, PU Aix-Marseille, 1979, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille - Faculté de droit et de science politique, tome II, p. 1-58

Hénaff Gaël, *La communauté de vie du couple e droit français* : RTD civ. 1996, p. 551-578

Hénaff Pierre, *L'unité des notions-cadres* : JCP 2005, éd. G, I, 189 p. 2211-2214

Hennette-Vauchez Stéphanie, *Kant contre Jéhovah ? Refus de soin et dignité de la personne humaine* : D. 2004, chron. p. 3154-3160

Hennion-Jacquet Patricia, *Handicap de l'enfant et gradation de la faute du praticien*, note sous CA Versailles, 28 nov. 2003 : D. 2004, p. 2814-2818

Henri Max, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux* : D. 1979, chron. p. 179-188

Hermitte Marie-Angèle, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudicisation – L'exemple des droits intellectuels* : Arch. philo dr., t. 30 : la jurisprudence, Paris, Sirey, 1985, publié avec le concours du CNRS, p. 331-348

Héron Jacques, *L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires* : RRJ 1987, p. 1151-1172

L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle : RRJ 1993, p. 1083-1089

Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ?, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 131-147

Hervieu Alain, *Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle* : RRJ 1989, p. 257-319

Hervio-Lelong Anne, *Le bref délai de l'article 1648 : chronique d'une mort annoncée* : D. 2002, chron. p. 2069-2074

Heuzé Vincent, *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence - Une réaction entre indignation et incrédulité* : JCP 2005, éd. G, I, 130 p. 671-676

Hilaire Jean, *Un peu d'histoire* : Justices 1996 n° 4, p. 9-16, in *Justice et double degré de juridiction Grandeur ou servitude de la justice consulaire : la controverse de l'équité* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 39-52

Hocquet-Berg Sophie, *Vers une suppression de l'acceptation des risques en matière sportive ?* : Resp. civ. assur. 2002, chron. 15

Gardien cherche force majeure... désespérément : Res. civ. et assur. 2003, chron. 12

Hondius Ewoud, *La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne (Aperçu de droit communautaire)*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 591-602

Huet André, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques* : RTD civ. 1967, p. 45-81

Huet-Weiller Danièle, *La déclaration judiciaire d'abandon de l'article 350, alinéa 3, du Code civil (Loi du 11 juillet 1966)* : JCP 1969, éd. G, I, 2259

Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation (à propos de quelques décisions récentes) : D. 1978, chron. p. 233-240

Huglo Jean-Guy, *La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique* : Cah. Cons. const. 11/2001, p. 82-92

Husson Léon, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse* : Arch. philo. dr., t. 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du C.N.R.S., p. 115-133

Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse : RTD civ. 1976, p. 431-454

Hutcheson Joseph C., Jr., *Chapitre XXX : The judgment intuitive ; the function of the « hunch » in judicial decision (Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire)*, Vaduz, Topos Verlag AG, Paris, Edouard Duchemin, 1977, tome II : les sources générales des systèmes juridiques actuels, p. 531-551

Ivainer Théodore, *De l'ordre technique à l'ordre public technologique* : JCP 1972, éd. G, I, 2495
L'ambiguïté dans les contrats : D. 1976, chron. p. 153-158
La lettre et l'esprit de la loi des parties : JCP 1981, éd. G., I, 3023

Izorche Marie-Laure, *Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique (à propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1999)* : D. 2000, chron. p. 407-414

Jacob R., *Jus ou la cuisine romaine de la norme, Jus et le Code civil* : Rev. dr. et cultures n° 48, 2004/2, p. 11-46

Jacotot David et Bourrier Christophe, *L'art de détourner la règle de droit : l'usage abusif de la période d'essai dans un contrat de travail à durée indéterminée* : D. 1996, chron. p. 343-346

Jamin Christophe, *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives* : JCP 1996, éd. G, I, 3959 p. 343-348
Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, LGDJ, 2001, p. 441-472

Jambu-Merlin R., *Dol et faute lourde* : D. 1955, chron. p. 89-92

Janicaud Dominique, *Du droit de mourir – Un regard philosophique sur une question controversée* : Droits 1991 n° 13-Biologie, personne et droit, p. 67-74

Jarrosson Charles, *Les concessions réciproques dans la transaction* : D. 1997, chron. p. 267-273

Jauffret-Spinosi Camille, *Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers* : Petites affiches 20 novembre 2002 n° 232, p. 8-16

Jeamnaud Antoine, *La règle de droit comme modèle* : D. 1990, chron. p. 199-210

Jeamnaud Antoine et Lyon-Caen Antoine, *Droit et direction du personnel* : Dr. soc. 1982, p. 56-69

Jean Jean-Paul et Pauliat Hélène, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité* : D. 2005, chron. p. 598-607

Jestaz Philippe, *Equité* : Rép. civ. Dalloz, 1972, 5 p.

Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des Beaux-Arts - Eléments de Métajuridique amusante : RTD civ. 1979, p. 480-496

Les frontières du droit et de la morale : RRJ 1983, p. 334-353

La sanction ou l'inconnue du droit : D. 1986, chron. p. 197-204

- La jurisprudence : réflexions sur un malentendu* : D. 1987, chron. p. 11-17
Rapport de synthèse du 1^{er} congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique (Aix-en-Provence : 5, 6 et 7 septembre 1988) : RRJ 1988, p. 1181-1193
La jurisprudence, ombre portée du contentieux : D. 1989, chron. p. 149-153
Pouvoir juridique et pouvoir moral : RTD civ. 1990, p. 625-638
La qualification en droit civil : Droits 1993 n° 18, p. 45-53
Source délicateuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) : RTD civ. 1993, p. 73-85
Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre : RTD civ. 1996, p. 299-312
- Jestaz Philippe et Jamin Christophe, *L'entité doctrinale française* : D. 1997, chron. p. 167-175
- Josserand Louis, *Force majeure et cas fortuit* : DH 1934, chron. p. 25-28
La responsabilité envers soi-même : DH 1934, chron. p. 73-76
Sur la reconstitution d'un droit de classe : DH 1937, chron. p. 1-4
- Jourdain Patrice, *Le devoir de « se » renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)* : D. 1983, chron. p. 139-144
Les actes de dispositions sur la chose indivise (Condition Juridique des actes irréguliers pendant l'indivision) : RTD civ. 1987, p. 498-531
Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux : JCP 1998, éd. E, p. 1204-1215
Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes : J.-Cl. civil, art. 1382 à 1386, fasc. 120-10, 2006
Droit à réparation, Responsabilité fondée sur la faute, Notion de faute : fautes qualifiées : J.-Cl. civil, art. 1382 à 1386, fasc. 120-20, 2006
- Julien Pierre, *A propos du surendettement des particuliers et des familles, in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 183-191
- Kalinowski G., *Philosophie et logique de l'interprétation en droit – Remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens* : Arch. philo dr., t. 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 39-49
- Karaquillo Jean-Pierre, *La protection du salarié partie à un contrat à durée déterminée lors d'actions en rupture anticipée ou en requalification* : D. 1997, chron. p. 345-347
Note sous Cass. soc., 23 janv. 1997 (Bardol c/ Paris) : D. 1998, p. 29-30
- Karila Jean-Pierre, *Vers l'uniformisation de tous délais d'action des différentes responsabilités des constructeurs d'ouvrages immobiliers* : JCP 2004, éd. N, I, 1160 p. 545-551
- Karila de Van Juliana, *Le droit de nuire* : RTD civ. 1995, p. 533-558
- Kayser P., *Les nullités d'ordre public* : RTD civ. 1933, p. 1115-1140
- Kessler Guillaume, *Le rôle des mesures techniques dans la lutte contre le téléchargement illicite* : D. 2005, chron. p. 2527-2532
- Khairallah Georges, *Le « raisonnable » en droit privé français - Développements récents* : RTD civ. 1984, p. 439-467

de Koschembahr-Lyskowski J., *Conventiones contra bonos mores dans le droit romain, in Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, Gand - SA Vanderpoorten & C^{ie}, Paris - Sirey, 1926, Il van Kan - de Zulueta, p. 13-35

Krémer Pascale, Yann, *foetus de six mois, fait partie intégrante de l'histoire familiale* : Le Monde mercredi 4 sept. 2002, p. 10

Révolution dans la transmission des patronymes - Aux noms de la loi, propos d'Agnès Fine recueillis par Pascale Krémer : Le Monde 2 n° 45, suppl. Le Monde vendredi 24 déc. 2004, p. 50-51

Kriegk Jean-François, *L'indépendance du parquet, condition de sa légitimité* : Le Monde jeudi 23 janv. 1997, p. 17

La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique : D. 2005, chron. p. 1592-1596

Kullmann Jérôme, *Minimiser son dommage ?*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Favre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 243-254

L. A. Hart Herbert, *La moralité du droit* : Droits 1994 n° 19, p. 105-123

Labbé J.-E., note sous *Cass. req., 22 juill. 1891 (Jeulin c/ Chauvin)* : S. 1893, I, p. 65-67

Labbé Xavier, note sous *TGI Lille, 6 mai 1996 (Mme X)* : D. 1997, p. 543-546

Mélanie chez les Grecs, note sous *TGI Lille, 18 déc. 2003* : D. 2004, p. 2675-2678.

Labetoule Daniel, *Principe de légalité et principe de sécurité*, in *L'Etat de Droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 403-412

Labrusse-Riou Catherine, *Sciences de la vie et légitimité*, in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, Liber amicorum*, Strasbourg-Paris, PU Strasbourg-LGDJ, 1994, coll. maison des sciences de l'homme de Strasbourg n° 17, p. 283-303

Lagarde Xavier, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve* : Droits 1996, p. 31-39

Transaction et ordre public : D. 2000, chron. p. 217-224

Office du juge et ordre public de protection : JCP 2001, éd. G, I, 312 p. 745-751

Pourquoi le droit est-il complexe ? : Le débat nov.-déc. 2003 n° 137, p. 146-157

Finalités et principes du droit de la preuve – Ce qui change : JCP 2005, éd. G, I, 133 p. 771-777

Laithier Yves-Marie, *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français* : D. 2006, chron. p. 1003-1008

Lam Jean-Claude, *La Cour de cassation pouvait-elle, dans son arrêt du 3 juillet 2001, prendre une telle décision sans méconnaître, ni violer l'article L. 516-3 du Code du travail ?* : Dr. ouvrier 2002, p. 4-6

Lam Jean-Claude et Moussy Pascal, *Vous avez dit impartialité ?* : Dr. ouvrier 2001, p. 11-18

Lamarche Marie, *L'obligation d'assistance entre époux*, in *Les nouvelles familles* : Dr. et patrimoine sept. 2000, p. 67-70

Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? : Dr. famille 2007, alerte 87

Lamarche Thierry, *L'imprecriptibilité et le droit des biens* : RTD civ. 2004, p. 403-427

Lambert Pierre, *Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : RTDH 1991, p. 3-9

Lambert-Faivre Yvonne, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation* : RTD civ. 1987, p. 1-19

L'éthique de la responsabilité : RTD civ. 1998, p. 1-22

de Lamberterie Isabelle, Rieg Alfred et Tallon Denis, *Rapport général* : RID comp. 1982, p. 1059-1106, in *Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur dans les pays de la CEE*

Lambert-Faivre Yvonne, *La réparation de l'accident médical - obligation de sécurité : oui ; aléa thérapeutique : non* : D. 2001, chron. p. 570-573

Lamouroux Sophie, *La codification ou la démocratisation du droit* : RFD const. 2001, p. 801-824

Langé Daniel, *Le conjoint de l'aliéné* : RTD civ. 1984, p. 33-68

Langlade-O'Sughrue Jean-Pierre, *Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial - A propos de deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 9 juillet 1991* : JCP 1992, éd. N, I, p. 251-254

Langlois Philippe, *La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail* : D. 1997, chron. p. 45-50

Laouenan Olivier, *Les conventions sur l'autorité parentale depuis la loi du 4 mars 2002* : JCP 2003, éd. G., I, 149 p. 1297-1303

Larrère Catherine, *Droit et mœurs chez Montesquieu* : Droits 1994 n° 19, p. 11-22

Larroumet Christian, *La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998* : D. 1998, chron. p. 311-316

Lasserre-Kiesow Valérie, *La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle* : D. 2002, chron. p. 1157-1160

La vérité en droit civil : D. 2010, chron. p. 907-912

Laurin Yves, *L'amicus curiæ* : JCP 1992, éd. G, I, 3603 p. 345-348

L'opinion séparée des juges de la Cour européenne des droits de l'homme : Gaz. Pal. 1993, I, doct. p. 12-13

L'introduction de la notion de personne qualifiée (amicus curiæ) dans le code de procédure civile : D. 1998, dernière act. 15 oct. 1998 n° 36, p. 1-2

Lazaridis Stéphanos A., *La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxonne d'aujourd'hui* : Arch. philo dr., t. 28 : *philosophie pénale*, Paris, Sirey, 1983, publié avec le concours du CNRS, p. 91-107

Le Bars Benoît, *La résiliation unilatérale du contrat pour cause d'intérêt légitime* : D. 2002, chron. p. 381-387

Leborgne Anne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe* : RTD civ. 1996, p. 535-550

Lebreton Gilles, *Y a-t-il un progrès du droit ?* : D. 1991, chron. p. 99-104

Le droit, la médecine et la mort (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, Milhaud) : D. 1994, chron. p. 352-354

Leclercq Pierre, *Ordre public et bonnes mœurs dans le droit des contrats* : J.-Cl. civil, art. 6, mars 2011

Le Corre Pierre-Michel, *Chronique de « surendettement des particuliers et redressement judiciaire civil »* : Rev. proc. coll. 1990, p. 343-352

Lécuyer Hervé, *La notion juridique de couple* : Dr. et patrimoine oct. 1997 n° 53, doctr. P. 62-65

Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 31-37, in colloque du 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V : existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?

Legeais Dominique, *Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 38-43, in colloque du 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V : existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?

Legrand Pierre, *Sens et non-sens d'un Code civil européen* : RID comp. 1996, p. 779-812

Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'Etat dans les facultés de droit françaises : RTD civ. 1998, p. 299-302, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*

Lemasurier Jeanne, *Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantage »*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline - Le juge et le droit public*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, LGDJ, 1974, p. 551-562

Lemennicier Bertrand, *Le corps humain : propriété de l'Etat ou propriété de soi ?* : Droits 1991 n° 13-Biologie, personne et droit, p. 111-122

Lemmone Anne et Claes Bart, *Une nouvelle philosophie de la justice ?* : Rev. nouvelle mars 2011, p. 94-104, in *La justice restauratrice, justice d'avenir*

Lemouland Jean-Jacques, *Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ?* : D. 1997, chron. p. 133-137

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce : D. 2004, chron. p. 1825-1837

Le Gac-Pech Sophie, *La figure contractuelle en droit du travail* : D. 2005, chron. p. 2250-2255

Lenoir Rémi, *Mœurs, morale et droit chez Durkheim* : Droits 1994 n° 19, p. 23-36

Lequette Yves, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar* : D. 2002, chron. p. 2202-2214

Leroyer Anne-Marie, *L'enfant confié à un tiers : de l'autorité parentale à l'autorité familiale* : RTD civ. 1998, p. 587-606

Lesnes Corine, *Inquiétante offensive des créationnistes américains* : Le Monde mercredi 27 avr. 2005, p. 22

Trois questions à... Eugénie Scott : Le Monde mercredi 27 avr. 2005, p. 22

Le Tourneau Philippe, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)* : RTD civ. 1988, p. 505-518

Responsabilité (en général) : Rép. civ. Dalloz, mai 2009

Le Tourneau Philippe et Poumarède Matthieu, *Bonne foi* : Rép. civ. Dalloz, 2009

Lévy Denis, *Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel, in Mélanges offerts à Marcel Waline - Le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, tome I, p. 39-46

De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction, in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1975, p. 81-90

Libchaber Rémy, *Qu'est-ce qu'une loi ?* : RTD civ. 1999, p. 242-245 n° 3

Licari François-Xavier, *La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ?* : D. 2001, chron. p. 423-427

Lienhard Claude, *Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale* : AJ fam. 4/2002, p. 128-131

Lindon Raymond, *La "famille accordéon"* : JCP 1965, éd. G, I, 1965

La motivation des arrêts de la Cour de cassation : JCP 1975, éd. G, I, 2681

Lombard Françoise et Haroune Abdelkader, note sous *CA Douai, 11 mai 1999* : D. 2000, p. 856-861

Lorvellec Louis, *L'enseignement du droit civil en manque de cohérence et de progressivité* : RTD civ. 1998, p. 302-306, in *L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue*

Louis-Lucas Pierre, *La loi* : D. 1964, chron. p. 197-204

Vérité matérielle et vérité juridique, in Mélanges offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p. 583-601

Loussouarn Yvon, *Fondement et critère du mandat apparent* : RTD civ. 1970, p. 348-350 n° 3

Luby Monique, *Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence ! (A propos des arrêts de la CJCE du 22 novembre 2001, Sté Capa Snc et Idealservice Srl, aff. C-541/99 et Idealservice MNRE Sas, aff. C-542/99)* : Contrats, conc., consom. 2002, chron. 14

Lucet Frédéric, *Changement conventionnel de régime matrimonial : notion et appréciation de l'intérêt de la famille dans les familles complexes* : RTD civ. 1991, p. 390-392

Luchaire François, *Les fondements constitutionnels du droit civil* : RTD civ. 1982, p. 245-328
La sécurité juridique en droit constitutionnel français : Cah. Cons. const. 11-2001, p. 67-69

Lyon-Caen Gérard, *De l'évolution de la notion de bonne foi* : RTD civ. 1946, p. 75-112
La recherche des responsabilités dans les conflits du travail : D. 1979, chron. p. 255-258
Qualis labor, talis qualitas : Droits 1993 n° 18, p. 67-78

Magnier Véronique, *La notion de justice impartiale, A la suite de l'arrêt Oury Cass. ass. plén., 5 févr. 1999* : JCP 2000, éd. G, I, 252 p. 1595-1600

Malaurie Philippe, *La jurisprudence combattue par la loi, in Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p. 603-620

L'effet pervers des lois, in Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Paris, PUF, 1994, p. 309-316

Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage : Defrénois 1998, art. 36838, doctr. p. 871-879

Couple, procréation et parenté (Colloque sur la notion juridique de couple, Reims, 20-21 janvier 1997) : D. 1998, chron. p. 127-131

Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte : JCP 2002, éd. G, I, 110 p. 281-285

in Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Paris, Sté de législation comparée, 2003, Textes rassemblés par Bénédicte Fauvarque-Cosson et Denis Mazeaud, p. 219-229

Laïcité, voile islamique et réforme législative - Loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 : JCP 2004, éd. G, I, 124 p. 607-610

La jurisprudence parmi les sources du droit (Sources supérieures et sources inférieures) : Defrénois 2006, art. 38352, p. 476-482

Malaurie-Vignal Marie, *Transparence tarifaire, négociation contractuelle et liberté des prix au regard de la loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales* : D. 1996, chron. p. 361-364

Malinvaud Philippe, *Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats* : D. 2002, chron. p. 2542-2551

Mamou Yves, *Les juges poussent la balle dans le camp du législateur* : Le Monde mardi 12 mars 2002, supplément emploi, p. IX

Mandin François, *La soumission d la norme sportive au droit communautaire* : D. 1998, chron. p. 32-36

Manigne Marie-Christine, *La communauté de vie* : JCP 1976, éd. G, I, 2803

Marais Astrid, *Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence – Requiem européen en si(x) bémol(s)* : JCP 2011, éd. G, Libres propos 742, p. 1238-1240

Marguénaud Jean-Pierre, *Le droit à « l'expertise équitable »* : D. 2000, chron. p. 111-115

Marion Jean-Luc, *Ce que Benoît XVI nous demande* : Le Monde vendredi 12 sept. 2008, p. 18

Martin Raymond, *Personne et sujet de droit* : RTD civ. 1981, p. 785-802

Le juge devant la prétention : D. 1987, chron. p. 35-38

La règle de droit adéquate dans le procès civil : D. 1990, chron. p. 163-164

Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ? : D. 1994, chron. p. 308-310

Sur l'unité des ordres de juridiction : RTD civ. 1996, p. 109-127

Référé - Le trouble manifestement illicite à l'aune de la servitude de passage : Ann. loyers 1997, p. 144-151

L'impossible gouvernement des juges : D. 1998, dernière act. 2 juill. 1998 n° 25, p. 1

Les mots du droit et les choses d'ailleurs : D. 1999, chron. p. 231-232

Justice et jugements - Arrière-plan philosophique de la procédure civile : D. 2000, point de vue 12 oct. 2000 n° 35, p. III

Masclat Jean Claude, *Les articles 30, 36 et 100 du traité C.E.E. à la lumière de l'arrêt « cassis de Dijon »* : RTD eur. 1980, p. 611-634

Massip Jacques, *La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs* : Defrénois 1997, art. 36616, p. 897-905

Massis Thierry, *Le secret du président et le juge des référés* : D. 1997, chron. p. 291-296

Mathieu Bertrand, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme* : D. 1995, chron. p. 211-212

La supra-constitutionnalité existe-t-elle ? Réflexions sur un mythe et quelques réalités : Petites affiches 8 mars 1995 n° 29, p. 12-17

La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire : D. 1996, chron. p. 282-286

La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, in Mélanges Patrice Gélard, Droit constitutionnel, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1999, p. 301-305

Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle – A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 décembre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC : RFD adm. 2000, p. 289-304

Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique : Cah. Cons. const. 11/2001, p. 106-111

Matsopoulou Haritimi, note sous Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996 (Rousselot c/ Couronne et a.) : D. 1997, p. 551-554

Maugüé Christine, *L'évolution du droit de la responsabilité : de la faute au risque*, in *Le droit dans la société* : Cah. français n° 288, La documentation française oct.-déc. 1998, p. 43-49

Maury J., *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle*, tome I : études générales - droit de la famille, Paris, LGDJ, 1950, p. 28-50

Mayaud Yves, *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000)* : D. 2000, chron. p. 603-609

Mayer Huguette, *Jeux et exception de jeu* : JCP 1984, éd. G, I, 3141

Mayer-Jack Andrée, *Singularités du domicile conjugal et avènement du domicile familial* : RTD civ. 1972, p. 1-25

Maymon-Goutaloy Mireille, *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme* : D. 1985, chron. p. 211-218

Mazeaud Denis, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 12-20, in colloque du 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V : existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?

Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz-PUF-éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 603-634

La Cour de cassation fait un tout petit pas vers la théorie du solidarisme contractuel, obs. sous Cass. com., 15 janv. 2002 (Sté France Motors c/ Noddec) : D. 2002, somm. p. 2841-2842

Mazeaud Henri, *La maxime « error communis facit jus »* : RTD civ. 1924, p. 929-964

La lésion d'un « intérêt juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile : D. 1954, chron. p. 39-44

Une « dénaturation » de la loi par la Cour de cassation (la violation des articles 318 et suivants du Code civil relatifs à la contestation de paternité légitime) : JCP 1977, éd. G, I, 2859

Mazeaud Léon, *L'assimilation de la faute lourde au dol* : DH 1933, chron. p. 49-56

Mazen Noël Jean, *Standards, notions floues et forces sociales dans le droit médical contemporain* : RRJ 1988, p. 1157-1180

Medhi Rostane, *L'aspect européen* : Justices 1996 n° 4, p. 51-71, in *Justice et double degré de juridiction*

Mémeteau Gérard, *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque* : RTD civ. 1990, p. 611-624

L'honneur d'un président : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 754-759

Merle Philippe, *Surendettement des particuliers* : RTD com. 1990, p. 467-477

Merlin M. le Comte, *v^o Usage* : Rép. univ. et raisonné de jur., Paris, Garnery Libraire, 4^e éd. 1815, tome quatorzième Tiercement-Werp, p. 320-330

Mermet Gérard, *Les sept révolutions de la société française* : Le Monde mardi 10 mai 2011, p. 19

Mestre Jacques, *Des limites de l'obligation de renseignement* : RTD civ. 1986, p. 339-342 n° 1
La liberté contractuelle rentrerait-elle en grâce auprès du Conseil constitutionnel ?, note sur Cons. const., 30 déc. 1996 : RTD civ. 1997, p. 416-417, n° 1

Michaud Jean, *La pénétration du droit par la science*, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, p. 311-317

Michaut Françoise, *Le rôle créateur du juge selon l'école de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain*. Le juge et la règle de droit : RID comp. 1987, p. 343-371

Millet Laurent, *La prédominance de la présomption d'imputabilité dans la jurisprudence récente en matière d'accident du travail* : Dr. ouvrier 2004, p. 303-312

Miniato Lionel, *Le « principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ?* : D. 2005, tribune p. 2537

Molfessis Nicolas, *La protection constitutionnelle* : Justices juill.-déc. 1996 n° 4, p. 17-33
Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, in Colloque du 20 mars 1998 par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V : *existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* : Petites affiches 30 sept. 1998 n° 117, p. 21-30
Les « avancées » de la sécurité juridique : RTD civ. 2000, p. 660-662 n° 1
La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit : RTD civ. 2000, p. 662-665 n° 2
La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même : RTD civ. 2000, p. 666-669 n° 3
La sécurité juridique et la fonction normative de la loi : RTD civ. 2000, p. 670-672 n° 4

Monéger Joël, obs. sous Cass. 1^{re} civ. 14 déc. 1976 (*Epx Cheval c/ Epx Courthial et a.*) : JCP 1978, éd. G, II, 18864

Monin Marcel, *La hiérarchie des normes n'existe pas* : D. 1999, dernière act. 2 sept. 1999 n° 30, p. 1-2

Monsallier Béatrice, *Le divorce pour rupture de la vie commune (Loi du 11 juillet 1975)* : RTD civ. 1980, p. 266-290 & p. 468-493

Montanier Jean-Claude, *Les actes de la vie courante en matière d'incapacité* : JCP 1982, éd. G, I, 3076

Morand Charles-Albert, *La sanction* : Arch. philo dr., t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du CNRS, p. 293-312

Morin Hervé, *Comment l'entomologie criminelle se met au service de la justice* : Le Monde vendredi 19 janv. 2001, p. 23

Morvan Patrick, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon* : D. 2005, chron. p. 247-252

Motulsky Henri, *Le « manque de base légale », pierre de touche de la technique juridique* : JCP 1949, éd. G, I, 775

Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 175-200

Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile : D. 1968, chron. p. 1-14

Mouly Christian, *Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation (après les arrêts du 20 juillet 1987)* : D. 1987, chron. p. 234-236

L'avis des enfants sur le changement de régime matrimonial de leurs parents : JCP 1989, éd. G, I, 3379

Mouly Jean, *Les modifications disciplinaires du contrat de travail, Chronique d'humeur à propos d'un revirement* : D. 1999, chron. p. 359-363

Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un « travailleur ») : D. 2003, chron. p. 2023-2030

Moury Jacques, *Force majeure : éloge de la sobriété* : RTD civ. 2004, p. 471-480

Moussy Pascal, *Quelle conception de l'impartialité des Conseils de Prud'hommes (à propos de Cass. soc., 3 juillet 2001, Bonnaffé)* : Dr. ouvrier 2002, p. 1-3

Moutouh Hugues, *La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la « folle du logis » enfin domestiquée ?* : D. 1999, dernière act. 1^{er} juill. 1999 n° 25 p. 1-2

Moysan Hervé, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi - Des objectifs à l'épreuve de la pratique normative* : AJDA 2001, p. 428-437

Najjar Ibrahim, *Mandat et irrévocabilité* : D. 2003, chron. p. 708-714

Prix « sous-évalué » et intention libérale : D. 2003, chron. p. 2591-2593

Nau Jean, *Un enfant mort-né peut désormais figurer sur le livret de famille* : Le Monde mercredi 4 sept. 2002, p. 10

Naud Frédéric, *L'irresponsable présidentielle ? Une erreur de droit* : Le Monde samedi 26 sept. 1998, p. 14

Navarro Juan-Santos, *Standards et règles de droit* : RRJ 1988, p. 833-846

Nerson Roger, *La substitution de la séparation de biens à un régime communautaire* : RTD civ. 1970, p. 735-744 n° 1

Neuville Sébastien, *La transaction suspecte (observations sur la notion de transaction au regard des nullités de la période suspecte)* : D. 2000, chron. p. 571-574

Nicolas-Maguin Marie-France, *Pouvoirs du juge et volonté des parents dans l'exercice en commun de l'autorité parentale prévu par la loi du 22 juillet 1987* : D. 1988, chron. p. 307-311

Nicolau Gilda, *L'équivoque entre vice et vertu* : RTD civ. 1996, p. 57-83

« Inaccessible droit ! » : RRJ 1998, p. 15-48

Niort Jean-François et Vannier Guillaume, *Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles* : Droits 1994 n° 19, p. 161-168

Nivet François, *Equité et légalité* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 157-193

Noirel Jean, *Le droit civil contemporain et les situations de fait* : RTD civ. 1959, p. 456-497

Normand Jacques, *Dommages-intérêts pour abus de procédure (art. 1382 c. civ.) et condamnation aux frais irrépétibles (art. 700 nouv. c. pr. civ.)* : RTD civ. 1981, p. 433-436, a

Les pouvoirs du juge des référés. Remise en état et contestation sérieuse sur le fond. La sanction des actes de justice privée : RTD civ. 1981, p. 437-441 n° 4

Le juge et le fondement du litige, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595-625

Les pouvoirs du juge quant au fondement des prétentions litigieuses. Le cas de la responsabilité civile : RTD civ. 1987, p. 390-395 n° 1

Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain : RTD civ. 1998, p. 461-469

Nourissat Cyril, *La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ?* : D. 2000, chron. p. 369-373

La notion de « notion » dans le règlement (CE) n° 2201/2003, in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, sous la direction de Hugues Fulchiron, Cyril Nourissat, Paris, Dalloz, 2005, coll. Thèmes et commentaires Actes, p. 139-147

Nuville Louis, *Le bon droit* : JCP 1950, éd. G, I, 893

Oppetit Bruno, *Sur la coutume en droit privé* : Droits 1986 n° 3, p. 39-50

Orianne Paul, *Les standards et les pouvoirs du juge* : RRJ 1988, p. 1037-1068

Osman Filali, *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* : Defrénois 1993, art. 35433, p. 65-81

Ost François et Van de Kerchove Michel, *Interprétation* : Arch. philo dr., t. 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du CNRS, p. 165-190

Overstake Jean-François, *La responsabilité du fabricant de produits dangereux* : RTD civ. 1972, p. 485-531

Pacteau Bernard, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* : AJDA 1995, n° spéc. p. 151-155

Paillet Elisabeth, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997 (*Cts Jacobet de Nombel c/ Jacobet de Nombel*) : JCP 1997, éd. G, II, 22912 p. 409-412

Paillusseau Jean, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques* : D. 2003, chron. p. 2346-2351 et p. 2418-2425

Paisant Gilles, *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975)* : RTD civ. 1985, p. 647-687

Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives : D. 1988, chron. p. 253-260, et en annexe CA Angers, 16 déc. 1987 (EDF c/ Briant et autres)

Papatheodorou Théodore, *La personnalisation des peines dans le nouveau code pénal français* : Rev. sc. crim. 1997, p. 15-28

Parain-Vial J., *La nature du concept juridique et la logique* : Arch. philo dr., n° 11 : *la logique du droit*, Paris, Sirey, 1966, publié avec le concours du CNRS, p. 45-57

Pasqualini François, *La révision des clauses pénales* : Defrénois 1995, art. 36106, p. 769-782

Pattaro Enrico, *Les dimensions éthiques de la notion de standard* : RRJ 1988, p. 813-823

Patureau Yves, *Le désintérêt de l'enfant déclaré judiciairement abandonné* : D. 1978, chron. p. 167-172

Pautrat René, *La charge de la personne et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement* : D. 1994, chron. p. 337-340

Pavlopoulos Procopios, *Le standard en droit public : les données de la jurisprudence administrative en Grèce* : RRJ 1988, p. 961-975

Pedamon Michel, *Le centenaire du BGB* : D. 1997, chron. p. 107-110

Perdriau André, *Les dispositifs implicites des jugements* : JCP 1988, éd. G. I, 3352

Le contrôle de la Cour de cassation en matière de référé : JCP 1988, éd. G. I, 3365

La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation : JCP 1990, éd. G. I, 3468

Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile : JCP 1991, éd. G. I, 3538

Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation : JCP 1995, éd. G. I, 3866 p. 341-343

Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ? : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 1338

Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée ? : JCP 1998, éd. G. I, 162 p. 1579-1581

Pereira Acacio, *Le « préjudice de vie » d'un enfant handicapé soumis à la Cour de cassation* : Le Monde dimanche 5-lundi 6 nov. 2000, p. 8

Perelman Ch., *L'interprétation juridique* : Arch. philo dr., t. 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 29-37

Le raisonnable et le déraisonnable en droit : Arch. philo. dr., tome 23, Paris, Sirey, 1978, p. 35-42

Pérignon Sylvain, *Le bornage des terrains à bâtir (A propos du nouvel article L. 111-5-3 du Code de l'urbanisme)* : Defrénois 2002, art. 37462, p. 80-90

Perreau E.-H., *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* : RTD civ. 1911, p. 229-316
Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé : RTD civ. 1912, p. 609-665

Perrin Jean-François, *Règle* : Arch. philo. dr., tome 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du CNRS, p. 245-255

Perrot Roger, *L'évolution du référé*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 645-663

Petev Valentin, *Les standards et les principes généraux du droit* : RRJ 1988, p. 825-831

Petit Bruno, *L'évidence* : RTD civ. 1986, p. 485-503
Contrats et obligations, Dol : J.-Cl. civil, art. 1116, 1998, 14 p.

Petit Bruno et Rouxel Sylvie, *Contrats et obligations*. – *Dol* : J.-Cl. civil, art. 1116, 2005

Philippe Catherine, *La viabilité de l'enfant nouveau-né* : D. 1996, chron. p. 29-32

Picod Fabrice, *La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges* : RTD eur. 1998, p. 169-189

Piedelièvre Alain, *Quelques réflexions sur la maxime « quod nullum est, nullem producit effectum »*, in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, LGDJ, 1966, p. 638-653

Piedelièvre Stéphane, *Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée* : D. 2006, point de vue p. 434-435

Pigache Christian, *La prescription pénale, instrument de politique criminelle* : Rev. sc. crim. 1983, p. 55-63

Pigani Erik, *Vérité en deçà des Pyrénées...* : Rev. Psychologies oct. 1991 n° 91, p. 44-45

Pignarre Geneviève, *L'effet pervers des lois* : RRJ 1994, p. 1097-1140

Pinard Danielle, *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la charte canadienne des droits et libertés* : RRJ 1988, p. 1069-1122

Pire Emmanuel, *Retour sur le privilège de la femme enceinte* : D. 2003, point de vue p. 2243-2244

Pirovano Antoine, *La fonction sociale des droits : Réflexions sur le destin des théories de Josserand (A propos d'un arrêt de la 3^e Chambre civile de la Cour de cassation du 12 oct. 1971)* : D. 1972, chron. p. 67-70

La boussole de la société – Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? : D. 1997, chron. p. 199-201

- Pitchers Christopher, *L'équité dans la décision pénale* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 131-136
- Pizzorusso Alessandro, *Standards et contrôle de constitutionnalité des lois* : RRJ 1988, p. 977-987
- Planque Jean-Claude, *Comment sanctionner un empiètement minime ? Note sous CA Versailles (ch. civ. réunies) 11 février 2004* : D. 2004, p. 2819-2823
- Playoust Olivier, *Normativité et légitimité du droit* : RRJ 1993, p. 193-226
- Poillot Elise, *Le siège de la chose jugée* : RRJ 2007, p. 1920-1940
- Poirier Mireille, *La gradation des fautes en droit du licenciement*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, PUB, 2003, ouvrage édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 515-538
- Poirot-Mazères Isabelle, *La notion de préjudice en droit administratif* : RD publ. 1997, p. 519-566
- Pollaud-Dulian Frédéric, *A propos de la sécurité juridique* : RTD civ. 2001, p. 487-504
- Pontier Jean-Marie, *La certification, outil de la modernité normative* : D. 1996, chron. p. 355-360
L'intérêt général existe-t-il encore ? : D. 1998, chron. p. 327-333
- Porchy Stéphanie, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient* : D. 1998, chron. p. 379-384
- Poulet Laurent, *Quelques observations sur le pourvoi en matière de divorce* : D. 2005, chron. p. 2636-2642
- Pousson Alain, *Le non exercice fautif d'un droit subjectif*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 563-594
- Pousson-Petit Jacqueline, *La loi Malhuret à la lueur du droit comparé* : Petites affiches 6 juill. 1988 n° 81 p. 29-36 ; & 8 juill. 1988 n° 82, p. 32-39
Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents : Dr. famille 2-2001, chron. 3
- Pradel Jean, *Le seconde mort de l'enfant conçu (à propos de l'arrêt d'Assemblée plénière du 29 juin 2001)* : D. 2001, chron. p. 2907-2913
- Prothais Alain, *N'empoisonnez donc plus à l'arsenic !* : D. 1998, chron. p. 334-336
- Puech Marc, *De la mise en danger d'autrui* : D. 1994, chron. p. 153-157
- Puget Henry, *Le contrôle de l'administration : les systèmes classiques, l'ombudsman et la prokuratura* : RID comp. 1965, p. 5-19

Puigelier Catherine, *L'idée en droit* : RRJ 2003, p. 2369-2382

Puill Bernard, *Gravité ou causalité de la faute de la victime en responsabilité civile* : D. 1984, chron. p. 58-62

Putman Emmanuel, *La sécurité juridique ne donne pas de droit acquis à une jurisprudence figée* : RJPF 2009-11/, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009

Le droit de réponse n'est discrétionnaire : RJPF 2009-10/, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009

L'éthique de la Lex Mercatoria : RRJ 2008, p. 1855-1864

Radé Christophe, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés (à propos de Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1996, Chavanne c/ Sté Lambert distribution)* : JCP 1997, éd. G, I, 4009 p. 135-140

La notion de charges récupérables dans la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation : JCP 1997, éd. N, prat. 4042 p. 727-730

Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 1- L'impasse : D. 1999, chron. p. 313-319

L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile : D. 1998, chron. p. 301-305

Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile. 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté : D. 1999, chron. p. 323-327

La force majeure, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Paris, Dalloz, 2003, coll. Actes Thèmes et commentaires, Actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, p. 201-212

Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile : D. 2003, chron. p. 2247-2255

De la rétroactivité des revirements de jurisprudence : D. 2005, chron. p. 988-994

Raynal Mireille, *L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé* : JCP 1976, éd. G, I, 2800

Raynaud Philippe, *La loi et la jurisprudence, des lumières à la révolution française* : Arch. philo. dr. t. 30 : *la jurisprudence*, Paris, Sirey, 1985, publié avec le concours du CNRS, p. 91-72

Raynaud de Lage Nicolas, *La notoriété* : D. 2000, chron. p. 513-520

Raynouard Arnaud, *Cent ans de méthode... d'interprétation du droit privé positif* : D. 2000, point de vue 6 janv. 2000, p. VII-VIII

Rebourg Muriel, *La réforme de l'autorité parentale* : JCP 2002, éd. G, Act. 178 p. 701-703

Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant : Dr. fam. 2004/7, Etudes 17

Redon Michel, *L'interruption volontaire de grossesse de la mineure ou l'exercice interposé du droit parental* : D. 2001, chron. p. 1194-1195

Remy Philippe, *Rapport français*, Paris, Economica, 1990, in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, T. 39 – *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (Journées turques)*, p. 251-273

Renaut Marie-Hélène, *Révision et réexamen : les condamnations pénales sont de moins en moins définitives* : Petites affiches 18 mars 2003 n° 55, p. 6-20

Rennes Pascal, *Les travailleurs et l'accès à une justice prud'homale efficace (au sens de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales)* : Dr. ouvrier 2002, p. 7-16

Renoux-Zagamé Marie-France, *Le « Royaume de la loi » : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements et des monarchies* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 17-38

Rieg Alfred, *Violence* : Rép. civ. Dalloz, 1976, 3 p.

Riou Alain, *L'évolution de la « censure » cinématographique* : Petites affiches 21 juill. 1995 n° 87, p. 31-33

Rivais Rafaële, *Le tribunal de Luxembourg affirme la primauté du principe de précaution sur l'avis d'experts* : Le Monde vendredi 13 sept. 2002, p. 13

Rivero Jean, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"* : D. 1951, chron. p. 99-102

Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle : AJDA 1968, p. 15-18

Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, in *Mélanges offerts à Marcel Waline, le juge et le droit public*, Paris, LGDJ, 1974, t. II : *droit public général*, p. 701-717

Robert Christian-Nils, *Naissance d'une image : la balance de l'équité* : Justices janv.-mars 1998 n° 9, p. 53-64

Roets Damien, *Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ?* : D. 1997, chron. p. 92-96

Roland René-Miguel, *Du mariage sans contrat au contrat sans mariage (à propos de la proposition de loi du 23 juillet 1997 sur le C.U.C.S.)* : Petites affiches 6 mars 1998 n° 28, p. 12-16

Rolin Frédéric, *Les restrictions au bénéfice de l'aide juridictionnelle remises en cause par la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 1998, dernière act. 8 oct. 1998 n° 35, p. 1

Roman Brigitte, *La nature juridique de l'action paulienne* : Defrénois 2005, art. 38146, p. 655-675

Roman Diane, *Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ?* : RD sanit. soc. 2005, p. 423-441

Romi Raphaël, *« Engagements de bonnes pratiques » et « Chartes », « Nouveaux » instruments de lutte contre le bruit* : Petites affiches 15 août 2003 n° 163, p. 4-5

Rondeau-Rivier Marie-Claire, *L'évidence et la Notion de Contestation Sérieuse devant le Juge des Référé* : Gaz. Pal. 1991, 2, doct. p. 355-357

Rosanvallon Pierre, *Le mythe du citoyen passif* : Le Monde dimanche 20-lundi 21 juin 2004, p. 1 et 14

Rosenberg Jean, *Incidence de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 sur le droit civil français* : Gaz. Pal. 1991, I, doct. p. 3-11

Rotondi Mario, *Considérations en "fait" et en "droit"* : RTD civ. 1977, p. 1-16

Rouast André, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés* : RTD civ. 1944, p. 1-19

Rouault Marie-Christine, *La loi du 30 juin 2000 : un petit pas vers un traitement efficace de l'urgence par le juge administratif* : D. 2001, chron. p. 398-403

Roujou de Boubée Gabriel et de Lamy Bertrand, *Contribution supplémentaire à l'étude de la protection pénale du fœtus (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 30 juin 1999)* : D. 2000, chron. p. 181-183

Rouquet Yves, note sous Cass. 3^e civ., 8 oct. 1997 (*Sté imm. de l'avenue de Verdun c/ Epx Sarr*) : D. 1998, p. 345-348

Rozes Louis, *Remarques sur l'ordre public en droit du travail* : Dr. soc. 1977, p. 311-326

Rubellin-Devichi Jacqueline, *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait* : RTD civ. 1984, p. 389-409

Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises : JCP 1994, éd. G, I, 3739 p. 87-93

Ruet Céline, *Commentaire de la loi n° 96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence* : Rev. sc. crim. 1998, p. 23-37

Russo Chantal, *L'avance sur recours, une solution à l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux ?* : D. 2001, chron. p. 3211-3217

Sacco Rodolfo, *Non, oui, peut-être*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Livre I, p. 163-169

Saint-Alary Roger, *La jouissance des biens immobiliers à temps partiel et la loi n°98-566 du 8 juillet 1998* : D. 1999, chron. p. 147-154

Sainte-Rose Jerry, conclusions sous Cass. 1^{re} civ., 7 oct. 1998 (*Malvezin c/ Mme Grostabussiat*) : D. 1998, p. 563-564

La réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé – Conclusions orales prises dans l'affaire P... : D. 2001, le point sur... p. 316-320

Saint-James Virginie, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français* : D. 1997, chron. p. 61-66

Saint-Jours Yves, *De la garantie des victimes d'accidents corporels par les générateurs de risques* : D. 1999, chron. p. 211-214

Saintourens Bernard, *La flexibilité du droit des sociétés* : RTD com. 1987, p. 457-494

Saint-Pau Jean-Christophe, note sous *Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1998 (de Bertillat c/ SARL RVM Gitem)* : D. 1999, p. 425-427

La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) : D. 2000, chron. p. 267-274

Responsabilité civile et anormalité, in Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, Pessac, PUB, 2003, ouvrage édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 249-256

Salas Denis, *L'équité ou la part maudite du jugement* : *Justices* n° 9 janv.-mars 1998, p. 109-122

Saieilles R., *Le Code civil et la Méthode historique, in Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, coll. Bibliothèque Dalloz, Présentation de Jean-Louis Halpérin (réimpression Paris, Arthur Rousseau, 1904, tome premier), p. 95-129

Salvage Philippe, *La viabilité de l'enfant nouveau-né* : *RTD civ.* 1976, p. 725-749

Salvage-Gerest Pascale, *Article 391 du Code civil : tutelle aux biens ou tutelle complète ? (à propos de Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2000)* : *Dr. fam.* 2001/9, chron. 19

Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) : *Dr. fam.* 2003/4, chron. 12

de Salvia Michele, *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* : *Cah. Cons. const.* 11/2001, p. 93-97

Santa-Croce Muriel, *Le droit, l'honnête homme et l'article 1009-1 du nouveau code de procédure civile* : D. 1997, chron. p. 239-240

Sargos Pierre, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation - Les garde-fous des excès du droit* : *JCP* 2001, éd. G, I, 306 p. 589-593

Saunier Philippe, *Mœurs et fiscalité* : *Droits* 1994 n° 19, p. 77-83

Sauvel Tony, *Essai sur la notion de précédent* : D. 1955, chron. p. 93-96

Histoire du jugement motivé : *RD publ.* 1955, p. 5-53

Sauzet Marc, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels* : *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1883, p. 596-640 et p. 677-704

Savatier René, *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui - Structures matérielles et structures juridiques, in Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Etudes offertes à Georges Ripert, tome I : études générales - droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 75-92

Impérialisme médical sur le terrain du droit - Le « permis d'opérer » et les pratiques américaines : D. 1952, chron. p. 157-160

L'ordre public économique : D. 1965, chron. p. 37-44

Savy Robert, *La constitution des juges* : D. 1983, chron. p. 105-110

Savoie José, *La notion de « manquement à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs »* : D. 1968, chron. p. 103-108

Schley Michael, *La grande réforme du droit des obligations en Allemagne* :D. 2002, chron. p. 1738-1740

Schmidt Dominique, *De l'intérêt commun des associés* : JCP 1994, éd. G, I, 3793 p. 440-442 et 3800 bis p. 491

Schnapper Dominique, *La communauté des citoyens, utopie créatrice* : Le Monde vendredi 12 nov. 2004, p. 15

Schoettl Jean-Eric, *Le loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 devant le Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 déc. 2001)* : Petites affiches 31 déc. 2001 n° 260, p. 4-24

Sériaux Alain, *Le juge au miroir - L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, Livre I : notions fondamentales, p. 171-181

Serlooten Patrick, *Les qualifications multiples* : Rev. sc. crim. 1973, p. 45-79

Sermet Laurent, *Le sommeil et le droit* : RRJ 1995, p. 713-718

Serverin Evelyne, *Réparer ou punir ? L'interruption accidentelle de grossesse devant la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 2004, chron. p. 2801-2807

Seuic Jean-François, *Responsabilité pénale pour faits d'imprudence ou de négligence : article 121-3 du Code pénal – Responsabilité des élus locaux et des fonctionnaires – Article 470-1 du Code de procédure pénale* : Rev. sc. crim. 1996, n° 5 p. 890-893

Responsabilité pénale pour faits d'imprudence ou de négligence (art. 121-3 c. pén.) : Rev. sc. crim. 1997, n° 5 p. 408-411

Simon Odile, *La nullité des actes juridiques pour trouble mental* : RTD civ. 1974, p. 707-738

Sinay H., *La résurgence des arrêts de règlement* : D. 1958, chron. p. 85-88

Sinay-Cytermann Anne, *La réforme du surendettement – Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions* : JCP 1999, éd. G, I, 106 p. 195-200

Slama Alain-Gérard, *Le nouvel ordre juridique « moral »* : Droits 1994 n° 19, p. 37-47

de Soto Jean, *La notion de juridiction (A propos du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz)* : D. 1956, chron. p. 45-50

J. M. Soulas de Russel Dominique et Rimbault Philippe, *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point* : RID comp. 2003, p. 85-103

Soulez-Larivière Daniel, *Voile, liberté et ordre public* : Libération lundi 2 févr. 2004, p. 40

Sourieux Jean-Louis, *La croyance légitime* : JCP 1982, éd. G, I, 3058

Sourieux J.-L. et Lerat P., *L'euphémisme dans la législation récente* : D. 1983, chron. p. 221-222

Méthodologie et modalités des définitions dans les textes législatifs et réglementaires : RRJ 1984, p. 1139-1147

Starck Boris, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie brève d'une fausse équation : causalité partielle = responsabilité partielle)* : JCP 1970, éd. G, I, 2339

Stoffel-Munck Philippe, *La théorie des troubles de voisinage à l'épreuve du principe de précaution : observations sur le cas des antennes relais* : D. 2009, chron. p. 2817-2824

Sudre Frédéric, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme* : D. 1988, chron. p. 71-78

Droit de la Convention européenne des droits de l'homme : JCP 1996, éd. G, I, 3910, n° 28 p. 105

Tallon Denis, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et en droit anglais, in Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, Faculté de droit et de sciences économiques de Poitiers, publié avec le concours du CNRS, p. 883-891

Taniguchi Tomohei, *La loi et la coutume au Japon, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 571-582

Taruffo Michele, *La justification des décisions fondées sur des standards* : RRJ 1988, p. 1123-1145

Tchendjou Marius, *L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel* : JCP 2003, éd. G, I, 141 p. 1089-1096

Teboul Gérard, *Logique de compétence et logique de validation, Coutume et source formelle de droit* : RD publ. 1993, p. 939-948

Tellier Véronique, *La nature juridique de l'action oblique* : RRJ 2002, p. 1835-1858

Terneyre Philippe, *Le droit constitutionnel au juge* : Petites affiches 4 dé. 1991 n° 145, p. 4-14

Terré François, *Pitié pour les juristes !* : RTD civ. 2002, p. 247-252

Réflexions sur un couple instable : égalité et équité : Arch. philo. dr., t. 51 : L'égalité, Paris, Sirey, 2008, publié avec le concours du CNRS, p. 21-27

Testu François-Xavier, *Le juge et le contrat d'adhésion* : JCP 1993, éd. G, I, 3673 p. 197-205

Teyssié Bernard, *L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail* : D. 2004, chron. p. 1680-1687

Theron Jean-Pierre, *Responsabilité pour trouble anormal de voisinage en droit public et en droit privé* : JCP 1976, éd. G, I, 2802

Théry Philippe, *Les finalités du droit de la preuve en droit privé* : Droits 1996, p. 41-52

Théry René, *Trois conceptions de la famille dans notre droit* : D. 1953, chron. p. 47-52
L'intérêt de la famille : JCP 1972, éd. G, I, 2485

Thibaut François, *Le nom patronymique et l'attitude de l'Etat français à l'égard des changements de nom* : RRJ 1989, p. 17-58

Thibierge Catherine, *Enseigner le droit civil à l'aube du XXI^e siècle, in L'enseignement du droit civil à la fin du XX^e siècle – Libres propos sur une question fort peu débattue* : RTD civ. 1998, p. 306-313

Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit : RTD civ. 2003, p. 599-628

Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir : D. 2004, chron. p. 577-582

Thierry Jean, *Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine* : D. 1998, chron. p. 166

La communauté universelle, à la lumière des récents arrêts de la Cour de cassation : D. 1998, chron. p. 233-234

Thioye Moussa, *Le casse-tête récurrent du bref délai de l'article 1648 du Code civil : du contournement à la « neutralisation »* : Petites affiches 21 août 2000 n° 166, p. 6-12

Thiriez Frédéric, *Responsabilité pénale des élus : première application de la loi par les tribunaux* : Les échos, mercredi 20 sept. 2000, p. 73

Thouroude Jean-Jacques, *Vers un déclin du principe de l'opportunité des poursuites ?* : Gaz. Pal. 1981, 2, doct. p. 495-499

Thouvenin Dominique, *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1^{er}, du code civil* : D. 2000, chron. p. 485-490

La construction juridique d'une atteinte légitime au corps humain : Justices hors série mai 2001, p. 113-127

Tifine Pierre et Ach Nelly, *La police du cinéma et la liberté artistique (A propos du décret n° 2001-618 du 12 juillet 2001)* : Petites affiches 18 déc. 2001 n° 251, p. 14-19

Timsit Gérard, *Pour une nouvelle définition de la norme* : D. 1988, chron. p. 267-269

Sur l'engendrement du droit : RD publ. 1988, p. 39-75

M. le maudit – Relire Montesquieu, in Mélanges René Chapus, Droit administratif, Paris, Montchrestien, 1992, p. 617-632

Guy Braibant, un juge qui gouverne ?, in *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 685-713

Tixier Gilbert, *La règle du « reasonableness » dans la jurisprudence anglo-américaine* : RD publ. 1956, p. 276-298

Tournafond Olivier, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995 (SARL Garage Blandan-Buffoli Donald c/ Point et a.), Cass. 3^e civ., 24 janv. 1996 (SCI Arislia c/ Mme Foucault et a.), 14 févr. 1996 (Sté GSM Est c/ Cne de Mandœuvre et a.) et Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1996 (C^{ie} La Concorde c/ SARL Espace auto et a.) : D. 1997, somm. p. 346-347

Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mars 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : D. 2000, chron. p. 159-162

Tricot Daniel, *L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation* : JCP 2004, éd. G, I, 108 p. 225-230

Troper Michel, *Nécessité fait loi - Réflexions sur la coutume constitutionnelle*, in *Service public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 309-323

Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement : *Droits* 1986 n° 3, p. 11-24

Tunc André, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle* : *RTD civ.* 1945, p. 235-259

Force majeure et absence de faute en matière délictuelle : *RTD civ.* 1946, p. 171-211

Standards juridiques et unification du droit : *RID comp.* 1970, p. 247-261

Les causes d'exonération de la responsabilité de plein droit de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil : *D.* 1975, chron. p. 83-90

Coutume et « common law » : *Droits* 1986 n° 3, p. 51-61

L'équité en droit anglais et en droit américain : *Justices* n° 9 janv.-mars 1998, p. 123-129

Ueno Mamiko, *Les standards en droit japonais* : *RRJ* 1988, p. 909-925

Vallens Jean-Luc, *La loi sur le surendettement des particuliers (Commentaire du titre 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 relative à la préservation des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles)* : *ALD* 1990, comm. législ. p. 87-123

La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale : *D.* 1998, chron. p. 157-165

Vanderlinden Jacques, *Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate* : *RTD civ.* 1995, p. 69-84

Vareille Bernard, *L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme* : *D.* 2000, chron. p. 626-628

Vasseur Michel, *Urgence et droit civil* : *RTD civ.* 1954, p. 405-437

Note sous *Cass. com.*, 20 déc. 1982 (*Banque de Paris et des Pays-Bas c/ Creusot-Loire-Entreprises, Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company & Siegfried Dunes Sharjah Leasing Corporation, Nasib, Oman International Trading Company c/ Banque de Paris et des Pays-Bas et Creusot-Loire-Entreprises*) : *D.* 1983, p. -370

Vauvillé Frédéric, *Protection des créanciers et changement de régime matrimonial* : *JCP* 1999, éd. N, I, p. 715-719

Vedel Georges, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative* : *JCP* 1950, éd. G, I, 851

Schengen et Maastricht (A propos de la décision n° 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991) : *RFD adm.* 1992, p. 173-184

Verdier Jean-Maurice, *La protection des représentants des salariés dans l'entreprise : une logique du statut* : *Dr. soc.* 2001, p. 634-638

Verdot René, *La cohabitation* : *D.* 1964, chron. p. 121-132

De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes « d'administration » et des actes de « disposition » : *RTD civ.* 1968, p. 449-478

Vernardos Anastassios, *Les objectifs de la CEE comme standards du droit communautaire* : RRJ 1988, p. 953-960

Viandier Alain, *La crise dans la technique juridique* : Droits 1986 n° 4 : Crises dans le droit, p. 75-80

Viatte Jean, *L'autorité des motifs des jugements* : Gaz. Pal. 1978, I, doct. p. 84-86

Vidal José, *La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 1113-1136

Un droit à la connaissance de ses origines ?, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 733-753

Villey Michel, *Préface* : Arch. philo. dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 3-7

Modes classiques d'interprétation du droit : Arch. philo. dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 71-88

Séance du 21 févr. 1976 de la Société d'histoire du droit : Rev. histoire dr. 1976, p. 637

Vincent Catherine, *Les gendarmes deviennent experts en identification des corps* : Le Monde vendredi 19 janv. 2001, p. 23

Vincent Jean, *La procédure civile et l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz-Sirey, 1961, t. II : *droit privé, propriété industrielle, littéraire et artistique*, p. 303-341

Viney Geneviève, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde* : D. 1975, chron. p. 263-270

L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : D. 1998, chron. p. 291-299

Vioujas Vincent, *Dommages médicaux fautifs : l'offre manifestement insuffisante de l'assureur équivaut à une absence d'offre* : D. 2011, point de vue p. 2125-2126

Vitu André, *Le classement sans suite* : Rev. sc. crim. 1947, p. 505-526

Contrainte morale. Etat de nécessité : Rev. sc. crim. 1986, p. 87-93

Voirin Pierre, *La notion de chose dangereuse* : DH 1929, chron. p. 1-4

Vuillemain-Gonzales Carole, *La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi* : D. 2001, chron. p. 338-3344

Waline Marcel, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *La technique et les principes du droit public, études en l'honneur de Georges Scelle*, Paris, LGDJ, 1950, t. deuxième, p. 613-632

Weil Prosper, *Vers une normativité relative en droit international ?* : RGDI publ. 1982, p. 5-47

Werro Franz, *La tentation des dommages-intérêts punitifs en droit suisse des médias*, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Pessac, PUB, 2003, ouvrage édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Université Montesquieu-Bordeaux IV, avec la collaboration de Lukas Heckendorn, p. 745-765

Wester-Ouisse Véronique, *Responsabilité pour troubles anormaux : le modèle d'une responsabilité fondée sur le dommage* : RRJ 2007, p. 1219-1233

Wicker Guillaume, *La légitimité de l'intérêt à agir*, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux – Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Paris, Dalloz, 2006, p. 455-482

Wiederkehr Georges, *Qu'est-ce qu'un juge ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 575-586

Wigny Pierre, *Responsabilité contractuelle et force majeure* : RTD civ. 1935, p. 19-95

Witz Claude, *Droit uniforme de la vente internationale de marchandises* : D. 1998, somm. p. 307
Plaidoyer pour un code européen des obligations : D. 2000, chron. p. 79-83
Droit uniforme de la vente internationale de marchandises : D. 2000, somm. p. 433

Woog Jean-Claude et Laurin Yves : Rép. pr. civ. Dalloz, v° *Amicus curiae*, avr. 1993, 6 p.

Wróblewski Jerzy, *L'interprétation en droit : théorie et idéologie* : Arch. philo dr., tome 17 : *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, publié avec le concours du CNRS, p. 51-69
Les standards juridiques : problèmes théoriques de la législation et de l'application du droit : RRJ 1988, p. 847-870

Yokaris A., *L'utilisation des standards dans les traités et les textes plurilingues* : RRJ 1988, p. 929-939

Zaki Magdi Sami, *Définir l'équité* : Arch. philo dr., tome 35 : *vocabulaire fondamental du droit*, Paris, Sirey, 1990, publié avec le concours du CNRS, p. 87-118

Zénati Frédéric, *La saisine pour avis de la Cour de cassation (loi n° 91-491 du 15 mai 1991 et décret n° 92-228 du 12 mars 1992)* : D. 1992, chron. p. 247-254
L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil (conférence Ottawa, 20 octobre 2000) : D. 2002, chron. p. 15-22

Zénati Frédéric et Fournier Stéphanie, *Essai d'une théorie unitaire de la prescription* : RTD civ. 1996, p. 339-353

Ziembinski Zygmunt, *Les principes de la vie en société en tant que standard des droits socialistes (L'exemple polonais)* : RRJ 1988, p. 895-908

III – Législation

Charrier Jean Loup, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, 2002, coll. Juris classeur Juris code, 383 p.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Paris, éd. du Seuil, 2001 coll. Points-Essais n° 469, témoignage et commentaires de Guy Braibant, 334 p.

Code civil allemand, Paris, Imprimerie nationale, 1904 MDCCCCIV, traduit et annoté par C. Bufnoir, J. Challamel, J. Drioux, F. Gény, P. Hamel, H. Lévy-Ullmann, R. Saleilles, 649 p.

Charrier Jean Loup, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Litec, 2002, coll. Juris classeur Juris code, 383 p.

Charte des Nations Unies, Statut et règlement de la Cour et autres textes, Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, n° 5, 1989, 268 p.

Declaration of colonial rights : resolutions of the first continental Congress - October 14, 1774 : <http://www.constitution.org/bcp/colright.htm>

Declaration of Independance (Adopted in Congress 4 july 1776) - The Unanimous Declaration of the Thirteen United States of America : <http://www.constitution.org/usdeclar.htm>

Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 déc. 1948 : JO 19 févr. 1949, p. 1859-1861

Dubouis Louis et Gueydan Claude, *Les grands textes du droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 2005, coll. Grands textes, Tome I : *Traité - Institutions - Ordre juridique*, 656 p.

Le Code de Hammurapi, Paris, Cerf, 1973, coll. Littératures anciennes du Proche-Orient, introduction, traduction et annotation d'André Finet, ouvrage publié avec le concours du CNRS, 155 p.

Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, Metz-Paris, Behmer et Lamort – Rondonneau, an XIII (1805), traduits en français par M. Hulot et M. Berthelot, 7 t.

Lardy-Pélissier Bernadette et al., *Le Nouveau Code du travail annoté*, Paris, Groupe Revue fiduciaire, 31^e éd. 2011, coll. Les codes RF, 2612 p.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 23. Mai 1949 : www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Paris, Imprimerie nationale, 2005, 191 p.

IV - Autres œuvres

I. Ouvrages non juridiques

Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Paris, Librairie Générale Française, 1992, coll. Le livre de poche - Classiques de la philosophie n° 4611, Traduction de J. Barthélémy Saint-Hilaire, revue par Alfredo Gomez-Muller, Préface et notes d'Alfredo Gomez-Muller, 447 p.

Arnauld Antoine et Nicole Pierre, *La logique ou l'art de penser contenant, outre les règles communes, plusieurs observations nouvelles propres à former le jugement*, in *Œuvres philosophiques d'Arnauld comprenant Les objections contre les méditations de Descartes, La logique de Port-Royal, Le traité des vraies et des fausses idées* et publiées avec des notes et une introduction par C. Jourdain, Paris, L. Hachette éd., 1843, p. 21-346

Aron Raymond, *Les étapes de la pensée sociologique - Montesquieu. Comte. Marx. Tocqueville. Durkheim. Pareto. Weber*, Paris, Gallimard, 1967, coll. tel n° 8, 663 p.

Badinter Elisabeth, *XY, De l'identité masculine*, Paris, Odile Jacob, 1992, coll. Le livre de poche n° 9783, 319 p.

Bernanos Georges, *Dialogue des carmélites*, Paris, éd. du Seuil, 2^e éd. 1996, coll. Points n° P219, 155 p.

Bernard Claude, *Principes de médecine expérimentale*, Paris, PUF, 1947, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Logique et Philosophie des Sciences, Avant-propos par le Pr. Léon Binet, Introduction et notes par le Dr Léon Delhoume, 308 p.

Berque Augustin, *Vivre l'espace au Japon*, Paris, PUF, 1982, coll. Espace et liberté, 222 p.

Brown Peter, *La vie de saint Augustin*, Paris, Le Seuil, 2001, coll. Points Histoire n° H 287, Nouvelle édition augmentée, traduit de l'anglais par Jeanne-Henri Marrou, Préface à la nouvelle édition et épilogue traduits par Denis Trierweiler, 675 p.

Camus Albert, *Le mythe de Sisyphe - Essai sur l'absurde*, Paris, Gallimard, 1942, coll. folio essais n° 11, 189 p.

Constant Benjamin, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements (version de 1806-1810)*, Paris, Hachette Littératures, 1997, coll. Pluriel n° 861, Préface de Tzvetan Todorov, Texte établi et introduit par Etienne Hofmann, 447 p.

Le Coran, Editions Philippe Lebaud, 1979, coll. Points Sagesse n° Sa 132, traduit de l'arabe par Jean Grosjean, 390 p.

Declerck Patrick, *Les naufragés, Avec les clochards de Paris*, Paris, Plon, 2001, coll. Terre Humaine, 458 p.

Descartes René, *Discours de la méthode suivi de La Dioptrique*, Paris, Gallimard, 1997, coll. folio essais n° 158, Edition établie et présentée par Frédéric de Buzon, 345 p.

Œuvres philosophiques de Descartes, Paris, Auguste Desrez, MDCCCXXXVIII, publiées d'après les textes originaux, par L. Aimé-Martin, 779 p.

Diderot Denis, *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1994, coll. Bouquins, édition établie par Laurent Versini, publié avec le concours du Centre national des Lettres, Tome I : *Philosophie*, 1490 p.

Supplément au voyage de Bougainville, Paris, Hatier, 2007, coll. Classiques et C^{ie} n° 66, notes et dossier Florian Alix, 127 p.

Durkheim Emile, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 6^e éd. 2004, coll. Quadrige Grands textes, 416 p.

Leçons de sociologie, Paris, PUF, 5^e éd. 2010, coll. Quadrige Grands textes, 245 p.

Einstein Albert, *La relativité - Théorie de la relativité restreinte et générale - La relativité et le problème de l'espace*, Paris, Editions Gauthier-Villars, 1956, éd. Petite bibliothèque Payot n° P 25, 1963, traduit de l'allemand par Maurice Solovine, 184 p.

Gandouin Jacques, *Guide du protocole et des usages*, Paris, Stock, 7^e éd. 1995, 600 p.

Goldfarb Bernard et Pardoux Catherine, *Introduction à la méthode statistique - Gestion. Economie*, Paris, Dunod, 4^e éd. 2004, coll. Eco Sup Manuel et exercices corrigés, 350 p.

Granger Gilles-Gaston, *Pensée formelle et sciences de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2010, coll. Archives Karéline, 226 p.

Grais Bernard, *Techniques statistiques. 1 Statistique descriptive*, Paris, Dunod, 3^e éd. 2000, coll. Eco Sup Manuels, 280 p.

Techniques statistiques. 2 Méthodes statistiques, Paris, Dunod, 3^e éd. 2003, coll. Eco Sup Manuels, 401 p.

Guitry Sacha, *Le nouveau testament*, comédie en quatre actes, 1934, in *Théâtre et Mémoires d'un tricheur*, Paris, Presses de la Cité, 1991, coll. omnibus, préface de Jean-Claude Brialy, p. 1025-1091

Gurvitch Georges, *La multiplicité des temps sociaux*, in *La vocation naturelle de la sociologie*, Paris, PUF, 1963, coll. Bibliothèque de sociologie contemporaine, t. II : *Antécédents et perspectives*, p. 325-340

Haarscher Guy, *La laïcité*, Paris, PUF, 3^e éd. 2005, coll. Que sais-je ? n° 3129, 126 p.

Habermas Jürgen, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Flammarion, 2004, coll. Champs, traduction de Mark Hunyadi, 202 p.

Hamelin Octave, *Essai sur les éléments principaux de la représentation*, Paris, PUF, 3^e éd. 1952, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, comm. André Darbon, 392 p.

Heidegger Martin, *Gesamtausgabe*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1997, I. Abteilung : *Veröffentlichte Schriften 1910-1976*, Band 6.2 : *Nietzsche II*, 454 p.

Hladik Jean, *La relativité selon Einstein*, Paris, Ellipses édition Marketing, 2000, coll. L'esprit des sciences n° 9, 128 p.

Hobbes Thomas, *Léviathan : Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Paris, Dalloz, 1999, coll. Bibliothèque Dalloz, 474 p.

Hugo Victor, *L'homme qui rit*, Paris Gallimard, 2002, coll. folio classique n°3616, Introduction de Pierre Albouy, Edition établie et annotée par Roger Borderie, 838 p.

Husserl Edmund, *Idées directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologique pures*, Paris, Gallimard, 1950, coll. Tel n° 94, traduit de l'allemand par Paul Ricœur, Tome premier : *Introduction générale à la phénoménologie pure*, 567 p.

Kafka Franz, *La métamorphose*, Paris, Gallimard, 1955, coll. folio n° 74, Traduit de l'allemand par Alexandre Vialatte, 185 p.

Kant Emmanuel, *Principes métaphysiques de la morale*, Paris, Levrant, 1830, traduits de l'allemand par Cl. Jos Tissot, 212 p.

Critique de la raison pratique, Paris, PUF, 5^e éd. 1966, coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, Traduction française de François Picavet avec une Introduction de Ferdinand Alquié, 192 p.

Fondements de la métaphysique des mœurs, Paris, Nathan, 1989, coll. Les intégrales de philo n° 8, traduction par Victor Delbs, présentation et commentaires de Pierrette Bonet, 112 p.

Projet de paix perpétuelle - Esquisse philosophique, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1947, 87 p.

de La Bruyère Jean, *Les Caractères ou Les Mœurs de ce siècle*, Paris, Gallimard, 1975, coll. folio classique n° 693, Préface de Marcel Jouhandeau, Edition d'Antoine Adam, 508 p.

de La Fontaine Jean, *Fables choisies mises en vers*, Paris, Gallimard, 1991, coll. folio classique n° 2246, Edition présentée, établie et annotée par Jean-Pierre Collinet, 582 p.

de Lavoisier Antoine-Laurent, *Traité élémentaire de chimie*, Sceaux, Jacques Gabay, 1992 (réimpression Paris, chez Cuchet, 1789), 362 p.

Maffesoli Michel, *Le temps des tribus - Le déclin de l'individualisme dans les sociétés de masse*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1988, coll. sociologies au quotidien, 226 p.

La Transfiguration du politique - La tribalisation du monde, Paris, Grasset & Fasquelle, 1992, coll. Le livre de poche - biblio essais n° 4207, 243 p.

Marcuse Herbert, *L'homme unidimensionnel - Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*, Paris, éd. de Minuit, 1968, coll. Arguments n° 34, Traduit de l'anglais par Monique Wiitig et l'auteur, 283 p.

Marx Karl, *Misère de la philosophie - Réponse à la Philosophie de la Misère de Proudhon*, Paris, Payot, 2002, coll. Petite bibliothèque Payot n° 294, préface Jean Kessler, 254 p.

Mendès-France Pierre, *Œuvres complètes – Tome 3 : Gouverner, c'est choisir : 1954-1955*, Paris, Gallimard, 1986, coll. Hors série, 831 p.

de Montaigne Michel Eyquem, *Les essais, livre II*, Paris, PUF, 2^e éd. 1992, coll. Quadrige n° 95, édition conforme au texte de l'exemplaire de Bordeaux avec les additions de l'édition posthume, l'explication des termes vieillissés et la traduction des citations, une étude sur Montaigne, une chronologie de sa vie et de son œuvre, le catalogue de ses livres et la liste des inscriptions qu'il avait fait peindre dans sa librairie, des notices, des notes, un appendice sur l'influence des Essais et un index par Pierre Villey sous la direction et avec une préface de V.-L. Saulnier, 788 p.

de Montesquieu Charles-Louis de Secondat, *Lettres persanes*, Paris, Flammarion, 1995, coll. GF n° 844, édition de Laurent Versini, 347 p.

Moscovici Serge, *La machine à faire des dieux - Sociologie et psychologie*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1988, coll. L'espace du politique, 485 p.

Pareto Vilfredo, *Traité de sociologie générale*, Genève, Droz, 1968 (réimpression Lausanne-Paris, Librairie Payot et C^{ie}, 1918), coll. Travaux de droit, d'économie, préface de Raymond Aron, 1818 p.

Poincaré H., *La Valeur de la Science*, Paris, Flammarion, 1948, coll. Bibliothèque de Philosophie scientifique, 278 p.

Pupion Georges, *Statistiques descriptives et décisionnelles appliquées à l'économie et à la gestion*, Paris, PUF, 1988, coll. Gestion, 314 p.

Rabelais François, *La vie très horricque du grand Gargantua père de Pantagruel*, Paris, Gallimard, 1965, coll. Folio classique n° 773, publié sur le texte définitif, établi et annoté par Pierre Michel, Préface de Michel Butor, 445 p.

Ricœur Paul, *Le juste*, Paris, éd. Esprit, 1955, série "philosophie", 221 p.
Soi-même comme un autre, Paris, Seuil, 1990, coll. Points-Essais n° 330, 424 p.

Rousseau Jean-Jacques, *Emile ou de l'éducation*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966, n° 117, Chronologie et introduction par Michel Launay, 633 p.

Sauvy Alfred, *Le pouvoir et l'opinion : essai de psychologie politique et sociale*, Paris, Payot, 1949, coll. Bibliothèque politique et économique, 188 p.

Shakespeare William, *Hamlet*, Paris, Garnier-Flammarion, 1995, coll. Edition bilingue n° 762, Texte original, traduction, introduction, notes, chronologie et bibliographie par François Maguin, 543 p.

Stendhal, *Le Rouge et le Noir, Chronique du XIX^e siècle*, Paris, Gallimard, 1972, coll. folio n° 17, Préface de Claude Roy, Postface et notes de Béatrice Didier, 701 p.

Strauss Léo, *La renaissance du rationalisme politique classique*, Paris, Gallimard, 1993, coll. Bibliothèque de philosophie, traduction de Pierre Guglielmina, 403 p.

Tolstoï Léon, *Anna Karénine*, Paris, Gallimard, 1952, coll. folio classique n° 2660, Préface de Louis Pauwels, Traduction et notes d'Henri Mongault, Dossier d'Anna Karénine présenté et traduit par Sylvie Luneau, 911 p.

Vian Boris, *L'automne à Pékin*, suivi de *Avant de relire « L'automne à Pékin »* par François Caradec, Paris, Les éditions de Minuit, 2003, coll. "double" n° 3, 299 p.

Vivant Denon Dominique, *Point de lendemain*, Paris, Gallimard, 1995, coll. folio classique n° 2739, éd. de Michel Delon, suivi de Jean-François de Bastide, *La petite maison*, 217 p.

Voltaire, *Le Sottisier*, Aix-en-Provence, éd. Alinéa, 1992, coll. L'intemporel, 147 p.

Weber Max, *Le savant et le politique*, Paris, Union générale d'édition-Plon, 1963, coll. 10-18 n° 134, traduit de l'allemand par Julien Freund, révisé par E. Fleischmann et Eric de Dampierre, Préface de Raymond Aron, 223 p.

Wilde Oscar, *Le portrait de Dorian Gray*, Paris, Stock - Librairie générale française, 1983, coll. Le livre de poche n° 569, Traduction nouvelle par Edmond Jaloux et Félix Frapereau, Préface de Dominique Fernandez, 285 p.

2. Filmographie et discographie

Brassens Georges, *Les trompettes de la renommée*, in *Georges Brassens*, Paris, PolyGram distribution, 1987-1991, coll. master série, vol. 1, n° 2, 5 min. 11 s.

Chaplin Charlie, *Modern Times*, Chaplin-United Artists, 1936, 87 min.

Clark Larry et Lachman Edward, *Ken Park*, film américain, français et néerlandais, Kees Kasander, Jean-Louis Piel, 2003, 95 min.

Geronimi Clyde, Jackson Wilfred et Luske Hamilton, *Peter Pan*, Burbank-California, Walt Disney Pictures, 1953, 76 min.

Jacquet Luc, *La marche de l'Empereur*, Paris, Bonne Pioche, 2004, 84 min.

Leconte Patrice, *Ridicule*, Paris, CNC – Cinéma - France 3 cinéma – StudioCanal - Polygram Audiovisuel - Sofica Investimage 4, 1996, 102 min.

INDEX ALPHABETIQUE

Les folios renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Abandon *cf. Désintérêt manifeste*

Absence : 240

Abstraction : 13, 31 s., 134, 222 s., 249

Abus : 30, 65, 68, 78, 85, 89, 93, 186, 189, 198, 200, 215, 245, 248, 261, 276-277, 285 s., 294, 306, 316, 321

Accident grave *cf. Grave*

Acte

- grave *cf. Gravité*

- usuel : 77

Adaptation *cf. Casuistique*

Adoption : 43, 64-65, 70 s., 116-117, 124, 155-156, 187, 225, 258, 318

Adultère *cf. Divorce, Filiation*

Affectation d'une particulière gravité *cf. Gravité*

Altération définitive *cf. Divorce*

Amicus curiæ : 142

Anomalie : 200 s., 277, 321

Anormalité : 66, 229, 262 s., 276, 283

Apparence : 248, 270 s.

Servitude non apparente : 271

Appréciation : 6, 22, 34, 51, 144, 157, 202, 215, 226, 228, 230, 253 s., 276, 305, 307, 321

- *in abstracto* : 129, 222 s., 261, 271, 287

- *in concreto* : 85, 129, 214, 223, 227, 249, 261, 280, 284, 287, 303

Pouvoir souverain d'-' : 59, 124, 140, 144 s., 179, 288

Arbitraire

- judiciaire *cf. Interprétation*

- législatif : 228 s.

Arrêt de règlement : 29, 112, 115

Autorité de chose jugée : 116, 127

Autorité judiciaire : 28 s., 46 s., 79, 100, 102-103, 109, 114, 117, 127, 138, 145, 174, 212, 226, 251, 254, 256, 289, 321-322

Impartialité : 113, 124 s., 143, 205, 251

Gouvernement des juges : 36, 45, 112-113, 117, 120

Autorité parentale : 56, 65, 70, 77, 87, 124, 139, 158-159, 187, 205, 215, 225, 233, 245, 254 s., 279, 284, 310

Avantage excessif : 254

Avortement : 5, 56, 77, 317

B

Bail : 76, 96, 157, 178, 225, 254, 276, 290, 306

Bon état de réparation : 290

Grandes avances : 259

Grosses réparations : 33, 187, 229

Logement convenable : 179

Logement décent : 159, 187

Réparations urgentes : 187

Bible *cf. Religion*

Biens : 51, 58, 104, 124, 155, 157, 178, 276
 Empiètement minime : 317
 Immeuble commodément
 partageable : 146
 Mal considérable : 60
 Partie considérable : 26, 187, 194
 Biologie *cf. Sciences*
 Bioéthique : 56, 88, 142, 174, 188
 Bon
 - dol : 18
 - état de réparation *cf. Bail*
 - père de famille : 5, 34, 52, 57-58,
 62, 174, 193, 213, 258, 280, 290, 311, 322
 Bonne foi : 28, 34, 64, 71, 75, 83, 94, 96,
 114, 157 s., 213, 215, 218, 248, 259, 274
 s., 290, 317
 Bonnes
 - mœurs : 7 s., 16, 34, 38, 49, 55,
 89-90, 124, 172, 174, 193, 213, 215, 217,
 221, 230, 245, 249, 255, 280, 322
 - pratiques professionnelles : 174
 Bref délai *cf. Prescription*
 Bruit : 229, 317

C
 Capacité : 16, 28, 56 s., 65, 78, 84, 86, 95,
 134, 138, 155, 157, 197, 228, 230, 248,
 257, 260, 276
 Caractères
 - de la règle de droit *cf. Règle de
 droit*
 - très apparents : 96
 Casuistique : 43, 116, 124, 138, 195, 203-
 204, 209 s., 216 s., 223, 234, 287
 Causalité : 296
 Cause
 - grave : 258
 - licite *cf. Contrat*
 Caution : 52, 317
 Changement important : 63, 249, 258
 Charges du ménage : 58
 Chômeur *cf. Demandeur d'emploi*
 Chose jugée : 260, *cf. Autorité de chose
 jugée*
 Circonstance particulière : 66, 259, 311
 Classe sociale *cf. Droit de classe*
 Clause abusive *cf. Contrat*
 Clause d'exceptionnelle dureté *cf. Divorce*
 Clause pénale *cf. Contrat*
 Commodément partageable *cf. Biens*

Common law *cf. Droit comparé*
 Comportement grave *cf. Grave*
 Concept *cf. Notion*
 Condition purement potestative : 232
 Conformité : 104, 119 s., 127, 188, 217,
 223, 225, 244, 251, 260, 263, 290
 Conseil constitutionnel : 60, 99, 112, 114,
 117, 124, 127, 144, 152, 155, 170, 174,
 194, 231, 318-319
 Consentement : 50, 64, 93, 240
 Mal considérable : 60, 157
 Vice du consentement : 26, 60, 85,
 93, 157, 159
 Conséquences graves *cf. Grave*
 Consommation excessive et habituelle :
 194, 310
 Constitution : 39, 42, 48, 49, 106, 111 s.,
 125 s., 132, 155, 169, 206, 231, 262, 267,
 312
 Contestation sérieuse : 187
 Contexte : 63, 66, 98, 102, 121, 124, 129,
 140, 149, 205, 208 s., 217, 223, 226, 229,
 233, 236-237, 243, 250 s., 260 s., 287 s.,
 299, 303 s., 311, 317, 319, 321-322, *cf.*
Sanction
 - législatif : 148 s., 263
 Contradictoire *cf. Principe du contradictoire*
 Contrat : 55, 57, 85, 96 s., 123, 155, 178-
 179, 232, 249, 276, 303, 306, 317
 Cause licite : 194
 Clause abusive : 60, 78, 117, 215,
 247, 254, 276
 Clause pénale : 78, 123, 228, 317
 Vice du consentement *cf.*
Consentement
 Contrepartie sérieuse *cf. Prix*
 Contrôle de cassation : 92, 122 s., 178 s.,
 286, 289, 302, 323
 Convention
 - européenne des droits de
 l'homme (CEDH) : 39, 67, 85, 89, 99, 112,
 123 s., 143, 155, 191, 217, 221, 226, 229,
 232, 244 s., 251, 254, 260 s., 280, 291,
 306, 308, 312, 317, 322
 - internationale des droits de
 l'enfant (CIDE) : 65, 123
 - de New-York *cf. Convention
 internationale des droits de l'enfant*
 Coran *cf. Religion*

Couple : 155, 194, 228, 233, 249, 255, *cf. Mariage, Pacte civil de solidarité*
 Courte citation : 244
 Coût loyal *cf. Prix*
 Coutume : 7, 128, 161-162, 165 s., 174, 196 s., 211, 218, 229, 233 s., 247, 263-264, 269, 282 s., 321
 Preuve de la - : 176
 Curatelle *cf. Majeur protégé*

D

Danger

- grave *cf. Grave*
- manifeste : 194

Définition : 2, 20, 150, 204, 229, 323

Degré *cf. Manquement*

Délai : 85, 178, 240, *cf. Prescription*

- injustifié : 158
- minimum : 67
- raisonnable : 123

Demandeur d'emploi : 5

Déni de justice : 29, 105 s., 111, 251

Dépense manifestement excessive : 158, 259

Déséquilibre significatif : 60, 78

Désintérêt manifeste *cf. Enfant*

Dettes indéterminées : 192

Difficulté

- grave : 258
- juridique sérieuse : 240

Diligences normales : 246, 276

Discernement : 16, 143, 230, 248, 311

Discrimination *cf. Egalité*

Disproportion *cf. Proportionnalité*

- manifeste : 51

Divorce : 5, 28, 63, 65-66, 90, 123-124, 139, 158, 194, 215, 225, 233, 245, 249, 255, 258 s., 306, 310, 318

 Adultère : 124, 249

 Altération définitive du lien conjugal : 66, 263

 Exceptionnelle dureté : 52, 66, 249, 259

 Injures graves : 5, 90, 215, 258

- pour faute : 5, 28, 43, 66, 124,

127, 173, 215, 258, 318

Dol : 51, 93, 98, 158, *cf. Bon dol*

Domicile : 85

 Principal établissement : 85

 Résidence de la famille : 86

 Résidence habituelle : 187

 Résidence secondaire : 86

Domage *cf. Préjudice*

- imminent : 187

-s-intérêts punitifs : 310, 318

Doute

- sérieux : 5

Droit de classe : 18, 201 s., 211, 214-215, 233, 317

 Tribalisme : 201-202, 211 s., 221, 236, 260, 283

Droit comparé

 Allemagne : 85-86, 152, 162, 171, 174, 177, 187, 212, 214-215, 254-255, 260, 276, 318

 Brésil : 7, 214-215, 218

 Canada : 217

Common law : 7, 51, 58, 70, 75, 101, 112 s., 117, 123, 126-127, 142, 154, 162, 170-171, 175, 212, 255, 310, 318,

 Japon : 170, 186, 221

 Pologne : 67

 Québec *cf. Canada*

 Suisse : 20, 35, 50, 89, 116, 124, 127, 159, 170, 260, 310

 URSS : 216

Droit flou : 3 s., 50, 52-53, 102, 108, 149, 197, 208, 228 s., 244, 321, *cf. Loi rigide*

Droit international : 68, 174, 219 s., 227, *cf. Convention*

Droit naturel : 32, 65, 76, 102, 119-120, 126, 143, 179, 187 s., 245, 255, 307, 317, 319

Droit de nuire : 315

Droit pénal : 49, 52, 54, 56, 58, 70 s., 85, 88-89, 123, 126-127, 146, 157, 159, 207, 220-221, 256, 260, 287, 299, 308 s., 322

Droit subjectif : 56, 70, 74, 79, 89, 103, 188, 200, 246, 259, 267, 286, 306, 315, 317, 322

E

Effectivité de la règle de droit *cf. Effet utile*

Effet utile : 46, 123, 189, 191, 201, 216, 221, 231, 256, 264

Egalité : 78, 95, 120, 123, 156, 162, 180 s., 197-198, 205, 211, 214-215, 227, 231, 233, 249, 257, 307-308, 312, 319

Einstein Albert *cf. Relativité*

Emergence sonore *cf. Bruit*

Empêchement grave : 258
Empiètement minime *cf. Biens*
Empirisme : 132, 161 s., 195, 251
Enfant : 222, 248, 254
 Désintérêt manifeste : 5, 33, 65,
123, 158-159, 258, 279, 310, 318
 Intérêt de l' - *cf. Intérêt*
Epistémologie : 2
Equilibre *cf. Proportionnalité*
Equité : 43, 51, 189, 215, 283, 295, 302,
310 s.
Erreur : 28, 94, 123, 248, 276, 311
 - commune : 28
 - grossière : 247
 - inexcusable : 94
 - légitime :
 - manifeste : 54, 247, 260
Estoppel : 75
Etat des personnes : 70, 85, 142, 155, 189,
240, 253, 255, 290
Evidence : 169, 208, 238 s., 246 s., 261,
264, 269 s., 285, 295, 317-318
Exceptionnelle
 - dureté *cf. Divorce*
 - gravité : 34, 63, 98-99, 123, 258-
259, *cf. Gravité*
Excès : 5, 76, 78, 90, 194, 201, 228, 246,
248, 252, 259, 271, 277, 286, 293, 297,
306, 312, 316, 321
Exonération : 99, 296 s., 310
 Force majeure : 296 s.
Expertise : 141, 226

F

Faillite : 214, 318
Famille : 155, *cf. Filiation, Mariage, Vie*
Faute : 57, 93-94, 96 s., 123, 157, 214, 276,
286-287, 310-311, 315
 - caractérisée : 99
 - contractuelle *cf. Responsabilité*
civile
 - délictuelle *cf. Responsabilité civile*
Divorce pour - : 5, 28, 43, 66, 124,
127, 215, 258
 - dolosive : 98, 310, 317
 - grave : 38, 97-98, 180, 245, 258,
308 s., 315, 318
 - inexcusable : 98-99, 259, 310-311
 - intentionnelle : 98-99, 310
 - légère : 90, 98-99

 - lourde : 98-99, 158, 246, 249,
260, 276-277, 317
Fiançailles : 124
Filiation : 59, 72-73, 123, 146, 268
 - adultérine : 5
 Possession d'état : 124, 147
Finalité *cf. Téléologie*
Foi *cf. Bonne foi, Religion*
Folklore : 162
Force
 - majeure *cf. Exonération*
 - subite : 187, 194
Forte probabilité : 56

G

Gouvernement des juges *cf. Autorité*
judiciaire
Grande
 détresse : 33
 -s avances *cf. Bail*
Grave *cf. Gravité*
Accident - : 258
Acte - : 29
Altération des facultés : 62, 66, 259
Affection - : 56
Cause - : 258
Comportement - : 146
Conséquence - : 259
Danger - : 259
Difficulté - : 258
Empêchement - : 258
Faute - : *cf. Faute*
Indice - : 72, 279-280
Injure - : 90, 215, 258
Maladie - : 258
Manquement - : 51, 66, 306
Motif - : 5, 65, 72, 139, 145, 173,
194, 215, 233, 258
Péril - : 56
Préjudice - : 317
Présomption - : *cf. Présomption*
Violation - : 5, 28, 66, 173, 194,
310,
Gravité : 29, 72, 53, 65, 66, 72, 77, 90, 93,
214, 258, 260, 276, 306, 310, 315, 317
 Affection d'une particulière - : 56
 Exceptionnelle - : 34, 63, 98-99,
123, 258-259
 Obligation de résultat : 96
Grosses réparations *cf. Bail*

H

Hierarchie des normes : 115 s., 160

I

Illicite : 245

Immutabilité : 68 s., 73, *cf. Principe*

Filiation : 72-73

Nom : 70-71

Impartialité *cf. Autorité judiciaire*

Impossibilité manifeste : 28, 318

Imprévision : 123

Incapacité *cf. Majeur protégé, Mineur*

Inconduite notoire : 194, 310

Indemnisation *cf. Réparation*

Indice grave : 72

Indisponibilité *cf. Principe*

Individualisation *cf. Sanction*

Infans conceptus : 56

Information *cf. Obligation d'information*

Injures graves *cf. Divorce, Grave*

Intégrité corporelle *cf. Principe*

Intérêt : 158

- commun : 306

- de l'enfant : 5, 52, 65, 70, 123,

146, 193-194, 258, 318

- de la famille : 71, 159, 276, 284,

306

- général : 112, 193, 198, 246, 317

- légitime : 70, 72, 123, 154, 158-

159, 191, 240, 255, 258, 276, 287, 290,

318

- majeur : 154

- du ménage : 276

- particulier : 58 s., 70-71, 78, 124,

158, 198, 234

Interpolation : 83 s., 92 s.

Interprétation : 29, 38, 46 s., 102, 106 s.,

117 s., 127 s., 152, 192, 208, 212, 215,

218, 243, 321

Arbitraire : 20, 24, 31, 39, 43, 48,

102, 117 s., 121 s., 129, 131, 151, 159,

161, 203, 208, 228, 245, 249 s., 260, 280-

281, 322

- stricte : 24, 322

IVG *cf. Avortement*

J

Jeu : 55

Juge *cf. Autorité judiciaire*

Jurisprudence : 81, 101, 108, 117, 127,
179, 206, 289, 309

Précédent : 101, 117, 127

Reviement de - : 47, 127, 155

Juste

- motif *cf. Motif*

- prix *cf. Prix*

Justice : 292, 294

- commutative : 60, 188, 307, 309

- distributive : 307, 312-313

- restauratrice : 312

L

Légalité *cf. Principe de légalité*

Légistique : 1, 3 s.

Légitimité : 66, 112 s., 189, 218, 240, 255,

268, 280, 284, 318

Lésion : 228, 240

Liberté : 29, 51, 55, 66-67, 78, 89, 141,

188, 215, 246, 249, 253 s., 260 s., 276,

287-288, 322

Logement

- convenable *cf. Bail*

- décent *cf. Bail*

Loi *cf. Règle de droit*

- rigide : 53, 85, 166, 197, 201-202,

213, 218, 221, 224, 228-229, 238, 244,

249, 251, 253, 260, 286, 304, 307, 318, *cf.*

Droit flou

Loyauté : 75-76, 96, 259, 275

M

Maintien intolérable : 66

Majeur protégé : 5, 56, 58, 60, 62, 77, 155,

157, 225, 248, 259, 276, 312

Majorité : 16, 77, 110, 172, 174, 228 s.,

306, 317

Maladie grave *cf. Grave*

Mal considérable *cf. Biens, Vice du*

consentement

Manifestement disproportionné : 317

Manquement

Degrés : 30, 53, 57, 97, 99, 129,

157, 215, 239, 243, 256, 259, 277 s., 290,

312

- grave : 51, 52, 66, 306

Marge nationale d'appréciation : 244

Marginalité *cf. Situations marginales*

Mariage : 60, 86, 155, 158, 173, 249, 258,

276, 306, 318

Mauvais dol *cf.* *Bon dol*
Mauvaise foi *cf.* *Bonne foi*
Médiation : 7
Mesures d'instruction : 133 s., 226
Mineur : 56, 62, 72, 77, 155, 194, 225, 248, 254
Ministère public : 49, 142, 173
Minorité *cf.* *Mineur*
Mitigation : 305 s.
Modèle : 109, 214 *cf.* *Norme de référence*
Mœurs *cf.* *Bonnes mœurs*
Morale : 20, 53-54, 58, 162, 174, 186 s., 201, 205, 217, 221, 232, 245, 252, 286, 305 s.
Motif
- grave : 5, 65, 72, 124, 139, 145, 194, 233, 258
Impérieux - : 127, 146
Juste - : 116, 258
- légitime : 76, 154, 173, 179, 254, 258
- sérieux : 154, 254, 258
Motivation : 43, 44, 121 s., 181, 189, 245, 288-289
Moyens : 133, 220, 267, 269
- sérieux : 5

N

Nationalité : 70, 89, 115, 195, 187, 225, 276, 284
Résidence habituelle : 187
Services exceptionnels : 26
Nécessairement mortifère : 287
Nom et prénom : 70, 123, 129, 154, 158-159, 189, 253 s., 258, 279, 287
Normalité : 7, 33, 149, 174, 227, 232, 238, 246, 249, 260, 287 s., 292 s., *cf.* *Anormalité*
Norme
Hiérarchie des - : 115 s., 160
- de référence : 22 s., 30, 122, 129, 134, 155, 162, 168, 174, 182, 184, 215, 221, 233, 238, 242 s., 257, 260, 263, 290, 293, 307, 312, 320
Notion : 11 s.

O

Objet certain : 194
Obligation
- d'entretien : 58
- de veiller à ses intérêts : 305

- d'information : 96
- non sérieusement contestable : 249
Offre manifestement insuffisante : 248
ONU : 126, 262, 312
Opinion publique : 7
Ordre
- public : 7, 51, 56, 59-60, 72, 78, 86 s., 123, 129, 155, 159, 179, 185 s., 190 s., 200, 228 s., 234, 243 s., 252 s., 260, 306, 322
- social : 55 s., 94, 223, 245, 256, 286, 288
Ouvrage extérieur : 271

P

Pacte civil de solidarité (Pacs) : 194, 225, 319
Parent le plus diligent : 258
Parlement *cf.* *Pouvoir législatif*
Partie considérable *cf.* *Biens*
Péril
- grave *cf.* *Gravité*
- imminent : 158, 258
Personnalisation *cf.* *Sanction*
Personne raisonnable *cf.* *Raisonnable*
Position anormale : 215, 276
Possession
- d'état *cf.* *Filiation*
- équivoque : 276
Pouvoir
- judiciaire *cf.* *Autorité judiciaire*
- législatif : 48, 54, 81, 102, 108 s., 170, 223, 228, 232
- souverain d'appréciation *cf.* *Appréciation*
Précédent *cf.* *Jurisprudence*
Préjudice : 57, 96, 99, 264, 310
- acceptable : 313, 319, 321
Dommage : 310, 318
- grave et spécial : 317
- légitime : 315 s.
- réparable : 315 s.
Prénom *cf.* *Nom*
Prescription : 228, 260, 276, 306
Bref délai : 67, 85, 127, 158, 179, 230, 258
Délai raisonnable : 67, 85, 221, 229
Usucapion : 177, 274
Présomption : 60, 148, 157, 268, 270 s.

- grave : 157, 277, 280
- violente et véhémence : 278
- Prétention excessive : 259
- Preuve : 59, 134, 176, 259, 266 s., 276, 282 s
 - Charge de la - : 57, 267 s., 274 s., 290, 295, 318, 321
 - Objet de la - : 276 s., 285
 - Renversement : 266 s.
 - Titre le plus vraisemblable : 146
- Prime manifestement exagérée : 123
- Principal établissement *cf. Domicile*
- Principe
 - d'effectivité *cf. Effet utile*
 - d'immutabilité : 68 s., 73
 - d'indisponibilité : 56, 72, 86, 253 s., 310
 - d'intégrité corporelle : 306
 - de légalité : 24, 36, 42 s., 128 s., 134, 156, 166, 172, 321-322
 - de la réparation intégrale *cf. Réparation*
- Réparation*
 - de sécurité juridique *cf. Sécurité juridique*
 - du contradictoire : 140, 143, 146, 173
- Prix : 240, 259
 - bas : 30
- Contrepartie sérieuse : 312
- Coût loyal : 259
 - dérisoire : 123
- Juste - : 254
- Procédure civile : 101 s., 114, 116-117, 122, 124 s., 140, 240, 267
- Produits défectueux : 57, 85, 225, 280, 287
- Proportionnalité : 27, 30, 59-60, 76, 78, 85, 94, 124, 143, 193, 212, 218, 234, 246 s., 259-260, 287, 293-294, 300 s., 311 s.
- Publicité : 153 s.
- Punitive damages *cf. Dommages-intérêts punitifs*

R

- Raison *cf. rationalisme*
- Raisnable : 50, 57-58, 173, 286, 315
 - Personne - : 26, 157, 159
- Rapport de conformité *cf. Conformité*
- Ratio legis 46, 82, 154, 158, 189
- Rationalisme : 50, 132 s., 146, 156, 202, 243

- Raison : 144, 183
- Référence *cf. Norme de référence*
- Régime
 - juridique : 53 s., 61 s., 204 s., 235 s., 266s., 292 s.
 - matrimonial : 52, 55, 66, 71, 129, 155, 225, 227, 253, 258, 276
- Règle de droit
 - Caractères de la - : 134, 151, 170, 204, 207, 231 s., 243, 246, 264, 279, 319
 - Effectivité de la - *cf. Effet utile*
- Relativité : 14, 49, 104, 225, 237, 243-244, 279, 320, 323
 - Einstein Albert : 236-237, 243-244, 320-321
- Religion : 25, 183, 232, 258
 - Bible : 55, 62, 81, 105, 237, 312
 - Coran : 105, 118
 - Taoïsme : 312
- Réparation : 57, 99, 176, 179, 248, 293, 308, 310 s., 319, *cf. Dommages-intérêts punitifs*
 - urgente *cf. Bail*
 - Grosse - *cf. Bail*
 - Plafond d'indemnisation : 310
- Reproduction fidèle et durable : 59
- Résidence : 66, 86, 258
 - de la famille *cf. Domicile*
 - habituelle *cf. Domicile, Nationalité*
 - secondaire *cf. Domicile*
- Responsabilité civile : 7, 20, 47, 57, 60, 96, 99, 214, 245, 263, 280, 287, 293, 305, 310
- Réunion suffisante de faits *cf. Possession d'état*
- Risque anormal : 214
- Rôle négligeable : 241
- Rupture brutale : 85

S

- Saine exaltation : 259
- Sanction : 66, 132, 168, 170, 232 s., 244, 262, 279, 293, 295, 308
 - Personnalisation de la - : 159, 207, 217, 223, 244, 253, 257 s., 305 s., 312, 322
- Sauvegarde de justice *cf. Majeur protégé*
- Sciences : 7, 25, 56, 72, 140 s., 258
- Sécurité juridique : 15, 41, 43, 57, 59, 67, 85, 117, 120-121, 127 s., 149, 152, 155, 163, 195, 206 s., 216, 226 s., 243 s., 254, 322

Services exceptionnels *cf. Nationalité*

Servitudes : 276

- non apparentes : 271

Seuils : 203, 229, 235 s., 247, 255, 272, 281, 301, 305, 312

Signe ostensible : 204

Situation

- irrémédiablement compromise : 318

- marginale : 53, 196, 248

Société : 225

Sociologie : 2, 5, 7, 17, 25, 34, 47, 55, 89, 96, 129, 136, 146, 162, 168 s., 174, 184, 201-202, 212, 215, 222, 227, 252, 260

Soins prudents, diligents et avisés : 5, 62

Solidarisme : 64, 96, 124

Somme modeste : 158, 194

Son *cf. Bruit*

Sources du droit : 7, 24, 39, 42, 80-81, 103, 106, 111, 116-117, 124, 129, 141, 166, 170, 195

Coutume *cf. Coutume*

Loi *cf. Loi, Règle de droit*

Subjectivisme : 31, 55, 57, 118, 120, 127 s., 138, 152, 159, 203, 208-209, 260, 280

Succession : 60, 157-158, 240, 245, 249, 258-259

Surendettement : 7, 28, 280, 293, 318

Sûretés : 316-317

Causes légitimes de préférence : 33

Inscriptions excessives : 33

Syllogisme judiciaire : 27, 108, 115 s., 123, 130, 135, 141, 146, 150, 197, 204, 209, 212, 215, 234 s., 243, 249, 260-261, 263, 288, 307, 315

T

Taoïsme *cf. Religion*

Téléologie : 47, 54, 71, 81, 84, 87, 96, 109, 122-123, 127, 144, 159, 162, 164, 182 s., 191-192, 201, 205, 209, 215, 226 s., 245, 252, 255, 259, 264, 286, 321-322

Titre

Juste - : 159

- le plus vraisemblable *cf. Preuve*

Travaux parlementaires : 152 s.

Tribalisme *cf. Droit de classe*

Tribunal indépendant et impartial : 39, 124

Trouble : 29, 50, 61 s., 70, 146, 194, 274

- anormal de voisinage : 29, 123, 215, 229, 276, 279, 293, 317

- manifestement illicite : 29, 50, 215, 245

- mental : 62, 143

Tutelle *cf. Majeur protégé, Mineur*

U

Union européenne : 39, 46, 57, 67, 117, 146, 215, 219 s., 241, 246, 251, 264, 312

Usage *cf. Coutume*

- normal : 57

Usucapion *cf. Prescription*

V

Vente : 64, 67, 75 s., 85, 89, 159, 179, 190, 220-221, 228-229, 240, 248, 258-259, 271, 312

Vérité : 134, 147, 177, 260, 271, 278, 290

Vice

- apparent : 271

- caché : 67, 85, 159, 230

- du consentement *cf.*

Consentementt

Vide juridique : 7, 78, 82, 125, 159, 263

Vie

- familiale normale : 155, 218

- privée : 5, 50, 66, 77, 86, 117, 155, 158, 191, 197, 215, 221, 251, 255, 258-259, 284, 317-318

Violation

- grave : 66, 173, 194

- manifestement délibérée : 276

Voisinage *cf. Trouble anormal de voisinage*

Volonté politique : 7, 14, 238, 254, 322, *cf. Finalité*

TABLE DES MATIERES

*Les folios entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphe,
ceux dans la colonne de droite à la pagination.*

Introduction (1-37)	11
Section 1 : Banale réalité des notions relatives (2-26)	12
§ 1 : L'apparent flou terminologique du droit (3-9)	13
I - Esquiver le réalisme (4-6)	13
II - Rallier l'hétérogénéité sociale (7-9)	17
§ 2 : Domaines d'investigation (10-26)	21
I - Notion (11-13)	21
II - Relativité (14-23)	22
1. Relativité endogène (15-21)	23
a. Caractères matériels (16-19)	24
b. Concepts mous (20-21)	26
2. Relativité exogène (22-23)	27
III - Droit civil (24-26)	28
Section 2 : Incidence de la relativité sur les notions (27-30)	32
§ 1 : Eventuelle modification du pouvoir judiciaire (28-29)	32
§ 2 : Inévitable gradation des transgressions (30)	36
Section 3 : Nécessité d'une abstraction (31-37)	37
§ 1 : La loi, le juge et les parties (32-35)	37
I - La normalité comme critère (33)	38
II - De la sociologie au Droit (34-35)	39
§ 2 : Un principe de légalité amendé (36-37)	40
Livre I : Implication circonscrite du prétoire (38-195)	43
Titre I : Persistance formelle du principe de légalité (42-128)	49
Chapitre premier : La relativité comme objet de l'implication (46-100)	55
Section 1 : Office du juge favorisé par la loi (50-79)	58
§ 1 : Gestion juridictionnelle d'une crise (53-67)	62
I - Crise quant à l'existence d'un régime juridique (54-60)	63
1. Sauvegarder l'ordre social (55-57)	64
2. Sauvegarder un intérêt particulier (58-60)	70
II - Crise quant à la pérennité d'un régime juridique (61-67)	77

1. Trouble persistant (62-64).....	78
2. Trouble temporaire (65-67).....	83
§ 2 : Octroi judiciaire d'une faveur légale (68-79).....	92
I - Amplifier l'immutabilité d'un statut (69-73).....	94
1. Individualisation par le nom (70-71).....	94
2. Protection par la filiation (72-73).....	101
II – Conditionner l'intégration à un statut (74-79).....	103
1. L'exigence systématique de loyauté (75-76).....	104
2. L'influence de la démesure (77-79).....	107
Section 2 : Office du juge suscité par les parties (80-100).....	112
§ 1 : Interpolation <i>intra legem</i> (83-91).....	115
I - Exploitation des arguties lexicales (84-88).....	116
1. Garantir la sécurité contractuelle (85).....	117
2. Etendre les protections d'ordre public(86-88).....	121
II - Altération d'une signification originelle (89-91).....	126
§ 2 : Interpolation <i>praeter legem</i> (92-100).....	133
I - Tempérer la dette (93-94).....	134
II - Exacerber la créance (95-100).....	139
1. Densification des obligations para-contractuelles (96).....	140
2. Imprécise hiérarchisation des fautes (97-100).....	144
a. Aggravation de la situation du débiteur (98).....	145
b. Condition supplémentaire à l'indemnisation (99-100).....	150
Chapitre second : Le droit procédural comme moyen de l'implication (101-128).....	157
Section 1 : Prohibition du déni de justice (105-118).....	161
§ 1 : Obligation de statuer (108-114).....	164
I - Un pouvoir législatif démissionnaire (109-110).....	164
II - Consolidation jurisprudentielle (111-114).....	167
1. Une compétence textuellement consacrée (112).....	167
2. Une légitimité médiante (113-114).....	171
§ 2 : Nature de l'interprétation (115-118).....	174
I - Autorité relative du dispositif (116).....	175
II - Subversion de la hiérarchie normative (117-118).....	178
Section 2 : Conformité à la règle de droit (119-128).....	182
§ 1 : Domaine de l'appréciation souveraine (122-124).....	185
I - Contrôle des notions par la Cour de cassation (123).....	186
II - Abandon de la relativité au pouvoir souverain des juges du fond (124).....	190
§ 2 : Condition d'impartialité (125-128).....	194
I - Impartialité fonctionnelle (126).....	195
II - Impartialité personnelle (127-128).....	199
Titre II : Modification au fond du principe de légalité (129-195).....	207
Chapitre premier : Une norme subsidiairement rationnelle (133-160).....	215
Section 1 : Recours aux mesures d'instruction (137-147).....	218
§ 1 : Le dogme pratique du technicien (140-143).....	220
I - Infiltration du prétoire par la science (141-142).....	221
II - Discussion des parties (143).....	226
§ 2 : L'emprise politique du pouvoir judiciaire (144-147).....	228
I - Un avis limité dans son objet (145).....	229
II - Un avis discutable sur le fond (146-147).....	230
Section 2 : Contexte législatif (148-160).....	234
§ 1 : Philologie génétique (151-155).....	236

I - Intention parlementaire (152)	237
II - Officialisation restreinte (153-155)	239
1. Une publicité contenue dans son objet (154)	239
2. Une publicité limitée dans sa portée normative (155)	241
§ 2 : Philologie de <i>lege lata</i> (156-160)	246
I - Collation formelle (157-158)	246
II - Insertion thématique (159-160)	250
Chapitre second : Une norme essentiellement empirique (161-195)	255
Section 1 : Une source coutumière (165-182)	261
§ 1 : Réception sociale de la coutume (168-174)	263
I - Evidance de l' <i>animus</i> (169-171)	264
1. Source <i>intra legem</i> (170)	265
2. Conscience d'un devoir juridique (171)	267
II - Imprécision du <i>corpus</i> (172-174)	269
§ 2 : Réception judiciaire de la coutume (175-182)	274
I - Preuve d'un fait normatif (176-177)	275
II - Nécessité d'un contrôle par la Cour de cassation (178)	277
1. Recherche d'une cohérence au fond du droit coutumier (179)	278
2. Interprétation indépendante des justiciables (180-182)	280
Section 2 : Une finalité institutionnelle (183-195)	283
§ 1 : Prépondérance de l'ordre public (186-189)	285
I - Tentation jusnaturaliste (187)	286
II - Pérennité de l'institution (188-189)	289
§ 2 : Force de l'ordre public (190-195)	292
I - Un risque de dislocation (191)	293
II - Conflits notionnels (192-195)	295
1. Un ordre public départiteur (193)	296
2. Un ordre public renforcé (194-195)	297
Livre II : Application modulée de la coutume (196-319)	301
Titre I : Acceptation de l'anomalie (200-261)	307
Chapitre premier : Adéquation normative (204-234)	311
Section 1 : Détermination <i>in casu</i> de la norme (208-221)	315
§ 1 : Tribalisme juridique (211-215)	317
I - Hapax normatif (212-214)	319
II - Compréhension de la norme (215)	325
§ 2 : Progrès permanent du droit (216-221)	330
I - Adaptation constante du droit interne (217-218)	331
II - Harmonie formelle en droit international (219-221)	334
Section 2 : Appréciation <i>in abstracto</i> des faits (222-234)	339
§ 1 : Rapport de conformité (225-230)	342
I - Dimension axiologique de la coutume (226-227)	343
II - Eviction d'un arbitraire législatif pernicieux (228-230)	346
§ 2 : Persistance des caractères essentiels de la règle de droit (231-234)	352
I - Maîtrise politique de la finalité (232)	353
II - Egalité des justiciables (233-234)	356
Chapitre second : Seuils normatifs (235-261)	361
Section 1 : Flagrance de l'assomption (239-249)	364
§ 1 : Degrés d'appartenance à la norme (242-245)	367
I - Méthode relativiste (243-244)	367
II - De l'illégal à l'illicite (245)	371

§ 2 : Disproportion factuelle (246-249)	376
I - Une normalité orientée par l'évidence factuelle (247-248)	377
II - Une évidence confortée par la norme (249)	381
Section 2 : Modulation de la conclusion (250-261)	385
§ 1 : Contrôle judiciaire <i>a posteriori</i> (253-255)	388
I - Immixtion étatique (254)	389
II - Autonomie juridique (255)	393
§ 2 : Tolérance répressive (256-261)	396
I - Sanction contextuelle (257-259)	397
1. Une incontestable qualité pour acquérir un droit (258)	398
2. Une perfection suffisante pour conserver un droit (259)	403
II - Opportunité de la sanction (260-261)	407
Titre II : Sanction de l'anormalité (262-319)	413
Chapitre premier : Renversement du risque probatoire (266-291)	419
Section 1 : L'évidence factuelle comme présomption (270-281)	422
§ 1 : La véhémence du fait (273-277)	425
I - Un fardeau probatoire apparemment préservé (274-275)	426
II - Un objet probatoire concrètement détourné (276-277)	429
§ 2 : La modalité linguistique neutralisée (278-281)	435
I - Une cause : le qualificatif légal (279)	436
II - Une conséquence : la simplification de la preuve (280-281)	438
Section 2 : La coutume comme moyen de défense (282-291)	441
§ 1 : L'abus comme objet probatoire (285-287)	443
I - Manquement à la finalité institutionnelle (286)	444
II - Contexte de la qualification (287)	447
§ 2 : La normalité comme critère décisionnel (288-291)	449
I - Une souveraineté <i>ad non libitum</i> (289)	450
II - Degré de conformité à la coutume (290-291)	452
Chapitre second : Normalisation du rapport juridique (292-320)	457
Section 1 : Une causalité pondératrice (296-313)	460
§ 1 : Une cause étrangère restreinte (299-304)	463
I - L'outrance dans les caractères (300-302)	463
1. Une disproportion incoercible (301)	465
2. Une disproportion inévitable (302)	466
II - Une appréciation circonstanciée de la disproportion (303-304)	469
§ 2 : Une cause intrinsèque étendue (305-313)	472
I - Un principe implicite (306-307)	472
II - Personnalisation de la sanction (308-313)	478
1. Une ratification jurisprudentielle (309-311)	481
a. Aggravation de la dette (310)	482
b. Réduction de la créance (311)	485
2. Une relativité distributive (312-313)	489
Section 2 : <i>Restitutio in... tolerabilem</i> (314-319)	493
§ 1 : Pondération des droits en conflit (317)	497
§ 2 : Exclusion des faits insignifiants (318-319)	504
Conclusion (320-323)	513
Bibliographie	521
I - Ouvrages généraux	521
1. Dictionnaires	521
2. Manuels et traités	522

II - Monographies.....	530
1. Thèses.....	530
2. Etudes.....	535
3. Contributions, articles et notes.....	544
III - Législation.....	589
IV - Autres œuvres.....	590
1. Ouvrages non juridiques.....	590
2. Filmographie et discographie.....	595
Index alphabétique.....	597
Table des matières.....	605