



**HAL**  
open science

## Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne

Caroline Bouix

► **To cite this version:**

Caroline Bouix. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Droit. Université Jean Monnet, 2012. Français. NNT : 2012STETT102 . tel-04408537

**HAL Id: tel-04408537**

**<https://hal.science/tel-04408537>**

Submitted on 22 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITÉ JEAN MONNET DE SAINT ÉTIENNE**  
**FACULTÉ DE DROIT**

**THÈSE**  
Pour le doctorat en droit privé  
Présentée et soutenue publiquement  
Le 4 décembre 2012 par

**Caroline BOUIX**

**LES MÉCANISMES CORRECTEURS D'ORIGINE  
PRÉTORIENNE**

**DIRECTRICE DE LA RECHERCHE**

**Mme Pascale DEUMIER**, Professeur à l'Université Lyon III

**MEMBRES DU JURY**

**M. Pascal ANCEL**, Professeur à l'Université du Luxembourg

**M. Jean-Louis BERGEL**, Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille

**Mme Pascale DEUMIER**, Professeur à l'Université Lyon III

**M. Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI**, Professeur à l'Université de Nantes

**M. Christophe JAMIN**, Professeur à Sciences Po Paris, Ecole de droit

Je tiens à remercier la directrice de cette thèse, Madame Pascale Deumier, pour m'avoir guidée et conseillée avec patience durant ces cinq années, pour sa grande disponibilité et pour m'avoir proposé ce sujet passionnant. Mes remerciements vont également à l'ensemble des membres de la faculté de droit de Saint Etienne pour leur aide précieuse et leur soutien, à ma famille et mes amis pour leurs encouragements et leur présence indéfectible.

## Liste des principales abréviations

*AJDA* : Actualité juridique droit administratif  
*APD* : Archives de philosophie du droit  
*Bull. AP* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Assemblée plénière)  
*Bull. civ.* : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)  
*Bull. crim.* : Bulletin criminel des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)  
Cass. : Cour de cassation  
CE : Conseil d'État  
Cf. : confer  
Chron. : chronique  
Civ. : civil  
Coll. : collection  
Com. : commercial  
Crim. : criminelle  
*D.* : Dalloz  
Dir. : (sous la) direction  
éd. : édition  
ex. : exemple  
*Gaz. Pal.* : Gazette du Palais  
Infra : au-dessous  
*J.-Cl.* : Juris-classeur  
*JCP* : Juris-classeur Périodique  
LGDJ : Librairie générale de Droit et de Jurisprudence  
n° : numéro  
nbp : note de bas de page  
Obs. : observations  
p. : page  
*RCADI* : Recueil des cours de l'Académie de droit international  
*Rép.* : Répertoire  
*Rev. Crit. DIP.* : Revue critique de droit international privé  
*RTDciv.* : Revue trimestrielle de droit civil  
*RTDcom* : Revue trimestrielle de droit commercial  
S. : suivants  
Soc. : social  
Supra : au-dessus  
t. : Tome  
th. : Thèse  
vol. : Volume  
§ : Paragraphe

## Sommaire

INTRODUCTION.....	5
PARTIE 1 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UN CONCEPT.....	30
TITRE 1 : LA CORRECTION PRÉTORIENNE.....	31
CHAPITRE 1 : LA CORRECTION.....	32
CHAPITRE 2 : L' « ORIGINE PRÉTORIENNE » DE LA CORRECTION.....	74
TITRE 2 : L'INSTRUMENT DE LA CORRECTION : LE MÉCANISME.....	114
CHAPITRE 1 : LE MÉCANISME.....	115
CHAPITRE 2 : LE MÉCANISME AU SEIN DU DROIT.....	126
PARTIE 2 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UNE TECHNIQUE.....	173
TITRE 1 : LE RÉGIME DU MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE.....	174
CHAPITRE 1 : LE BESOIN DE CORRECTION.....	175
CHAPITRE 2 : L'ACTION CORRECTIVE.....	227
TITRE 2 : LE FONDEMENT DE L'EXISTENCE DES MÉCANISMES CORRECTEURS D'ORIGINE PRÉTORIENNE : LE POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE.....	254
CHAPITRE 1 : LA CORRECTION, UN POUVOIR OCCULTÉ.....	256
CHAPITRE 2 : L'AVENIR DU POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE.....	311
BIBLIOGRAPHIE.....	336
Table des matières.....	CCCLXXIX

# INTRODUCTION

**1. Indispensables mécanismes correcteurs d'origine prétorienne** – La question du rôle du juge est, depuis des siècles, parmi les plus débattues<sup>1</sup>. Pourtant, il est un point ne suscitant guère le débat : le juge a pour mission de régler le litige lui étant soumis et, pour cela, il doit appliquer la règle générale au cas particulier<sup>2</sup>. Cette fonction se heurte cependant parfois à l'imprévu. En effet, la confrontation entre la règle applicable et les faits peut révéler l'inadaptation de celle-ci à la résolution du litige. Cette situation est rare, et ne remet donc pas en cause la règle en elle-même, mais elle n'est pas réellement étonnante. La règle, et c'est là une de ses caractéristiques premières, est de portée générale<sup>3</sup>. Comme le disait Ripert, à propos d'une des formes de la règle<sup>4</sup>, « le principe essentiel de la technique législative fondamentale est la généralité de la loi »<sup>5</sup>. Ce caractère signifie qu'elle a vocation à s'appliquer à tous les cas d'espèce correspondant à son champ d'application et ainsi à une multitude de situations factuelles. Cette généralité n'est pas à remettre en question dans son principe car elle permet l'égalité de traitement entre les justiciables et une certaine sécurité juridique ; elle constitue cependant une limite, certes inéluctable, mais réelle, de la règle. Celle-ci, adaptée dans l'immense majorité des situations où elle s'applique, produit des effets indésirables dans de rares hypothèses<sup>6</sup> car elle ne peut et ne doit pas tout prévoir. Comme le rappelait Portalis, elle ne peut pas tout prévoir car il est concrètement impossible de prétendre, dans la construction d'une règle, qu'elle répondra sans faillir à l'infinité de situations auxquelles elle pourra être confrontée<sup>7</sup>. Elle ne doit pas tout prévoir<sup>8</sup>, car ce serait encombrer

---

<sup>1</sup> Le démontre la quantité de publications sur ce seul sujet : parmi beaucoup d'autres : A. GARAPON, J. ALLARD et F. GROS, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008 ; *Le juge, gardien des valeurs ?*, dir. V. FORTIER, éd. CNRS, 2007 ; *La création du droit par le juge*, APD, t. 50, Dalloz, 2007 ; Actes du colloque des 29 et 30 septembre 2006, « *L'office du juge* », Les colloques du Sénat ; F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004 ; D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002. 973 ; *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. CAYLA et M-F. RENOUX-ZAGAME, LGDJ, *La pensée juridique*, 2001 ; J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, *Droit et justice*, 1<sup>ère</sup> éd., 1999 ; R. ANDERSEN, F. DELPEREE, L. FAVOREU, Y. GAUDEMET, J. LENOBLE, P. PERROT, F. TERRÉ et J. VAN COMPERNOLLE, *La crise du juge*, LGDJ, 1990 ; *La fonction de juger*, *Droits*, n°9, PUF, 1989 ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, *Bibliothèque de philosophie du droit*, vol. XVII, 1974.

<sup>2</sup> Article 12 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

<sup>3</sup> Cf. *infra* § n°138.

<sup>4</sup> La loi n'est qu'une des formes de la règle. Sur la règle cf. *infra* § n°134 et s.

<sup>5</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1994, n°125, p. 312.

<sup>6</sup> « Si la règle de droit est souvent juste en général, elle peut être injuste en particulier » (C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Paris, 1973, p. 19).

<sup>7</sup> « Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre [...] Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir [...] Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout. Dans les matières mêmes qui fixent particulièrement son attention, il est une foule de détails qui lui échappent, ou qui sont trop contentieux et trop mobiles pour pouvoir devenir l'objet d'un texte de loi. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements, ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ? Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles

la règle d'une multitude de détails<sup>9</sup>, l'alourdissant vainement. De plus, à cet instant, cette situation ne relève plus du législateur mais du juge dans son rôle d'application de la règle au cas. Si la règle, en elle-même, n'est pas à remettre en cause mais est exceptionnellement inapte à régler correctement le litige relevant de son champ d'application, la question se pose de savoir ce que peut et doit faire le juge. L'article 4 du Code civil<sup>10</sup> le contraint à rendre justice et l'alinéa premier de l'article 12 du Code de procédure civile<sup>11</sup> à se fonder pour cela sur les règles de droit applicables, le jugement d'espèce rendu en équité lui étant depuis longtemps interdit<sup>12</sup>. Le juge est donc face à un choix cornélien. Si une certaine conception du devoir et la tradition romano-germanique qui est la sienne, encline « aux raisonnements conceptuels et déductifs »<sup>13</sup>, lui commandent d'appliquer la règle, c'est au risque de consacrer une injustice. Si son empathie et son sens de la justice lui conseillent de juger en équité, l'arbitraire et l'insécurité menacent. Cet acteur, entre ces deux maux, a forgé une alternative à laquelle il recourt régulièrement et depuis longtemps. Face à la récurrence des conséquences

---

qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau. Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.» (PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801).

<sup>8</sup> « Diminuer la distance entre la règle et la solution, c'est d'abord augmenter considérablement la complexité du droit. C'est ensuite faire la part belle à l'arbitraire : dans le détail des déterminations formulées généralement, les considérations de justice ne peuvent plus guère servir de guide. Réduire l'espace qui isole essentiellement le général du particulier, c'est encore courir le risque de créer des rigidités : aucune évolution n'en sera plus possible sans une réforme législative. Une loi complexe est une loi précaire ; et ce serait un bouleversement dans la formation du droit français s'il devait ne plus connaître ces distorsions progressives qui, sous des formulations solennelles inchangées, introduisaient des règles nouvelles. Enfin, la prolifération des règles trop précises menace directement les libertés individuelles et collectives. » (C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP G.* 1980. I. 2999).

<sup>9</sup> « Nous l'avons maintenant jugé à plusieurs reprises : la loi doit être précise et claire, ce qui ne veut pas dire encombrée de détails [...] Une chose est que la loi soit claire, précise et normative, ce sur quoi nous devons redoubler de vigilance et de sévérité. Une autre qu'elle soit surchargée de détails. » (Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, 3 janvier 2005, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

<sup>10</sup> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>11</sup> « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. ».

<sup>12</sup> Soc. 13 février 2007, n° de pourvoi : 05-41055, inédit : « Qu'en statuant, comme elle l'a fait, alors que l'équité n'est pas une source de droit, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 janvier 1983, n° de pourvoi : 81-15962, *Bull. civ.* II, n°10 : « attendu que, pour déclarer partiellement fondé le contredit formé par les époux x... contre une ordonnance, visée pour exécutoire, leur faisant injonction de payer une somme représentant le solde d'une facture de travaux due aux établissements vanhoenacker, le jugement attaqué, rendu en dernier ressort par un tribunal d'instance, énonce que, dans un souci d'apaisement, et devant l'impossibilité d'examiner en connaissance de cause les prétentions contraires des parties, les frais d'une expertise judiciaire pouvant être plus élevés que le montant du litige, il y a lieu de condamner arbitrairement les époux x... à ne régler que la moitié de la somme à eux réclamée ; qu'en statuant ainsi, sans se conformer aux règles de droit applicables, le tribunal a violé le texte susvisé » ; Soc. 21 février 1980, n° de pourvoi : 78-40122, *Bull. civ.* V, n°170 : « vu l'article 12, alinéa 1, du code de procédure civile ; attendu que, selon ce texte, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; attendu qu'à partir de janvier 1974, dormoy, qui s'occupait initialement de deux exploitations, fut chargé, en outre, de la gestion technique de deux autres ; que l'arrêt attaqué a estimé équitable de condamner la société à payer à dormoy, pour ce travail supplémentaire, un complément de rémunération ; qu'en se fondant ainsi sur l'équité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Voir : F. NIVET, « Équité et légalité », *Justices*, janv.-mars 1998, p. 157 et s., spéc. p. 166 et s.

<sup>13</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, Bibl. dr. privé, t. 272, préface Y. LEQUETTE, n°543, p. 319, nbp n°4. Voir également : R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002, n°69 et s., p. 73 et s.

néfastes de l'application de certaines normes<sup>14</sup>, il a créé, au fil du temps et au gré des nécessités, des instruments particuliers alliant respect de la norme générale et justice de la décision particulière. Ces outils semblent, pour la plupart, avoir toujours existé, ils font partie du paysage familial à tout juriste. Pourtant leur nature n'est pas clairement établie, ils sont adages, principes, règles, théories... et sont l'objet de débats théoriques semblant ne jamais vraiment se tarir. Malgré ces incertitudes et discussions, ils subsistent et sont même jugés indispensables au fonctionnement du système juridique<sup>15</sup>. Cette étude propose de dépasser les particularités de chacun d'eux et de construire un nouveau concept les réunissant : le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, et ainsi de poser un regard différent à la fois sur eux et sur le système juridique les accueillant.

**2. Plan** – L'introduction est, selon un dictionnaire généraliste, « ce qui prépare quelqu'un à la connaissance, à la pratique d'une chose [...] (une) entrée en matière »<sup>16</sup>. Le préluce de cette étude consacrée aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est ainsi l'occasion d'une première rencontre avec cette technique et d'une présentation de l'angle choisi pour l'aborder. Il n'est pas question ici, comme cela est généralement requis dans ce type de développement, de consacrer une partie de cette introduction à la définition approfondie du sujet, celle-ci devant « couronner une recherche »<sup>17</sup> et non nécessairement en être le point de départ. Le concept<sup>18</sup> de mécanisme correcteur d'origine prétorienne ne faisant pas partie du langage juridique courant et aucune étude globale de cette technique n'existant, sa définition reste à construire et à proposer, ce qui sera l'objet de la première partie de l'étude. Cette esquisse est ici surtout destinée à présenter les questions appelées par une étude portant sur un objet peu connu et donc inattendu, des questions classiques car incontournables. D'une part, s'il est impossible de véritablement définir l'objet de l'étude dans ce développement introductif, il est néanmoins indispensable de le présenter, au moins succinctement, de manière à proposer dès les premières pages, un guide, une représentation de ce que sont les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Il est également nécessaire de présenter le champ de ce travail et d'explicitier les choix opérés sur ce point. D'autre part, il convient d'aborder les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sous un angle permettant de mettre en évidence l'intérêt, à la fois de l'objet et de son étude.

---

<sup>14</sup> Le terme norme est employé pour englober les principes et les règles à proprement parler (sur la distinction entre règle et principe cf. *infra* § n°152). L'étude prend pour point de départ la constatation de l'emploi par les auteurs du concept de « mécanisme correcteur » pour désigner des techniques permettant au juge d'écarter l'application de la règle inadaptée de la résolution du litige. Cependant, il sera démontré dans la seconde partie qu'elles peuvent également mettre à l'écart un principe.

<sup>15</sup> Cf. *infra* § n°236.

<sup>16</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Introduction », p. 1363.

<sup>17</sup> J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1939, n°1, p. 2.

<sup>18</sup> Le concept « ce n'est pas le phénomène lui-même, c'est une abstraction, une pensée, un moyen de connaissance. Le concept obéit à un double mouvement : d'une part il représente une activité pratique, sensible, le contact avec le monde sous la forme des êtres singuliers : tel objet, tel animal, et de proche en proche il s'élève en écartant les aspects particuliers, contingents, de ce contenu, pour atteindre par abstraction l'universel, le concept d'homme, d'animal. » (M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2001, n°19, p. 18). Sur la distinction entre le concept : une « abstraction sans point fixe dans la constellation des idées » et la notion juridique, « l'abstraction d'une situation de fait produisant des effets de droit » (l'auteur tire cette citation de : L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th., Orléans, 2000, III, n°160, p. 111), le premier devenant le second par « l'entremise d'une autorité titulaire du pouvoir de créer du droit » (cf. J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime : histoire d'un concept » in *Par le droit, au-delà du droit : écrits du professeur Jean-Louis Souriou*, Lexis Nexis, 2011, p. 161 et s., spéc. n°6, p. 163). Voir également : « les concepts ne sont que des représentations mentales générales et abstraites d'objets susceptibles de compréhension et de généralisation, tandis que les notions sont objets de connaissance de ce qui existe déjà comme réalité intelligible » (J.-L. BERGEL, « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012. 1567) ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 50 et s.



Il s'agit ainsi, en premier lieu, de présenter l'objet de l'étude (§ 1) et, en second lieu, d'exposer l'angle adopté pour l'aborder (§ 2).

## § 1 – Objet de l'étude

**3. Plan** – Dans un premier temps, consacrer une étude à une expression mystérieuse, définie dans aucun dictionnaire, manuel ou ouvrage, implique de commencer, rapidement pour ne pas empiéter sur les développements suivants, par présenter les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne (A). Certes, une partie entière de la thèse est consacrée à leur définition, mais il est indispensable de donner le point de départ de la recherche. D'autre part, il convient également de délimiter le champ de l'étude (B).

### A. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ?

**4. Une expression clandestine** – Au premier abord, l'expression de « mécanisme correcteur d'origine prétorienne » semble, certes, attachée à la matière juridique par les termes la composant, mais ne décrire aucune notion existante. En effet, d'une part, elle n'est pas définie ni même véritablement présente dans les textes<sup>19</sup> ou les décisions<sup>20</sup>. Au sein de la doctrine, d'autre part, elle est absente des dictionnaires de vocabulaire juridique<sup>21</sup> de même que ses éléments les plus caractéristiques, le « mécanisme » et la « correction ». De plus, aucune étude ne lui est exclusivement consacrée ou n'en propose même une définition générale.

Si l'expression de « mécanisme correcteur d'origine prétorienne » ne peut, par conséquent, raisonnablement être comptée parmi les plus familières au juriste, elle sera cependant et paradoxalement rencontrée régulièrement par ce dernier au hasard de la lecture d'une chronique ou d'un ouvrage. Divers exemples peuvent témoigner de ces fluctuants mais persistants emplois dans le temps. Tout d'abord, en 1959, Monsieur Paul Lagarde, dans sa thèse consacrée à l'ordre public en droit international privé, qualifiait déjà cet outil du juge de mécanisme et de correctif<sup>22</sup> ; depuis il est régulièrement qualifié de « mécanisme correcteur »

---

<sup>19</sup> En ce qui concerne les textes, l'expression de « mécanisme correcteur » n'est présente qu'au sein de l'article R543-157-1 du Code de l'environnement : « Une instance composée de représentants de l'administration et des opérateurs économiques évalue chaque année l'équilibre économique de la filière des véhicules hors d'usage au regard des dispositions de l'article R. 543-157, ainsi que la situation de la filière au regard des objectifs mentionnés à l'article R. 543-160.

En cas de constatation d'un déséquilibre économique ou d'un risque de ne pas voir les objectifs atteints, elle en informe les ministres chargés, respectivement, de l'environnement et de l'industrie et propose des mécanismes correcteurs adaptés dans les conditions prévues aux articles R. 543-158 et R. 543-158-1. [...] » (C'est nous qui soulignons).

Elle existe de manière un peu plus fréquente dans certains textes de droit de l'Union européenne mais n'est pas utilisée dans le sens entendu dans cette étude. Sur ce point : *cf. infra* § n°296.

<sup>20</sup> Aucune décision en droit privé n'utilise l'expression (en tout cas dans les motifs, l'expression peut parfois être utilisée dans les moyens, par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 septembre 2016, n°15-23480, Inédit), il n'en va pas de même en droit administratif où de rares décisions de cours administratives d'appel y recourent. Sur ce point : *cf. infra* § n°264.

<sup>21</sup> Ont été consultés : *Lexique des termes juridiques*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2012 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc.; *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004 ; *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003 ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1993.

<sup>22</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959, n°2, p. 3 ; Également : *J.-Cl. Droit international* > Fasc. 557-10 : Successions. – Conflits de lois > II. - Détermination de la loi applicable ou loi successorale, n°68.

conduisant « à la substitution de la loi française à la loi étrangère initialement désignée »<sup>23</sup>. Ensuite, en 1984, Monsieur Théo Hassler considérait que l'intérêt commun est « un mécanisme correcteur, une façon d'assurer le respect des finalités du système juridique »<sup>24</sup>. Enfin, en 2011, Monsieur Fabrice Gréau qualifiait la fraude de « mécanisme correcteur »<sup>25</sup>. La lecture de divers écrits sur le droit conduit ainsi à régulièrement rencontrer cette étrange expression de « mécanisme correcteur » et ce, à propos des sujets les plus divers. Il est, par exemple, considéré que « les obligations naturelles [...] sont [...] les mots par lesquels on désigne un mécanisme correcteur (au même titre que la fraude ou l'apparence), mécanisme qui permet de limiter la portée de certaines règles de droit civil. »<sup>26</sup>. De même, « la responsabilité délictuelle, si elle constitue, comme la simulation, un mécanisme correcteur d'apparences trompeuses, n'est qu'un mécanisme utilisé par défaut, c'est-à-dire à défaut d'application de la théorie de l'apparence »<sup>27</sup>. La clause d'exception également est qualifiée de « mécanisme correcteur mais non perturbateur : non une machine à faire exploser le droit international privé, mais un perfectionnement du système classique »<sup>28</sup>. De même, il est remarqué qu'« on pourrait, dans l'hypothèse d'une filiale, concevoir la loi de majorité avec un tempérament ou, à tout le moins, lui reconnaître son rôle de "mécanisme correcteur" »<sup>29</sup>. « La théorie de l'abus de droit [...] est un mécanisme correcteur, une soupape de sécurité qui permet d'assouplir le jeu des relations juridiques »<sup>30</sup>, elle « vient utilement s'inscrire comme

<sup>23</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Rép. droit international*, Dalloz, rubrique « Nullités », décembre 1999, n°5. Dans le même sens : *J.-Cl. Droit international* > Fasc. 533-2 : Conflits mobiles, n°91.

<sup>24</sup> T. HASSLER, « L'intérêt commun », *RTDcom*. 1984. 581, voir également : J. THERON, « De la « communauté d'intérêts » », *RTDciv*. 2009. 19.

<sup>25</sup> F. GRÉAU, *Rép. dr. civ*, Dalloz., rubrique : « Action directe », janvier 2011 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°45 ; Voir également : X. DELPECH, « Crédit documentaire et fraude », *D*. 2009. 161 ; « En matière processuelle, comme en matière contractuelle, la question du champ d'application, des conditions et des sanctions de l'interdiction de se contredire suscite la méfiance lorsqu'il s'agit d'y voir un principe et non pas un simple mécanisme correcteur et exceptionnel, comparable à la théorie de l'abus ou à la fraude » (N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTDciv*. 2010. 459) ; N. CAYROL, *Rép. Proc. Civ*. Dalloz, rubrique « action en justice », septembre 2007 (dernière mise à jour : septembre 2011), n° 56 ; D. BUREAU, « La fraude dans les cessions de parts sociales entre membres d'une même famille, Cour de cassation (Com.). 21 janvier 1997. *SARL Le Cristal c/ Consorts Groc* », *Revue des sociétés* 1997. 349 ; A. JEAMMAUD, « *Fraus omnia corrumpit* », *D*. 1997. Chron. 19, spéc. n°4 ; P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D*. 1993. 143.

<sup>26</sup> N. CAYROL, « action en justice », préc., n°56.

<sup>27</sup> M. BOUDOT, *Rép. Civ*. Dalloz, rubrique « apparence », mai 2009 (dernière mise à jour : mars 2011), n°20

<sup>28</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc.) ; Egalement : B. BOURDELOIS, « La loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est celle de leur premier domicile matrimonial, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 5 novembre 1996, *Consorts Boureghda c. M<sup>me</sup> L., Boureghda* », *Rev. Crit. DIP* 1998. 596 ; « Le recours à ce mécanisme correcteur est intervenu dans des situations appartenant essentiellement au droit des contrats et de la responsabilité extra-contractuelle » (F. KNOEPFLER, « Conditions d'application de la clause d'exception du droit suisse au divorce de deux époux américains domiciliés en Suisse, Tribunal fédéral suisse (2<sup>o</sup> Cour civile). - 28 novembre 1991, *X. c. M<sup>me</sup> X.* », *Rev. Crit. DIP* 1992. 484) ; « le principe de proximité substitue une approche purement quantitative consistant seulement en un recensement des "points de contact". Qu'il joue comme règle de rattachement ou qu'il intervienne comme mécanisme correcteur d'une règle de conflit classique, sous la forme d'une clause d'exception, il conduit finalement à toujours privilégier la loi du pays dans lequel « la question de droit » envisagée, quelle qu'elle soit, se trouve concrètement localisée. » (V. HEUZE, « Du droit applicable à un contrat de travail qui exclut le droit français sans en élire aucun autre, Angers, 18 mai 1989, *Soc. Minéo c. Albert* », *Rev. Crit. DIP* 1990. 501) ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *RCADI* 1986-II.1 (t. 196), n° 88 et s.

<sup>29</sup> C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », *Revue des sociétés* 2000. 453, voir également : C. RUELLAN, *La loi de majorité dans les sociétés commerciales*, th., Paris, 1997, p. 345.

<sup>30</sup> A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits, Réflexions sur la destinée des théories de Jossierand », *D*. 1972. Chron. 67. Voir également : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2013, n°102, p. 92 ; F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45 ; N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc. ; Y.-M. LAITHIER, « Le déclin de la bonne foi ? (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25

un mécanisme correcteur »<sup>31</sup>, « doit rester un mécanisme correcteur d'application exceptionnelle »<sup>32</sup>. L'appel-nullité « joue le rôle d'une soupape de sécurité, d'une sorte de mécanisme correcteur destiné à lutter contre les excès de la fermeture des voies de recours en cas d'abus manifestes »<sup>33</sup>. L'apparence, elle aussi, « intervient comme un mécanisme correcteur »<sup>34</sup>. Sont encore qualifiées ainsi les récompenses<sup>35</sup>, l'action directe<sup>36</sup> et la confusion des peines<sup>37</sup>. Le concept de « mécanisme correcteur » est donc très régulièrement utilisé par les auteurs pour désigner différents d'objets et ce ne sont là que quelques exemples parmi beaucoup autres<sup>38</sup>. La fréquence de ces rencontres démontre que nombre d'auteurs ont repéré

---

févr. 2010, n°09-11352), *RDC* 2010 n° 3. 814 ; J. THERON, « De la « communauté d'intérêts » », préc.; J.-P. SORTAIS, *Rép. dr. des sociétés*, rubrique : « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », mars 2003 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°2 ; P. ANCEL et R. WINTGEN, « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006 n° 3. 897 ; M. RAIMON, « L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP G* 2000. I. 256 ; D. ARLIE, « Des intérêts d'un mandataire du croire non reconduit dans ses fonctions », *D.* 1998. 511 ; « L'abus de minorité, mécanisme correcteur [...] exceptionnel, des conflits interorganiques, justifie l'adoption d'une conception très restrictive de l'intérêt social ainsi que le prononcé de la sanction exceptionnelle de la validation judiciaire. » (G. DURAND-LEPINE, « L'abus de minorité et le jugement valant acte, Cour d'appel de Paris (3<sup>e</sup> Ch. civ.), 25 mai 1993, P. L. Besson et autres c. Bézia et autres », *Revue des sociétés* 1993. 827) ; « l'abus de minorité ne peut se concevoir que comme un mécanisme correcteur qui ne doit jouer que dans des hypothèses limitées » (P. MERLE, « Définition et sanction de l'abus de minorité, Cour de cassation (Ch. com.), 15 juillet 1992, Six c. SA Tapisseries de France », *Revue des sociétés* 1993. 400) ; P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc.

<sup>31</sup> C. BIGOT, « L'exercice du droit de réponse ne saurait dégénérer en une tribune libre à laquelle les organes de presse ne pourraient se soustraire », *D.* 1995. 271.

<sup>32</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, 1985, *Economica*, n° 27, p. 27.

<sup>33</sup> P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc. Plus largement sur le recours-nullité cf. E. SCHLUMBERGER, « Expertise de l'article 1843-4 du code civil : limitation du recours pour excès de pouvoir, Note sous Cour de cassation (com.) 3 mai 2012, n° 11-16.349, 15 mai 2012, n° 11-12.999 et 15 mai 2012, n° 11-17.866 », *Revue des sociétés* 2012. 491.

<sup>34</sup> P. ROUAST-BERTIER, « Société fictive et simulation », *Revue des sociétés* 1993. 725, voir également : F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45 ; N. CAYROL, « action en justice », préc., n° 56 ; M. BOUDOT, « apparence », préc., n°20 ; P. DEUMIER, « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation (à propos de Civ. Ire, 3 avr. 2007, n° 06-12.831, à paraître au Bulletin) », *RTDciv.* 2007. 499 ; P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc.

<sup>35</sup> « Dans la mesure où le mécanisme correcteur des récompenses concerne exclusivement les rapports entre époux, il n'y aucun obstacle à ce que la qualification de biens communs joue pleinement. » (E. MONTEIRO, « A propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal », *RTDciv.* 1998. 23).

<sup>36</sup> C. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, 1992, LGDJ, p. 263 s., n° 14.

<sup>37</sup> « Bien que la confusion soit qualifiée de mécanisme correcteur de l'exécution même des peines, puisqu'elle ne touche pas, nous l'avons vu, aux effets juridiques propres des peines en cause, les conséquences n'en sont pas pleinement tirées. » (M. HERZOG-EVANS, *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, rubrique « Confusion de peines », septembre 2009 (dernière mise à jour : juin 2012), n°99).

<sup>38</sup> Voir également : « il s'agirait-là seulement d'un mécanisme correcteur de la dérive issue de la jurisprudence Interruption volontaire de grossesse » (D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence *Nicolo* ? », *RFDA* 2003. 876) ; « À ces seuils s'ajoute le mécanisme correcteur de renvoi : la Commission peut en effet renvoyer aux Etats membres certaines opérations de dimension communautaire (art. 9 du règlement) » (F. BRUNET et I. GIRGENSON, « La double réforme du contrôle communautaire des concentrations », *RTDeur.* 2004. 1) ; « Ce serait dès lors en tant que mécanisme correcteur des injustices que la proportionnalité s'imposerait au stade de la constitution d'une sûreté réelle, la proportion étant une manifestation du juste » (A. GALLOIS, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010. 335) ; « Est-ce à dire que la procédure de conflit positif doive, comme il a été parfois suggéré, être supprimée ou tomber en désuétude ? Je n'irai pas jusque-là. Si elle n'exprime plus la réalité du dualisme elle peut, à l'occasion, servir de mécanisme correcteur : elle a ainsi permis de lutter, d'une façon probablement plus efficace que l'usage des voies de recours, contre un usage abusif, contraire à la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de cassation, de la notion de voie de fait » (D. LABETOULLE, « L'avenir du dualisme juridictionnel, Point de vue d'un juge administratif », *AJDA* 2005. 1770) ; « Cependant, seul le mécanisme correcteur que constitue l'ensemble des procédures de renvoi est finalement modifié dans le nouveau règlement. » (J. JORDA, « La modernisation du droit communautaire des concentrations », *AJDA* 2005. 179) ; « la prestation

ces outils. De plus, il faut remarquer que, non seulement plusieurs objets sont qualifiés de mécanismes correcteurs, mais certains sont également liés les uns aux autres par la même dénomination. C'est particulièrement le cas de la fraude, l'abus de droit et l'apparence<sup>39</sup> auxquels s'ajoutent parfois d'autres objets<sup>40</sup>. Par exemple, l'action directe est analysée comme un « mécanisme correcteur au même titre que l'abus de droit, la fraude ou l'apparence »<sup>41</sup> ; les obligations naturelles « ne sont pas des obligations, mais les mots par lesquels on désigne un mécanisme correcteur (au même titre que la fraude ou l'apparence) »<sup>42</sup> ; « La théorie de l'abus de droit, tout comme celle de l'enrichissement sans cause, est un mécanisme correcteur »<sup>43</sup>, elle « s'apparente aussi à d'autres correctifs, tels que la bonne foi, l'équité ou la règle *fraus omnia corrumpit* »<sup>44</sup> ; « la fraude prend place parmi les notions correctives de régime juridique au même titre que l'apparence ou l'ordre public »<sup>45</sup>. La récurrence de ces comparaisons démontre la reconnaissance implicite par la doctrine de l'existence d'un concept général réunissant différentes techniques correctives.

Des auteurs semblent même avoir identifié de manière plus explicite cette technique générale. Dans l'*Introduction générale au droit civil* de Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, à laquelle concourt, depuis sa quatrième édition, Madame Muriel Fabre-Magnan, ceux-ci consacrent un développement aux « correctifs » permettant d'assurer le « respect des finalités du système juridique »<sup>46</sup> que sont l'abus de droit, la fraude et l'apparence. Si les bases d'un concept général sont indéniablement posées, ces trois illustres figures du droit étant réunies dans leur action correctrice, il faut néanmoins préciser que les développements sont davantage consacrés à chacune d'elles de manière indépendante. S'inspirant de cette proposition, Monsieur Christophe Jamin qualifie l'action directe de « mécanisme correcteur », au même titre, pour lui, que l'abus de droit, la fraude et l'apparence<sup>47</sup>. D'une manière comparable, Messieurs Jean-Louis Bergel<sup>48</sup> et Jean-Pierre Gridel<sup>49</sup> ont chacun mis en évidence l'action correctrice de principes généraux du droit, en vertu de laquelle la fraude, l'abus de droit,

---

compensatoire n'est pas un mécanisme correcteur jouant dans la majorité des divorces. » (H. FULCHIRON et R. DAUBRICOURT, « La prestation compensatoire, mythes et réalités », *D.* 2010. 2170) ; « Elle constitue pour reprendre une formule du Professeur Pétel "un mécanisme correcteur des injustices du droit" et il faut résister à la tentation d'en abuser, "faute de quoi le mécanisme correcteur deviendrait destructeur" (Ph. Pétel, obs. sous Cass. com. 19 avr. 2005, JCP E 2005, 1274, p. 1421, n° 1) » (P. ROUSSEL GALLE, « Confusion de patrimoines, relations financières anormales, fraude. À propos de l'affaire *AOM Air Liberté*, Note sous Cour de cassation (com.) 10 janvier 2006, *M. Gilles Pellegrini, mandataire judiciaire c/ Société Holco* », *Revue des sociétés* 2006. 629).

<sup>39</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760 et s., p. 746 et s.

<sup>40</sup> « C'est une sorte d'appel sui generis. Il joue le rôle d'une soupape de sécurité, d'une sorte de mécanisme correcteur destiné à lutter contre les excès de la fermeture des voies de recours en cas d'abus manifestes ( Ne pourrait-on faire des parallélismes avec des notions aussi fondamentales que l'abus de droit, la fraude à la loi, ou l'apparence, destinés en droit substantiel à faire respecter les finalités du système juridique ? ». V. Ghestin et Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, n° 575 s.) » (P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc.).

<sup>41</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45.

<sup>42</sup> N. CAYROL, « action en justice », préc., n° 56.

<sup>43</sup> A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », préc.

<sup>44</sup> A. SÉRIAUX, « Abus de droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc. p. 2 et s.

<sup>45</sup> B. AUDIT, « Fraude », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 755 et s.

<sup>46</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1994, n°760 et s., p. 746 et s.

<sup>47</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, th., LGDJ, 1991, n° 328 et s., p. 289 et s.

<sup>48</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2012, n°86 et s., p. 112 et s. ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 381 et s.

<sup>49</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002. 228.

l'apparence, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ou l'exception d'ordre public, permettent au juge d'écarter la solution dictée par la logique juridique. Le concept général de mécanisme correcteur d'origine prétorienne semble ainsi avoir été identifié mais il n'a pas été défini ou l'objet étudié de manière approfondie.

Le seul mécanisme<sup>50</sup>, quant à lui, est parfois l'objet de réflexions<sup>51</sup>. Par exemple, Monsieur Jean-Louis Bergel<sup>52</sup>, dans son ouvrage de *Méthodologie juridique*, consacre un développement à ce qu'il nomme les « mécanismes opérationnels du droit »<sup>53</sup>. De même, Demogue s'était intéressé aux « mécanismes techniques »<sup>54</sup>.

La correction<sup>55</sup>, de son côté, n'est définie par aucun ouvrage ou dictionnaire juridique. Le phénomène observé est cependant parfois autrement dénommé. Des auteurs se sont en effet plus spécifiquement penchés sur ce qui sera envisagé ici comme une des formes de la correction : la décision d'espèce rendue en équité<sup>56</sup>. Il peut être considéré que, par l'utilisation de mécanismes correcteurs et les jugements rendus en équité, le juge a une action correctrice, c'est-à-dire qu'il déroge à l'application de la norme compétente. Cependant, cette opération n'est étudiée qu'au regard de la faculté accordée par un texte ou d'initiative prétorienne<sup>57</sup> de s'abstraire ainsi de l'application de la norme pour juger en équité et est alors traitée par certains auteurs à travers le concept de modération et non celui de correction. Le Doyen Cornu l'étudia au début des années 1970<sup>58</sup>, de même que, quelques années plus tard, le Doyen Carbonnier<sup>59</sup> sans toutefois le nommer expressément. Deux thèses lui furent consacrées, la première en 1973<sup>60</sup> et la seconde en 2004<sup>61</sup>. Le terme de « modération » bénéficie d'une entrée, sans grande surprise sans doute, dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* dirigé par le Doyen Cornu<sup>62</sup> et il est régulièrement employé ainsi à présent<sup>63</sup>. Ces recherches

---

<sup>50</sup> Cf. *infra* § n°105 et s.

<sup>51</sup> Monsieur Benjamin Rémy envisage le mécanisme comme une « méthode » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, n°3, p. 3).

<sup>52</sup> voir aussi sa *Théorie générale du droit*, préc., n°177 et s., p. 202 et s.

<sup>53</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 88 et s.

<sup>54</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 252 et s.

<sup>55</sup> Cf. *infra* § n°20 et s.

<sup>56</sup> Cf. *infra* § n°63 et s. Sur l'équité : entre autres : J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, PUF, 2004, n°9, p. 22 et s. ; J.-L. SOURIOUX, « Genèse de l'équité en droit français », in *L'équité ou les équités – Confrontations Occident-Monde arabe*, Cedroma et Société de législation comparée, 2004, p. 9 et s. ; *L'équité dans le jugement* : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 novembre 2000, M.-L. PAVIA (dir.), L'Harmattan, 2003 ; M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003 ; M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2002 ; H. SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ* 2002-4. 1679 ; P. KAYSER, « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », *RRJ* 2001-1. 15 et « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *RRJ* 1999-1. 13 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000 ; A.-J. ARNAUD, « De l'équité dans l'histoire du droit occidental », in *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie et de l'État*, 1998, LGDJ, p. 107 et s. ; M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », in *Vocabulaire fondamental du droit*, *APD*, t. 35, 1990, p. 87 et s. ; E. AGOSTINI, « L'équité », *D.* 1978. Chron. 7 ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit*, XXX<sup>ème</sup> séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 282 et s.

<sup>57</sup> C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 37 et s. ; G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 233 et s.

<sup>58</sup> G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 232.

<sup>59</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°9, p. 22 et s.

<sup>60</sup> C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.

<sup>61</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.

<sup>62</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Modération » et « Modérateur (pouvoir) », p. 661.

témoignent de l'identification par la doctrine de l'existence d'une telle faculté d'éviction de la norme compétente. Le concept de « modération » est néanmoins plus volontiers utilisé pour la désigner et est généralement cantonné à la description de la possibilité pour le juge de statuer en équité<sup>64</sup>. La doctrine recourt cependant régulièrement au concept de « correction » pour rendre compte de l'action de différents objets tels que l'abus de droit ou la fraude. Celui-ci devra par conséquent être situé par rapport à la notion de modération<sup>65</sup>.

Aucune étude n'est ainsi consacrée directement aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne mais l'expression est régulièrement employée par la doctrine d'une manière telle que peut être déduite l'identification par les auteurs d'un concept réunissant différents objets au rôle correcteur. Ce constat implique qu'il est à présent nécessaire de mieux maîtriser cet objet qui se propose de désigner une action particulière au sein du système juridique.

**5. Illustrations** – Les exemples illustrant un concept sont toujours utiles en ce qu'ils facilitent la compréhension de l'objet de l'étude. Ils balisent le chemin à parcourir de rassurants repères. De nombreux objets juridiques peuvent illustrer le concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Trois d'entre eux, l'abus de droit, la fraude et l'apparence, semblent cependant devoir être préférés car un consensus semble exister quant à leur rôle correcteur et ils sont d'ailleurs à ce propos régulièrement comparés les uns aux autres<sup>66</sup>.

L'abus de droit<sup>67</sup> tout d'abord, est régulièrement qualifié de « mécanisme correcteur » par les auteurs<sup>68</sup>. Il n'existe pas de texte général relatif à l'abus de droit en droit français, la

---

<sup>63</sup> Par exemple : C. ALBIGES, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « équité », septembre 2009 (dernière mise à jour : septembre 2011), n°41 et *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, n°257 et s., p. 171 et s. ; « le propre du pouvoir modérateur est précisément de venir tempérer les rigueurs d'une stricte application du droit » (J. NORMAND, « Référés. La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, arrêt n° 1724, Société Trésis et IPIB, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 185 », *RTDciv.* 2002. 137) ; « Comme chaque fois que la loi confère au juge un pouvoir modérateur, celui-ci permet d'insérer de l'équité dans le procès, de remédier à l'iniquité qui résulte de l'application froide de la loi » (C. HUGON, « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », *D.* 2001. 3369) ; M. LECÈNE-MARÉNAUD, « Le rôle de la faute dans les quasi contrats », *RTDciv.* 1994. 515 ; L. MAYAUX, « Rente non révisable allouée en équité, à titre exceptionnel, sur le fondement de l'art. 280-1 c. civ. », *D.* 1991. 126.

<sup>64</sup> Des auteurs lient le pouvoir modérateur à des techniques qualifiées de mécanismes correcteurs : par exemple : La théorie de l'abus de droit serait un « procédé d'équité modératrice à la disposition du juge. [...] 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 juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, n° 1149, p. 2314 et s., spéc. p. 2317). ; « Notre objet est alors de réinterpréter la clause d'exception de façon à ce qu'elle ne soit pas un instrument du pouvoir modérateur du juge » (P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP.* 2003. 37) ; « Cette doctrine de l'abus de droit donne au juge un pouvoir modérateur, un pouvoir d'équité destiné à sanctionner des excès » (F. POLLAUD-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993. 97).

<sup>65</sup> Cf. *infra* § n°58 et s.

<sup>66</sup> Cf. § *supra* n°4.

<sup>67</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°229 et s., p. 290 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2012, n° 496 et s., p. 422 et s. ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale, Droit civil*, 3<sup>ème</sup> éd. Defrénois, 2009, n°45 et s., p. 48 et s. ; L. CADIET et P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « abus de droit », avril 2008, (dernière mise à jour : mars 2012) ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n° 183, p. 352-353 et *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, 2004, n°1148 et s., p. 2312 et s. ; P. ANCEL, G. AUBERT et C. CHAPPUIS, *L'abus de droit : comparaisons franco-suissees* : actes du séminaire de Genève, mai 1998 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°761 et s., p. 747 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 1996, n°316 et s., p. 153 et s. ; M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTDciv.* 1980. 66 ; J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, th., Paris, 1977 ; A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Jossierand », préc. ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, 2<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz ; G. RIPERT, « Abus ou relativité des

notion apparaît cependant dans de nombreux textes spéciaux par la sanction de comportements abusifs<sup>69</sup>. Elle est définie comme l'« usage excessif d'une prérogative juridique »<sup>70</sup>. L'abus de droit est considéré par la doctrine et la jurisprudence comme une faute génératrice de responsabilité délictuelle<sup>71</sup> et, en matière contractuelle, un manquement à la bonne foi<sup>72</sup> visée à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil<sup>73</sup>. La théorie dite de l'abus de droit « a pour vocation de corriger certaines conséquences néfastes de la reconnaissance de droits subjectifs au profit des personnes physiques ou morales »<sup>74</sup>. Son domaine d'intervention est immense<sup>75</sup> et finalement assez difficile à délimiter, la question étant généralement de savoir ce qui relève de cette théorie et ce qui correspond à l'application d'une autre notion<sup>76</sup>. Ses contours sont donc flous. Cependant, l'hypothèse de déclenchement de la technique est toujours la même : un sujet se comporte de manière licite au premier abord car il respecte formellement les dispositions définissant la substance de son droit, mais en fait un usage considéré exceptionnellement comme illicite<sup>77</sup> en raison de l'intention de nuire du sujet ou du détournement du droit de ses finalités<sup>78</sup>. Par exemple, une personne titulaire d'un droit de propriété peut disposer de son bien comme elle l'entend et ainsi, notamment, en jouir seule et empêcher quiconque d'y accéder. En cas de litige, à ce stade, la règle applicable est simple :

---

droits », *Rev. Crit. lég. et jurispr.* 1929. 33 ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTDciv.* 1928. 365 ; L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, 1905 ; J. CHARMONT, « L'abus du droit », *RTDciv.* 1902. 113 ; R. SALEILLES, *La déclaration de volonté*, F. Pichon, 1901, p. 251 et s.

<sup>68</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>69</sup> Par exemple : article 618 alinéa 1<sup>er</sup> : « L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien. » ; article L. 430-9 du Code de commerce : « L'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre. ».

<sup>70</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Abus », sens 1, p. 7 ; « Fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre, soit de manière anormale, en dehors de sa finalité, doit dans le seul but de nuire à autrui » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « abus de droit », p. 5) ; « Acte d'un sujet qui outrepassé son droit ou qui fait usage d'un droit sans respecter les règles prescrites pour cette action » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., « Abus » sens 1., p. 1).

<sup>71</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2008, n° de pourvoi : 07-11251, *Bull. civ.* 2008, I, n° 104 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 26 novembre 1953, *D.* 1956. 154, note FRIEDEL ; « Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Abus », sens 1 – de droit a/ (civ), p. 7) ; J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey université, 14<sup>ème</sup> éd., 2012, n°246, p. 270 ; « Constitutif d'une faute pouvant donner lieu à réparation civile dans les conditions du droit commun » (*Lexique des termes juridiques*, préc., 2012, « abus de droit », p. 5).

<sup>72</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 octobre 1971, *Bull. civ.* III, n°480, *D.* 1972. 210, PIROVANO, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », préc.

<sup>73</sup> « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. » P. ANCEL ET G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in P. ANCEL, G. AUBERT et C. CHAPPUIS, *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, préc., p. 15 et s.

<sup>74</sup> A. SÉRIAUX, « Abus de droit », préc.

<sup>75</sup> Cf. *infra* § n°184.

<sup>76</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°8 et s.

<sup>77</sup> D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *Mel. G. Isaac*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004, vol. 2, p. 559 et s.

<sup>78</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Abus », sens 1 – de droit a/ (civ), p. 7 ; P. ANCEL et G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc. Sur les critères de l'abus de droit : cf. *infra* § n°197 et 209.

en vertu du caractère absolu<sup>79</sup> du droit de propriété, son détenteur peut utiliser son bien et interdire l'accès à son terrain. Cependant, dans certaines circonstances, cette solution peut paraître injuste pour le justiciable victime du propriétaire et le droit de propriété détourné de ses fondements et objectifs<sup>80</sup>. Au vu des circonstances particulières de l'espèce, le juge peut alors recourir à l'abus de droit et limiter l'exercice du droit subjectif. Appréhendée en tant que mécanisme correcteur, cette technique peut être envisagée comme un outil, actionné uniquement lorsque certains éléments de faits sont réunis, et permettant au juge d'écartier l'application des dispositions régissant l'exercice du droit, pour la remplacer par une solution plus adéquate, la condamnation, par exemple, du propriétaire à verser des dommages et intérêts à sa victime.

La fraude<sup>81</sup>, ensuite, est elle aussi qualifiée par certains auteurs de « mécanisme correcteur »<sup>82</sup>. Elle est une figure ancienne du système juridique désignant un comportement consistant à ruser avec le droit, à le défier « sur son terrain, [...] en exploiter les règles et la logique, [...] en usurper l'autorité »<sup>83</sup>. Elle correspond à la qualification du comportement du justiciable concerné et, en même temps, elle désigne le mode de sanction utilisé par le juge dans ce type de circonstances<sup>84</sup>. Elle est définie comme l'« acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité) accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi »<sup>85</sup>. Cette technique « domine tout le droit, dont elle est l'instrument d'assouplissement par

---

<sup>79</sup> Voir notamment sur ce point : J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit français depuis 1804*, PUF, 1996, n°10, p. 25-26.

<sup>80</sup> Pour un exemple récent : « attendu qu'ayant constaté la nécessité de réaliser des travaux sur la toiture du pavillon des époux Y... du côté de la propriété de Mme X..., le refus du maire de la commune de voir installer une nacelle en vue d'effectuer ces travaux à partir de la voie publique, sans passage sur le fonds de Mme X... et le coût disproportionné de toute autre solution au regard de la valeur des travaux à effectuer, la cour d'appel, qui a souverainement retenu qu'il n'existait aucun autre moyen pour réaliser ces travaux que de passer sur le terrain de Mme X... et en a déduit que celle-ci ne pouvait, sous peine de commettre un abus de droit, s'opposer à l'installation d'un échafaudage en éventail ou sur pieds dans la propriété voisine pour une durée de trois semaines » (Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 février 2012, n° de pourvoi : 10-22899, publié au *Bulletin*, D. 2012. 680 ; N. THOMASSIN, « Le fondement juridique du « tour d'échelle » », D. 2012. 1308 ; « Du fait du caractère exclusif de sa propriété, un propriétaire a certes le droit de refuser à son voisin de passer chez lui, même pour réaliser des travaux sur sa construction. Mais s'il s'agit de réparations indispensables qu'on ne peut réaliser autrement, et si cela ne lui est pas trop préjudiciable, il commet un abus de droit en lui opposant un tel refus. » (J.-L. BERGEL, « À défaut d'autre possibilité, un propriétaire ne peut sans abus de droit refuser à son voisin de passer sur son fonds pour réaliser des travaux, Cour de cassation, civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2012, M<sup>me</sup> X... c/ Époux Y..., n° 10-22.899 », *Revue de droit immobilier* 2012. 272)).

<sup>81</sup> Notamment : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°499, p. 424 et s. ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th., Paris, 2008 ; J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n° 218, p. 235-236 ; A. JEAMMAUD, « *Fraus omnia corrumpit* », D. 1997. Chron. 19 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809 et s., p. 796 et s. ; G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* » », D. 1961. Chron. 169 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957 ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, th., Aix-Marseille, 1928 ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence*, Dalloz, 1927.

<sup>82</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>83</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°1, p. 1.

<sup>84</sup> Il en est de même pour l'abus de droit.

<sup>85</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Fraude », sens 3 – à la loi a/ (civ), p. 478 ; « Action relevant chez son auteur la volonté de nuire à autrui [...] ou de tourner certaines prescriptions légales », Lexique des termes juridiques, préc., « Fraude », p. 418 ; la fraude « consiste à créer les conditions d'application d'une règle de droit dont les effets neutralisent les conséquences juridiques défavorables de la situation initiale de l'individu. Il s'agit, en somme, de faire jouer les lois les unes contre les autres et ceci non pas fictivement mais en déclenchant véritablement un mécanisme apte à produire le résultat escompté ; de sorte que si on laissait fonctionner normalement les règles de droit, la ruse serait couronnée de succès » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°813, p. 801-802) ; B. AUDIT,



excellence »<sup>86</sup> et « permet de déjouer les combinaisons malhonnêtes qui prétendraient s'abriter sous le couvert du droit »<sup>87</sup>. Comme l'a exprimé Monsieur Antoine Jeammaud :

Le terme désigne une mise en scène tendant, dans un domaine de règles non supplétives, à obtenir, par le jeu des dispositions applicables à la situation ainsi construite, un résultat juridique que n'auraient pu assurer les dispositions compétentes en l'absence d'un tel montage, ou bien à se soustraire aux conséquences de droit qu'auraient dictées ces dernières<sup>88</sup>.

Ses applications sont donc multiples ; la loi y recourt dans quelques textes<sup>89</sup> et la jurisprudence en a étendu les applications pour en faire une notion générale<sup>90</sup>. « Instrument de souplesse », la fraude « s'accommode mal d'une grande rigueur des concepts et des raisonnements » ce qui entraîne parfois une incohérence des solutions s'y référant<sup>91</sup>. Elle est utilisée par le juge si les éléments factuels le commandent, comme, par exemple, lorsqu'une personne profite des failles du système pour obtenir un avantage indu. Selon les règles normalement applicables, cette personne serait en droit de le faire<sup>92</sup> alors même que ce serait aboutir à la consécration judiciaire d'une fraude. Peut être constitutif d'une fraude, par exemple, le mariage conclu dans le seul but d'obtenir une nationalité<sup>93</sup>. Le juge peut alors brandir la théorie de la fraude et le mariage en question ne pourra pas, par exemple, produire « l'effet acquisitif de nationalité frauduleusement recherché »<sup>94</sup>. La fraude emporte ainsi inefficacité des moyens réguliers employés de manière illicite. L'envisager comme un mécanisme correcteur permet de décomposer cette action et de considérer que le juge, dans un premier temps, écarte la règle compétente selon laquelle le moyen employé est licite, la fraude faisant exception à toutes les règles, pour, dans un second temps seulement, régler autrement le litige. Cette dénomination impliquant au surplus une certaine souplesse d'utilisation<sup>95</sup>, elle

---

« Fraude », préc. ; « Il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif » (J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 208) ; la fraude désigne « des procédés licites en soi, des combinaisons juridiques parfois ingénieuses, qui dans l'état actuel de la législation positive ont toute l'apparence de la régularité, et qui, pourtant, permettent d'arriver à faire ce que la loi défend, ou à ne pas faire ce que la loi ordonne » (A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, préc., n°13, p. 31) ; « La fraude à la loi, quelle que soit la forme qu'elle revête, se ramène toujours à l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et interdictions de la loi » (H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, préc., n°1, p. 11).

<sup>86</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, Cours de droit civil approfondi de DES, 1954, p. 113.

<sup>87</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 113.

<sup>88</sup> A. JEAMMAUD, « *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1997. Chron. 19.

<sup>89</sup> Par exemple : article 2321 du Code civil : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie. ».

<sup>90</sup> Par exemple : Soc. 24 mars 2010, n° de pourvoi : 08-45552, *Bull. civ.* 2010, V, n° 74 : « Mais attendu que la fraude corrompt tout ». J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797.

<sup>91</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798.

<sup>92</sup> Généralement, tout ce qui n'est pas défendu est permis (sur ce principe : cf. J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 178-179).

<sup>93</sup> F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP* 1993. I. 3665.

<sup>94</sup> Civ. 1re, 17 novembre 1981, N° de pourvoi : 80-11498, *Bull. civ.* I, n° 338, *D.* 1982. 573, note GUIHO ; *Rev. crit. DIP* 1982. 669, note FOYER ; *JDI* 1982. 453, note AUDIT ; *Rép. Defrénois* 1982. 1552, note MASSIP.

<sup>95</sup> Cf. *infra* § n°300.

explique la variabilité des solutions et l'illogisme parfois reproché à la jurisprudence maniant cette technique.

Enfin, la théorie de l'apparence<sup>96</sup> est, elle aussi, qualifiée par certains auteurs de « mécanisme correcteur »<sup>97</sup>. L'apparence, dans une situation juridique, est ce qui « peut être connu, sans recherches approfondies »<sup>98</sup> sans correspondre nécessairement à la réalité<sup>99</sup>. « Juridiquement, elle reflète le conflit entre le fait et le droit »<sup>100</sup>, mais comme le disait très justement Gény : « ce n'est pas à la vie sociale à plier devant la théorie juridique. C'est la théorie au contraire qui se doit accommoder aux faits et aux exigences de la vie »<sup>101</sup>. Ainsi la théorie de l'apparence<sup>102</sup> permet qu'une situation de fait établie en marge des normes juridiques puisse être source de droits subjectifs<sup>103</sup>. Grâce à cet outil, des droits apparents produisent des conséquences juridiques en dépit de l'inefficacité totale à laquelle il faudrait logiquement conclure en vertu des règles applicables. En effet, une personne se comporte comme si elle était titulaire d'un droit, bénéficiait d'un statut. Tous les actes qu'elle a passés sous ce statut illusoire devraient être inefficaces. Une telle solution peut être injuste, contraire à la sécurité juridique<sup>104</sup> pour ceux qui ont légitimement cru à cette apparence. Le juge recourt alors à la théorie de l'apparence, notamment, pour rendre efficace ces actes : par exemple, un mariage célébré par un conseiller municipal irrégulièrement délégué dans les fonctions d'officier d'état civil<sup>105</sup> reste valable. Un des premiers arrêts ayant utilisé cette théorie, rendu en 1897 dans la fameuse affaire *la Boussinière*, a précisé que la solution était une exception nécessaire aux règles applicables<sup>106</sup>. Appréhendée comme un mécanisme correcteur,

---

<sup>96</sup> Notamment : M. BOUDOT, « apparence », préc. ; P. DEUMIER, « Error communis facit jus ? », in *L'erreur*, dir. J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, 2007, p. 9 et s. ; A. RABAGNY, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, PUF, 2003 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd. 1999, « Error communis facit jus », n°116, p. 229 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°838 et s., p. 828 et s. ; C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », *D.* 1992, Chron. 285 ; J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, th., Nice, 1974 ; P. LESCOT, « Les tribunaux face à la carence du législateur », *JCP* 1966. I. 2007 ; X. PETETIN, *La nature juridique de l'apparence*, th., Paris, 1966 ; H. MAZEAUD, « La maxime « error communis facit jus », *RTDciv.* 1924. 929.

<sup>97</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>98</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Apparence », sens 2, p. 70

<sup>99</sup> « Etat d'une situation qui se présente sur la scène juridique de façon déformée. La situation juridique apparente peut même être, en réalité, inexistante » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Apparence », p. 62) ; « ce qui apparaît peut être contraire à la réalité ; l'apparence est alors trompeuse » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 73 et s.).

<sup>100</sup> C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.

<sup>101</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, 1899, p. 186.

<sup>102</sup> « Théorie prétorienne en vertu de laquelle la seule apparence suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Apparence », sens 4 – (théorie de l'), p. 70.

<sup>103</sup> *Lexique des termes juridiques*, préc., « Apparence », p. 62.

<sup>104</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°206.

<sup>105</sup> Célèbre affaire dite des mariages de Montrouge (Cass. Civ. 7 août 1883, *D. P.* 1884. I. 5, concl. BARBIER, note DUCROCQ).

<sup>106</sup> « Mais attendu, en droit, que les considérations d'ordre public et d'intérêt général qui ont conduit à reconnaître la validité des ventes passées entre l'héritier apparent et les tiers de bonne foi n'autorisent pas à la subordonner aux conditions dans lesquelles celui qui est regardé par tous comme le successeur du défunt s'est emparé de la succession ni à celles dans lesquelles il en a été dépossédé ; qu'il importe peu, au point de vue des tiers, que l'héritier apparent semble tenir son titre de la loi ou de la volonté du défunt ; qu'il soit entré sans contradiction en possession des biens héréditaires ou qu'une décision de justice, ayant acquis l'autorité de la chose jugée, l'en ait déclaré propriétaire ; qu'il n'importe pas davantage qu'un crime ait été commis par l'héritier apparent ou par un tiers à son insu, comme dans l'espèce, crime qui lui a permis de passer pour héritier, ni que le jugement qui lui avait reconnu cette qualité ait été rétracté ; que, dès que l'erreur commune et invincible ainsi que la bonne foi des tiers sont établies, les aliénations consenties par l'héritier apparent échappent à toute action en

l'apparence peut être comprise comme permettant au juge d'écarter les règles compétentes selon lesquelles les actes devraient être inefficaces et de régler le litige autrement.

Ces trois techniques sont envisagées comme des soupapes de sécurité permettant au juge d'atténuer la rigueur du jeu des règles de droit. En effet, elles constituent des dérogations au droit compétent au regard des faits de l'espèce. La particularité de ce fonctionnement et de ce rôle au sein du système juridique peut être considérée comme une manifestation d'un rôle correcteur du juge, l'illustration d'une de ses manifestations. Rangées sous le vocable de « mécanismes correcteurs », ces notions bénéficiant d'une existence indiscutable au sein du système juridique français, elles peuvent permettre d'illustrer le fonctionnement de ce concept général, de servir d'exemple, de guide, mettant en évidence des indices facilitant la découverte d'autres mécanismes correcteurs. À l'aune de la correction, le juge recourt à chacun d'eux lorsque la norme applicable au cas qui lui est soumis est inadaptée à le régler de manière satisfaisante, pour écarter son application et tenter de mettre fin au litige par une solution plus adéquate. Cet outil intervient ainsi largement au sein du droit en général, comme le démontre l'étendue du champ d'action des notions présentées<sup>107</sup>. À ce stade, le concept de « mécanisme correcteur » peut être mieux appréhendé grâce aux exemples donnés. La description de l'action des notions utilisées pour illustrer le concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne, évoquant la faculté pour le juge de déroger à l'application de la norme compétente, appelle cependant que l'objet de cette étude soit dès à présent situé par rapport à la décision d'espèce rendue en équité.

**6. Le mécanisme correcteur et la décision d'espèce rendue en équité** – Les mécanismes correcteurs semblent permettre au juge d'atténuer la rigueur des règles de droit, de déroger à leur application en considération des faits de l'espèce. Cette opération n'est pas sans rappeler la décision d'espèce rendue en équité lorsque le juge considère la règle applicable inadaptée. Le lien entre ces deux outils du juge n'a rien d'étonnant puisqu'ils peuvent tous deux être envisagés comme les manifestations d'une action correctrice du juge<sup>108</sup>. En effet, la correction semble désigner la faculté accordée au juge d'écarter la norme applicable et de statuer à l'aide d'un autre moyen<sup>109</sup>. Elle peut cependant se manifester de différentes manières. Le juge peut rendre une décision d'espèce ne prétendant pas à être étendue à d'autres affaires ou utiliser un mécanisme correcteur lorsqu'il est face à une limite récurrente de la norme applicable<sup>110</sup>. L'abus de droit, par exemple, permet une réponse construite et harmonieuse aux conséquences inadaptées découlant régulièrement du caractère absolu de certains droits. La décision rendue en équité, au contraire, est circonstancielle et ne concerne qu'un seul cas d'espèce. Cette première approche de la différence entre le mécanisme correcteur et la décision d'espèce rendue en équité permet de percevoir l'intérêt d'un tel outil. En effet, il permet au juge d'écarter l'application de la norme lorsqu'elle aurait des conséquences inacceptables tout en assurant une certaine sécurité juridique grâce à sa forme permettant une certaine systématisation<sup>111</sup>.

---

résolution dirigée par l'héritier véritable ; que c'est là une exception nécessaire tant à la règle générale posée dans l'article 2182 du Code civil qu'aux effets particuliers de l'administration de la requête civile que détermine l'article 501 du Code de procédure civile » (Cass. civ., 26 janvier 1897, *Bull. civ.*, n° 12 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 12ème éd., 2007, n° 103, p. 619 et s.).

<sup>107</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°182 et s.

<sup>108</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°63 et s.

<sup>109</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°22 et s.

<sup>110</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°277 et s.

<sup>111</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°299.

Ces deux manifestations de l'action correctrice du juge différenciées et une première approche des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne proposée, il convient à présent de préciser le cadre de cette étude.

## B. Délimitation du champ de l'étude

**7. Les mécanismes correcteurs « d'origine prétorienne »** – Son objet étant nouveau, cette étude aurait pu s'attacher à la construction du concept général de mécanisme correcteur, leur création n'étant pas réservée au seul juge<sup>112</sup>. L'ambition d'un tel objectif, peut-être trop important, en étendant le champ de la recherche, accentuait la difficulté de l'entreprise en risquant une dilution du concept. Il a ainsi été choisi de cantonner ce travail aux mécanismes correcteurs ayant été créés par le juge. Cette limitation permet ainsi de recentrer l'étude sur l'un de ses points les plus importants. En effet, il s'agit, notamment, de se pencher sur un aspect de la mission du juge, dépassant la question de la place de la jurisprudence au sein des sources du droit. Cette autre facette du rôle du juge dans l'application de la règle aux faits peut être qualifiée de pouvoir correcteur. Il est relativement peu connu, du moins sous l'angle du mécanisme correcteur, mais il est remarquablement mis en lumière aujourd'hui à travers le contrôle concret de conventionnalité opéré récemment par la Cour de cassation<sup>113</sup>. Il pourrait, certes, être étudié au travers de mécanismes correcteurs de toutes origines, mais c'est dans la création même du mécanisme correcteur que ce pouvoir correcteur est le plus significatif, le plus flagrant. De plus, une telle création soulève des questions théoriques différentes de celles intervenant lorsqu'il ne fait qu'utiliser un mécanisme correcteur d'origine légale. Pour ces raisons, la présente étude est centrée sur les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne mais sans pour autant que les mécanismes correcteurs d'autres origines soient totalement ignorés<sup>114</sup> ou même que l'exhaustivité soit recherchée.

**8. L'absence de recherche d'exhaustivité** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne représentent un concept vaste regroupant toutes sortes de notions juridiques. Il ne s'agira en aucune façon, dans cette étude, de prétendre en dresser une liste exhaustive, un recensement rigoureux. La difficulté de la tâche n'aurait d'égale que le désintérêt de la démarche.

La tâche serait difficile car le concept étant encore à construire, les qualifications par les auteurs ne suffisent pas à dénicher tous les objets pouvant recevoir cette dénomination. Ces utilisations doctrinales ne constituent qu'un point de départ pour identifier des mécanismes correcteurs et faire émerger de leur analyse le sens de l'expression mais n'en sont pas une condition. Une fois les bases de la définition proposées, d'autres objets peuvent être ainsi dénommés s'ils y répondent, indépendamment de la manière dont ils sont qualifiés par les auteurs. De même, les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont, certes, créés par le juge mais sans que celui-ci les désigne ainsi. C'est pourquoi la construction du concept prend

---

<sup>112</sup> Cf. *infra* § n°92 et s.

<sup>113</sup> Civ. 1ère, 8 décembre 2016, n° 15-27.201 (n° 1450 FS-P+B+R+I) ; Civ. 1ère, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2013. 2914 et 2014. 153, point de vue H. FULCHIRON et 179, note F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20790, *D.* 2015. 2365, note H. FULCHIRON, 2016. 857, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et 1966, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *RTDciv.* 2015. 596, obs. J. HAUSER, et 825, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. fam.* 2015, n° 163, note C. NEIRINCK ; 6 juill. 2016, n° 15-19.853, *D.* 2016. 1980, note H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2016, n° 200, note Y. BERNAND.

<sup>114</sup> Cf. notamment *infra* § n°38.

essentiellement pour point de départ<sup>115</sup> ses utilisations par la doctrine et leur analyse. Seule une irréalisable recherche systématique dans les décisions, même réduites à celles de la Cour de cassation, une fois la définition proposée, pourrait permettre d'en dresser une liste espérant prétendre à l'exhaustivité.

L'intérêt d'une telle démarche serait moindre car le but de cette étude est plus de comprendre la nature et le fonctionnement des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, d'observer ce qui les rassemble, que de les recenser, une telle liste n'apportant rien de plus à l'analyse. Seuls certains d'entre eux seront donc étudiés comme les illustrations d'un phénomène les dépassant. Ont été choisis les exemples perçus comme particulièrement illustrant<sup>116</sup>. Il faut ajouter que, parmi les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne identifiés dans cette étude, certains seront utilisés de manière plus récurrente que d'autres. Tout d'abord, l'abus de droit, la fraude et l'apparence en font indéniablement partie car ce sont les objets les plus fréquemment identifiés comme des mécanismes correcteurs et le plus souvent liés par cette dénomination<sup>117</sup>. Ensuite, il en va de même de l'exception d'ordre public car cette technique est celle dont le fonctionnement est le plus explicitement proche de la technique générale de mécanisme correcteur<sup>118</sup>. Enfin, la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est également régulièrement utilisée, d'une part, en raison de l'actualité de la technique, récemment introduite au sein du droit positif<sup>119</sup> et au cœur d'oppositions profondes, et, d'autre part, car son observation compte parmi les éléments desquels l'idée de consacrer ce travail aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est née.

De la même manière, il ne s'agira pas non plus d'étudier dans leur entier chacun des mécanismes correcteurs identifiés, d'ajouter à l'existant une nouvelle contribution. Au-delà de la technique, ceux-ci sont parfois des piliers du droit français. Ils seront principalement abordés sous un angle précis, en tant que mécanisme correcteur d'origine prétorienne, délaissant les aspects extérieurs au propos. La raison simple en est qu'il n'est pas question ici de réétudier les notions et régimes de chacun des mécanismes, mais bien les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne de manière autonome. Les différents mécanismes identifiés servent d'illustrations aux traits communs dégagés. L'étude de ces figures célèbres du droit sous l'angle du mécanisme correcteur d'origine prétorienne a cependant l'avantage de permettre de porter un regard différent sur elles, de mieux les comprendre et de révéler leur nature commune au-delà de leurs particularités. Ce travail est donc consacré aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne en tant que concept et technique autonomes et sera cantonné au droit privé français.

**9. Le cantonnement au droit privé français** – Il convient avant tout de préciser que cette étude consacrée aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne aura pour terrain principal le droit français. La possible mise en évidence de mécanismes correcteurs devant encore être démontrée, il a été choisi d'en observer l'existence dans un champ restreint. Le droit comparé ne sera cependant pas totalement absent de ces pages mais sera utilisé pour rendre compte de certains rapprochements pouvant éclairer la compréhension de l'objet au sein du droit français<sup>120</sup>. L'étude restera plus précisément cantonnée au droit privé français, champ de travail déjà vaste mais au fonctionnement relativement unifié et harmonieux. En

---

<sup>115</sup> Les emplois du concept de mécanisme correcteur par la doctrine constituent le point de départ de la construction car il n'est pas utilisé dans d'autres sources (*cf. supra* § n°4). En revanche, pour la définition des concepts de « correction », d' « origine prétorienne » et de « mécanisme », leurs emplois n'étant pas limités à la doctrine, d'autres sources seront utilisées (*cf. infra* § n°15 et 26).

<sup>116</sup> Parmi eux s'imposent l'abus de droit, l'apparence et la fraude. *Cf. supra* § n°4-5.

<sup>117</sup> *Cf. supra* § n°4.

<sup>118</sup> *Cf. infra* § n°218 et 232.

<sup>119</sup> *Cf. infra* § n°305.

<sup>120</sup> *Cf. infra* § n°285 et s. et 289 et s.

effet, même si la *summa divisio*<sup>121</sup> n'est plus aussi tranchée qu'elle a pu l'être et si certaines branches du droit sont plus transversales, des différences importantes subsistent et notamment en ce qui concerne un élément important de l'étude, la considération du pouvoir du juge. La création du droit par le juge est une question traitée relativement différemment en droit public et en droit privé. Quand les auteurs encouragent le Conseil d'État dans ses créations audacieuses, certains ont pu reprocher à la Cour de cassation de faire de même<sup>122</sup>. Cette question étant centrale dans cette étude, cette dernière se centrera sur les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne au sein du droit privé, même si le phénomène existant en droit public sera utilisé comme outil de comparaison<sup>123</sup>.

Au sein du droit privé<sup>124</sup>, une autre délimitation s'impose car le droit pénal<sup>125</sup> doit être exclu du champ de l'étude. Du fait de ses particularités, il se prête au traitement de cette question de manière très différente, voire inconciliable. En effet, le droit pénal, dominé par le légalisme<sup>126</sup>, est d'interprétation stricte et étroite, ainsi que l'a rappelé l'Assemblée plénière

---

<sup>121</sup>B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Dalloz, 2010 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, n°34, p. 291 et s. ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°62, p. 51-52 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », *La structure des systèmes juridiques*, O. MORETEAU et J. VANDERLINDEN (dir.), XVI<sup>ème</sup> Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002, éd. Bruylant Bruxelles 2003, p. 259 et s. ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., n°59, p. 63-64

<sup>122</sup> Illustrent cette différence les réactions parfois indignées des auteurs face à la possibilité pour la Cour de cassation de moduler dans le temps les effets de ses revirements (par exemple : V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G.* 2005. I 130. 671 et X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 304) et celles plus enthousiastes des publicistes (par exemple : M. CANEDO-PARIS, « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles. À propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation* », *RFDA* 2007. 935) Plus récemment, le contrôle concret de conventionnalité suscite des interrogations : « Dès lors, on ne manquera pas de s'inquiéter des dangers d'une justice rendue en équité, au risque de mettre en péril la force de la règle et la sécurité du droit. Est-il bon de laisser ainsi au juge le pouvoir d'appliquer ou non une règle claire et précise, en se fondant sur une appréciation, qui aura nécessairement sa part de subjectivité, des intérêts individuels en présence ? Appartient-il à la Cour de cassation de se comporter en juge des droits de l'homme ? Autant de questions, bien réelles, qui ne manqueront pas de susciter les débats. » (H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », *D.* 2014. 153) ; « Quant à la méthode ce n'est pas sans inquiétude que l'on voit la Cour de cassation se mettre à juger en équité de la valeur du droit positif alors qu'on pouvait estimer qu'on en avait déjà assez avec le Conseil constitutionnel et la Cour EDH malgré les références textuelles formelles de ces juridictions ! Non point que la démarche du jugement en équité soit vraiment étrangère à la Cour de cassation [...] mais, en général, elle l'habillait sous une référence textuelle de droit interne au moins apparente et le procédé ne concernait pas le droit des personnes. En l'espèce, il s'agit tout de même, bel et bien, d'écarter un texte clair (certes largement obsolète) en s'appuyant sur des dispositions très générales agrémentées d'une remarque sur la durée de l'union [...] et d'une absence d'opposition [...]. Jusqu'où peut-on aller ? Pour rester en matière de mariage, faut-il écarter aussi le système des oppositions, des consentements parentaux, la possibilité d'un mariage posthume, etc. ? Quant aux précautions prises soulignant, hors arrêt, qu'il s'agit d'un cas particulier, cela ne modifie pas la discussion de principe ! Ainsi donc la « saison des juges » atteint aussi désormais l'ordre interne, même si c'est pour la bonne cause. Il serait urgent de revoir, dans son ensemble, le droit du mariage (pour tous !) afin de pouvoir oublier cet arrêt » (J. HAUSER, « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », *RTDciv.* 2014. 88).

<sup>123</sup> Cf. *infra* § n°263 et s. et 296 et s.

<sup>124</sup> Le droit pénal est traditionnellement rattaché au droit privé mais ne semble pas véritablement en faire partie, voire même être classé dans le droit privé ou public. Sur ce point : J. PRADEL, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 18<sup>ème</sup> éd., 2010, n°75 et s., p. 66 et s.

<sup>125</sup> C. PITCHERS, « L'équité dans la décision pénale », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p. 131 ; F. NIVET, « Équité et légalité », préc.

<sup>126</sup> « Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence » (PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, 1801) ; De la même manière : J. PRADEL, *Droit pénal général*, préc., n°128 et s., p. 107 et s.

de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 juin 2001<sup>127</sup>. Il ne laisse pas la même marge d'appréciation au juge, particulièrement lorsqu'il est question de règles défavorables au prévenu. Rien n'empêche le juge d'interpréter plus largement les règles favorables<sup>128</sup> au point peut-être que l'existence de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne soit inutile. La mise à l'écart de la règle normalement applicable par le juge n'a pas les mêmes implications qu'en droit civil. Ainsi, par exemple, la théorie civiliste de l'abus de droit n'a pu trouver de véritable place au sein de cette matière. Pour Madame Emmanuelle Lajus-Thizon, qui consacre justement sa thèse à *L'abus en droit pénal*, « si l'abus existe en droit pénal, il ne peut être que légalement prévu, et ne saurait consister en un instrument régulateur laissé entre les mains des juges et soumis à leur libre appréciation »<sup>129</sup>. Ainsi, il semble difficile d'espérer identifier, en droit pénal, des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne et les conclusions à en tirer seront différentes. Le champ de cette étude concerne donc majoritairement le droit civil. Ce qui semble être une limitation n'en est cependant pas nécessairement une véritable, le droit civil étant le socle de la culture juridique du système, « c'est de cette matrice que viennent toutes les notions fondamentales du droit »<sup>130</sup>.

Le champ de l'étude se limitera ainsi au droit privé français à l'exclusion du droit pénal, une amplitude plus que suffisante pour saisir l'intérêt d'un travail d'ensemble consacré aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Il convient à présent de présenter la manière dont l'objet de l'étude sera abordé.

## § 2 – Angle adopté

**10. Plan** – Vouloir étudier les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est une chose, savoir dans quel objectif et par quels moyens en est une autre. Il est ainsi nécessaire d'exposer la méthode utilisée pour aborder l'étude de ce nouvel objet, une méthode qui n'est pas étrangère à l'intérêt de la recherche entreprise. Selon son sens étymologique, la méthode est une « voie »<sup>131</sup>, un « cheminement »<sup>132</sup>. « Elle est conçue comme un enchaînement raisonné de moyens en vue d'une fin, plus précisément comme la voie à suivre pour parvenir à un résultat »<sup>133</sup>, elle est « une manière de conduire la pensée »<sup>134</sup>. La manière dont le sujet est envisagé et ce qui se veut être démontré influent et balisent le chemin à parcourir. Seront donc abordés, dans un premier temps, l'intérêt d'une étude consacrée aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne (A) et, dans un second temps, la méthode employée (B).

### A. Intérêt de l'étude

---

<sup>127</sup> Ass. Pl. 29 juin 2001, n° de pourvoi : 99-85973, *Bull. AP*, 2001 A. P. n° 8 p. 19, *D.* 2001. 2917, note Y. MAYAUD ; *JCP* 2001, II, n° 10569, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE, note M.-L. RASSAT.

<sup>128</sup> G. STEFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, *Droit pénal général*, 20<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007, n°127, p. 130-131.

<sup>129</sup> E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, 2011, n°4, p. 6.

<sup>130</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°1, p. 9.

<sup>131</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Méthode », p. 1586.

<sup>132</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 17.

<sup>133</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 17. Voir également : Méthodes : « un ensemble de démarches raisonnées déterminé en fonction des objectifs d'une recherche et codifié par des règles ordonnant les différentes phases, en particulier le choix des techniques adéquates » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., « Méthodes (de la sociologie du droit) », p. 372.

<sup>134</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002, n°4, p. 4.

**11. L'absence de recherche antérieure** – L'intérêt d'une étude dédiée à un objet mal connu réside avant tout dans ce qu'aucun travail de recherche ne lui a été consacré, comme c'est le cas des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne en eux-mêmes, de même que du seul mécanisme et de la correction en droit<sup>135</sup>. Ils sont régulièrement identifiés par la doctrine. Ainsi il est possible de constater, après la lecture d'un article, par exemple, que l'abus de droit est un mécanisme correcteur, de même que la fraude et bien d'autres notions<sup>136</sup>. L'expression n'est donc pas nouvelle, pas plus sans doute que la considération de l'existence de l'outil qu'elle désigne. Cependant, comme le soulignait Hegel, ce qui est familier n'est pas pour cela connu. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne n'est jamais défini ou véritablement au cœur des réflexions, le concept et son régime demandent encore à être construits et son fondement à être proposé. Il convient ainsi, dans cette étude, de dépasser les illustrations de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne pour tenter de mettre en évidence l'ensemble qu'ils peuvent constituer. Ce travail permettra en retour de mieux comprendre les objets ainsi qualifiés, leur rôle, leur nature, leur fonctionnement et de porter un regard différent sur le système juridique les accueillant.

**12. Réflexions sur le droit** – Nombre d'objets juridiques étant régulièrement qualifiés de « mécanismes correcteurs »<sup>137</sup>, l'existence de tels outils au sein du système juridique est, du moins implicitement, reconnue. Cependant, le concept semble peu conciliable avec la théorie des sources du droit<sup>138</sup> et trouve difficilement sa place au sein de certaines conceptions du système juridique. Son fonctionnement et ses effets particuliers, aboutissant à rien de moins que la mise à l'écart de normes compétentes, ne manquent pas d'interroger. Le regard porté sur le droit, au gré de réflexions et d'études incessantes, des débats et découvertes, évolue, de manière imperceptible ou avec éclats et tapages, tourné vers le souhait perpétuel et sans doute jamais réalisé d'en saisir enfin l'essence<sup>139</sup>. La percée progressive des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne s'inscrit dans ce cheminement. Elle interroge, d'une part, quant aux manifestations formelles du droit<sup>140</sup>. Envisager l'existence de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne pose la question de la situation de ce concept parmi les différentes composantes du droit que sont, par exemple, la règle<sup>141</sup>, la norme<sup>142</sup>, le principe<sup>143</sup> et

---

<sup>135</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>136</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>137</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>138</sup> Cf. *infra* § n°73 et s.

<sup>139</sup> Cf. *infra* § n°124 et s. Parmi beaucoup d'autres : C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 ; P. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 7<sup>ème</sup> éd. 2012 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999 ; *Droits*, n°10 et 11, 1989 et 1990 ; P. JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, éléments de Métajuridique amusante », *RTDciv.* 1979. 480 ; L. FRANCOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, 1978 ; J. COMBACAU, « Sur une définition restrictive du droit, Dialogue sans issue », *Mél. Burdeau*, 1977, p. 1033 et s.

<sup>140</sup> Cf. *infra* § n°127 et s. Entre autres : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°42, p. 57 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°44 et s., p. 42 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, éd. Montchrestien, collection Domat droit privé, 13<sup>ème</sup> éd., 2007, n°19, p. 21 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011, n° 36 et s., p. 31 et s. ; N. ROULAND, « Penser le droit », in *Droits*, 1989, n°10, p. 78).

<sup>141</sup> Cf. *infra* § n°130 et s. Entre autres : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Règle », 1., p. 872 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°1, p. 5 ; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préf. P. Roubier), Dalloz, 2002 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997 ; A. JEAMMAUD, « La règle comme modèle », *D.* 1990. 199 ; P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, 1989, n°10, p. 7.

<sup>142</sup> Cf. § *infra* n°141 et s. Entre autres : C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc. ; E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*,



l'institution<sup>144</sup>. Ces réflexions sont l'occasion de revenir sur la question fondamentale à laquelle il ne sera sans doute jamais véritablement trouvé de réponse : « qu'est-ce que le droit ? » et de rechercher une manière de l'envisager permettant d'inclure de manière cohérente les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Selon qu'il est défini comme un ensemble de règles, de normes ou, plus largement, comme un système<sup>145</sup>, la place de ces techniques en son sein peut être différemment envisagée. Cette rencontre permet donc de porter un regard différent sur le droit, de s'interroger sur sa présentation habituelle à travers le prisme de la règle ou de la norme. D'autre part, la considération croissante des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne pose irrémédiablement la question de la place des valeurs au sein du système juridique<sup>146</sup>. Délicate pour ne pas dire insoluble, elle a, de tout temps, cristallisé les oppositions. L'objet de cette étude oblige à y revenir car le concept apparaît comme constituant une incursion, au sein du droit, de considérations telles que la morale ou l'équité. L'étude des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne oblige ainsi à porter un regard nouveau sur le droit mais également à s'interroger, plus particulièrement, sur le rôle du juge au sein du système juridique.

**13. Réflexions autour du rôle du juge** – L'intérêt d'une étude consacrée aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne réside également dans l'opportunité d'opérer une réflexion sur les pouvoirs du juge. Celui-ci, dans un système juridique se complexifiant sans cesse face à la multiplication des règles et de ses missions – il doit trancher les litiges, interpréter les règles, concilier des exigences parfois contradictoires,... – voit invariablement

---

n°21/2007 ; O. PFERSMANN, « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1079 et s. ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc. ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Léviathan, 1996.

<sup>143</sup> Cf. *infra* § n°149 et s. Entre autres : S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008 ; *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005 ; D. BUREAU, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 2004, p. 181 ; P. MORVAN, « Principes », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1201 et s. ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 237, p. 186 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n° 249, p. 163 ; Soc. 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 237, p. 186) », *RTDciv.* 2001. 699 ; P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », *JCP G.* 2001, I. 306 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999 ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, PUAM, 1998 ; A. JEAMMAUD, « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618 ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, Etudes offertes à G. RIPERT*, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 et s.

<sup>144</sup> Cf. *infra* § n°172 et s. Entre autres : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°166 et s., p. 220 et s. ; *Lexique des termes juridiques*, préc., « Institution », p. 477 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Institution », p. 553-554 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°9, p. 16 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°3, p. 17 et s. ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1969, n°85, p. 99 ; J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°62, p. 80.

<sup>145</sup> Cf. *infra* § n°161 et s. Entre autres : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Système », 1, p. 1001 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°127, p. 109 ; P. JESTAZ, *Le droit*, préc., p. 13 et 43 et s. ; J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », *Droits*, n°10, 1989, p. 19 et s. ; M. TROPER, « Système juridique et État », préc. ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002, § 5 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, éd. PUF, collec. Les voies du droit, 1988 ; J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1984, p. 7 et s. ; C. LEBEN, « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1113 et s.

<sup>146</sup> Cf. *infra* § n°163. Entre autres : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°51, p. 46-47 ; *Le juge, gardien des valeurs ?*, dir. V. FORTIER, CNRS éd., 2007 ; C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982.

son rôle se renforcer<sup>147</sup>. Pourtant, longtemps décrié, encore aujourd'hui souvent accusé, le juge suscite la méfiance. L'importance grandissante de cet acteur face aux réalités du système juridique pêche ainsi par l'assise incertaine qui est la sienne. L'étude des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, de leur création, de leur fonctionnement et de leur fondement peut tendre vers la conciliation de ces deux tendances. Elle s'inscrit en tout cas dans une réflexion nécessaire sur le rôle du juge.

Il convient d'ores et déjà de préciser qu'il ne s'agit pas ici, même si cette question sera abordée<sup>148</sup>, de trancher directement le débat relatif à l'existence d'un pouvoir créateur de règles de droit du juge, un pouvoir admis mais toujours discuté<sup>149</sup>, et qui surtout n'est pas l'objet de la réflexion. Une place nouvelle peut aujourd'hui être accordée à d'autres questionnements sur le rôle du juge. Il convient donc ici d'aborder ce point sous un angle original et de s'intéresser à une autre facette du pouvoir du juge dans l'application de la règle, peu explorée celle-ci bien que nouvellement mise en évidence<sup>150</sup>. Lorsque la règle est exceptionnellement inadaptée à régler le litige, le juge semble procéder à la correction de son application, il ne la modifie ni ne la remplace, attitude parfois excessive, mais l'écarte du litige en cause et règle ce dernier autrement. L'observation de cette faculté pose la question de son fondement et par conséquent de l'existence d'un pouvoir correcteur du juge. Le phénomène de correction, peu connu et étudié<sup>151</sup>, semble pourtant avoir toujours existé puisque des traces peuvent être identifiées dans le droit romain et ont subsisté au passage du temps<sup>152</sup>. Il s'observe également hors de nos frontières jusque dans les pays de *common law*<sup>153</sup>, système pourtant si différent du nôtre. Cette constance commande de se demander s'il n'est pas un pouvoir fondamental du juge, attaché à sa fonction sans discontinuité, faisant partie intégrante de celle-ci, alors même qu'il est quasiment ignoré, occulté par la focalisation sur le pouvoir, pourtant très débattu, de l'interprétation, ou rejeté, subissant les conséquences de la mauvaise réputation de la décision rendue en équité.

Ce travail permet ainsi de mieux connaître la nature et le fonctionnement d'une technique juridique peu connue mais dont les composantes sont omniprésentes dans le monde juridique, à travers l'étude des voies de leur insertion prétorienne. Il propose également d'étudier une autre facette du pouvoir du juge, peut-être plus naturelle que celles sur lesquelles se porte

---

<sup>147</sup> B. MATHIEU, « La norme, le juge et la sécurité juridique », in *Justice et cassation, La norme : déclin ou renouveau ?*, 2012, p. 67 et s.

<sup>148</sup> Cf. *infra* § n°46, 82 et 269.

<sup>149</sup> Par exemple : « Certes, on pourra bien dire qu'il y a belle lurette que la jurisprudence est la source principale du droit des obligations mais l'ampleur d'un mal n'a jamais été un argument très convaincant pour en prôner la persistance et même l'aggravation. » (T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010. 2485) ; V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc. ; J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°172, p. 175-177) la plupart des auteurs reconnaissent le pouvoir créateur de règles de droit de la jurisprudence (par exemple : C. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 299 : la Haute juridiction de l'ordre judiciaire, « en appréciant la conformité du jugement aux règles de droit, établit des règles » ; M-A. FRISON-ROCHE, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *RTDciv.* 2005. 310 ; P. MALINVAUD, « A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTDciv.*, 2005. 312 ; la créativité de la jurisprudence est une « réalité que nul ne pourrait nier » (C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005. 989) ; « Une dernière manifestation, enfin, de la montée en puissance des juridictions réside dans la reconnaissance comme source de droit, depuis longtemps établie, des précédents dans les pays de la common law et, plus récente, de la jurisprudence dans les ordres juridiques de la famille romano-germanique » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 102).

<sup>150</sup> Cf. *supra* § 7 et *infra* § 185.

<sup>151</sup> Sur ce point cf. *supra* § n°4.

<sup>152</sup> Cf. *infra* § n°284.

<sup>153</sup> Cf. *infra* § n°285 et s.

généralement toute l'attention et d'ainsi mieux connaître le pouvoir du juge par l'étude de son recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne.

**14. Les objectifs** – Les objectifs de la présente étude sont multiples. Tout d'abord, il s'agit de proposer la définition d'un nouveau concept : le mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Il permettrait de rendre compte de l'existence d'une technique juridique autonome et englobant les notions juridiques en relevant. L'expression est employée mais les illustrations dispersées et le concept n'est pas construit. Pour mieux l'utiliser et le comprendre, il est nécessaire d'en saisir précisément le sens. Puis, l'étude est l'occasion de poser un regard différent sur le droit, d'en proposer une conception pluraliste, loin d'un simple ensemble de règles, de l'envisager comme un système aux éléments multiples et complémentaires. La proposition d'un nouveau concept ne peut aller sans qu'il soit situé au sein des notions existantes. Ensuite, une fois le concept construit, faut-il dépasser l'aspect descriptif de l'objet et proposer des outils pour utiliser cette technique. Ainsi, l'étude et la comparaison des régimes des différents mécanismes correcteurs permettent d'en proposer un schéma de fonctionnement et des hypothèses d'utilisation propres. Enfin, il est indispensable de dépasser sa seule constatation pour proposer le fondement de la faculté du juge de déroger à l'application des normes compétentes. Cette réflexion mène à suggérer l'existence d'un pouvoir correcteur du juge et à proposer sa reconnaissance afin que son exercice soit encadré et qu'il soit consciemment utilisé. La mise en évidence de ce procédé et du pouvoir correcteur du juge permet, de manière plus incidente, d'envisager différemment des notions juridiques à l'existence parfois tellement solide que tout semblait avoir été dit à leur sujet, et ainsi de mieux les comprendre à travers le prisme du mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Pour y parvenir, il a fallu établir une méthode pour mieux s'en départir, y revenir et l'enrichir.

## B. La méthode utilisée

**15. Démarche entreprise** – « Le propre de la méthode est d'aider à comprendre au sens le plus large, non les résultats de la recherche scientifique, mais le processus de recherche lui-même »<sup>154</sup>. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, malgré l'emploi régulier de l'expression<sup>155</sup>, est un nouveau concept restant encore à construire. « Le risque, pour la science juridique fondamentale, c'est [...] de prendre pour acquis ce qui est en voie de constitution. Parce qu'un mot nouveau est apparu, parce que les juristes ont commencé de s'en servir, il faut nécessairement qu'une réalité nouvelle soit née »<sup>156</sup>. Pour une telle étude, deux démarches pouvaient être entreprises. D'une part, le concept aurait pu être construit en partant de l'observation de ses manifestations. Cependant, le choix de ces dernières aurait été arbitraire puisqu'il n'aurait pas reposé sur une définition, compromettant la démonstration. D'autre part et à l'inverse, il aurait été possible de partir du concept pour en rechercher les manifestations. Toutefois, la construction de la définition n'aurait reposé sur aucun exemple concret.

La démarche entreprise ici est sans doute plus proche de la première alternative proposée mais s'en distingue. L'idée de consacrer ce travail aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est née du constat de l'emploi régulier, par la doctrine, de cette expression sans que le concept ait été construit. Ainsi, le point de départ de la recherche a été constitué de ces utilisations par la doctrine. Celles-ci ont été observées et analysées de manière à tenter d'en

---

<sup>154</sup> A. KAPLAN, *The conduct of inquiry. Methodology for behavioral Science*, San Francisco, Chandler ed., 1964, cité par M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, préc., n°14, p. 15.

<sup>155</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>156</sup> C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, n°79, p. 149.

faire émerger le sens implicite octroyé par les auteurs à ces termes<sup>157</sup>. La construction du concept n'avait donc pas directement pour base ses manifestations mais l'utilisation de l'expression pour désigner certains objets et son analyse. La nature doctrinale du concept<sup>158</sup> justifiait l'emploi de cette base comme point de départ. Cependant, il convient de préciser que ces utilisations doctrinales n'ont pas pour autant été envisagées comme une condition. En d'autres termes, une fois les caractéristiques du mécanisme correcteur proposées, celles-ci ont permis de mettre en évidence d'autres objets pouvant être ainsi qualifiés, indépendamment de la manière dont ils étaient désignés par les auteurs<sup>159</sup>. De la même manière, l'utilisation de l'expression pour désigner un objet n'emporte pas obligatoirement que la qualification soit retenue<sup>160</sup>.

Une fois cette base obtenue, la définition du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne devait être construite. L'expression étant employée par les auteurs avec une certaine constance, à ce stade, une bonne connaissance de ce qu'était un mécanisme correcteur d'origine prétorienne était possible. Cependant, la construction de la définition générale impliquait au préalable l'étude autonome de chacun des éléments du concept pour les connaître indépendamment les uns des autres et déterminer les caractéristiques relevant de la technique du mécanisme, ceux appartenant plus globalement à la correction et les particularités liées à l'origine prétorienne. Ainsi, la recherche a, par la suite, consisté à décomposer l'expression pour étudier, suivant la même démarche, l'emploi de chacune de ses composantes. Cette recherche a été menée dans deux types de sources, le langage du droit, d'une part – car si l'expression de « mécanisme correcteur » est essentiellement doctrinale, il convenait de vérifier ce qu'il en était de ses différentes composantes –, et le langage sur le droit, d'autre part. La construction de la définition d'un concept repose toute entière sur la précision et le choix des termes employés. Ainsi, une attention particulière est portée aux définitions<sup>161</sup>. Les différents termes ont été également comparés et différenciés d'autres concepts pour tenter d'éviter les « erreurs engendrées par le fait de [...] prétendre définir une espèce sans s'occuper des autres, c'est-à-dire sans la différencier, de s'absorber dans la contemplation ou plutôt la réflexion exclusive sur le concept, sur l'espèce particulière qui vous intéresse ! »<sup>162</sup>. La réunion des différents résultats a permis de construire une définition générale du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne<sup>163</sup> et de déterminer avec précision de quelle composante relevait chacune de ses caractéristiques. Cette définition générale a permis de découvrir d'autres objets pouvant être ainsi qualifiés et d'en écarter d'autres.

Une fois constitué le concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il était nécessaire de s'intéresser à son régime propre, indépendamment de celui de chacune des

---

<sup>157</sup> « Dans son travail scientifique, le juriste est souvent confronté, dans la jurisprudence notamment, à un vocable conceptuel qui n'émane d'aucun texte législatif et dont les utilisateurs usent sans le définir. Il doit alors dégager de cet ensemble de qualifications d'objets concrets les concepts sur lesquels elles peuvent reposer et dont elles font application. Il détermine ainsi, par induction, de nouveaux concepts » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°172, p. 230).

<sup>158</sup> La doctrine est la « conceptrice par excellence » selon Monsieur Jean-Louis Souriou (« La croyance légitime : histoire d'un concept », préc.). Cf. *supra* § n°4.

<sup>159</sup> C'est le cas par exemple de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence et du contrôle concret de conventionnalité.

<sup>160</sup> Il en a été ainsi pour l'adage « aliments n'arèrragent pas ».

<sup>161</sup> C'est pour cette raison que la recherche au sein des dictionnaires constitue généralement le point de départ des réflexions.

<sup>162</sup> C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *La logique du droit*, APD, t. 11, 1966, p. 26 et s., spéc. n°7, p. 30.

<sup>163</sup> « il faut que tout concept juridique soit susceptible d'une définition fondée sur les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°172, p. 229).

notions pouvant être ainsi désignées. Le point de départ a été l'observation du fonctionnement de ces objets, non pas de manière individuelle mais surtout collective, dans l'objectif de mettre en évidence des traits communs pouvant être attribués au mécanisme correcteur d'origine prétorienne de manière autonome. Cette observation a été menée à travers, dans un premier temps, la manière dont ils étaient décrits par la doctrine. Dans un second temps, il a fallu vérifier, dans le droit positif et plus particulièrement dans leur utilisation par le juge, le schéma de fonctionnement dégagé.

La construction du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne et de son régime met en évidence l'utilisation et même la création par le juge de procédés lui permettant de mettre à l'écart du règlement du litige l'application de la norme compétente. Elle a ainsi mis en lumière une faculté du juge peu exposée, jusqu'à récemment du moins. La question du fondement de l'existence des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne s'est donc posée. Constater que le juge écarte parfois l'application de la norme compétente est une chose, le justifier en est une autre. En effet, un juriste peut être étonné, surpris, voire choqué ou indigné d'observer cette activité du juge pouvant être comprise comme une négation de la norme juridique. Pourtant, la plupart des mécanismes, comme, par exemple, l'exception d'ordre public ou la fraude, ont fait la preuve de leur utilité. Un fondement de l'existence des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne a dû être proposé. Le point de départ a été l'observation des pouvoirs du juge et la manière dont ils sont appréhendés par la doctrine et reconnus au sein du droit positif. Cette recherche a permis de poser la question d'une reconnaissance d'un pouvoir correcteur du juge illustrée par la proposition de la création d'un nouveau mécanisme correcteur d'origine prétorienne.

**16. Cheminement** – Consacrer une étude à un objet nouveau nécessite de suivre un cheminement précis constitué de différentes étapes se déroulant logiquement. La première étape doit consister dans la construction du concept de manière à pouvoir en proposer une définition et ainsi déterminer avec précision ce que recouvre l'expression. Cette démonstration devra permettre d'inclure et/ou d'exclure des objets du concept et de cerner la nature, le sens et les contours de l'objet considéré. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, en tant que concept, peut ainsi être utilisé comme outil de langage pour décrire et désigner un phénomène, réunir certaines notions. La seconde étape, une fois le sens de l'expression et la nature de l'objet de l'étude déterminés, doit permettre d'appréhender le mécanisme correcteur, non plus dans son acception descriptive mais de manière plus concrète, comme une technique<sup>164</sup>, utilisée et utilisable. La démonstration de la pertinence de la construction d'un outil autonome doit passer par la mise en évidence d'un régime propre systématisant la manière dont il peut être concrètement utilisé et rendant compte d'une manière différente du fonctionnement des notions qualifiées de mécanismes correcteurs. L'existence de la technique doit également être justifiée, expliquée en ce qu'elle révèle des pouvoirs du juge au sein du système juridique. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont ainsi les témoins de l'existence d'un concept à définir et d'une technique au

---

<sup>164</sup> La technique juridique est généralement définie comme « *un moyen en vue de permettre au droit de se concrétiser et de réaliser ses finalités* » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.* 2004. 711, pour cet auteur « *la technique est plus que cela : elle est à l'origine de transformations matérielles et sociales* » ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, réimpression de l'ouvrage de 1911, La mémoire du droit, 2001, p. 204 ; « Le but de ( la technique) est de pure forme. La question qu'elle est appelée à résoudre se pose dans les termes suivants : Comment le droit, abstraction faite de son contenu, doit-il être organisé et établi pour que son mécanisme simplifie, facilite et assure le plus largement possible l'application des règles de droit aux cas concrets ? » (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, Forni editore, 3<sup>ème</sup> éd., 1969, p. 19) ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, t. III, Sirey, 1921, n° 181, p. 12, n° 182, p. 17-18.

régime propre et au fondement à proposer<sup>165</sup>.

**17. Plan** – Afin de rencontrer, découvrir et mieux comprendre l’objet de l’étude, il convient ainsi, dans un premier temps, de définir le concept de mécanisme correcteur d’origine prétorienne (Partie 1) et, dans un second temps, pour l’appréhender de manière plus concrète, de l’envisager comme une technique. L’étude de son régime et de son fondement permettra de comprendre comment les mécanismes correcteurs d’origine prétorienne sont utilisés aujourd’hui, pourraient être employés dans l’avenir et ce qui permet au juge d’y recourir (Partie 2).

---

<sup>165</sup> C’est notamment pour cette raison que le titre de la thèse est : « les mécanismes correcteurs d’origine prétorienne » au pluriel et nom au singulier. Toute la thèse repose sur les objets qualifiés de mécanismes correcteurs. C’est à partir des emplois de l’expression que la définition du concept général est construite et c’est de l’observation de leurs différents fonctionnements qu’un régime commun est dégagé. De plus, la recherche ne prétend pas proposer une liste exhaustive des objets pouvant être ainsi dénommés et ainsi rendre compte de manière absolue du mécanisme correcteur d’origine prétorienne en tant qu’objet.

## **PARTIE 1 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UN CONCEPT**

**18. Plan** – « Toute activité théorique ou pratique se doit de disposer de notions ou de concepts qui l'aident à s'orienter dans le désordre du monde »<sup>166</sup>. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une expression utilisée de manière régulière par la doctrine mais qui n'a pas été définie ou même étudiée de manière approfondie<sup>167</sup>. L'étude de cet objet nécessite donc de commencer par proposer une définition de ce nouveau concept. Comme cela a été expliqué en introduction, plusieurs approches pouvaient être adoptées. Ici, le point de départ de la construction a été le constat de ces emplois réguliers du concept par la doctrine et leur analyse. Cependant, ce seul positionnement pose la difficulté de ne pas permettre la détermination de ce qui relevait de chacune des composantes de l'expression. Il convient ainsi, par exemple, de saisir le sens du concept de correction indépendamment de celui de mécanisme pour l'appréhender dans toute son ampleur. Un développement sera donc consacré à chacun des trois éléments de l'expression pour décomposer, déconstruire le concept. Dans un premier temps, la correction et l'origine prétorienne seront liées dans un même titre car leur réunion facilite l'appréhension du phénomène de correction dans toute son amplitude. En effet, l'étude du concept de correction permet de déterminer avec précision l'opération réalisée par le juge, indépendamment de l'instrument utilisé, et celle de l'expression « origine prétorienne » d'en apprécier toute l'ampleur à travers sa manifestation la plus aboutie : la création de mécanismes correcteurs. Une fois l'action corrective appréhendée, il est nécessaire de se pencher sur la forme particulière de l'instrument alors utilisé par le juge. En effet, il faut noter que la singularité des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ne réside pas véritablement dans la correction réalisée, mais dans la forme de mécanisme. Cette dernière renferme toute l'originalité de la technique et l'intérêt de l'objet de cette étude ; c'est sa manifestation sous la forme d'un mécanisme qui démontre les possibilités actuelles du pouvoir correcteur du juge, alliant respect de la sécurité juridique et protection du système contre la rigueur du droit. Le mécanisme est ainsi au cœur des réflexions ici suscitées.

Le premier titre de la première partie de l'étude est ainsi consacré à la correction prétorienne (Titre 1) et le second, à la forme de la correction opérée : le mécanisme (Titre 2).

---

<sup>166</sup> G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009. 641.

<sup>167</sup> Cf. *supra* § n°4.

## TITRE 1 : LA CORRECTION PRÉTORIENNE

**19. Plan** – L'utilisation par les auteurs de l'expression « mécanisme correcteur »<sup>168</sup> pour désigner certains objets créés par le juge témoigne de la reconnaissance implicite d'une action correctrice du juge. Il en est de même lorsque sont identifiés des principes correcteurs<sup>169</sup>. Le concept de correction détone cependant lorsqu'il est lié à la matière juridique. De nombreuses questions se posent : que corrige le juge ? Est-ce le droit, la règle, la jurisprudence, ... ? Le juge corrige-t-il le droit tel le maître le travail de son élève ? Quel phénomène se cache derrière le concept ? Quelle est la démarche précise du juge corrigeant ainsi le droit ? Ces questionnements nécessitent que soit recherché, à travers l'emploi en étant fait et son analyse, ce que recouvre le concept de correction pour mieux le connaître, en saisir toute la dimension et le différencier d'autres actions. Cette opération est réalisée par l'utilisation par le juge d'outils correcteurs mais elle se manifeste avec le plus d'éclat et d'ampleur lorsque le juge crée lui-même les instruments permettant de l'exercer. L'étude du sens de l'expression « origine prétorienne » permet ainsi d'embrasser la globalité et la profondeur de la correction opérée par le juge.

Il convient donc de s'intéresser, dans un premier temps, à la correction (Chapitre 1) et, dans un second temps, à l'origine prétorienne des mécanismes correcteurs (Chapitre 2).

---

<sup>168</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>169</sup> Cf. *supra* § n°4.



## CHAPITRE 1 : LA CORRECTION

**20. Une absence de définition juridique** – Le concept de correction est, certes, employé, en témoignent ne serait-ce que l’usage par certains de la qualification de « mécanisme correcteur »<sup>170</sup> et, de manière plus générale, son utilisation pour qualifier des adaptations du droit<sup>171</sup> ; mais il reste relativement obscur et son utilisation assez anecdotique.

Le terme de « correction » est pourtant bien connu du langage courant<sup>172</sup> et y revêt diverses significations convergeant toutes vers une même idée : corriger c’est ramener à la règle, améliorer, rendre exact<sup>173</sup>. Cependant, l’objectif de cette étude étant une meilleure compréhension du concept de mécanisme correcteur d’origine prétorienne en droit, il convient de s’intéresser à la « correction » au sens juridique du terme.

La consultation de dictionnaires<sup>174</sup> révèle que ce terme en est absent, de même que ses dérivés « correct(e) », « correcteur » et « corriger ». De plus, pas un article ou ouvrage juridique ne semble le définir. Aucune définition juridique de la correction ne pouvant être utilisée comme point de départ de ces développements<sup>175</sup>, il convient ici de la construire à partir des emplois du concept et de leur analyse. Il est néanmoins important de préciser qu’il ne s’agit en aucune manière de prétendre définir dans l’absolu la correction en droit mais de simplement en proposer une définition au moins « stipulative »<sup>176</sup>, c’est-à-dire ni vraie ni fausse mais opératoire pour cette étude. Cette définition, pour répondre aux besoins de ce travail, doit ainsi inclure tous les mécanismes correcteurs et exclure toute manifestation autre que corrective bien que répondant aux autres éléments du concept étudié que sont le mécanisme et l’origine prétorienne.

**21. Plan** – Pour répondre à cet objectif, il convient de s’intéresser de manière approfondie à la correction pour, par la suite, mieux la situer par rapport à d’autres manifestations du pouvoir du juge. Ainsi, dans un premier temps, sera étudié le concept de correction (Section 1) pour, dans un second temps, le distinguer de concepts voisins (Section 2).

### Section 1 : Le concept de correction

**22. Plan** – La correction ne semblant pas connaître de définition juridique, il est indispensable, pour pouvoir mettre en évidence la pertinence de la construction d’un nouveau concept, d’en construire une. Elle ne sera cependant pas créée de toutes pièces. Ses emplois dans diverses sources sont autant d’indices pouvant constituer les fondations de la construction. Il convient, dans un premier temps, de s’intéresser au sens du concept de correction pour, dans un second temps, se pencher sur son objet, c’est-à-dire ce qui est corrigé. L’étude du premier permet de se pencher sur l’opération juridique réalisée par celui la réalisant et celle du second, passé le constat de l’utilisation du concept à propos d’objets différents, d’étudier ce qui fait l’objet de la correction.

---

<sup>170</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>171</sup> Cf. *infra* § n°43.

<sup>172</sup> C’est-à-dire « l’usage ordinaire de la langue commune » in G. CORNU, *Linguistique juridique*, éd. Montchrestien, collection Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 3, p. 11.

<sup>173</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Correction », p. 548.

<sup>174</sup> Ont été consultés : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc. ; *Dictionnaire de la justice*, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004 ; *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc. ; *Lexique des termes juridiques*, préc. ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc.

<sup>175</sup> Il en ira autrement pour la définition du concept de « mécanisme » : cf. *infra* § n°109.

<sup>176</sup> M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », in *Droits*, 1989, n°10, p. 102.

Il convient donc de s'intéresser, dans un premier temps, au sens du concept de correction (§ 1) et, dans un second temps, à l'objet de la correction (§ 2).

### § 1 - Le sens du concept de correction en droit

**23. Plan** – L'analyse des différentes utilisations du concept de « correction » va permettre de découvrir des éléments permettant d'en tirer une définition juridique opérationnelle pour ces développements. D'un point de vue méthodologique, l'emploi du concept de correction sera recherché dans différents types de langages. Cette recherche permettra de déterminer ce que décrit, concrètement, le concept de correction pour ceux qui l'emploient et son statut. En outre, elle sera l'occasion de découvrir la correction à travers ses différentes manifestations. Il existe un langage du droit<sup>177</sup>, c'est-à-dire une « façon de s'exprimer »<sup>178</sup> propre au monde juridique. En son sein, il est possible d'opérer des distinctions car il est « plurifonctionnel »<sup>179</sup>. Peut-être serait-il même plus exact d'utiliser le pluriel et d'ainsi évoquer « les langages du droit » car « chaque discours, celui du législateur, du juge, de la doctrine, de la pratique, met en œuvre un langage particulier »<sup>180</sup>. Le concept de correction sera recherché à travers ces différents langages par le biais de la division initiée par Monsieur Jerzy Wroblewski<sup>181</sup> distinguant, d'une part, le langage du droit et, d'autre part, le langage sur le droit<sup>182</sup>. S'il est apparu que l'expression « mécanisme correcteur » est principalement utilisée par la doctrine<sup>183</sup>, il convient de vérifier ce qu'il en est du seul concept de correction et pour cela de le rechercher dans les différents types de langages juridiques. Le langage du droit serait celui dans lequel sont formulées les dispositions légales et le langage sur le droit, ou juridique, celui au travers duquel les juristes parlent du droit<sup>184</sup>. Cette distinction sera

---

<sup>177</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°197 et s., p. 253 et s. ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°4, p. 12 ; G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°5, p. 15 et s. ; J.-L. SOURIOUX, « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTDciv.* 1999. 343 ; J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, *Le langage du droit*, PUF, 1975 ; J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, *Compte rendu, de D. BOURSIER et alii, « Le discours juridique : analyse et méthode », La loi, APD*, t. 25, Sirey, 1980, p. 540 et s. ; *Le langage du droit, APD* 1974, t. 19, Sirey.

<sup>178</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Langage », sens II, p. 1427.

<sup>179</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°6, p. 22.

<sup>180</sup> A.-M. LEROYER, « Langage du droit et terminologie juridique », in *Regards sur le droit*, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, 2010, p. 27 et s. ; Dans le même sens : « Le langage du droit comprend plusieurs niveaux. A la supposition globale d'une réalité unique, se substitue l'observation de plusieurs « couches » linguistiques. Il n'existe pas un langage juridique, mais un langage législatif, un langage judiciaire, un langage coutumier, un langage conventionnel, un langage administratif, un langage doctrinal » (G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°6, p. 22).

<sup>181</sup> J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société* n°8, 1988, p. 13 et s. L'idée de distinguer ces deux langages aurait été formulée par son père B. WROBLEWSKI (sur ce point cf. Z. ZIEMBINSKI, « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », *Le langage du droit, APD*, 1974, t. 19, Sirey, p. 25, n°1).

<sup>182</sup> Voir également : Z. ZIEMBINSKI, « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », préc.

<sup>183</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>184</sup> Pour une critique de cette distinction : « En étudiant les aspects linguistiques du droit, les juristes polonais ont avancé la distinction entre langage du droit et langage juridique. Le langage du droit serait celui dans lequel sont formulées les dispositions légales et le langage juridique, celui dans lequel les juristes parlent du droit. Mais il faut relever que les critères de distinction ne sont pas toujours clairs ni toujours opérants. De surcroît, langage du droit est un terme appartenant à la compréhension du genre qui, contrairement à langage juridique, a, en tant que "nom commun", selon l'expression de Gérard Cornu, vocation à recouvrir la diversité des aspects linguistiques étudiés. » (J.-L. SOURIOUX, « Pour l'apprentissage du langage du droit », préc.). Sa position est plus nuancée en 2007 : « En étudiant les aspects linguistiques du droit, les juristes polonais ont avancé la distinction entre langage du droit et langage juridique. Le langage du droit serait celui dans lequel sont formulées les dispositions

utilisée ici et complétée pour étudier l'emploi du concept de correction, d'une part, dans le langage du droit (A), c'est-à-dire dans la formulation des règles de droit et, d'autre part, dans le langage sur le droit (B) et donc dans la doctrine. La distinction est intéressante car tous deux recourent, certes, à un vocabulaire juridique commun, mais ne l'utilisent pas nécessairement de manière identique<sup>185</sup>.

#### A. La notion de « correction » dans le langage du droit

**24. Le langage du droit** – Le concept de « correction » ne connaissant pas de définition juridique mais étant employé par les auteurs et donc dans le langage sur le droit, il est intéressant de rechercher s'il a pénétré le langage du droit ou s'il est un terme exclusivement doctrinal.

Monsieur Jerzy Wroblewski<sup>186</sup>, confronté à la diversité des langages liés au droit, propose de les circonscrire et de les organiser en catégories. Il différencie plus précisément le langage légal de trois métalangages, les langages juridiques, comprenant le langage jurisprudentiel, le langage scientifique et le langage juridique commun. Tout d'abord, le langage légal est celui du législateur. Ensuite, le langage juridique jurisprudentiel est celui dans lequel sont formulées les décisions relevant de l'application du droit. Puis, le langage scientifique correspond au discours doctrinal. Enfin, le langage juridique commun est utilisé dans les autres discours sur le droit, par exemple dans le discours spécialisé des avocats et du public non-spécialisé. Pour la présente étude, il est nécessaire de compléter cette distinction ou plus précisément de l'adapter aux positions retenues dans un souci de cohérence. En effet, à la place de l'expression de « langage légal » sera préférée celle, plus large, de langage du droit. Cette substitution est nécessaire car sous ces termes seront regroupés à la fois le langage légal et le langage jurisprudentiel en ce que les règles de droit ne sont pas l'œuvre du seul législateur<sup>187</sup>. Cette différence de termes se justifie simplement par des postulats de départ différents. Monsieur Jerzy Wroblewski retient une conception volontairement et explicitement « restreinte » du droit. En effet, alors qu'il assimile le droit et la loi, la présente étude y inclut le droit jurisprudentiel.

**25. Plan** – Les contours du langage du droit précisés, le concept de correction sera recherché dans le langage légal, d'une part (1), et dans le langage jurisprudentiel (2), d'autre part, de manière à y trouver des éléments permettant d'en construire une définition.

##### 1. L'emploi de la notion de correction dans le langage légal

---

légales et le langage juridique, celui dans lequel les juristes parlent du droit. Mais il faut relever que les critères de distinction ne sont pas toujours clairs ni toujours opérants, « les éléments incontestables de ce discernement » ont été en même temps présentés » (J.-L. SOURIOUX, « Y a-t-il lieu de distinguer le langage du droit et le langage juridique ? », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, p. 577 et s.).

<sup>185</sup> En droit des contrats, par exemple, alors que la doctrine utilise, pour distinguer deux types de causes, les expressions de cause objective et subjective, la jurisprudence n'emploie pas ces termes, parlant plus volontiers de cause du contrat ou de l'obligation, pour rendre compte de la même distinction : « Mais attendu, d'abord, que si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé » (Civ. 1<sup>ère</sup> 12 juillet 1989, n°88-11443, *Bull. civ.* I n° 293, *JCP G* 1990, II, n°21546, note Y. DAGORNE-LABBE, *Defrénois* 1990, art. 34750, p. 358, note J.-L. AUBERT, *Gaz. Pal.* 1991, I, jur., p. 374, note F. CHABAS, *RTDciv* 1990, 468, obs. J. MESTRE).

<sup>186</sup>J. WROBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », préc.

<sup>187</sup> Cf. *infra* § n°46 et 82.

**26. La recherche** – Une définition du concept de correction sera construite sur la base de l'analyse de l'utilisation de ce terme pour désigner l'action de certains objets. La présence de ce concept dans le langage légal et ainsi l'étude de la manière dont il est usité par le législateur, non seulement pourrait constituer une base pour construire cette définition, mais ne pourrait surtout être ignorée. Il a été précisé plus avant<sup>188</sup> que cette étude se limitait aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, cependant, ce cantonnement n'autorise pas à méconnaître la manière dont le concept est utilisé dans le langage légal, même réalisée par un mécanisme d'origine légale, l'opération reste correctrice<sup>189</sup> et l'emploi du terme doit être analysé. De la même manière, si le concept de mécanisme correcteur est clairement doctrinal, il convient de vérifier qu'il en est de même pour la correction. De plus, « la perception (des différents langages juridique) ne doit [...] pas conduire à en exagérer la portée. Le rejet de la vision réductrice d'un langage juridique monolithique ne débouche pas sur l'analyse extrême d'une superposition de couches étanches étrangères. Il y a trop d'interférences et de points communs ». Il y a un « fonds commun à toutes ces manifestations »<sup>190</sup>. Ainsi, une construction, même doctrinale, ne se départ pas des autres langages.

Dans le développement présent, par « langage légal » il ne faut pas entendre la seule loi au sens formel du terme, c'est-à-dire émanant du pouvoir législatif, mais le langage utilisé dans les textes au sens large, à envisager par opposition au droit jurisprudentiel. Le champ d'investigation étant immense, il est nécessaire de le circonscrire et le choix s'est porté sur les textes codifiés, ceux-ci ayant l'avantage d'une certaine cohérence due à la forme de la codification. Le concept de correction a ainsi été recherché, au travers des termes de « correction », « corriger », « correcteur » et « correctif », dans les textes codifiés de droit privé, cadre de la présente étude<sup>191</sup>.

**27. Des résultats ?** – Les termes recherchés sont présents dans plusieurs articles<sup>192</sup>. L'analyse des résultats de la recherche s'est cependant révélée peu fructueuse puisque seules quelques dispositions semblent exploitables, les autres emplois correspondant à la correction d'erreurs matérielles<sup>193</sup>, comptables<sup>194</sup>, d'examens<sup>195</sup>, de taux<sup>196</sup> ou au sens médical<sup>197</sup> et donc

---

<sup>188</sup> Cf. *supra* § n°7.

<sup>189</sup> Cf. *infra* § n°38.

<sup>190</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°6, p. 23.

<sup>191</sup> La recherche est effectuée par le biais de la rubrique « codes » du site internet Légifrance, excluant ainsi les textes non codifiés. La recherche ne vise pas l'exhaustivité mais une certaine représentativité à laquelle répond une recherche sur l'ensemble des textes codifiés.

<sup>192</sup> 8 dans le Code de commerce, 7 dans le Code de la propriété intellectuelle, 1 dans le Code de la consommation, 4 dans le Code du sport, 8 dans le Code rural, 3 dans le Code du travail, 1 dans le Code des assurances.

<sup>193</sup> Articles R612-36, R512-3-1, R712-20, L612-16, R612-24, L122-6-1, R612-36 du Code de la propriété intellectuelle, articles 1369-4 du Code civil : « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

L'offre énonce en outre :

1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. » et 1369-5 du Code civil.

à une utilisation du terme dans un sens commun ne pouvant correspondre à l'action d'objets juridiques tels que l'abus de droit ou l'apparence.

L'article L. 6112-2 du Code du travail<sup>198</sup>, relatif à l'égalité d'accès à la formation professionnelle entre les femmes et les hommes, suscite cependant un certain intérêt. Il dispose, dans son premier alinéa, que « le principe de non-discrimination [...] ne fait pas obstacle à l'intervention, à titre transitoire [...], de mesures prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes en matière de formation ». Le second alinéa explique que ces mesures ont notamment pour objectif de « corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes » dans ce domaine. Le texte rappelle ainsi que « le principe de non-discrimination, n'exclut pas, toutefois, des mesures correctives, au seul bénéfice des femmes, afin que l'égalité concrète soit assurée »<sup>199</sup>, il instaure une des « dispositions de rattrapage inégalitaires en elles-mêmes puisque au seul bénéfice des femmes »<sup>200</sup>. Ce texte autorise ainsi l'utilisation de mesures dites correctrices. La correction concerne des déséquilibres et donc pas directement le droit mais a sans doute des effets juridiques. En effet, cette disposition semble permettre d'écarter le principe de non-discrimination<sup>201</sup> pour favoriser l'équilibre entre hommes et femmes. Sans ces mesures, le principe de non-discrimination pourrait être appliqué de manière trop rigide et aller à l'encontre de son but car, certes, il permet d'éviter que le déséquilibre ne se creuse, mais en interdisant ce qui est généralement qualifié de discrimination positive, à l'égard des femmes, il ne permet pas qu'il se résorbe. Cette disposition correctrice a donc la particularité de

---

<sup>194</sup> Article A823-20 du Code de commerce, articles A823-7, A823-8 et A823-20 du Code de commerce, articles L3252-2 du Code du travail : « Sous réserve des dispositions relatives aux pensions alimentaires prévues à l'article L. 3252-5, les sommes dues à titre de rémunération ne sont saisissables ou cessibles que dans des proportions et selon des seuils de rémunération affectés d'un correctif pour toute personne à charge, déterminés par décret en Conseil d'Etat. Ce décret précise les conditions dans lesquelles ces seuils et correctifs sont révisés en fonction de l'évolution des circonstances économiques. », R5424-4 du Code du travail.

<sup>195</sup> Articles A321-15 : « La correction des épreuves d'admissibilité est organisée de manière à préserver l'anonymat de chaque candidat. », A742-15, A811-9, A811-20, A812-9, A812-19 et A822-4 du Code de commerce, articles A8, A9, A10, A30, A31, A36-8 du Code de procédure pénale.

<sup>196</sup> Article D313-6 du Code de la consommation : « Les taux effectifs moyens qui ont été pratiqués au cours d'un trimestre civil par les établissements de crédit pour les catégories d'opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances prévu par l'article L. 313-3, sont calculés par la Banque de France. Le ministre chargé de l'économie et des finances fait procéder à la publication au Journal officiel de la République française de ces taux ainsi que des seuils de l'usure correspondant qui serviront de référence pour le trimestre suivant ; il procède, le cas échéant, aux corrections des taux observés, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article D. 313-7 ».

<sup>197</sup> Articles L122-5, R122-14 du Code de la propriété intellectuelle, articles R4542-19 : « Si les résultats de la surveillance médicale rendent nécessaire une correction et si les dispositifs de correction normaux ne peuvent être utilisés, les travailleurs sur écran de visualisation reçoivent des dispositifs de correction spéciaux en rapport avec le travail concerné. Ces dispositifs ne peuvent entraîner aucune charge financière additionnelle pour les travailleurs », R4312-23 du Code du travail.

<sup>198</sup> « Le principe de non-discrimination énoncé à l'article L. 6112-1 ne fait pas obstacle à l'intervention, à titre transitoire, par voie réglementaire ou conventionnelle, de mesures prises au seul bénéfice des femmes en vue d'établir l'égalité des chances entre les femmes et les hommes en matière de formation.

Ces mesures sont destinées notamment à corriger les déséquilibres constatés au détriment des femmes dans la répartition des femmes et des hommes dans les actions de formation et à favoriser l'accès à la formation des femmes souhaitant reprendre une activité professionnelle interrompue pour des motifs familiaux. » Modifié par LOI n°2008-67 du 21 janvier 2008 - art. 3.

<sup>199</sup> M.-J. GOMEZ-MUSTEL, *Rép. Dr. Trav.* Dalloz, rubrique « Formation professionnelle continue », juin 2011 (dernière mise à jour : mars 2012), n°10.

<sup>200</sup> *JurisClasseur Travail Traité* > Fasc. 9-10 : Femmes > II. - Mesures spécifiques > A. - Mesures de rattrapage, n°71.

<sup>201</sup> Article L. 6112-1 du Code du travail : « Pour l'application de la présente partie, aucune distinction entre les femmes et les hommes ne peut être faite, sauf dans le cas où l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est la condition déterminante de l'exercice de l'emploi ou de l'activité professionnelle donnant lieu à formation. ».

permettre au juge d'écarter le principe de non-discrimination lorsque son application rigoureuse aurait des conséquences heurtant une politique juridique<sup>202</sup>, et ainsi de prendre des mesures de discrimination positive à l'égard des femmes. Ces mesures correctives des déséquilibres peuvent être envisagées comme corrigeant l'application du principe de non-discrimination pour en éviter les excès.

Si le législateur semble peu utiliser dans son discours le concept de « correction » dans un sens spécifiquement juridique, le langage légal ne constitue pas l'intégralité du ou des langage(s) du droit. En effet, le langage jurisprudentiel laisse persister une chance d'y découvrir des indices pour étudier le sens du concept de correction.

## 2. L'emploi de la notion de correction dans le langage jurisprudentiel

**28. La recherche** – Le langage jurisprudentiel est celui employé par le juge dans ses décisions. La recherche sur la base des termes « correction », « correcteur », « correctif » ou « corriger » dans les décisions publiées<sup>203</sup> de toutes les chambres civiles de la Cour de cassation donne sensiblement le même résultat que la recherche de ces termes dans les textes. En effet, dans cette source également, la plupart des emplois du concept de correction correspondent à la correction de copies<sup>204</sup>, d'erreurs matérielles<sup>205</sup>, ou aux sens médical<sup>206</sup>, mathématique<sup>207</sup> et comportemental<sup>208</sup>. Deux arrêts retiennent cependant l'attention.

**29. Premier arrêt** – La première décision a été rendue le 23 janvier 2004<sup>209</sup> par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les motivations de l'arrêt sont les suivantes :  
Attendu qu'il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger<sup>210</sup> l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; que dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ; que par ces motifs substitués à ceux de la décision attaquée, l'arrêt se trouve justifié.

---

<sup>202</sup> Sur les différentes atteintes portées au système juridique évitées par le recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne *cf. infra* § n°192 et s.

<sup>203</sup> Le choix de restreindre la recherche aux arrêts publiés au bulletin permet de limiter le nombre de résultat et se justifie par la propension de ces décisions à contenir des règles jurisprudentielles : 244 résultats. En y ajoutant les arrêts non publiés, sont obtenus 837 résultats mais rien de plus intéressant que ce qui a été obtenu dans les seuls arrêts publiés.

<sup>204</sup> Soc. 6 octobre 1993, n° de pourvoi : 91-43313, *Bull. civ.* 1993 V n°227 p. 156 ; Soc., 16 mai 1991, n° de pourvoi : 89-10381, *Bull. civ.* 1991 V n°245 p. 150.

<sup>205</sup> Com., 4 décembre 2007, n° de pourvoi : 05-19643, *Bull. civ.* 2007 IV n°259 ; Civ. 1, 14 novembre 2007, n° de pourvoi : 04-15388, *Bull. civ.* 2007 I n°355.

<sup>206</sup> Com., 3 avril 2007, n° de pourvoi : 05-13855, *Bull. civ.* 2007 IV n°105 ; Com., 25 février 2003, n° de pourvoi : 00-21615, *Bull. civ.* 2003 IV n°31 p. 35.

<sup>207</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juillet 2004, n° de pourvoi : 02-16098, *Bull. civ.* 2004 I n°203 p. 170 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 19 septembre 2002, n° de pourvoi : 00-22652, *Bull. civ.* 2002 II n°182 p. 146 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 3 juillet 2002, n° de pourvoi : 01-02701, *Bull. civ.* 2002 III n°154 p. 143.

<sup>208</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 1989, n° de pourvoi : 87-18515, *Bull. civ.* 1989 I n°170 p. 112.

<sup>209</sup> Ass. Plén. 23 janvier 2004, n° 03-13617, *BICC* n° 594 du 15 mars 2004, avis de M. DE GOUTTES, premier av. gén. et rapp. de M<sup>me</sup> FAVRE ; M. LASSNER, « Révision à propos de la non-application de la loi « Murcef » aux instances en cours », *AJDI* 2004. 175 ; J.-P. BLATTER, « Révision : la loi MURCEF ne s'applique pas aux instances en cours », *AJDI* 2004. 201 ; B. MATHIEU, « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot, A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *RFDA* 2004. 224 ; P. THÉRY, « Le droit à une législation figée ? », *RTDciv.* 2004. 341 ; P.-Y. GAUTIER, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », *D.* 2004. 1108.

<sup>210</sup> C'est nous qui soulignons.

Dans cette affaire, le propriétaire d'un immeuble le loue à un locataire commercial. Le loyer étant indexé, quelques années plus tard, son montant a augmenté de manière importante, alors que la valeur locative du local a baissé. Cette dernière constituant le paramètre impératif du montant du loyer, aux termes de l'article L. 145-33 du Code de commerce<sup>211</sup>, le locataire demande au juge de procéder à la révision du loyer, ainsi que le lui permet, tous les trois ans, l'article L. 145-38 du même code<sup>212</sup>. Cependant, au moment de l'introduction de l'instance, ces deux textes n'étaient pas harmonisés, il était difficile de déterminer si l'un était le principe, l'autre l'exception et lequel devait l'emporter en cas de doute. Ainsi, la Cour de cassation avait forgé une jurisprudence, dite « Privilèges », aux termes de laquelle la prise en considération de la valeur locative devait l'emporter, avec comme conséquence que le juge pouvait non seulement baisser le montant du loyer actuel, mais encore, descendre en deçà même du loyer initialement convenu. Le locataire concerné en l'espèce désire se prévaloir de cette jurisprudence et réclame une diminution substantielle du loyer. En cours d'instance est alors utilisée la mesure correctrice. En effet, intervient un des articles de la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001 selon lequel en dépit de la baisse de la valeur locative, le montant des loyers révisés ne suivra plus sa diminution et restera attaché à l'évolution des indices généraux. La loi est ainsi venue rétroactivement briser la jurisprudence, la corriger. Il faut noter ici que le correctif est d'origine légale, cependant c'est bien le juge qui emploie l'expression, le qualifie ainsi. Il convient de remarquer également que la correction n'a pas été mise en œuvre par le juge. La loi a corrigé la règle mais la nouvelle règle n'est pas appliquée au litige car son application rétroactive n'est pas justifiée. Cependant, cet exemple n'en est pas moins intéressant car une correction a eu lieu, l'opération est qualifiée comme telle et ses manifestations peuvent être constatées.

Ce premier exemple peut ainsi permettre de commencer à cerner le sens du concept de correction. La correction de la règle applicable par la loi s'est manifestée par sa modification. Le législateur est intervenu pour changer la teneur de la règle jurisprudentielle initiale. Elle était considérée comme défailtante et a ainsi été corrigée, au sens premier du terme. La modification opérée est définitive, la règle, dans sa forme d'origine n'existe plus.

Cet exemple attire particulièrement l'attention car la correction, telle qu'elle s'y manifeste, semble confiner à la création. En effet, la règle, dans sa forme originelle, est écartée non pas pour un seul litige mais de manière définitive. Elle est amenée à disparaître et ne sera ainsi plus appliquée, remplacée par une nouvelle règle. Ce procédé est qualifié de correcteur dans

---

<sup>211</sup> Art L. 145-33 du Code de commerce : « Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.

A défaut d'accord, cette valeur est déterminée d'après :

- 1 Les caractéristiques du local considéré ;
- 2 La destination des lieux ;
- 3 Les obligations respectives des parties ;
- 4 Les facteurs locaux de commercialité ;
- 5 Les prix couramment pratiqués dans le voisinage ;

Un décret en Conseil d'Etat précise la consistance de ces éléments. ».

<sup>212</sup> Art L. 145-38 du Code de commerce (version en vigueur du 12 décembre 2001 au 6 août 2008) : « La demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après la date d'entrée en jouissance du locataire ou après le point de départ du bail renouvelé.

De nouvelles demandes peuvent être formées tous les trois ans à compter du jour où le nouveau prix sera applicable.

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-33, et à moins que ne soit rapportée la preuve d'une modification matérielle des facteurs locaux de commercialité ayant entraîné par elle-même une variation de plus de 10 % de la valeur locative, la majoration ou la diminution de loyer consécutive à une révision triennale ne peut excéder la variation de l'indice trimestriel du coût de la construction intervenue depuis la dernière fixation amiable ou judiciaire du loyer.

En aucun cas il n'est tenu compte, pour le calcul de la valeur locative, des investissements du preneur ni des plus ou moins-values résultant de sa gestion pendant la durée du bail en cours. ».

un sens finalement courant. Il convient de préciser que cette difficulté ne concerne pas tant le sens de la notion de correction que son objet, un point traité ultérieurement<sup>213</sup>. Ici, c'est la règle en elle-même qui est corrigée, une opération semblant pouvoir être considérée comme une création. Il s'agira de déterminer si cette utilisation du concept de correction correspond au fonctionnement des objets qualifiés de mécanismes correcteurs par les auteurs. Enrichi de cet exemple et de ses enseignements quant au sens du concept de correction, il convient de s'intéresser au second arrêt et d'apprécier si les mêmes conclusions en ressortent.

**30. Second arrêt** – La seconde décision retenant l'attention a été rendue par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation le 14 mars 2007<sup>214</sup>. Les motifs de la décision sont les suivants :

Vu l'article D. 355-1, alinéas 2 et 3, du code de la sécurité sociale<sup>215</sup> ; Attendu qu'il résulte de ce texte que, si le conjoint survivant cumule la pension de réversion et des avantages personnels de vieillesse dans la limite de 52 % du total de ces avantages et de la pension principale dont bénéficiait ou eût bénéficié l'assuré, cette limite ne peut être inférieure à 73 % du montant maximum de la pension de vieillesse du régime général liquidée à 65 ans ; que toutefois, la correction<sup>216</sup> apportée par le troisième alinéa à la limitation du cumul édictée par le deuxième ne peut avoir pour effet de créer des droits supplémentaires au profit du conjoint survivant.

L'article visé par la Cour prévoit ainsi une limite au cumul, par le conjoint survivant, des pensions de réversion et avantages personnels de vieillesse mais celle-ci est corrigée par le troisième alinéa qui prévoit qu'elle ne peut être inférieure à 73% du montant maximum de la pension de vieillesse du régime général liquidée à soixante-cinq ans. Dans cet arrêt, il s'agit donc d'une correction apportée à la limitation d'un cumul. À l'instar de l'exemple précédent, la correction n'est pas prévue directement par le droit jurisprudentiel mais par le texte. Cependant, c'est bien la Cour de cassation qui qualifie la disposition comme telle. Cet exemple diffère du précédent en ce que la correction ne vient pas modifier définitivement la règle, elle subsiste dans la plupart des cas mais reçoit une exception en considération des faits de l'espèce en cause. L'application de la règle limitant à 52% les avantages pouvant être perçus par le conjoint survivant est écartée et remplacée pour régler le litige. La règle n'est écartée que pour certains litiges et subsiste pour les autres. Ainsi, les deux corrections évoquées dans ces décisions ne semblent pas identiques dans leur objet, dans un cas la règle elle-même est corrigée et dans l'autre seule l'est son application.

---

<sup>213</sup> Cf. *infra* § n°44 et s.

<sup>214</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 mars 2007, n° de pourvoi : 05-18248, *Bull. civ.* 2007, II, n° 66.

<sup>215</sup> Article abrogé (version en vigueur jusqu'au 8 janvier 2006) créé par le décret 85-1354 1985-12-17 art. 1 JORF 21 décembre 1985 : « Pour l'application des articles L. 342-1 et L. 342-6, le conjoint survivant cumule la pension d'invalidité de veuve ou de veuf ou la pension de vieillesse de veuve ou de veuf avec ses avantages personnels de vieillesse, d'invalidité ou d'accident du travail, notamment ceux qui résultent des articles L. 434-8 et L. 434-9, dans la limite de 52 p. 100 du total de ces avantages et de la pension principale dont l'assuré bénéficiait ou eût bénéficié, et qui a servi de base au calcul de l'avantage de réversion.

Pour l'application des articles L. 353-1, L. 353-2 et L. 353-3, le conjoint survivant ou le conjoint divorcé cumule la pension de réversion avec ses avantages personnels de vieillesse ou d'invalidité dans la limite de 52 p. 100 du total de ces avantages et de la pension principale ou rente dont bénéficiait ou eût bénéficié l'assuré, et qui a servi de base au calcul de l'avantage de réversion.

Toutefois, la limite prévue aux deux alinéas ci-dessus ne peut être inférieure à 73 p. 100 du montant maximum de la pension de vieillesse du régime général liquidée à soixante-cinq ans.

En cas de dépassement de la limite déterminée en application des alinéas précédents, la pension d'invalidité de veuve ou de veuf, la pension de vieillesse de veuve ou de veuf ou la pension de réversion est réduite en conséquence.

La pension ainsi réduite est majorée aux mêmes dates et selon les mêmes taux que les pensions de vieillesse du régime général.

Les opérations de comparaison prévues aux trois premiers alinéas du présent article ne sont effectuées qu'au moment de la liquidation du deuxième avantage. ».

<sup>216</sup> C'est nous qui soulignons.



**31. Enseignements** – La Cour de cassation, si elle ne l’emploie pas de manière très régulière, connaît néanmoins et utilise le concept de « correction ». Cependant, il est intéressant de noter qu’elle ne l’associe pas aux mécanismes qualifiés de correcteurs par certains auteurs. L’expression « mécanisme correcteur » est donc bien principalement doctrinale et la Cour n’identifie en aucune façon l’utilisation de ces objets comme relevant d’une « correction ».

Le concept de correction est donc employé dans le langage jurisprudentiel mais, comme dans le langage légal, de manière plus anecdotique que généralisée. Il n’est donc pas suffisamment présent pour faire véritablement partie du langage du droit, expliquant ainsi son absence des dictionnaires de vocabulaire juridique, et pour que la construction d’une définition soit issue de ces seuls emplois. Cependant, les arrêts étudiés ont permis d’identifier différentes manifestations de la correction, allant de la modification substantielle et définitive d’une règle à la seule mise à l’écart de son application dans certaines hypothèses.

Il convient à présent, pour confirmer ou infirmer les premières informations récoltées, d’étudier l’emploi du concept de correction dans le langage sur le droit où sa présence est peut-être la plus visible du fait de l’utilisation régulière par les auteurs de l’expression « mécanisme correcteur », alors même qu’elle est quasi inexistante dans les textes ou les décisions. Il apparaît ainsi d’ores et déjà qu’il s’agit d’un concept essentiellement doctrinal, utilisé par les auteurs pour décrire et systématiser l’action de certains objets.

## B. La notion de correction dans le langage sur le droit

**32. Le langage sur le droit** – Le langage sur le droit correspond à ce que Monsieur Jerzy Wróblewski<sup>217</sup> qualifie de « langage juridique scientifique », l’un des trois métalangages qu’il oppose au langage légal. Ce type de langage, selon sa définition, correspond au discours de la science juridique. Il englobe ce qu’il nomme le langage juridique dogmatique, qui vise la description du droit en vigueur, et le langage juridique théorique envisagé comme la réflexion plus générale sur le droit. Il peut ainsi être défini comme le discours de ceux qui écrivent sur le droit ou plus simplement de la doctrine<sup>218</sup>, opposé au discours utilisé pour énoncer les règles de droit.

**33. La correction, un terme polysémique** – Le laconisme des auteurs sur la signification du concept de correction repose peut-être sur le présupposé selon lequel existerait un certain consensus sur son sens, du fait sans doute de son emploi proche de son sens dans le langage courant. Cependant, même au sein de ce dernier, ce terme revêt plusieurs significations. En effet, *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* propose plusieurs sens pour les mots « correction »<sup>219</sup> et « corriger »<sup>220</sup>. Les propositions vont de « ramener à la règle (ce qui s’en écarte) » à « ramener à la mesure (quelque chose d’excessif) par une action contraire » en passant par « supprimer (les fautes, les erreurs) », « rendre exact ou plus exact » et « rendre normal ce qui ne l’est pas ». Une définition plus adaptée à l’emploi de la notion en droit est nécessaire dans cette étude et doit être construite à l’aide des indices laissés par les auteurs ayant utilisé le concept de correction.

**34. Plan** – Une rapide recherche à partir de diverses sources doctrinales permet de

---

<sup>217</sup>J. WRÓBLEWSKI, « Les langages juridiques : une typologie », préc.

<sup>218</sup> Sens n°3 dans : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 360 : « Ensemble des auteurs d’ouvrages juridiques ».

<sup>219</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Correction », p. 548.

<sup>220</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Corriger », p. 550.

constater que la notion de correction est régulièrement employée par les auteurs et souvent avec un certain consensus sur le sens de cette expression. Une recherche plus approfondie<sup>221</sup> permet de mettre en évidence le fait que la correction est généralement une propriété attribuée à une notion juridique<sup>222</sup> (1) mais peut également être envisagée de manière plus autonome (2).

#### 1. La correction attachée à une notion juridique particulière

**35. L'abus de droit** – La recherche de l'emploi de la notion de « correction » par la doctrine révèle que cette technique est généralement attachée à différents concepts, parmi eux est fréquemment cité l'abus de droit<sup>223</sup>. Dans la rubrique lui étant consacrée dans le *Répertoire civil Dalloz*, le concept de « correction » est, en effet, plusieurs fois utilisé. Il est affirmé, dans un développement intitulé « Correction de l'abus de droit » et consacré aux sanctions telles que le recours à la responsabilité civile, que « lorsque l'abus a été commis, il faut le corriger »<sup>224</sup>. La correction est donc réalisée par les sanctions « qui corrigent le déséquilibre provoqué par l'abus de droit entre les intérêts particuliers, le trouble plus largement causé à l'ordre social »<sup>225</sup>. Il semble ainsi être considéré que la commission d'un abus de droit est une erreur, provoque des conséquences qui doivent être corrigées à l'aide de sanctions. Le sens commun du terme « correction »<sup>226</sup> est donc employé ; la correction réside dans la sanction, les moyens de défense employés par le système juridique. Monsieur Jérôme Fischer, dans sa thèse consacrée au *Pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, considère de son côté que « la correction de l'abus est une dérogation au droit reconnu par la règle normalement applicable, en raison de l'excès manifeste que tolérerait son application trop stricte »<sup>227</sup>. Un nouvel élément semble ressortir ici. La correction réside dans la sanction mais celle-ci est analysée non pas isolément mais dans toute sa dimension, comme une dérogation au droit reconnu par les règles normalement applicables. Il peut donc être

---

<sup>221</sup> Dans les bases de données : « correction » ou « correcteur » ou « correctif » ou « corriger » : 144 résultats ; Dalloz, 4002 articles ; Revus du JurisClasseur : plus de 3000 résultats. Toutes ces références ne correspondent pas à l'emploi de la notion de correction dans un sens pleinement juridique : par exemple est évoquée la correction d'erreurs matérielles (G. SERRA et L. WILLIATTE-PELLITTERI « Droit du divorce janvier 2008 - décembre 2008 », *D.* 2009. 832 ; F. ROME, « Le juge se rebiffe », *D.* 2009. 353 ; H. ADIDA-CANAC, « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.* 2009. 1288), les correctifs dans les calculs (L. DARGENT, « Aide juridictionnelle : plafonds de ressources pour 2009 », *D.* 2009. 1010). La recherche de l'emploi de la notion de correction dans les ouvrages juridiques a été moins aisée que dans les autres types d'écrits du fait de l'inexistence de base de données permettant une recherche systématique de l'utilisation de termes dans les ouvrages. De plus, le terme de « correction » n'a pas, en droit, une assise suffisamment ferme pour faire partie des mots-clés aidant à la recherche dans un ouvrage. Il n'est ainsi aucunement question, ici non plus, de prétendre exposer de manière exhaustive l'emploi par les auteurs de la notion de correction dans les ouvrages juridiques. La notion de correction a été recherchée dans les ouvrages de manière manuelle en privilégiant ceux pouvant sembler les plus à même d'évoquer ce concept c'est-à-dire traitant plus du droit que des droits. Ainsi, les ouvrages d'introduction au droit et de théorie du droit ont été préférés et ont révélé, eux aussi, un emploi régulier de la notion de correction et ce, de manière particulièrement intéressante.

<sup>222</sup> Les objets auxquels est généralement associée la correction cités dans le prochain développement ne constituent en aucune façon une liste exhaustive, ils sont des exemples sélectionnés de par la fréquence de cette association.

<sup>223</sup> L'abus de droit est « parmi les [...] illustrations correctives, [...] la plus connue et la plus utilisée » (J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.), *Cf. supra* § n°4.

<sup>224</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°34 et s.

<sup>225</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°36.

<sup>226</sup> *Cf. supra* § n°20.

<sup>227</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 235, p. 237.

considéré que la correction, la sanction de l'abus, conduit à déroger aux règles applicables prévoyant l'exercice du droit en cause. Cette action semble donc présenter deux facettes, elle réside à la fois dans la dérogation au droit dont bénéficie le titulaire et donc aux règles le prévoyant, et dans les sanctions de l'abus pouvant être envisagées comme des solutions de « remplacement » utilisées à la place des règles écartées. Cet aspect de la correction corrobore les conclusions tirées de l'analyse du second arrêt précédemment étudié<sup>228</sup>. En effet, l'emploi de la notion de « correction » par la Cour de cassation renvoyait à la dérogation à une règle prévoyant une limite à un cumul et à son remplacement par un pourcentage minimum. Il faut noter que, si le terme de « correction » désigne les sanctions ou moyens visibles employés pour redresser l'excès constaté et que ceux-ci constituent une dérogation aux règles normalement applicables, l'action du juge peut être autrement présentée et surtout décomposée. Il peut être considéré que, dans un premier temps, le juge déroge à la règle compétente, l'écarte de la résolution du litige et que ce n'est que dans un second temps qu'il utilise les moyens positifs pour redresser la situation. La correction implique également, comme condition de son utilisation, dans le cas de l'abus de droit, un excès dans l'exercice d'un droit, un déséquilibre. Ainsi, par exemple, lorsqu'un sujet utilise son droit pour nuire à autrui, il peut être considéré qu'il s'agit d'une dérive, d'un excès à redresser. Le juge utilise alors la théorie de l'abus de droit pour écarter les règles régissant la prérogative utilisée abusivement et sanctionner cet exercice excessif.

De manière plus générale, le recours même à la notion de correction semble renvoyer irrémédiablement à l'idée d'une erreur à redresser et donc à une défaillance, un déséquilibre au sein du système juridique auquel il faut remédier. Ainsi, plus largement, il peut être proposé que la correction correspond à la dérogation aux règles applicables lorsqu'elles auraient des conséquences inadaptées et remplacées par une autre solution. Doit également être noté le fait que cette correction ne va pas ici jusqu'à la création, la règle subsistant dans les hypothèses où il n'y a pas d'abus de droit. La même conclusion peut être tirée de la lecture d'articles de doctrine. Par exemple, Monsieur Frédéric Pollaud-Dulian évoque le « rôle correcteur » de l'abus de droit permettant au juge « d'écarter certaines applications indésirables de la règle de droit »<sup>229</sup>. La mise à l'écart de l'application de la règle est identifiée de même que sa survie hors la correction puisque seules « certaines applications » sont écartées.

Ce premier exemple d'utilisation doctrinale du concept de correction permet d'en forger une définition provisoire : cette opération consisterait en une dérogation, une mise à l'écart de l'application de la règle compétente lorsqu'elle aurait des conséquences inadaptées et à son remplacement. La justesse de cette première ébauche de définition doit cependant être vérifiée à travers l'analyse de l'utilisation de la notion de correction à propos d'une autre technique : l'apparence.

**36. L'apparence** – La théorie de l'apparence est, à l'instar de l'abus de droit, généralement associée à la correction. La rubrique lui étant consacrée au sein du *Répertoire civil* Dalloz donne sensiblement le même éclairage quant au sens du concept de correction. En effet, y est précisé que la sécurité juridique, « devient le support des décisions dérogatoires au droit légiféré et autorise(nt) la correction des apparences », le législateur ne pouvant tout prévoir<sup>230</sup>. « La correction des apparences peut [...] se faire de deux manières : soit en annulant l'acte accompli pour que l'apparence des droits coïncide avec leur réalité, soit en

---

<sup>228</sup> Cf. *supra* § n°30-31.

<sup>229</sup> F. POLLAUD-DULIAN, « Exceptions (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, *Universal et Syndicat de l'Edition Vidéo c/ S. Perquin et UFC Que Choisir*, à paraître au *Bulletin, D.* 2006.784, obs. J. DALEAU ; Com. com. élec., avr. 2006, n° 56, obs. crit. C. CARON) », *RTDcom.* 2006. 370.

<sup>230</sup> M. BOUDOT, « apparence », *préc.*, n°8.

validant l'acte accompli sans titre, ni pouvoir, pour que la réalité corrigée coïncide avec l'apparence »<sup>231</sup>. La correction semble donc, là également, s'apparenter à une dérogation aux règles compétentes et consister en diverses solutions de remplacement. Le rôle correcteur du « fonctionnement mécanique des règles »<sup>232</sup> de l'apparence a aussi été identifié par Messieurs Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux et Madame Muriel Fabre-Magnan selon lesquels ce mécanisme paralyse le jeu normal des règles. Il est intéressant de noter que, pour Messieurs Henri Roland et Laurent Boyer<sup>233</sup>, qui se sont penchés sur l'adage prévoyant que « *error communis facit jus* », une des facettes de cette théorie prétorienne<sup>234</sup>, celui-ci a un effet d'« inhibition de la norme », d'« éviction de la règle ». Ils précisent que cet effet n'est que relatif puisque « la règle demeure inchangée ; elle est simplement écartée dans une situation de fait donnée ». Le même constat que pour l'abus de droit peut ainsi être fait, la correction consiste en une mise à l'écart de l'application de la règle, qui reste inchangée, et dans les solutions de remplacement imposées. Ainsi, les règles en vertu desquelles les actes réalisés au vu de la situation apparente ne peuvent produire leurs effets sont écartées par le juge lorsque les faits le commandent et remplacées par un moyen de régler le litige. Ces éléments corroborent la définition provisoire proposée du concept de correction : une mise à l'écart de l'application de la règle compétente et une solution de remplacement.

**37. Le recours-nullité** – Le recours-nullité<sup>235</sup> fait partie des nombreuses techniques auxquelles est attribuée une action correctrice<sup>236</sup>. Par exemple, Madame Caroline Pelletier, dans un article consacré au pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir de la Commission nationale d'indemnisation<sup>237</sup>, qualifie le recours-nullité de « mécanisme correcteur destiné à lutter contre les excès de la fermeture des voies de recours en cas d'abus manifestes ». Elle s'inspire notamment d'un article de Maître Philippe Gerbay consacré aux « effets de l'appel voie d'annulation »<sup>238</sup> dans lequel il utilise lui aussi ce qualificatif. Ces deux auteurs évoquent donc le concept de correction à propos du recours-nullité<sup>239</sup>. L'utilisation de la correction en cas d'excès, identifiée dans les exemples précédents, est ici aussi mise en évidence et ce constat corrobore l'hypothèse de déclenchement de la technique du mécanisme correcteur. Il faut noter qu'il a également été considéré que le recours-nullité fait « échec aux dispositions

<sup>231</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°15.

<sup>232</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760, p. 746.

<sup>233</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°116, p. 229-233.

<sup>234</sup> Sur les liens entre la maxime et la théorie de l'apparence : « La maxime *Error communis facit jus*, telle qu'elle joue dans notre droit, est l'un des aspects les plus saisissants de la théorie de l'apparence » (H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », préc., spéc. p. 960) ; les « implications les mieux assises » de la maxime « sont celles relevant de la théorie de l'apparence » (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus* ? », préc., p. 10) ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé (Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, th., LGDJ, 1984, n°5, p. 4.

<sup>235</sup> M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétorienne en procédure civile », *RRJ*. 1999-3. 703 ; G. BOLARD, « Les recours-nullité en procédure civile », in *Justices et double degré de juridiction, Rev. Justices*, 1996, n°4, p. 119 et s. ; P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc. ; O. BARRET, « L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) », *RTDciv*. 1990. 199 ; G. BOLARD, « L'appel-nullité », *D*. 1988. 177.

<sup>236</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>237</sup> C. PELLETIER, « Pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir de la Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire », *D*. 2002. 2013.

<sup>238</sup> P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc. Voir également : E. SCHLUMBERGER, « Expertise de l'article 1843-4 du code civil : limitation du recours pour excès de pouvoir, Note sous Cour de cassation (com.) 3 mai 2012, n° 11-16.349, 15 mai 2012, n° 11-12.999 et 15 mai 2012, n° 11-17.866 », préc.

<sup>239</sup> Voir également : « Les recours-nullité ont pour raison d'être de corriger ou atténuer une anomalie légale » (G. BOLARD, « Les recours-nullité en procédure civile », préc., spéc. p. 125).

légales », en constitue une « dérogation »<sup>240</sup>. Les autres éléments précédemment proposés peuvent donc également correspondre à l'action du recours-nullité. En effet, en vertu de la loi, aucun recours n'est ouvert au justiciable contre la décision en question. Cependant, celle-ci étant entachée d'excès de pouvoir, le recours-nullité est ouvert exceptionnellement. La règle fermant les voies de recours est donc écartée et une autre voie est ouverte<sup>241</sup>.

**38. La force majeure** – La force majeure<sup>242</sup> a été qualifiée de « correctif de régime juridique » par Messieurs Jean-Luc Aubert et Éric Savaux dans leur manuel d'*Introduction au droit*<sup>243</sup>, au même titre que la fraude et l'apparence. Cette technique a pour effet d'exclure « l'application de tout régime de responsabilité [...] aux personnes impliquées dans la réalisation du dommage, alors même qu'elles sembleraient devoir y être soumises ». La correction ainsi opérée se manifeste par l'exclusion de l'application des règles normalement compétentes. Selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, il s'agit d'un « événement imprévisible et irrésistible qui provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage (force de la nature, fait d'un tiers, fait du prince) le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité »<sup>244</sup>. Ainsi, en principe, le débiteur doit exécuter une obligation ou répondre du dommage qu'il a causé. Cependant, puisque « à l'impossible nul n'est tenu »<sup>245</sup>, dans certaines circonstances de faits, lorsque l'application de ce principe semble inadaptée, le juge peut recourir au mécanisme de la force majeure pour l'écarter<sup>246</sup> et ainsi libérer le débiteur de son obligation ou l'exonérer de sa responsabilité. La règle subsiste, ce n'est que dans certaines hypothèses qu'elle est écartée. La force majeure trouvant son origine dans la loi<sup>247</sup> elle serait un mécanisme correcteur d'origine légale.

**39. La clause d'exception** – La clause d'exception est parfois qualifiée de « mécanisme correcteur »<sup>248</sup> par les auteurs. Elle fait partie du droit positif français par le biais de la

---

<sup>240</sup> E. SCHLUMBERGER, « Expertise de l'article 1843-4 du code civil : limitation du recours pour excès de pouvoir, Note sous Cour de cassation (com.) 3 mai 2012, n° 11-16.349, 15 mai 2012, n° 11-12.999 et 15 mai 2012, n° 11-17.866 », préc. ; M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétorienne en procédure civile », préc. Dans le même sens : J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, n°707, p. 586-587.

<sup>241</sup> Sur la solution de remplacement cf. également *infra* § n°247.

<sup>242</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 6<sup>ème</sup> éd. Armand Colin, 2009, n°208 et s., p. 176 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2006, n°392 et s., p. 264 et s. ; P-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

<sup>243</sup> J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°218, p. 235-236. Voir également : « La force majeure [...] corrige l'automatisme de la règle de droit » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* », n°60, p. 109 et s., spéc. p. 111).

<sup>244</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Force. - majeure », p. 467.

<sup>245</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, préc., n°392, p. 265.

<sup>246</sup> La force majeure aboutit à un « phénomène d'éviction », elle « écarte le jeu » des règles de droit (G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, préc., n°394, p. 267).

<sup>247</sup> Dès 1804, le Code civil disposait, notamment en son article 1148, qu'« il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». D'autres textes ont fait et font aujourd'hui référence à la force majeure (par exemple: l'article 1360 du Code civil et la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985) mais, jusqu'à l'ordonnance de réforme du droit des obligations n°2016-131 du 10 février 2016, aucun ne la définissait. C'est donc la jurisprudence qui avait procédé à sa définition (F. CHABAS et F. GRÉAU, *Rép. Civ. Dalloz*, rubrique « Force majeure », avril 2007 (dernière mise à jour : mars 2010), n°8) mais c'est bien la loi qui est à l'origine de la création de la force majeure. Aujourd'hui la force majeure est définie à l'article 1218 du Code civil.

<sup>248</sup> Cf. *supra* § n°4.

Convention de Rome du 19 juin 1980 en son article 4 § 5 et, à présent, de l'article 4 § 3 du Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit « Rome I »<sup>249</sup>. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 4 de ce texte énoncent les lois applicables aux contrats à défaut de choix et le paragraphe 3 permet d'y déroger s' « il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays ». En vertu des règles de conflit énumérées aux paragraphes 1 et 2 de l'article 4 du règlement, une règle étrangère, parfois inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante car présentant des liens moins étroits avec le cas qu'une autre, devrait être appliquée. Grâce à cette clause le juge va pouvoir écarter l'application de la règle étrangère<sup>250</sup>, adaptant la règle de conflit<sup>251</sup> et appliquer au litige la loi présentant les liens les plus étroits avec l'affaire. La correction ainsi observée consiste dans la mise à l'écart exceptionnelle d'une règle normalement applicable et son remplacement.

**40. L'exception d'ordre public** – L'action corrective de l'exception d'ordre public<sup>252</sup> est régulièrement évoquée par les auteurs<sup>253</sup>. Lorsque des personnes privées sont impliquées dans des relations juridiques internationales allant jusqu'au litige, le recours au droit international privé est déclenché et emporte une série de conséquences. Se pose notamment la question de savoir quelle règle, du fait du caractère international du litige, sera appliquée. Si aucune loi de police ou convention internationale de droit matériel ne s'applique, le juge français, lorsqu'il est considéré comme compétent, recourt à une règle de conflit désignant la règle applicable. Dans l'hypothèse où le juge va, en vertu de cette règle de conflit, devoir appliquer une règle étrangère, il vérifiera sa comptabilité avec son ordre juridique et pourra, le cas échéant, l'écarter au nom de l'ordre public international français<sup>254</sup>. Cette mise à l'écart de la règle

---

<sup>249</sup> Règlement (UE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>250</sup> F. JAULT-SESEKE, « Loi applicable au contrat : première interprétation de la Convention de Rome par la CJCE », *D.* 2010. 236 : Pour Monsieur Paul Lagarde, elle écarte une présomption : P. LAGARDE, « Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome, Cour de cassation (Ch. com.) - 19 décembre 2006, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) - 22 mai 2007 », *Rev. Crit. DIP* 2007. 592.

<sup>251</sup> B. BONNAMOUR, « Quelques précisions sur la mise en œuvre de la clause d'exception en matière de contrats internationaux, Cass. Com., 19 décembre 2006, n°05-19.723, P+B+R+I ; P. DEUMIER, « Mode d'emploi de la (mal nommée ?) « clause d'exception » de la Convention de Rome, Cass. com., 19 décembre 2006 », *RDC* 2007. 467 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2007, n°180-1, p. 226 ; P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc.

<sup>252</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, Thémis droit, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n°456 et s., p. 486 et s. ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd. 2010, n°199 et s., p. 149 et s. ; M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, n°354 et s., p. 325 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°247 et s., p. 331 et s. ; P. LAGARDE, *Rép. Droit international* Dalloz, rubrique : « ordre public », décembre 1998 (mis à jour mars 2009) ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, 1996, p. 65 et s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, coll. Droit civil, ed. Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, n°308 et s., p. 273 et s. ; A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, th., Paris, 1979 ; B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, 7<sup>ème</sup> éd. 1981, LGDJ, n°354 et s., p. 409 et s. ; P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc. ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Casa Martin, 1952 ; W. LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, th., Sirey, Dijon, 1934.

<sup>253</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>254</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°199, p. 149. Dans le même sens : « l'ordre public au sens du droit international privé, la Cour de cassation écarte parfois l'applicabilité d'une loi étrangère de fond, pourtant incontestablement compétente d'après le mécanisme des conflits, afin de faire prévaloir tantôt, certes, une simple politique législative nationale impérative et qui autrement manquerait son but, mais tantôt,

étrangère par la règle de conflit est mise en évidence par les auteurs. Pour Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, par exemple, l'exception d'ordre public est un « mécanisme correcteur » conduisant « à la substitution de la loi française à la loi étrangère initialement désignée »<sup>255</sup>. La définition présente dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu en témoigne également puisque, selon celle-ci, l'ordre public international est un « ensemble de principes » qui « imposent d'écarter l'effet [...] des lois étrangères et des actes des autorités étrangères »<sup>256</sup>. Dans la plupart des manuels, la mise à l'écart de la règle étrangère désignée par la règle de conflit par le jeu de l'ordre public international est exprimée par sa qualification de « mécanisme d'éviction »<sup>257</sup> permettant ainsi au juge d'évincer<sup>258</sup>, d'écarter la loi étrangère<sup>259</sup>, de refuser de l'appliquer<sup>260</sup> ou de déroger « à des règles établies »<sup>261</sup>. Une fois cette règle écartée, une solution de remplacement est trouvée, le juge applique la loi du for au litige<sup>262</sup>.

**41. L'action directe** – De manière générale, l'action directe permet à un créancier de poursuivre directement, en son propre nom et pour son propre compte, le débiteur de son débiteur<sup>263</sup>. Elle désigne sous ce vocable général un type d'actions qui sont multiples, certaines prévues par la loi<sup>264</sup> et d'autres par la jurisprudence<sup>265</sup>. Il est considéré par certains

---

aussi, un principe général du droit français, ou, selon la formule d'un fameux arrêt, "des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue" ».

<sup>255</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Nullités », préc., n°5. Dans le même sens « un troisième correctif vient de l'utilisation des mécanismes du droit international privé. Si la loi – nouvelle ou ancienne – déclarée compétente est une loi étrangère, elle pourra être écartée au nom de l'ordre public » (*JurisClasseur Droit international* > Fasc. 533-2 : Conflits mobiles, n°91).

<sup>256</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « ordre public », sens II (int. priv.), p. 714.

<sup>257</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°310, p. 275.

<sup>258</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°310, p. 276 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°199, p. 149 et n°210 et s., p. 157 et s. ; M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°354, p. 326 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°455, p. 486 et n°468, p. 496 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255, p. 353 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°2, p. 3 ; A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, préc., n° 252 et s., p. 274 et s. ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, préc.

<sup>259</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255-1, p. 354 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°308, p. 273 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°455, p. 486 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409 ; P. LAGARDE, « ordre public », préc., n°1 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°170, p. 199.

<sup>260</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°199, p. 149 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409 ; P. LAGARDE, « ordre public », préc., n°1.

<sup>261</sup> P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°1, p. 1.

<sup>262</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°256, p. 354-355. Ils citent Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juillet 1963, *Rev. crit. DIP* 1964. 732 : l'ordre public consiste en la « substitution de la loi française à la loi normalement compétente ». (J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.) ; « Il est également indifférent que la règle de conflit ait joué normalement ou que le mécanisme correcteur de l'exception d'ordre public ait finalement conduit à la substitution de la loi française à la loi étrangère initialement désignée. » (B. FAUVARQUE-COSSON, « Nullités », préc., n°5).

<sup>263</sup> « Action en justice que, dans certains cas spécifiés (surtout lorsqu'une opération donne lieu à des sous-contrats ou des groupes de contrats), la loi ou la jurisprudence ouvre à une personne contre le débiteur de son débiteur, non point au lieu et place de ce dernier (par voie oblique), mais en son nom personnel, d'où certains avantages variables » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Direct, ecte », -e (action), p. 345) ; « Action en justice exercée par un créancier, en son nom personnel et directement contre le tiers contractant de son propre débiteur » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Action directe », p. 28).

<sup>264</sup> Par exemple : Article 1798 du Code civil : « Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel

auteurs qu'il s'agit d'un mécanisme correcteur des principes de l'effet relatif des conventions et d'égalité des créanciers<sup>266</sup>. Monsieur Christophe Jamin, qui y consacra sa thèse et semble à l'origine de ce qualificatif, considère qu'elle est :

un mécanisme correcteur des principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers [...] qui permet à l'un de ces créanciers, pour des motifs d'équité et en vue d'un équilibre des patrimoines, d'obtenir, pour son propre compte, du débiteur de son débiteur, soit un paiement, soit la mise en œuvre d'une garantie, c'est-à-dire la sanction, respectant nécessairement le principe de prévisibilité contractuelle, de l'inexécution d'un contrat antérieur ou la mise en œuvre d'une garantie légale qui est attachée à ce contrat<sup>267</sup>.

L'auteur justifie le recours au qualificatif de « mécanisme correcteur » en comparant l'action directe à l'abus de droit, la fraude et l'apparence, qualifiés eux-mêmes de correctifs par Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux<sup>268</sup>. L'action directe est ainsi « un mécanisme correcteur technique permettant d'atténuer ou d'annihiler, dans des situations considérées comme injustes, la rigueur des principes d'effet relatif et d'égalité des créanciers »<sup>269</sup>. De plus, toujours selon ce même auteur, elle corrige les excès pouvant être engendrés par des principes applicables<sup>270</sup>. Il est également considéré que l'action directe intervient « lorsque l'application trop rigoureuse des principes usuels ne permet pas d'aboutir à une solution juste, ce qui en fait plus un complément qu'une véritable exception au principe de l'effet relatif »<sup>271</sup>. La correction opérée par le mécanisme de l'action directe semble ainsi jouer comme une dérogation à l'effet relatif des contrats, un tempérament à ses excès, ce qui corrobore les précédentes conclusions.

L'emploi du concept de correction par la doctrine confirme la définition proposée : la mise à l'écart de la règle dans une espèce donnée lorsque son application aurait des conséquences inadaptées et une solution de remplacement pour régler le litige. Il convient à présent de s'intéresser à l'emploi de ce concept non plus exclusivement attaché à un objet mais de manière autonome.

## 2. Le concept de correction, une technique autonome

**42. La correction, une technique autonome** – Certains auteurs ont identifié, sans toutefois le nommer ainsi, l'existence d'un pouvoir correcteur du juge à travers l'analyse de certains mécanismes. C'est le cas, dès 1977, de Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux qui évoquent, dans leur *Introduction générale au droit civil*<sup>272</sup>, le besoin de « correctifs » dans le système juridique. Leur raisonnement est le suivant : en principe, les normes juridiques reçoivent application dès que la situation de fait qu'elles visent est réalisée.

---

les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. ».

<sup>265</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°9-10 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 1154, p. 647 ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°24 et s., p. 18 et s. Par exemple : Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mars 1968, D. 1970. J. 663, note JESTAZ.

<sup>266</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°44 et s. ; « Par définition, l'action directe veut être un correctif de l'effet relatif des contrats » (L.-C. HENRY, « Loi applicable à l'action directe contractuelle en droit international », *JCP G* 1996, II 22742) ; C. JAMIN, « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, préc. ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°1, p. 1.

<sup>267</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n° 328, p. 289.

<sup>268</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760 et s., p. 746 et s.

<sup>269</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°301, p. 270.

<sup>270</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n° 328, p. 289.

<sup>271</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45.

<sup>272</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1977, n°692 et s., p. 574, et s.



Cependant, il est des cas où la rigueur logique de la combinaison des règles de droit révèle les failles du système : la technique juridique risque parfois de se retourner contre les fins qu'elle prétend servir. Lorsque des valeurs telles que la morale ou la justice sont menacées, le droit crée les moyens de contrôler sa propre application. Ces « correctifs » seraient donc un moyen pour le système juridique de se préserver de ses propres dérives, de ses excès. Ici, la correction est abordée en tant que concept général, l'opération peut être détachée de la technique correctrice. Ces auteurs ont identifiés trois « correctifs », l'abus de droit, la fraude et l'apparence. Ceux-ci sont ainsi réunis, autour de leur action correctrice commune, au sein d'une catégorie autonome.

D'autres auteurs ont identifié le phénomène de la correction de manière autonome et ont utilisé ce concept pour décrire l'action de principes. Monsieur Jean-Louis Bergel<sup>273</sup> distingue, en effet, les principes directeurs et les principes correcteurs. Ces derniers corrigent les excès ou anomalies des solutions légales qui, sans eux, pourraient être injustes ou inadaptées. Ils constituent des atténuations aux règles, des dérogations. Il cite comme exemple la fraude, qui fait exception à toutes les règles, l'abus de droit, l'apparence et l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Monsieur Jean-Pierre Gridel envisage également l'action correctrice des principes généraux du droit<sup>274</sup> et cite parmi eux l'exception d'ordre public, l'abus de droit, la fraude, l'apparence. Ces derniers ont pour effet d'écarter la solution dictée par la logique juridique. Selon cet auteur en effet :

une stricte application technique se retournerait directement, soit contre les objectifs du texte invoqué, soit contre ceux de cet ensemble qu'il contribue à constituer avec d'autres, c'est-à-dire le système juridique lui-même. Et c'est donc pour le sauvegarder qu'un principe général va écarter hic et nunc telle ou telle solution néanmoins voulue par le maniement usuel et correct de la loi et de l'outillage conceptuel<sup>275</sup>.

Il peut être considéré que le juge écarte la solution dictée par la règle compétente car il n'applique pas cette dernière. L'action correctrice détaillée consiste alors dans l'étude des conséquences concrètes de l'application d'une règle et, lorsque celles-ci sont inadaptées, en une dérogation, une mise à l'écart de la règle.

D'autres auteurs évoquent le « mécanisme correcteur » comme une catégorie autonome réunissant différents objets et « qui permet de limiter la portée de certaines règles de droit civil »<sup>276</sup>. Il peut être envisagé comme un « tempérament »<sup>277</sup>, intervenant « lorsque l'application trop rigoureuse des principes usuels ne permet pas d'aboutir à une solution juste, ce qui en fait plus un complément qu'une véritable exception »<sup>278</sup>, permettant « d'écarter le jeu »<sup>279</sup> d'une règle. Est également évoquée une « fonction correctrice » autorisant « le juge à écarter la solution qui serait le fruit normal mais excessif de l'application de la disposition légale »<sup>280</sup>.

Ainsi, le concept de correction semble utilisé par les auteurs de manière assez harmonieuse pour décrire l'opération par laquelle le juge déroge à l'application des règles applicables et met fin autrement au litige. Cette analyse n'est pas sans évoquer une des fonctions généralement attribuées à l'équité menant d'ailleurs à dénommer plus précisément

---

<sup>273</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°86 et s., p. 112 et s. ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 381 et s.

<sup>274</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>275</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>276</sup> N. CAYROL, « action en justice », préc., n° 56.

<sup>277</sup> A. BENABENT, « De l'assouplissement par le droit commun d'un droit spécial rigide : tempérament direct (par exclusion de la règle) ou indirect (par dommages et intérêts) ? », *D.* 2000. 11 ; C. MALECKI, « Les dirigeants des filiales », préc.

<sup>278</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45.

<sup>279</sup> A. BENABENT, « De l'assouplissement par le droit commun d'un droit spécial rigide : tempérament direct (par exclusion de la règle) ou indirect (par dommages et intérêts) ? », préc.

<sup>280</sup> F.-X. LICARI, « Conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans le contrat d'agent commercial », *JCP G* 2003. II. 10164.

cette dernière « équité correctrice », témoignant d'un autre emploi autonome du concept de correction.

**43. L'équité correctrice** – La recherche des emplois du concept de correction par la doctrine permet assez rapidement de le rencontrer à propos de la notion d'équité. En effet, cette dernière est parfois qualifiée de correctrice. L'équité est une notion mystérieuse<sup>281</sup> dont la définition prête sans cesse à discussions et à propos de laquelle toute étude théorique serait « source d'hésitations, de doutes »<sup>282</sup>. La doctrine, certes, en a énoncé et énonce toujours différentes définitions, mais aucune n'emporte l'adhésion unanime<sup>283</sup>. L'équité est pourtant d'une importance primordiale<sup>284</sup>, elle est au juriste « ce qu'est le nord au navigateur »<sup>285</sup> et est au cœur des préoccupations des théoriciens et philosophes<sup>286</sup>. Elle est « nulle part et partout. Nulle part, parce que le principe de primauté de la loi exclut toute référence à l'équité [...]. Partout, parce qu'au-delà de textes de plus en plus fréquents qui l'évoquent, l'équité imprègne par capillarité l'ensemble de notre droit positif »<sup>287</sup>. Étymologiquement, le terme « équité » vient du latin *oequitas* signifiant égalité<sup>288</sup>. Elle « consiste à mettre chacun sur un pied d'égalité »<sup>289</sup>. Elle doit cependant être distinguée de l'égalité en raison de la subjectivité de l'équité, « contraire à l'objectivité requise lors d'une quête d'égalité »<sup>290</sup>. Le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu compte six définitions de la notion. Elle est « justice fondée sur l'égalité »<sup>291</sup>, « du cas particulier »<sup>292</sup>, « atténuation, modification apportée au Droit, à la loi, en considération de circonstances particulières »<sup>293</sup>, « manière de résoudre les

<sup>281</sup> N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source du droit », *RTDciv.* 1998. 221 ; M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », préc. ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 282 ; « à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable » (H. DE PAGE, *À propos du gouvernement des juges, L'équité en face du droit*, Sirey, 1931, p. 161).

<sup>282</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n° 3, p. 3 ; Dans le même sens : « l'équité appartient à la catégorie des notions pour lesquelles une approche strictement définitionnelle se révèle délicate » (C. ALBIGES, « L'équité dans le jugement, étude de droit privé », in *L'équité dans le jugement : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 novembre 2000*, dir. de M.-L. PAVIA, L'Harmattan, 2003, chap. 8, p. 107 et s., spéc. p. 108) ; C. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Equité », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 635 et s.

<sup>283</sup> D. BAKOUCHE, « Quelques observations relatives au rôle et à la place de l'équité correctrice en matière contractuelle », *LEXBASE HEBDO* n° 81 du Jeudi 24 Juillet 2003 - Edition Affaires ; « Le problème de l'équité dans le droit est à la fois trop profond et trop complexe pour qu'il ne soit concevable de réaliser jamais l'unanimité sur tous les points qu'il implique » (L. GRAULICH, « À propos du gouvernement des juges », *RTDciv.* 1932. 77, spéc. 84).

<sup>284</sup> C'est une notion « prestigieuse » (P. FORIERS, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », in *La pensée juridique de P. Foriers*, 1984, Bruxelles, Bruylant, p. 225 et s., spéc. p. 228). « le droit n'est pas du droit sans l'équité » (CICERON, *De officiis*, 2, 12, 42) ; « l'équité occupe une place centrale dans un grand nombre d'interrogations fondamentales sur le droit » (C. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Equité », préc.).

<sup>285</sup> G. CORNU, *Les Biens*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2007, n°125, note 3, p. 325. Elle est « au juge ce qu'est la boussole au navigateur » (E. LOQUIN, « Equité », in *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 425 et s.).

<sup>286</sup> Cf. *infra* § n°270 et s.

<sup>287</sup> R. CABRILLAC, Préface sur C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc.

<sup>288</sup> Elle est désignée par la philosophie grecque d'une autre manière : *epikeia* (C. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Equité », préc.).

<sup>289</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Equité », p. 916.

<sup>290</sup> C. ALBIGES, « Equité », préc., n°31. Dans le même sens : F. TERRÉ, « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *L'égalité, APD*, t. 51, 2008, p. 21 et s., spéc. p. 25 ; sur un tel constat, C. SCHAEGIS, « La fonction rhétorique de l'équité », in Centre d'études et de recherches administratives et politiques de l'Université de Paris XIII, *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?*, Colloque du 13 mai 1997, 1999, Economica, p. 13 et s.

<sup>291</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Equité », sens 1, p. 408.

<sup>292</sup> Sens 2, p. 408.

<sup>293</sup> Sens 3, p. 408.

litiges en dehors des règles de droit»<sup>294</sup>, « justice supérieure au Droit positif »<sup>295</sup> et « sentiment de justice »<sup>296</sup>. Le terme « équité », en droit, renvoie communément aux notions de justice et d'équilibre et à la prise en considération des circonstances particulières du cas d'espèce<sup>297</sup>. Elle s'oppose ainsi au droit strict et véhicule « la conception d'une justice qui n'est pas inspirée par les règles du droit positif, faisant appel au sentiment naturel du juste ou de l'injuste »<sup>298</sup>. Elle tempère « l'application parfois jugée aveugle des techniques juridiques »<sup>299</sup>. La notion d'équité permet de désigner deux phénomènes différents, deux manières pour le juge de l'utiliser, l'« équité objective » et l'« équité subjective »<sup>300</sup>. L'équité subjective désigne la capacité offerte au juge de statuer en équité quand les circonstances l'exigent<sup>301</sup>, de pallier les imperfections du droit existant dans un cas particulier<sup>302</sup>. Lorsque la récurrence du recours à ce procédé devient particulièrement importante dans les mêmes hypothèses, les solutions se systématisent et se développe un corps de règles parallèle au droit objectif, un phénomène nommé l'« équité objective »<sup>303</sup>. La distinction entre l'équité subjective et l'équité objective est ainsi notamment chronologique. L'équité commence par permettre la mise à l'écart ponctuelle de la règle puis le correctif se systématisent au point que soit constituée une véritable norme. Il est parfois considéré que la seule véritable équité est l'équité subjective, l'équité objective perdant sa nature d'équité précisément au moment où elle devient règle, générale et abstraite<sup>304</sup>.

<sup>294</sup> Sens 4, p. 409.

<sup>295</sup> Sens 5, p. 409.

<sup>296</sup> Sens 6, p. 409.

<sup>297</sup> « L'équité est une réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Equité (Dr. gén.) », p. 370).

<sup>298</sup> F. SUDRE, « À propos du droit de juger équitablement », in *L'équité dans le jugement* : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 novembre 2000, M.-L. PAVIA (dir.), L'Harmattan, 2003, chap. 3, p. 41 et s. Dans le même sens : l'équité a une « place de marque » « parmi ces mécanismes dont l'indiscutable unité de fond s'appelle le dépassement du droit » (H. SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », préc., spéc. 1681).

<sup>299</sup> C. ALBIGES, « Equité », préc., n°2.

<sup>300</sup> S. PELLÉ, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230 ; P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005. 247 ; C. ALBIGES, « Equité », préc., n°34 et s. ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°15, p. 11 ; J.-M. SOREL, *Rép. droit international* Dalloz, rubrique « Equité », décembre 2000, n°4 et s. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 162, p. 146-147 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°14, p. 30-31 ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999. 195. Cf. *infra* § n°278 et s.

<sup>301</sup> Le jugement selon l'équité peut être défini comme « un jugement affranchi des règles du droit, qui donne une solution particulière pour chaque espèce » (E. LOQUIN, « équité », préc.).

<sup>302</sup> C. ALBIGES, « L'équité dans le jugement, étude de droit privé », préc. spéc. p. 108.

<sup>303</sup> S. PELLÉ, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n° 16, p. 14-15 ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 109, p. 124 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 162, p. 146-147.

<sup>304</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n° 17, p. 15 et n°96 et s., p. 57 et s. ; M. ROTONDI, « Equité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY*, Sirey, vol. 2, 1935, p. 401 et s., spéc. p. 411. Voir contra : l'équité « est d'ordre général, parce qu'elle signifie que le principe de l'équité doit être toujours appliqué à des circonstances ou à des situations identiques » et donc de manière indépendante par rapport aux faits de l'espèce (I. SZABO, « Le traitement de l'équité dans les divers systèmes juridiques », *Rapport général du VIII<sup>e</sup> congrès international de droit comparé*, Pescara, 29 août – 5 septembre 1970, Institut Belge de Droit Comparé, Bruxelles, 1970, p. 12) et V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, th., Paris, 2006, n°s 73 et s.

Les auteurs s'intéressant aux fonctions de l'équité lui reconnaissent généralement un rôle correcteur<sup>305</sup>, et ce, dès l'Antiquité puisqu'Aristote la considérait comme un correctif de la loi<sup>306</sup>. La notion de correction est donc utilisée pour caractériser une des fonctions de l'équité. Elle est, certes, attachée à un concept particulier, mais non de manière comparable à son association à des notions telles que l'abus de droit ou la fraude. Le phénomène de correction est ici envisagé de manière générale, non pas comme la manifestation d'un seul objet, l'équité intervenant comme fondement. L'équité permet ainsi au juge de tempérer la rigueur des textes en considération des faits de l'espèce, elle est à ce titre rapprochée du pouvoir modérateur<sup>307</sup> : une faculté conférée au juge, dans des cas particuliers, de déroger à l'application de la règle de droit jugée excessive, en fonction de considérations d'équité. Appréhendée à la lumière de la notion d'équité correctrice, la correction évoque, une nouvelle fois, une dérogation aux règles normalement applicables.

Ces exemples démontrent la reconnaissance par des auteurs d'un phénomène de correction autonome réunissant, par leur fonctionnement, différents objets et permettent d'étudier la manière dont cette action sur le droit est envisagée et ce qu'elle décrit.

Le concept de correction, non seulement est présent dans le langage sur le droit, mais y est également utilisé de manière relativement consensuelle. En effet, les différents écrits étudiés témoignent du partage par leurs auteurs d'une vision comparable du concept. Ils semblent l'utiliser pour qualifier un même type de situation, c'est-à-dire une dérogation au jeu des règles compétentes et une solution de remplacement permettant de régler le litige. Il est également intéressant de noter que les recherches en doctrine sur l'emploi du concept de correction amènent à s'intéresser généralement aux mêmes concepts. En effet, dans les différentes ressources doctrinales, ont été de la même manière liées au concept de correction des notions telles que l'abus de droit, la fraude ou l'apparence. Cependant, si le sens de la correction semble avoir été élucidé, subsiste une incertitude. En effet, les différents emplois du concept de correction révèlent que le terme est utilisé pour désigner à la fois une dérogation exceptionnelle à la règle et sa modification définitive, une différence semblant tenir à l'objet de la correction.

## § 2 - L'objet de la correction

**44. Plan** – S'il est considéré que la correction consiste en une mise à l'écart et une solution de remplacement, il convient à présent de s'intéresser à ce qui est corrigé, c'est-à-dire l'objet de la correction, de manière à distinguer différents emplois du terme. Le concept est utilisé pour décrire la correction à la fois de la règle elle-même et de sa seule application (A). Son emploi implique en tout cas que la règle concernée est inadaptée à régler un litige (B).

---

<sup>305</sup> C. ALBIGES, « Équité », préc., n°37 et s. ; L'équité compte parmi les « *correctifs du raisonnement logique* » (G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°195, p. 108) ; E. LOQUIN, « équité », préc. ; C. JARROSSON et F.-X. TESTU, « Équité », préc. ; D. BAKOUCHE, « Quelques observations relatives au rôle et à la place de l'équité correctrice en matière contractuelle », préc. Il est opposé à la fonction supplétive de l'équité qui s'en distingue par son domaine, il s'agit d'une alternative offerte au juge qui n'est pas liée à une application stricte de la règle de droit (C. ALBIGES, « Équité », préc., n°47) ; E. AGOSTINI, « L'équité », préc. ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc., p. 294-295.

<sup>306</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°271.

<sup>307</sup> C. ALBIGES, « Équité », préc., n°44 ; c'est au sein de cette « fonction correctrice de l'équité qu'il est possible de parler de pouvoir modérateur chaque fois que la correction imposée se fait dans le sens d'une réduction, d'une modération de la rigueur de la règle de droit normalement applicable » (C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 13).

## A. La correction de la règle ou de son application ?

**45. Le siège de la correction** – La correction est un concept employé pour désigner deux types d’actions sur la règle. En effet, d’une part, l’analyse précédente d’un de ses emplois dans le langage jurisprudentiel<sup>308</sup> a permis de constater qu’il est utilisé, de manière très proche de son sens courant, pour rendre compte d’une modification substantielle et permanente de la règle qui disparaît alors dans sa forme d’origine. D’autre part, l’étude d’autres de ses utilisations a révélé que le concept de correction témoigne, dans des hypothèses telles que l’équité correctrice ou l’utilisation d’objets qualifiés de mécanismes correcteurs, d’une dérogation à la règle compétente, dans un cas d’espèce au vu de circonstances factuelles particulières. Juridiquement, cette polysémie peut porter atteinte à la clarté du concept. Ces deux situations paraissent suffisamment différentes quant à leurs conséquences sur la règle et son application pour pouvoir être distinguées. Il convient avant toute chose de préciser qu’elles semblent différer selon l’objet de la correction.

La correction a un sens commun qu’il est impossible d’ignorer<sup>309</sup>. Elle intervient face à une défaillance, un excès, une erreur. Les emplois du terme corroborent d’ailleurs cette survivance de son sens courant<sup>310</sup>. Ainsi, pour déterminer l’objet de la correction, il est nécessaire de rechercher le siège de la défaillance. Lorsque la règle elle-même est inadaptée de manière générale, elle est le siège de la défaillance et donc l’objet de la correction. Elle appelle une correction profonde et permanente. Au contraire, si la règle est adaptée dans la majorité des cas et doit, à ce titre, être maintenue pour ne subir que de rares dérogations commandées par l’espèce en cause, la règle n’est pas le siège de la défaillance. Seule l’est son application à un cas d’espèce. L’application est l’« action d’appliquer au cas (particulier) dont il est saisi, la règle de droit (générale) qui a vocation à régir celui-ci, c’est-à-dire de trancher le litige en vertu de cette règle »<sup>311</sup>. Ainsi, la correction opérée par les objets qualifiés par les auteurs de mécanismes correcteurs a pour objet, non pas la règle, mais son application. La règle est adaptée de manière générale, c’est lors de son application, du passage du général au particulier, qu’une défaillance apparaît. Par exemple, lorsqu’est utilisé l’abus de droit, le caractère absolu du droit de propriété est écarté en cas d’abus et remplacé uniquement dans cette hypothèse. Dans les autres cas, il subsiste. Le mécanisme correcteur ne remplace pas définitivement le caractère absolu du droit de propriété qui n’est pas défaillant de manière générale, mais uniquement dans de rares hypothèses, et doit être maintenu pour les autres. L’exemple du recours-nullité amène lui aussi à la même constatation. Les règles fermant les recours subsistent, adaptées dans la majorité des situations, mais sont écartées uniquement en cas d’excès de pouvoir.

Le siège de la correction réalisée semble ainsi différer selon l’hypothèse envisagée, dans la première, la règle elle-même est corrigée et, dans la seconde, seule son application est touchée<sup>312</sup>. Cette différence nécessite d’être étudiée de manière à déterminer si l’emploi du concept de correction se justifie de la même manière et est également pertinent ou si, dans l’une ou l’autre des hypothèses, une autre notion peut mieux rendre compte de l’opération réalisée, permettant de recentrer le concept autour d’une seule opération.

---

<sup>308</sup> Cf. *supra* § n°29.

<sup>309</sup> Cf. *supra* § n°20.

<sup>310</sup> Cf. notamment *supra* § n°35.

<sup>311</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Application de la loi », sens 1, p. 74.

<sup>312</sup> Cette distinction quant au siège de la correction, la règle ou sa seule application à un cas, a une résonance particulière aujourd’hui au regard du contrôle concret de conventionnalité opéré par la Cour de cassation dans quelques arrêts récents. À travers ces décisions, elle remet en cause, au regard de la Convention ESDH, non pas les règles elles-mêmes mais uniquement leurs applications en considération des faits (Sur ce point notamment : H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l’homme ? », *D.* 2014. 153 et « Flexibilité de la règle, souplesse du droit, À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016. 1376).

**46. La correction de la règle : correction ou création ?** – Le concept de correction semble notamment employé pour désigner la modification substantielle et permanente d'une règle. Lorsque la Cour de cassation ou le législateur interviennent pour corriger une interprétation jurisprudentielle, cette dernière, dans sa forme d'origine disparaît. Une nouvelle règle la remplace, c'est pourquoi se pose alors la question de son application dans le temps. Si la création de règles de droit par le législateur n'est pas soumise à discussion, il en va autrement pour le juge. Dans toute décision de justice, il y a un aspect individuel et concret lorsqu'est apportée une solution à l'espèce. Il y a également les présupposés généraux sur lesquels elle repose et s'exprimant à travers la motivation<sup>313</sup>. La Cour de cassation, juge du droit, a plus naturellement tendance à privilégier la « fonction généralisante » de la décision<sup>314</sup>. Lorsque la Cour de cassation applique et, pour cela, interprète la norme<sup>315</sup>, elle contribue, de manière plus ou moins importante, à son élaboration<sup>316</sup>. Même lors d'une simple interprétation de la norme, le juge l'enrichit en lui donnant une réalité, une incarnation<sup>317</sup>. Ainsi, *a fortiori*, lorsqu'il la corrige, en modifie les termes, il peut être considéré qu'il fait œuvre correctrice<sup>318</sup>.

Le terme de correction, envisagé dans son sens courant, semble pouvoir qualifier la modification de la règle lorsqu'elle est inadaptée, puisqu'il s'agit alors de désigner la correction d'une erreur. Au sein de la matière juridique, il peut être considéré qu'il n'est cependant pas le plus approprié pour décrire cette action, à l'inverse de la notion de création. En effet, la règle corrigée est irrémédiablement modifiée. Une nouvelle règle apparaît pour remplacer la première, qui elle, disparaît. Lorsqu'est introduite une exception à une règle, la conclusion n'est pas différente, la règle subsiste, certes, mise à l'écart dans certains cas, mais ceux-ci sont prédéterminés de manière abstraite. La règle est donc complétée, modifiée<sup>319</sup>. Au surplus, employer le terme de « correction » en cas de modification de la règle reviendrait à souscrire à une conception discutable de l'interprétation jurisprudentielle selon laquelle elle peut être vraie ou fautive et donc, dans cette dernière hypothèse, devoir être corrigée car elle est constitutive d'une erreur. Cette conception implique une vision classique de l'interprétation par opposition à une conception réaliste<sup>320</sup>. L'interprétation, selon la première, serait un acte de connaissance portant sur des énoncés dotés d'une signification unique. L'opération peut ainsi être réussie ou non et la proposition vraie ou fautive. Selon la seconde, l'interprétation est un acte de volonté, l'interprète choisit, avec plus ou moins de liberté, le sens donné à l'énoncé qui, avant ça, n'est qu'une coquille vide. Il n'est plus véritablement considéré aujourd'hui que la modification d'une règle s'apparente à la correction d'une erreur précédente d'interprétation. Au contraire, elle est envisagée comme une évolution nécessaire, une adaptation au contexte de la société<sup>321</sup>. Ainsi, le terme de correction ne semble pas le plus

---

<sup>313</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°361, p. 295.

<sup>314</sup> P. BELLET, « Grandeur et servitude de la Cour de cassation », *RIDC* 1980. 296.

<sup>315</sup> Cf. *infra* § n°268.

<sup>316</sup> C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 29, éd. IRIS, 2011, n°64 et s., p. 51 et s. ; P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 329 et s.

<sup>317</sup> C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, préc., n°65, p. 51-52.

<sup>318</sup> Cf. *infra* § n°269.

<sup>319</sup> Cf. *infra* § n°269.

<sup>320</sup> Sur l'interprétation : cf. *infra* § n°269.

<sup>321</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°372, p. 304 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°168, p. 150 et s. ; F. POLLAUD-DULIAN, « À propos de la sécurité juridique », *RTDciv.* 2001. 487 ; « Les revirements de jurisprudence sont la manifestation de la vie du droit, le signe de son adaptation aux faits. Un droit sans revirement – à supposer l'hypothèse envisageable, ce qui n'est pas – serait au fond un

à même de décrire l'opération réalisée par celui qui intervient pour modifier la règle.

Si la correction de la règle semble pouvoir être plus justement désignée par la notion de création en ce que celle-ci évite d'impliquer la considération de la modification de la règle comme le rétablissement d'une erreur, il convient de se pencher sur la seconde manière d'utiliser le concept de correction, la correction de l'application de la règle.

**47. La correction de l'application de la règle : une dérogation** – La correction opérée par les mécanismes correcteurs est présentée par les auteurs comme une dérogation à l'application d'une règle. Cette affirmation soulève une question théorique intéressante : la correction consiste-t-elle en la mise en place d'une exception à la règle ? N'y aurait-il pas alors, de la même manière que dans l'hypothèse précédente, création d'une autre règle la complétant ? Ces questions sont inévitables. Il convient ainsi de distinguer la dérogation et l'exception – par exemple, la question se pose de savoir si l'abus de droit peut être considéré comme une exception à la règle du caractère absolu du droit de propriété, celui-ci revêtant ce caractère sauf en cas d'abus de droit – pour déterminer si toutes correspondent à une action corrective. Le terme d'« exception » revêt, en droit, à lire le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, deux sens<sup>322</sup>. Le premier permet de l'envisager comme un synonyme de « dérogation ». L'exception serait alors le « cas soustrait à l'application normale de la règle par l'effet d'une mesure individuelle (exorbitante) de dérogation (par exemple en vertu du pouvoir modérateur) ». Le second sens envisage l'exception comme le « cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale ; en ce sens l'exception est une règle (ayant vocation à régir tous les cas compris en son domaine) ». Le terme de dérogation utilisé dans cette définition met utilement en exergue la différence entre une « exception », telle qu'entendue dans ce dernier sens, et une « dérogation ». La dérogation est ainsi l'« action d'écarter l'application d'une règle dans un cas particulier ; exclusion particulière de la loi par décision ou convention, en ce sens, la dérogation (dite parfois individuelle) s'oppose à l'exception (sens 1 b) en ce qu'elle n'arrache à la règle qu'un seul cas concrètement déterminé »<sup>323</sup>. Alors que le terme de dérogation semble correspondre à l'action corrective des mécanismes correcteurs identifiés de par le caractère exceptionnel et concrètement déterminé en découlant, l'exception, quant à elle, consiste en réalité en la création d'une nouvelle règle.

Les mécanismes correcteurs, de même que la décision d'espèce rendue en équité, aboutissent à une dérogation, la mise à l'écart de la règle compétente étant exceptionnelle<sup>324</sup> et concrètement déterminée. Une exception modifie substantiellement la règle, dans des cas prédéterminés et de manière abstraite. La règle est le véritable siège de la correction et non l'application, c'est-à-dire le passage du général au cas particulier. Il s'agit donc davantage de création. L'emploi du concept de correction, qui ne peut être totalement détaché de l'idée du rétablissement d'une erreur, semble plus approprié lorsque le siège de la correction est l'application de la règle. En effet, considérer que la mise à l'écart de la seule dérogation application de la norme corrige une erreur peut paraître moins discutable car il s'agit de pallier les failles inévitables de la règle générale. Cette dernière est adaptée dans la majorité

---

droit entièrement sclérosé » (*Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le premier président Guy Canivet, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, Litec, 2005, p. 14) ; « Une jurisprudence qui ne se modifie pas est souvent aussi une jurisprudence qui se dessèche » (Y. CHARTIER, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 149 et s., spéc. p. 150).

<sup>322</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « exception », sens 1 a) et b), p. 423.

<sup>323</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « dérogation », sens 1, p. 332. Dans le même sens : « Exclusion du droit commun dans un cas particulier » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Dérogation », p. 299).

<sup>324</sup> Dans le sens de dérogation.

des cas mais, confrontée à certains cas particuliers, peut entraîner des conséquences inacceptables.

Le concept de correction ne semble pas décrire de la manière la plus pertinente l'opération réalisée lors de la modification de la règle elle-même mais être plus adapté à la description de la dérogation à l'application de la norme. Cette distinction permet de proposer un emploi du concept plus précis et adapté, centré sur une seule opération. Le concept juridique de « correction » peut ainsi être réservé à la mise à l'écart de l'application de la norme et plus précisément à celle de la norme inadaptée à régler le litige.

## B. La correction de l'application inadaptée de la règle

**48. Le besoin de correction, une inadaptation de l'application de la règle à régler le litige** – L'analyse de l'utilisation du concept de correction pour désigner l'action de certains objets laisse à penser que la correction est caractérisée également par les conditions de son utilisation. En effet, cette opération n'est pas déclenchée au gré des désirs du juge. Toute application d'une règle ne peut en faire l'objet. Par exemple, dans la rubrique lui étant consacrée au *Répertoire civil* Dalloz, il est précisé que « la correction de l'abus est une dérogation au droit reconnu par la règle normalement applicable, en raison de l'excès manifeste que tolérerait son application trop stricte »<sup>325</sup>. Ainsi, l'application de la règle est corrigée car elle aboutirait à un excès manifeste, par exemple la possibilité pour un propriétaire d'ériger un mur sur son terrain uniquement pour boucher la vue de son voisin. La correction est expliquée par le besoin de correction, un déséquilibre, il la justifie et donc la déclenche. Si la règle était appliquée sans correction, certes, le comportement serait conforme aux limites objectives du droit, le propriétaire ayant le droit d'ériger un mur sur son terrain, mais l'abus subsisterait, une situation qui irait à l'encontre du but du droit de propriété et du système juridique. La règle est donc adaptée en général, mais son application, sa confrontation aux faits de l'espèce, crée dans de rares hypothèses factuelles, un déséquilibre. Le déclenchement de la correction en raison de l'excès auquel conduirait l'application de la règle compétente est régulièrement évoqué, de manière générale<sup>326</sup> ou à propos de différents objets<sup>327</sup>.

Ce lien entre la notion et les conditions d'utilisation de la correction n'est pas étonnant. Le choix du terme n'est pas anodin et ne peut pas ne pas avoir de conséquences. S'il est tenté ici de construire le concept juridique de la correction, son sens courant ne peut totalement en être détaché. Ce procédé intervient, comme son nom l'indique, pour remédier à une défaillance du système et plus particulièrement de la règle du fait de sa généralité. Ainsi, une mise à l'écart d'une règle qui interviendrait en dehors de cette hypothèse ne pourrait véritablement être

---

<sup>325</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 235, p. 237.

<sup>326</sup> Les correctifs que sont l'abus de droit, la fraude et l'apparence constitue un moyen pour le système juridique de se préserver de ses propres dérives, de ses propres excès (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760, p. 746). Les principes correcteurs corrigent les excès ou anomalies des solutions légales qui, sans eux, pourraient être injustes ou inadaptées (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°86, p. 113). Voir également : J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc. ; F.-X. LICARI, « Conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans le contrat d'agent commercial », préc.

<sup>327</sup> Le recours-nullité est un « mécanisme correcteur destiné à lutter contre les excès de la fermeture des voies de recours en cas d'abus manifestes » (C. PELLETIER, « Pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir de la Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire », préc.). L'action directe est ainsi « un mécanisme correcteur technique permettant d'atténuer ou d'annihiler, dans des situations considérées comme injustes, la rigueur des principes d'effet relatif et d'égalité des créanciers » (C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n° 328, p. 289). Dans le même sens : F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45.



qualifiée de correctrice. Il peut donc être considéré que la condition de mobilisation de la correction, c'est-à-dire l'inadaptation de la règle à régler le litige lui échouant, fait partie intégrante de sa définition. L'objet de la correction est donc l'application inadaptée de la règle à régler le litige.

Cette étude de l'objet de la correction précise ainsi la définition du concept pouvant être proposée. Il s'agit de la mise à l'écart de l'application inadaptée de la règle et son remplacement.

**49. Conclusion de la section** – Le concept de « correction » est relativement méconnu en droit. Il est parfois employé mais sans que son sens soit précisé. Il a donc été nécessaire d'analyser ces différents emplois pour tenter de mettre en évidence le sens implicite conféré au concept. Il est apparu que régnait sur ce point un certain consensus et l'analyse a ainsi mis en évidence des éléments permettant de proposer une définition juridique. D'une part, cette réflexion a permis de constater que la correction consistait dans une mise à l'écart et une solution de remplacement. D'autre part, l'étude de l'objet de la correction a révélé que le concept pouvait être plus justement réservé à la correction de l'application de la règle et non de la règle elle-même. De plus, l'opération est indissociable du besoin de correction qui la justifie et la déclenche et fait ainsi partie intégrante de sa définition. Ce besoin de correction consiste en une inadaptation de l'application de la règle à régler le litige.

Une définition du concept de correction, opérationnelle pour cette étude peut être proposée. Il s'agit de la mise à l'écart de l'application d'une règle inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et son remplacement par une solution plus adéquate.

Le sens de la notion de « correction » précisé, il convient d'en parfaire les contours en la distinguant de concepts voisins.

## **Section 2 : La distinction entre la correction et des concepts voisins**

**50. Des concepts voisins** – Le concept de correction est utilisé par la doctrine avec une certaine retenue, son sens n'étant pas connu de manière certaine. L'analyse de ces utilisations permet de le définir comme l'opération par laquelle le juge écarte l'application inadaptée de la règle à régler le litige de manière satisfaisante et la remplace par une solution plus adéquate. Cependant, il semble que ce concept ne soit pas le seul à pouvoir caractériser une telle faculté du juge, d'autres, tels que la modération et la modulation, le pouvant également. Il convient ainsi de déterminer si ces derniers se distinguent du concept de correction ou s'ils caractérisent une même action du juge. Avant cela, il faut néanmoins préciser qu'il s'agira plus de distinguer les visions qu'il est possible d'en avoir que les concepts eux-mêmes. S'agissant de concepts doctrinaux à but surtout descriptif et explicatif, ils n'ont réellement de sens que celui qui leur est donné. Il a été précisé précédemment que la définition du concept de correction proposée ne prétendait pas à décrire de manière absolue une réalité mais à être opérationnelle pour cette étude, cohérente et explicative. Cette vision sera comparée à celles que peuvent avoir différents auteurs sur des concepts voisins.

**51. Plan** – Ces précisions faites, et la définition du concept de correction proposée, il convient à présent de la distinguer de concepts voisins, dans un ordre croissant en termes de proximité, tels que la modulation (§ 1) et la modération (§ 2).

### § 1 - Correction et modulation

**52. Plan** – Le concept de correction désigne le fait, pour le juge, d'écarter l'application inadaptée de la règle à l'espèce qui lui est soumise et de la remplacer par une solution plus adéquate à régler le litige. Il convient, d'une part, de comparer la correction à la modulation (A) et, d'autre part, d'illustrer les recoupements possibles grâce à la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence (B).

#### A. Les concepts

**53. La modulation** – Le concept de modulation n'est présent, à l'instar du concept de correction, dans aucun dictionnaire de vocabulaire juridique<sup>328</sup>. Dans le langage courant, il est généralement entendu comme le changement de ton d'un son et comme l'« action d'adapter (qqch.) à différents cas particuliers »<sup>329</sup>. Pour plus de précision sur le sens du concept et pour une vision davantage propre au langage juridique, il convient de se référer à son emploi dans la doctrine et la jurisprudence.

La Cour de cassation emploie le concept de modulation de différentes manières. Dans certains arrêts, l'utilisation du terme ne correspond pas au pouvoir de modulation judiciaire car il ne dépend pas du juge, comme c'est le cas lors d'une modulation des prix<sup>330</sup> ou du temps de travail<sup>331</sup>. Dans d'autres, le concept de modulation semble utilisé pour désigner les opérations par lesquelles le juge adapte sa décision aux faits de l'espèce, lorsque, par exemple, il module des pénalités<sup>332</sup>, des taux d'intérêts<sup>333</sup> ou des majorations<sup>334</sup>.

Il est considéré que la modulation permet un ajustement précis de la règle à l'espèce, poursuivant une exacte proportionnalité entre la finalité de la règle et ses effets pratiques<sup>335</sup>.

---

<sup>328</sup> Ont été consultés : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc.; *Dictionnaire de la justice*, sous la dir. de L. CADIET, PUF, 2004 ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc. Il convient de préciser que dans le *Lexique des termes juridiques* des éditions Dalloz, le terme de « modulation » est défini dans un sens particulier propre au droit du travail qui ne correspond pas à la notion telle qu'elle est étudiée ici : « Système permettant de répartir les heures de travail sur l'année. La durée légale de travail est transposée forfaitairement par le législateur à 1600 heures par an, représentant une durée hebdomadaire moyenne de 35 heures sur un an. La mise en place de la modulation qui déroge aux dispositions de droit commun relatives aux heures supplémentaires, résulte d'une convention ou d'un accord collectif étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Modulation », p. 567).

<sup>329</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Modulation », p. 1616.

<sup>330</sup> Par exemple : Com. 28 juin 2011, n° de pourvoi : 10-20457, inédit.

<sup>331</sup> Par exemple : Soc. 11 juillet 2012, n° de pourvoi : 11-17827, inédit.

<sup>332</sup> « il est ainsi en mesure d'obtenir du juge, selon le cas, soit le recouvrement des sommes qu'il aura dû verser, soit l'exonération de tout paiement, et, en tout cas, la modulation, voire l'exonération, de la pénalité de 15 % de l'indemnité allouée à la victime, en fonction des circonstances de l'espèce » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mars 2011, n° de pourvoi : 10-24547, Publié au bulletin).

<sup>333</sup> « c'est à bon droit que les premiers juges ont estimé qu'ils ne pouvaient moduler le taux de l'intérêt de retard en cause, étant observé que s'il est allégué qu'il excède le préjudice réellement subi compte tenu de l'inflation et du taux des crédits, il n'est nullement prétendu qu'il excède le taux alors légalement applicable pour compenser ledit préjudice. » (Com. 7 avril 2010, n° de pourvoi : 09-65899, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 72).

<sup>334</sup> « Attendu que pour condamner la société au seul paiement des intérêts au taux légal sur les sommes objet du redressement, le Tribunal énonce essentiellement qu'en vertu de l'article 1152 du Code civil, le juge peut même d'office modérer ou augmenter la somme prévue à titre de dommages-intérêts qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire ; que cette majoration est susceptible de s'appliquer à l'ensemble des cotisants et ne constitue pas compte tenu de son taux la simple réparation d'un préjudice, mais se fonde sur une norme dont le but est préventif et répressif, et qu'en raison de ce caractère de pénalité, le juge doit pouvoir moduler le montant desdites majorations, l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoyant que doit être accordé au cotisant un recours de pleine juridiction permettant au tribunal de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende » (Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2005, n° de pourvoi : 03-30634, inédit).

<sup>335</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°14, p. 29-30.

Pour Monsieur Fabien Lafay, qui a consacré sa thèse à *La modulation du droit par le juge*<sup>336</sup>, seule véritable étude globale du concept en droit, le pouvoir modulateur est la faculté pour le juge d'atténuer la rigueur de la règle pour l'adoucir ou l'aggraver. Il comprend ainsi le pouvoir modérateur, celui-ci ne pouvant consister que dans l'adoucissement de la rigueur de la règle et donc en aucun cas aggraver le sort du justiciable<sup>337</sup>, mais ne se limite pas à celui-ci<sup>338</sup>. Monsieur Jérôme Fischer considère quant à lui que la modulation justifie d'écarter la règle de droit dès qu'elle aboutit à une solution qui n'est pas parfaitement équitable, alors que la modulation n'intervient que si l'application de la règle conduit à une iniquité manifeste<sup>339</sup>.

Le concept de correction, en ce qu'il désigne l'opération par laquelle le juge écarte l'application de la règle du règlement du litige en raison de l'excès auquel elle aboutirait et donc atténue la rigueur de la norme, semble très proche du concept de modulation. De plus, sont considérés comme faisant partie des outils de modulation du juge, par exemple, l'abus de droit<sup>340</sup>, la fraude<sup>341</sup> et l'équité correctrice<sup>342</sup>, des objets auxquels est également attribué un effet correcteur.

**54. Plan** – Correction et modulation semblent être des opérations proches, cependant, si elles se recoupent parfois, elles diffèrent sur au moins deux plans, celui de leurs conditions de déclenchement (1) et celui de leurs manifestations (2).

#### 1. Des conditions de déclenchement différentes

**55. L'équité et la correction** – La modulation semble être déclenchée par un souci d'équité puisqu'elle a pour objectif la poursuite par le juge d'une solution équitable<sup>343</sup>.

Pour Monsieur Fabien Lafay, l'équité serait un sentiment. Il cite Aristote selon lequel :

L'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec certitude... On voit ainsi clairement ce qu'est l'équitable, que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine sorte de juste<sup>344</sup>.

L'auteur précise ainsi que l'équité est plus souple que la loi, elle est un correctif en ce qu'elle « vient à son secours pour en atténuer la rigueur »<sup>345</sup>. Il est intéressant de noter ici que l'équité

---

<sup>336</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc.

<sup>337</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°38, p. 36 et n°44 et s., p. 40 et s.

<sup>338</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°47, p. 41-42.

<sup>339</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°14, p. 29-30.

<sup>340</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°426 et s., p. 201 et s.

<sup>341</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°409 et s., p. 195 et s.

<sup>342</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°100-105, p. 75-77 ; « L'équité vient ainsi en complément de la loi pour atteindre la justice. Elle permet de tempérer les rigueurs du raisonnement juridique pour moduler l'application de la règle à la diversité des situations particulières. » (S. PELLE, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », préc.) ; D. BAKOUCHE, « Quelques observations relatives au rôle et à la place de l'équité correctrice en matière contractuelle », préc. ; G. KHAIRALLAH, « Le « raisonnable » en droit privé français - Développements récents », *RTDciv.* 1984. 439, spéc. n° 9-13.

<sup>343</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n° 63, p. 50 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°14, p. 29-30.

<sup>344</sup> ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Bibliothèque des textes philosophiques, 2007, Livre V, 14, p. 286.

<sup>345</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°20, p. 24.

est qualifiée de « correctif », confirmant le lien fort existant entre la correction et l'équité et, par-là, établissant celui liant la correction et la modulation. L'auteur énumère différentes visions de l'équité qu'il juge inconciliables, pour aboutir à la conclusion qu'il n'existerait pas une seule équité mais deux, l'une théorique et l'autre pratique. L'équité judiciaire serait de l'équité pratique<sup>346</sup>. L'équité ainsi entendue obéit à certains critères : le juste et le bon, le juste correspondant au droit et le bon à la morale<sup>347</sup>. Il s'agit d'une vision assez large de l'équité, permettant d'y faire entrer certains correctifs qui n'en feraient pas partie selon une vision plus traditionnelle. C'est le cas par exemple de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>348</sup> grâce auquel le juge, alors que, en vertu du principe selon lequel « ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »<sup>349</sup>, l'annulation de l'acte immoral doit produire plein effet, frappe la demande de restitution d'une fin de non-recevoir si elle est faite par celui à l'origine de la raison pour laquelle il est annulable, et ce, car il allègue alors de sa propre turpitude. Cette opération est justifiée ici par la morale, la justice contractuelle<sup>350</sup>. Selon la vision extensive de Monsieur Fabien Lafay, elle est justifiée par l'équité puisque la morale en fait partie. En revanche, selon une vision plus traditionnelle, selon laquelle l'équité est plus une répartition équitable, dépassant l'égal, cet adage ne peut être justifié par l'équité<sup>351</sup> car l'autre s'enrichit alors au détriment de celui qui a voulu se prévaloir de sa turpitude. Il convient néanmoins de préciser que grâce à la combinaison de cet adage et de celui prévoyant que « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* » c'est-à-dire qu'« en égale turpitude, pas de répétition »<sup>352</sup>, si les deux parties connaissaient cette cause de nullité aucun n'aura droit à restitution.

Ainsi envisagée, l'équité est donc un sentiment par lequel le juge corrige la rigueur excessive du droit, inspirée du juste et du bon et sur laquelle se fonde le pouvoir modulateur du juge. Malgré cette vision extensive, ce pouvoir peut être différencié de la correction. En effet, cette dernière peut être inspirée par une équité, même largement entendue, mais pas uniquement. Pour illustrer cela, il convient d'utiliser l'exemple de l'exception d'ordre public. Ce mécanisme est correcteur<sup>353</sup> au sens entendu dans cette étude puisqu'il permet au juge d'écarter l'application de la règle étrangère désignée par la règle de conflit, et, le cas échéant<sup>354</sup>, d'appliquer une autre règle au litige<sup>355</sup>. Le recours à cet outil est parfois justifié par

---

<sup>346</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°32-33, p. 34.

<sup>347</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°20, p. 24.

<sup>348</sup> G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans », n°246, p. 483 et s. Il a été qualifié de correctif permettant d'éviter l'injustice de l'application de la règle par Monsieur Jean-Louis BERGEL (*Théorie générale du droit*, préc., n°86, p. 113).

<sup>349</sup> Par exemple : Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, n° de pourvoi : 03-18624, *Bull. civ.* 2005 III n° 143 p. 131 ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, n° de pourvoi : 01-02924, inédit ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, n° de pourvoi : 99-20597, *Bull. civ.* 2001 I n° 133 p. 87.

<sup>350</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°234, p. 206-207 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°246, p. 485.

<sup>351</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°202, p.180-181 ; G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* » », préc. ; P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur... »*, th., LGDJ, 1970, n°238 et s., p. 255 et s.

<sup>352</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11<sup>ème</sup> éd., Litec, 2010, n°409, p. 317.

<sup>353</sup> Cf. *supra* § n°40.

<sup>354</sup> Parfois la règle est simplement écartée, c'est ce qui est nommé l'effet négatif de l'ordre public international : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°364, p. 421 ; A. CHAPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, préc., n°254, p. 274-275.

<sup>355</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°364, p. 421 ; P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc., p. 2.

des considérations bien éloignées de l'équité, même entendue largement. En effet, il peut s'agir de la sauvegarde de certaines politiques législatives ou du système juridique plus largement<sup>356</sup>.

De cette façon, la correction étant déclenchée pour d'autres motifs que l'équité, elle est plus large que la modulation. Ces deux pouvoirs diffèrent sur un autre point, leurs manifestations.

## 2. Des manifestations différentes

**56. La modulation plus large que la correction** – La modulation et la correction diffèrent quant à leurs manifestations. Les termes même désignant ces opérations portent cette différence d'étendue. En effet, le terme « corriger » est assez précis, il désigne le fait de redresser ce qui n'est pas exact, alors que celui de « moduler » rend compte de la modification des effets, d'une manière ou d'une autre. Ce dernier terme est ainsi plus flou et plus large. Alors que la correction se limite à la mise à l'écart de l'application de la règle normalement applicable, il semble que la modulation soit bien plus large puisque regroupant tous les moyens du juge d'atténuer ou de durcir la rigueur de la règle. Il semble, par exemple, que fait partie du pouvoir modulateur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond<sup>357</sup> et la modulation de la peine en droit pénal<sup>358</sup>. Ces figures du droit français dépassent de beaucoup la correction opérée par le juge. Elles permettent d'adapter la solution préconisée par la règle aux faits, mais pas nécessairement en l'écartant car le plus souvent ce pouvoir d'appréciation laissé au juge fait partie de la règle et l'adapter permet de l'appliquer. Le concept de correction semble donc, sur ce plan, plus restreint que la modulation. Alors que la modulation représente toute forme d'adaptation de la règle au cas motivée par l'équité, la correction permet au juge d'écarter la règle inadaptée aux faits pour différentes raisons. En ce sens, la correction est ainsi moins étendue que la modulation.

La correction peut être considérée comme plus large quant à ses justifications et moins étendue sur le plan des manifestations que la modulation. Cependant, il est incontournable ici, même si un mécanisme peut, sans contradiction, relever tout à la fois de la correction et de la modulation ces deux pouvoirs se recoupant, de remarquer qu'un mécanisme correcteur porte en sa dénomination ce concept de « modulation ».

## B. Illustration

**57. Un exemple de recoupement entre la correction et la modulation** – Il est intéressant de se pencher sur la modulation des effets de la jurisprudence<sup>359</sup>, un mécanisme

---

<sup>356</sup> Cf. *infra* § n°210 et 214.

<sup>357</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°875 et s., p. 407 et s.

<sup>358</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°735 et s., p. 325 et s.

<sup>359</sup> N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », *D.* 2009. 2567 ; P. DEUMIER, « Évolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTDciv.* 2007. 72 ; E. DREYER, « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », *JCP G* 2007. II. 10040 ; X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G* 2007. 27 ; P. MORVAN « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007. 835 ; W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de

correcteur créé<sup>360</sup> et utilisé par la Cour de cassation<sup>361</sup>, justement en ce qu'à la fois il est correcteur et évoque le pouvoir modulateur. Ce procédé, utilisé pour ne pas appliquer une nouvelle jurisprudence à l'espèce à l'occasion de laquelle elle est édictée, est parfois qualifié de modulation par les auteurs<sup>362</sup>. Ce mécanisme peut être considéré comme correcteur car il répond à la définition du concept de correction construit dans cette étude. En effet, il permet au juge d'écarter l'application du principe de la rétroactivité de la jurisprudence<sup>363</sup> car il est inadapté à régler le litige de manière satisfaisante.

Le concept de modulation a été utilisé en 2004 en droit administratif à propos d'un phénomène proche du mécanisme correcteur de modulation des effets de la jurisprudence. Il s'agit de la modulation dans le temps de l'annulation d'une décision administrative, opérée dans l'arrêt du Conseil d'État *AC !* rendu le 11 mai 2004<sup>364</sup>. Dans le contentieux de l'excès de

---

l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)», *D.* 2006, Chron. 472 ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006. 678 ; *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc. ; X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc. ; C. ATIAS, « Sur les revirements de jurisprudence », préc. ; J.-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », *RTDciv.* 2005. 303 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI : « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDciv.* 2005. 83 ; V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc. ; P. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc. ; F. MELLERAY, « Réjouissant mais déroutant », *RTDciv.* 2005. 320 ; J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTDciv.* 2005. 327 ; P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchis le Rubicon », préc. ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc. ; P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, 2005. 123 ; Y.-M. SERINET, « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 200. 328 ; P. THÉRY, « À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser des œufs... (Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, *Bull. civ.* II, n°387) », *RTDciv.* 2005. 176 ; Entretien avec M. G. CANIVET et M. N. MOLFESSION, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP* 2004. 2295.

<sup>360</sup> Cf. *infra* § n°305.

<sup>361</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-10552 ; Com. 26 octobre 2010, n° de pourvoi : 09-68928, *Bull. civ.* 2010, IV, n° 159, *D.* 2010. 2647, obs. A. LIENHARD ; N. MORELLI, « L'article 1859 du code civil : du revirement prospectif à l'illusion rétrospective, Note sous Cour de cassation (com.) 26 octobre 2010, F-P+B, n° 09-68.928, *Hofnung c/ S<sup>é</sup> Mabidel* », *Revue des sociétés* 2011. 359 ; Com. 13 novembre 2007, pourvoi n° 05-13248, *Bull. civ.* IV, n° 243, *D.* 2007. 3010, obs. A. LIENHARD ; *ibid.* 2008. 570, obs. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *RTDcom.* 2008. 868, obs. A. MARTIN-SERFBULL : « Mais attendu que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge », *D.* CHOLET, *JCP G* 2008, II, 10009 ; Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20493, *Bull. civ.* 2006, A.P. n° 15, p. 52, *D.* 2007. 835, et les obs., note P. MORVAN ; *RTDciv.* 2007. 72, obs. P. DEUMIER ; *ibid.* 168, obs. P. THÉRY ; *BICC* 1<sup>er</sup> mars 2007, rapp. LORIFERNE, avis DE GOUTTES ; *JCP G* 2007. II. 10040, note E. DREYER ; Cass., Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10426, *Bull. civ.* II, n° 387, *D.* 2004, Jur. 2956, note C. BIGOT et 2005. 247, Chron. P. MORVAN, *RTDciv.* 2005. 176, obs. P. THÉRY).

<sup>362</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°378, p. 307-308 ; P. DEUMIER, « Quand la Cour de cassation assume ses revirements, (Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896) », *RTDciv.* 2011. 493 ; X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel(1), Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA.* 2011. 761 ; E. DREYER, « La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6, § 3, de la Convention européenne jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 », *D.* 2010. 2809 ; P. DEUMIER, « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », préc. ; X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », préc. ; J.-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », préc.

<sup>363</sup> Cf. *infra* § n°184.

<sup>364</sup> « S'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses

pouvoir, l'annulation d'un acte administratif comporte un effet rétroactif : l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé. Le Conseil d'État a, dans cette décision, permis à l'ensemble des juges administratifs de déroger à ce principe, rattachant cette nouvelle prérogative à « *l'office du juge* »<sup>365</sup>. Il semble que ce procédé puisse être considéré comme constituant une correction en permettant l'éviction de l'application d'une norme inadaptée aux faits jugés et son remplacement par une autre solution. Dans cette hypothèse, le juge écarte le principe<sup>366</sup> de la rétroactivité de l'annulation et le remplace par un droit transitoire.

Pour ce qui est de l'emploi du concept de modulation en droit privé, il en a été particulièrement question, en 2004 également, lors de la publication du rapport consacré aux revirements de jurisprudence, réalisé par le groupe de travail dirigé par Nicolas Molfessis et remis au Premier Président de la Cour de cassation d'alors, Monsieur Guy Canivet, le 30 novembre 2004<sup>367</sup>. La mission ayant été attribuée au groupe de travail<sup>368</sup> était de s'interroger sur « l'insertion dans le temps des revirements de jurisprudence »<sup>369</sup> et plus précisément sur « l'opportunité d'instaurer, dans notre système juridique, un droit transitoire des revirements de jurisprudence »<sup>370</sup>. Ce travail a abouti à un plaidoyer pour la mise en place d'une modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence. Le rapport propose en effet que la Cour de cassation puisse, dans certaines conditions et selon des modalités préétablies, dissocier le prononcé d'une jurisprudence nouvelle de la production de ses effets. Il est possible de considérer ici que l'application de la règle est corrigée et les effets du revirement modulés, les deux actions portant alors sur des objets distincts, mais il convient néanmoins de se demander si ce mécanisme correcteur fait partie du pouvoir modulateur du juge. Il semble qu'il s'agisse de modulation des effets du revirement prononcé, ceux-ci étant reportés. Dans cette hypothèse, le terme de « modulation » semble pouvoir être assimilé à celui de « correction ». En effet, quel que soit le terme choisi, le résultat est le même : l'éviction de la règle inadaptée à l'espèce jugée et son remplacement par une solution plus adéquate. Cependant, il convient de rappeler que la modulation a un champ d'action plus large que celui de la correction<sup>371</sup>. Le pouvoir modulateur est donc un pouvoir spécifique du juge d'adapter les effets de règles ou d'actes distinct de la correction. Cependant, la distinction n'est bien sûr pas absolue, la modulation constitue une correction, mais elle ne s'y résume pas et vice versa. Il s'agit ici d'un recoupement entre la modulation et la correction.

Ainsi, la correction, si elle se rapproche sur bien des points de la modulation, ne lui est pas pour autant équivalente. Elle est, d'un côté, plus large dans ses justifications, intervenant pour des raisons autres que l'équité. Elle est, d'un autre côté, plus restreinte dans la forme de son action puisqu'elle se cantonne à la mise à l'écart de la règle inadaptée et à son remplacement par une solution plus adéquate, la modulation désignant toute forme

---

effets » (CE, 11 mai 2004, *AC !*, n°255886, publié au *Recueil Lebon, GAJA*, n°118) ; C. DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* », *RFDA* 2004. 454.

<sup>365</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 29-31.

<sup>366</sup> Voir sur la mise à l'écart de principes par les mécanismes correcteurs *infra* § n°190 et 192.

<sup>367</sup> *Les revirements de jurisprudence*, préc.

<sup>368</sup> V. AMAND, auditeur à la Cour de cassation, D. DE BÉCHILLON, Professeur de droit public à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, L. BORE, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, E. LESUEUR DE GIVRY, conseiller à la Cour de cassation, D. MARTIN, avocat à la cour, N. MOLFESSIS, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur du laboratoire de sociologie juridique, H. MUIR WATT, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et directeur adjoint de l'UMR de droit comparé de l'université Panthéon-Sorbonne, A. POTOCKI, magistrat et président de chambre à la cour d'appel de Paris, et M-A. TRAPET, auditeur à la Cour de cassation et chargée de mission auprès du directeur du service de documentation et d'études.

<sup>369</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p.3.

<sup>370</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p.3.

<sup>371</sup> *Cf. supra* § n°56.

d'adaptation de la règle au cas. Cependant, des recoupements existent, en témoigne notamment le mécanisme correcteur consistant en une modulation dans le temps des effets de la jurisprudence.

La correction se différencie donc de la modulation du droit. Cependant, un autre concept, encore plus proche de l'objet de ce chapitre, semble devoir lui être distingué : la modération.

## § 2 - Correction et modération

**58. Plan** – Le concept de correction désigne l'opération par laquelle le juge écarte l'application de la règle inadaptée à régler le litige qui lui est soumis de manière satisfaisante et la remplace par une solution plus adéquate. D'autres concepts, employés eux aussi par la doctrine, semblent pouvoir correspondre à une telle faculté et, parmi eux, ce qui est qualifié de « modération du droit »<sup>372</sup>. Il convient, dans un premier temps, de s'intéresser au concept même (A) pour pouvoir, dans un second temps, le distinguer de la correction (B).

### A. Le concept de modération du droit

**59. Le pouvoir modérateur** – Selon une définition généraliste, la modération consisterait en l'« action de rendre moins rigoureuse une règle, une peine »<sup>373</sup>. En droit, ce concept a été défini globalement pour la première fois au début des années 1970<sup>374</sup> par le Doyen Cornu qui proposa « l'ébauche très sommaire d'un pouvoir dont la théorie générale n'a pas été faite »<sup>375</sup> selon laquelle, le pouvoir modérateur du juge « a pour objet d'atténuer la rigueur d'une règle de droit, dans son application à un cas particulier »<sup>376</sup>. Il consiste en une faculté d'individualisation judiciaire qui, techniquement, se caractérise par un rapport de dérogation à la norme pour des raisons d'équité<sup>377</sup>. Il postule ainsi l'existence d'une règle générale « à

---

<sup>372</sup> Par exemple, l'exception d'ordre public est envisagée comme faisant partie d'un pouvoir modérateur du juge (M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°356, p. 327). De même, est évoqué le « rôle modérateur que joue la théorie de l'abus de droit » (L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°14). Dans le même sens : F. POLLAUD-DULIAN, « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993. 97 et J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, préc., n° 1149, b. A propos de la clause d'exception (P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc.).

<sup>373</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Modération », sens n° 3, p. 1614.

<sup>374</sup> Voir également : P. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* 1971.1. 2401. Sur le pouvoir modérateur en général sans le nommer expressément : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°9, p. 22 et s. et *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> éd., 2001.

<sup>375</sup> G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 232. L'auteur renvoie pour une théorie générale du pouvoir modérateur à la thèse de Monsieur Christian Brunet (C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.).

<sup>376</sup> G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 232.

<sup>377</sup> G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 236. L'auteur distingue les considérations d'humanité et de justice motivant le recours au pouvoir modérateur du juge. Sur les considérations d'humanité : « Les dérogations de cet ordre sont les plus classiques, mais elles ont, traditionnellement, un caractère ambigu. Si elles sont d'ordre humanitaire, c'est évidemment qu'un certain sentiment de pitié les inspire, à l'égard, notamment, d'un débiteur malheureux. Mais elles se fondent également sur le sens des limites des possibilités humaines. Le « possible » tempère l'exigible, le pouvoir le devoir. ». L'auteur illustre ces motifs pas « les facilités de paiement, qui sont octroyées par le juge à l'époux débiteur de la créance de participation : c'est-à-dire les délais de paiement qu'il peut lui accorder en



laquelle le droit positif commande de reconnaître la valeur d'un principe »<sup>378</sup>. Il caractérise la faculté du juge de statuer par une décision d'espèce rendue en équité. Monsieur Christian Brunet lui a consacré sa thèse, proposant la théorie générale de ce pouvoir faisant défaut selon le Doyen Cornu<sup>379</sup> et définissant le pouvoir modérateur comme le « pouvoir exceptionnel détenu par le juge de déroger, au nom de l'équité, dans un cas particulier, à une règle générale de droit strict dont l'application serait manifestement inéquitable »<sup>380</sup> ou le « pouvoir que détient le « bon juge » de faire preuve de bienveillance et de bonté envers l'un des plaideurs »<sup>381</sup>. Pour l'auteur, le pouvoir modérateur ne doit pas être confondu avec le pouvoir général d'équité reconnu au juge ou la décision contraire à la loi ou arbitraire<sup>382</sup>. En effet, en vertu du premier, le juge peut statuer en équité, mais cette dernière peut remplir des fonctions différentes, telles qu'interpréter, compléter les lacunes du droit ou corriger la loi. « Le pouvoir que le juge détient de statuer en équité ne peut être qualifié de « modérateur » que lorsqu'il permet de déroger à la loi, d'écarter une règle de droit, d'en modérer l'application par la considération des circonstances individuelles du cas »<sup>383</sup>. De plus, la décision modératrice ne doit pas être confondue avec la fausse application involontaire de la loi car elle « n'est pas une application erronée de la règle de droit, mais plutôt un refus conscient d'appliquer une loi dans un cas exceptionnel où elle serait inique ou inéquitable »<sup>384</sup>. Elle n'est pas non plus une décision arbitraire c'est-à-dire rendue « sans le secours d'une théorie cohérente qui évite l'anarchie »<sup>385</sup>.

Le terme de modération a également été consacré dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* dirigé par le Doyen Cornu, où il est défini comme une « Atténuation, diminution, abaissement, mesure d'individualisation judiciaire (parfois administrative), consistant en un adoucissement du droit strict, en général pour des raisons d'humanité ou d'équité »<sup>386</sup> et le pouvoir modérateur du juge comme le « pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi dans des cas spécifiés (exceptionnels) de déroger à l'application normale de la règle de droit (strict), lorsque celle-ci entraînerait des conséquences d'une rigueur manifestement excessive »<sup>387</sup>. Ces deux définitions semblent indiquer que la modération consiste dans l'atténuation de la rigueur de la règle de droit aboutissant dans un cas particulier à une solution inéquitable. Si la décision d'espèce rendue en équité est différente de la technique qu'est le mécanisme correcteur, cette définition semble néanmoins correspondre au concept de correction, entendue indépendamment de sa forme. En effet, en ayant pour manifestation la mise à l'écart de l'application de la règle inadaptée, elle semble participer d'une certaine atténuation de la rigueur de la règle. Une conception rigoureuse voudrait que lorsque le cas soumis au juge

---

vertu de l'article 1576 al. 1, nouveau C. Civ., et les datons en paiement qui lui permettent, en cas de difficultés graves, de se libérer par un règlement en nature (art. 1576, al. 12) ». Sur les considérations de justice : « Autant que les dérogations d'humanité, elles s'insurgent contre l'application du droit strict, mais au nom d'un sentiment d'injustice et pour rétablir une solution plus conforme à l'équité proprement dite ». Il illustre ces motifs notamment par une consécration législative d'une telle faculté « Il suffit de rappeler d'un mot le pouvoir dérogatoire que le juge tient de l'article 1579, sur le régime de participation aux acquêts, pour corriger les conséquences manifestement inéquitables de l'application stricte des règles d'évaluation de la créance de participation ». Voir également : P. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », préc.

<sup>378</sup> G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 235.

<sup>379</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.

<sup>380</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 6.

<sup>381</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 5.

<sup>382</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 12 et s.

<sup>383</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 12-13.

<sup>384</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 13.

<sup>385</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 14.

<sup>386</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Modération », p. 661.

<sup>387</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Modérateur (pouvoir) », p. 661.

entre dans son champ d'application, la règle soit appliquée, bien qu'inadaptée. En revanche, écarter cette application inappropriée permet d'atténuer la rigueur de la règle. De plus, il est important de remarquer que le Doyen Cornu envisageait le pouvoir modérateur comme ayant une fonction correctrice<sup>388</sup>.

Ainsi, il convient d'approfondir l'étude du concept de modération de manière à déterminer s'il diffère de celui de correction ou si tous deux rendent compte d'une même réalité, comme les apparences peuvent le laisser supposer. Cependant, cette définition juridique n'emporte pas pour autant de certitude absolue quant au sens précis du concept. En effet, deux conceptions de la modération du droit, l'une pouvant être qualifiée d'extensive et l'autre de restrictive, semblent pouvoir être retenues.

**60. La vision extensive de la modération du droit** – La plupart des auteurs s'étant penchés sur le pouvoir modérateur le définissent généralement comme « la faculté judiciaire de déroger à la règle de droit normalement applicable en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle provoquerait dans l'espèce jugée »<sup>389</sup>. Deux critères peuvent être dégagés. Le pouvoir modérateur du juge est caractérisé, d'une part, par une dérogation à la règle de droit et, d'autre part, par l'excès manifeste qu'elle provoquerait et justifiant cette dérogation. « Seul le résultat démesuré d'une règle, dont les critères d'application ne sont pas adaptés à l'espèce jugée, permet au juge de corriger l'iniquité »<sup>390</sup>. Le pouvoir modérateur ne consisterait donc que dans la correction d'un excès du droit. L'objet de la modération semble ainsi être la rigueur de la règle et la justification de son utilisation le résultat excessif auquel il conduirait. Le juge, au travers de son pouvoir modérateur, peut écarter la règle car son application, soit aurait pour effet de tolérer le comportement manifestement excessif d'un justiciable, soit produirait elle-même des conséquences excessives<sup>391</sup>. Ce pouvoir a donc deux facettes, l'une préventive des excès de l'application d'une règle et l'autre plus répressive du comportement des individus. Cette vision du pouvoir modérateur du juge peut être considérée comme extensive, comparée à celle plus restrictive d'autres auteurs.

**61. La vision restrictive de la modération du droit** – Certains auteurs envisagent le concept de modération de manière plus restrictive<sup>392</sup>. Il consisterait alors en la « faculté reconnue par le droit au juge d'intervenir pour adoucir les effets d'une application rigide du droit »<sup>393</sup>. Le terme « adoucir » signifie « atténuer [...] rendre moins rude, moins violent » et s'oppose à « aggraver »<sup>394</sup>. La modération est ainsi envisagée du point de vue du justiciable

---

<sup>388</sup> « la fonction complétive se fait ici correctrice et le pouvoir modérateur se traduit, en contemplation d'un cas unique, par une irruption singulière, une intervention éclair dans le jeu normal de règle de droit » (G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, préc., p. 235).

<sup>389</sup> P. LE TOURNEAU, préface de J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 11. Il cite à l'appui de ce propos la thèse de Christian Brunet dirigée dans les années 1970 par le doyen Cornu. Egalement : C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 6 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Modérateur (pouvoir) », p. 661.

<sup>390</sup> P. LE TOURNEAU, préface de J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 13.

<sup>391</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°8, p. 26.

<sup>392</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc. ; P. LE TOURNEAU, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Responsabilité (en général) », mai 2009 (dernière mise à jour : mars 2012), n°147 et s. et « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », préc.

<sup>393</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°36 et s., p. 35 et s.

<sup>394</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Adoucir », p. 36.

concerné et ne concerne que les cas où le juge atténue la rigueur d'application d'une règle<sup>395</sup>. Une aggravation ne tient pas au pouvoir modérateur<sup>396</sup>, « modérer c'est toujours adoucir, jamais durcir »<sup>397</sup>. Monsieur Philippe le Tourneau, qui plaide pour la reconnaissance d'un « pouvoir général d'appréciation ou de discernement, accordé aux juges civils » en matière de responsabilité civile, propose ainsi qu'il se dédouble « en un pouvoir modérateur et en un pouvoir « aggravateur » corrélatif »<sup>398</sup>. Le premier permettrait au juge, au regard des circonstances de faits, de condamner le responsable à verser une somme, à titre de dommages et intérêts, inférieure à ce qu'impliquerait le principe de réparation intégrale du dommage. Le second, au contraire, l'autoriserait à admettre l'allocation de dommages et intérêts punitifs et donc d'un montant dépassant la réparation intégrale. Ainsi, le pouvoir modérateur comprend le pouvoir modérateur mais ne se limite pas à celui-ci<sup>399</sup>. Alors que selon la précédente conception du pouvoir modérateur, il permet, à la fois, d'adoucir et d'aggraver la rigueur de la règle, selon une vision plus restrictive, le pouvoir modérateur se limite à l'adoucissement de la rigueur de la règle.

**62. Une conception différente de la rigueur** – Selon les conceptions, le pouvoir modérateur est plus ou moins étendu et cette différence semble dépendre de points de départ distincts. En effet, si les auteurs semblent s'accorder sur le fait que la modération consiste en une atténuation de la rigueur de la règle, cette même phrase revêt des sens différents pour eux et cela peut-être car ils ne s'entendent pas sur le sens du mot « rigueur ». Celui-ci peut signifier « sévérité, dureté extrême »<sup>400</sup> et être ainsi teinté d'une certaine subjectivité. Être rigoureux c'est être dur, sévère au sens, par exemple, de la distinction entre les lois pénales plus douces et celles plus sévères, c'est-à-dire aggravant la situation du justiciable<sup>401</sup>. Ainsi, modérer au sens d'atténuer la rigueur revient nécessairement à rendre la solution moins sévère, moins dure pour le justiciable ; une vision difficilement compatible avec une sanction du comportement d'un justiciable et en adéquation avec une conception restrictive de la modération. Cependant, la rigueur peut être aussi la « rectitude, une logique inflexible »<sup>402</sup>. Ce sens est plus neutre que le précédent, détaché de l'idée de dureté envers le justiciable, modérer rend la règle moins inflexible, plus souple, mais dans un sens qui peut être plus dur et plus doux, rejoignant ainsi une conception extensive. Tout dépend de ce sur quoi l'attention se porte, le sort du justiciable ou l'application de la règle.

Il est ainsi difficile de trancher entre les deux conceptions, celles-ci étant toutes deux pertinentes mais basées sur des *a priori* distincts concernant la conception de la rigueur. Cette différence peut cependant rendre plus difficile la comparaison entre la correction et la

---

<sup>395</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°44, p. 40-41.

<sup>396</sup> « S'il arrive que les magistrats tempèrent les condamnations qu'ils infligent à l'auteur d'un dommage, en appréciant concrètement sa culpabilité, en tenant compte par exemple de sa bonne foi, plus souvent, à l'inverse, ils majorent l'indemnité à laquelle ils condamnent le responsable du dommage. Cette augmentation est motivée, dans leur esprit, par la certitude qu'elle sera supportée, en réalité, par la certitude qu'elle sera supportée, en réalité, par une compagnie d'assurances. Ce n'est plus de pouvoir modérateur mais de pouvoir aggravateur qu'il faudrait parler, si le mot existait » (P. LE TOURNEAU, « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », préc.).

<sup>397</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°46, p. 41.

<sup>398</sup> P. LE TOURNEAU, « Responsabilité (en général) », préc., n°147.

<sup>399</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°47, p. 41-42. Cf. *supra* § n°50.

<sup>400</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Rigueur », sens n° 1, p. 2255.

<sup>401</sup> C. PORTERO, *Rép. Pén.* Dalloz rubrique : « Lois et décrets », juin 2002, n°126 et 134 et s.

<sup>402</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Rigueur », sens n° 3, p. 2255.

modération du droit du juge. Cette comparaison est pourtant indispensable car les concepts semblent plus que jamais semblables.

## B. Distinction entre la correction et la modération

**63. Plan** – Il est nécessaire de distinguer la correction et la modération car elles semblent pouvoir caractériser une même réalité. En effet, alors que la correction désigne le fait, pour le juge, d'écarter l'application de la règle inadaptée aux faits qui lui sont soumis pour la remplacer par une solution plus adéquate, le pouvoir modérateur consiste dans l'atténuation de la rigueur de la règle, permettant au juge de « déroger à la règle de droit normalement applicable en raison des conséquences manifestement excessives qu'elle provoquerait dans l'espèce jugée »<sup>403</sup>. À la lecture de ces définitions témoignant de la proximité des concepts, une comparaison permettant de déterminer si « modération » et « correction » sont deux termes caractérisant un même pouvoir du juge ou s'ils correspondent à deux réalités proches mais distinctes est donc nécessaire. Il convient alors de comparer le concept de correction tel que défini dans cette étude avec chacune des conceptions de la modération du droit, l'une plus restrictive (1) et l'autre plus extensive (2).

### 1. Correction et vision restrictive de la modération du droit

**64. Une distinction indispensable mais aisée** – La comparaison entre le concept de correction et la vision restrictive de la modération est nécessaire mais relativement aisée. Elle est nécessaire car certains mécanismes correcteurs semblent correspondre au pouvoir modérateur du juge ainsi considéré. En effet, pour s'en convaincre, il est possible de citer en exemple l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>404</sup>. Il peut être considéré comme ayant une action corrective car il était utilisé<sup>405</sup> pour contourner les articles 2251 et suivants du Code civil<sup>406</sup> dans lesquels les rédacteurs avaient voulu limiter strictement les causes de suspension du cours de la prescription et instaurer un système de stricte légalité, en

---

<sup>403</sup> P. LE TOURNEAU, préface de J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 11. Il cite à l'appui de ce propos la thèse de Christian Brunet dirigée dans les années 1970 par le doyen Cornu.

<sup>404</sup> « La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir ».

<sup>405</sup> Cf. *infra* § n°94.

<sup>406</sup> Les textes avant la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 :

Section 2 : Des causes qui suspendent le cours de la prescription.

Article 2251 : « La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi. ».

Article 2252 : « La prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. ».

Article 2253 : « Elle ne court point entre époux. ».

Article 2254 : « La prescription court contre la femme mariée, encore qu'elle ne soit point séparée par contrat de mariage ou en justice, à l'égard des biens dont le mari a l'administration, sauf son recours contre le mari. ».

Article 2257 : « La prescription ne court point :

A l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive ;

A l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu ;

A l'égard d'une créance à jour fixe, jusqu'à ce que ce jour soit arrivé. ».

Article 2258 : « La prescription ne court pas contre l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net, à l'égard des créances qu'il a contre la succession.

Elle court contre une succession vacante, quoique non pourvue de curateur. ».

Article 2259 : « La prescription court pendant les délais mentionnés aux articles 771, 772 et 790. ».

réaction à l'Ancien Droit<sup>407</sup>. Selon ces règles, le cours de la prescription ne peut être suspendu que pour les causes prévues par la loi, une solution pouvant être considérée comme injuste<sup>408</sup> pour celui qui a été empêché d'agir. Ainsi, cet adage autorise le juge à écarter l'application des règles du Code civil en considération des faits de l'espèce et relève la personne concernée des suites de la prescription accomplie pendant la durée de l'obstacle. Il est donc perçu comme un outil permettant au juge « de pallier lorsque l'exige une équité particulièrement impérieuse ce qu'il peut y avoir d'excessif dans l'effet extinctif de la prescription »<sup>409</sup>. Cependant et en second lieu, cet adage peut également sembler répondre aux critères de manifestation du pouvoir de modération. En effet, le résultat de l'application des articles 2251 et suivants du Code civil à celui qui a été empêché d'agir peut sembler injuste, la règle excessivement rigoureuse au regard de la situation du justiciable. Ainsi, cet adage permet d'écarter l'application de cette règle du fait de ses conséquences manifestement excessives et adoucit le sort du justiciable.

Si la distinction est nécessaire du fait de l'adéquation pouvant être rencontrée entre ces deux concepts et illustrée par cet exemple, elle est également relativement aisée car certains mécanismes correcteurs ne cadrent pas avec cette conception de la modération. Pour l'illustrer, il est possible de citer la fraude. Celle-ci peut être considérée comme ayant une action correctrice<sup>410</sup>. En effet, lorsqu'une personne profite des failles du système pour obtenir un avantage indu, alors que selon la règle normalement applicable, cette personne serait en droit de le faire, la fraude permet au juge d'écarter cette règle et de rendre les actes litigieux inopposables. Cependant, cette figure du droit positif français n'est pas modératrice au sens ici entendu. En effet, le juge en utilisant le mécanisme de la fraude, atténue la rigueur de la règle mais n'adoucit pas le sort du justiciable ; il l'aggrave, sans pour autant améliorer nécessairement le sort de l'autre partie car il n'y a parfois d'autres victimes que la règle violée et le système détourné.

Ainsi, si certains mécanismes correcteurs entrent dans le champ du pouvoir modérateur du droit du juge entendu de manière restrictive, ce n'est pas le cas de tous. Le pouvoir modérateur, peut alors être considéré comme un aspect, une manifestation de l'action correctrice du juge, qui, elle, est plus étendue. Il est à présent nécessaire de comparer la correction à la modération étendue plus largement.

## 2. Correction et vision extensive de la modération du droit

**65. Plan** – La conception extensive du concept de modération est plus difficile à comparer au concept de correction. Selon elle, le pouvoir modérateur permet au juge de déroger à la règle normalement applicable, en raison des conséquences manifestement

---

<sup>407</sup> A-M. LEROYER, « Réforme de la prescription civile. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JO 18 avr. 2008, p. 9856) », *RTDciv.* 2008. 563.

<sup>408</sup> A-M. LEROYER, « Réforme de la prescription civile. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JO 18 avr. 2008, p. 9856) », préc.

<sup>409</sup> J. MESTRE, « La règle *contra non valentem*, obs. sous Com. 11 janv. 1994 », *RTDciv.* 1995. 114 ; voir également : « Il s'agit plutôt d'un principe d'équité qui autorise le juge à relever de la prescription ou de la forclusion celui qui s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir. [...] l'adage ne joue que dans la stricte mesure du nécessaire et pour autant que le titulaire le mérite. » (A. HONTEBEYRIE, « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », *D.* 2014. 244).

<sup>410</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°45 ; N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc. ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n° 68, p. 65 ; N. CAYROL, « action en justice », préc., n° 56 ; D. BUREAU, « La fraude dans les cessions de parts sociales entre membres d'une même famille, Cour de cassation (Com.). 21 janvier 1997. SARL Le Cristal c/ Consorts Groc », préc.

excessives qu'elle produirait dans l'espèce considérée. Ainsi, lorsque le juge modère le droit, il atténue la rigueur de la règle pour, à la fois, adoucir ou aggraver le sort du justiciable, l'assouplissement portant sur l'application de la règle de droit. Selon cette dernière hypothèse, la fraude, alors qu'elle était exclue de la conception restrictive de la modération du droit<sup>411</sup>, correspond à sa vision extensive. La question se pose en conséquence de savoir si la correction se différencie ou se confond avec la modération ainsi entendue et, pour y répondre, il convient d'approfondir l'étude de cette conception du pouvoir modérateur du droit.

La lecture des écrits des différents auteurs s'étant intéressés au pouvoir modérateur permet de mettre en évidence deux critères le caractérisant : une dérogation à la règle de droit normalement applicable dans un cas particulier et un excès manifeste produit par l'application stricte de la règle<sup>412</sup>. La correction et la modération permettent ainsi toutes deux de déroger à l'application de la règle. Il convient donc de se pencher sur les autres éléments de la définition pour déterminer si la modération est différente de la correction. L'excès manifeste, soit résulte de la tolérance d'un comportement répréhensible, soit est directement provoqué par l'application de la règle<sup>413</sup>. Il est un « effet pratique de la règle qui excède, dans un cas particulier, l'effet équitable qu'elle est censée produire »<sup>414</sup>. L'application de la règle doit donc conduire à une situation contraire à la justice et ce de manière « manifeste ». Ce dernier point permet de distinguer la modération de la modulation judiciaire. En effet, alors que la modération intervient en cas de disproportion manifeste, la modulation « est motivée par la poursuite d'une exacte proportionnalité entre la finalité de la règle et ses effets pratiques »<sup>415</sup>. Ainsi, le pouvoir modérateur est cantonné à intervenir en cas de disproportion manifeste alors que le pouvoir modulateur peut jouer dès que la finalité de la règle n'est pas en parfaite adéquation avec ses effets pratiques dans une espèce donnée.

Le pouvoir modérateur intervient ainsi lors d'un excès manifeste (a), caractérisé par l'iniquité de la solution engendrée par l'application de la règle (b). Ces deux points peuvent permettre d'apprécier d'éventuelles nuances voire différences entre la correction et la modération.

#### a. La modération d'un excès manifeste du droit

**66. L'excès manifeste et la correction** – En premier lieu, le pouvoir modérateur semble intervenir pour corriger un excès manifeste du droit, excluant de son champ d'intervention la simple inadéquation entre la finalité de la règle et ses effets pratiques dans une espèce donnée. L'excès manifeste peut être défini comme un excès évident, flagrant, ne nécessitant ainsi pas de démonstration<sup>416</sup>. En ne corrigeant que les excès manifestes des règles de droit, le pouvoir modérateur du juge répond à une certaine exigence de prudence judiciaire<sup>417</sup>, nécessaire pour éviter l'insécurité juridique, les incertitudes que peuvent provoquer les manifestations des pouvoirs du juge. En se limitant aux injustices flagrantes, l'intervention du pouvoir modérateur du juge assure ainsi une relative certitude aux justiciables qui, tant elle est évidente, pourront eux même détecter l'iniquité et s'attendre au recours à la modération du droit. Le juge, pour détecter l'existence d'un excès manifeste, utilise soit un seuil qualitatif

---

<sup>411</sup> Cf. *supra* § n°61.

<sup>412</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Modérateur (pouvoir) », p. 661 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°7, p. 26 ; C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 316 et s. ; G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, polycopié, *Les cours de droit*, préc., p. 236.

<sup>413</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 8, p. 26.

<sup>414</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 9, p. 26.

<sup>415</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 14, p. 29-30.

<sup>416</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 292, p. 296-297.

<sup>417</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 291, p. 295-296.

au-delà duquel les conséquences de la règle sont manifestement anormales, soit un seuil quantitatif défini par la disproportion de plusieurs termes mis en rapport<sup>418</sup>. S'agissant du dépassement d'un seuil qualitatif<sup>419</sup>, l'excès manifeste peut résulter d'une comparaison à un standard dont il est la négation. L'excès consiste alors en une anormalité, une contradiction d'un standard social, tel la bonne foi et ce, de manière évidente. Pour illustrer cela, l'auteur prend l'exemple de la clause résolutoire actionnée de mauvaise foi de manière excessive lorsque la disproportion est très importante entre le caractère bénin de l'inexécution et l'importance du contrat résolu. Quant au seuil quantitatif<sup>420</sup>, il est établi à l'aide de deux termes de comparaison pouvant être mis en rapport, c'est-à-dire exprimables en une unité d'équivalence, le plus souvent en argent, c'est le cas par exemple des prestations contractuelles réciproques manifestement déséquilibrées.

Il est difficile ici de déterminer si certaines interventions de mécanismes correcteurs entreraient ou non dans le champ du pouvoir modérateur. En effet, il semble malaisé de déterminer l'excès manifeste, une part de subjectivité, voire d'arbitraire existant, bien que contenue<sup>421</sup>. Tous les mécanismes correcteurs semblent néanmoins répondre à ce souci de corriger un excès manifeste. L'ouverture d'un recours-nullité, par exemple, est réservée à l'hypothèse d'un excès de pouvoir<sup>422</sup> commis par le juge, un « vice d'une exceptionnelle gravité »<sup>423</sup> renvoyant « à l'inacceptable et à l'intolérable »<sup>424</sup>. De même, « la correction de l'abus est une dérogation au droit reconnu par la règle normalement applicable, en raison de l'excès manifeste que tolérerait son application trop stricte »<sup>425</sup>.

Ce critère ne semble pas permettre de distinguer la correction et une vision extensive de la modération. Il convient alors d'en examiner un autre : l'iniquité de la solution.

#### b. Un excès manifeste caractérisé par une iniquité

**67. L'iniquité** – Le pouvoir modérateur intervient pour éviter un excès manifeste caractérisé par l'iniquité<sup>426</sup> de la solution engendrée par l'application de la règle. L'iniquité est, selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* dirigé par Cornu, une « atteinte grave à l'équité ; injustice flagrante ; inégalité criante »<sup>427</sup>. Ainsi, l'application de la règle doit produire un effet inique, voire injuste dans une acception plus large de l'iniquité, pour que soit justifié le recours au pouvoir modérateur du droit du juge. À travers ce pouvoir, le juge introduit dans son raisonnement un questionnement éthique. La solution d'un litige n'est ainsi pas dictée par la seule technique juridique, sa validité dépendant également de sa conformité, ou du moins de sa non contrariété manifeste aux « valeurs fondatrices du droit »<sup>428</sup>. En cela, ce pouvoir est nécessaire à la cohérence du système juridique tout entier. La règle est appliquée à une multitude de cas et lorsque les effets de son application à ces différentes

<sup>418</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 299, p. 302.

<sup>419</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 300-301, p. 302-304.

<sup>420</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 302-302, p. 304-305.

<sup>421</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 300-301, p. 302-304.

<sup>422</sup> Cf. *infra* § n°213.

<sup>423</sup> F. FERRAND, *Rép. Proc. Civ.* Dalloz, rubrique « Appel » (mars 2012), n°325. Egalement : « vice d'une telle gravité qu'il apparaît nécessaire que les parties soient autorisées, en dépit de textes restrictifs, à exercer une voie de recours normalement fermée » (J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, n°706, p. 585).

<sup>424</sup> F. KERNALÉGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices* n°3, 1996. 151.

<sup>425</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 235, p. 237.

<sup>426</sup> C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 6 ; G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, polycopié, *Les cours de droit*, préc., p. 236.

<sup>427</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Iniquité », p. 545.

<sup>428</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 340, p. 337, note n° 498.

espèces sont trop différents l'unité du droit est menacée et impose un retour aux valeurs fondatrices<sup>429</sup>. Le pouvoir modérateur permet une pénétration des valeurs dans le droit effectif. Ces réflexions ne sont pas sans témoigner d'une certaine appartenance ou du moins référence à la philosophie de la recherche des valeurs<sup>430</sup>. Cette philosophie contemporaine est orientée vers la considération des fins à atteindre. Pour choisir entre plusieurs solutions le juge examine leurs résultats respectifs. Le résultat doit être ainsi conforme à des valeurs. Il est vain d'espérer aboutir à une finalité ultime, il est impossible d'échapper à un pluralisme, c'est-à-dire l'admission de plusieurs fins concurrentes telles que la justice, la sécurité et l'utilité. Cette philosophie semble pouvoir justifier le pouvoir modérateur du droit du juge puisque selon elle, si le résultat attendu d'une règle n'est pas atteint, il faut y déroger, mais de manière délimitée pour éviter l'insécurité<sup>431</sup>.

L'iniquité résultant de l'application de la règle est une condition du pouvoir modérateur du juge du fond<sup>432</sup> et l'injustice de celui du juge du droit<sup>433</sup>. L'iniquité a deux sens, elle survient lorsque la règle a pour conséquences de donner à une personne moins que son dû, ou de donner plus à l'un qu'à un autre et, en d'autres termes, de constituer soit une exceptionnelle dureté de la règle appliquée, soit une inégalité entre les parties à l'instance. Elle relève de la mission des juges du fond, seuls amenés à se pencher sur les circonstances de faits. La Cour de cassation n'ayant pas en principe<sup>434</sup> la possibilité d'en tenir compte, modère non plus les conséquences factuelles de la règle mais la règle elle-même qu'elle ampute d'une partie de sa généralité en distinguant des cas où elle ne joue pas. Elle recourt ainsi à l'injustice pour justifier la modération du droit. Celle-ci, à l'inverse de l'iniquité, ne peut s'appuyer sur l'évidence de l'expérience. Elle est une contradiction, soit à la valeur de justice c'est-à-dire une coercition injustifiée d'un individu par le système juridique, soit à la vertu de justice, une tolérance de comportements malveillants. Ainsi, le pouvoir modérateur a un très large champ d'intervention. Si la correction se distingue du pouvoir modérateur en ce qu'il permet au juge de solutionner d'autres conséquences indésirables de l'application de la règle à l'espèce jugée, ne se limitant pas aux solutions iniques, l'action de la plupart des mécanismes correcteurs relève du pouvoir modérateur.

**68. Iniquité et mécanisme correcteur** – Correspond au critère de l'iniquité de la solution caractérisant la modération du droit, par exemple, l'abus de droit sans lequel l'application de la règle aboutirait à la tolérance d'un comportement malveillant. Carbonnier qualifiait d'ailleurs la théorie de l'abus de droit de « procédé d'équité modératrice à la disposition du juge »<sup>435</sup>. Il faut remarquer également que les termes sont suffisamment larges pour englober la plupart des limites de la généralité de la règle. Cependant, il est une hypothèse qui ne semble pas correspondre à la modération ainsi entendue. Il a été démontré que l'exception d'ordre public pouvait être considérée comme ayant une action corrective<sup>436</sup>. Le recours à cet outil est conditionné par différentes considérations, l'iniquité de la solution parfois, mais pas uniquement. En effet, il peut s'agir de la sauvegarde de certaines politiques législatives ou du

---

<sup>429</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 340, p. 337.

<sup>430</sup> Cf. *infra* § n°270.

<sup>431</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 291, p. 295-296.

<sup>432</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 342 et s., p. 340 et s.

<sup>433</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 354 et s., p. 347 et s.

<sup>434</sup> La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle a modifié l'article L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire en prévoyant qu'après avoir cassé et annulé la décision qui lui est déférée, la Cour de cassation pourra, « en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie » (Voir notamment : S.-L. TEXIER, « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », *D.* 2017.63).

<sup>435</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, préc., n° 1149, b.

<sup>436</sup> Cf. *supra* § n°40.



système juridique plus largement<sup>437</sup>. Parfois, ce n'est pas le sort des parties résultant de l'application de la règle qui justifie le recours à un mécanisme correcteur. Il est en effet généralement enseigné que l'ordre public international est utilisé lorsque l'application de la règle étrangère heurterait les valeurs de la société française<sup>438</sup>. L'intérêt général est donc protégé et non des intérêts particuliers, une situation non couverte par le pouvoir modérateur. Il est vrai que, parfois, l'injustice subie par les justiciables du fait de l'application de la règle étrangère heurte les valeurs de la société française et justifie le recours à l'ordre public international. Cependant, ce n'est pas toujours le cas. Dans certaines hypothèses, seule la sauvegarde du système juridique emporte correction, alors même que le sort des justiciables résultant de l'application de la règle étrangère n'avait rien d'inique. Le déclenchement de la modération au regard de l'iniquité de la solution dictée par l'application de la règle semble aiguillé par la prise en considération du justiciable, son sort ou son comportement. Lorsque l'application d'une loi étrangère est écartée pour sauvegarder la politique juridique de l'État concerné, le justiciable n'est pas en cause, seul le système l'est. Ainsi, le pouvoir correcteur se distingue de la conception extensive du pouvoir modérateur en ce que les justifications de son recours sont plus larges, dépassant l'iniquité et l'injustice de la solution.

Il semble néanmoins logique que le pouvoir modérateur soit cantonné à l'iniquité de la solution car il se manifeste concrètement par la faculté pour le juge de statuer en équité. Ainsi, cette possibilité est liée depuis toujours à cette notion d'équité, limitant ainsi le champ d'action de ce pouvoir<sup>439</sup>.

Les champs d'intervention de la correction et de la modération se recoupent assez largement. Cependant, la correction intervient en cas d'iniquité de la solution, comme la modération, mais également dans d'autres hypothèses ; ses conditions de déclenchement sont donc plus larges.

Les caractéristiques de la modération du droit varient selon les conceptions. L'étude de deux visions de la modération a permis de différencier la correction du pouvoir modérateur et ainsi de constater qu'ils sont extrêmement voisins. La conception extensive du pouvoir modérateur est d'ailleurs si proche de la correction qu'elle peut être considérée comme en faisant partie, en être une des manifestations, à côté du mécanisme correcteur.

**69. Conclusion de la section** – Le concept de correction, tel que défini dans cette étude, c'est-à-dire : « le fait pour le juge d'écarter l'application inadaptée de la règle à régler le litige qui lui est soumis et de la remplacer par une autre solution », n'est pas sans évoquer des concepts proches. Il a ainsi fallu en définir les contours en le distinguant de la modulation et de la modération.

La correction se distingue, d'une part, du concept de modulation du droit dans ses justifications et la forme de son action. En effet, la correction est, d'un côté, plus large dans ses justifications, intervenant pour des raisons autres que l'équité même entendue largement. D'un autre côté, elle est plus restreinte dans ses manifestations, puisqu'elle se cantonne à l'éviction de l'application règle inadaptée et à son remplacement par une solution plus adéquate, la modulation caractérisant toute forme d'adaptation de la règle au cas. Ces deux

---

<sup>437</sup> Cf. *infra* § n°210 et 214.

<sup>438</sup> « Si dans un cas donné sa teneur (de la loi étrangère) heurte des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique du for, son application effective constituerait un trouble. Elle sera alors écartée au nom de l'ordre public » (B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°308, p. 273-274) ; « Il arrive que la loi étrangère désignée par la règle de conflit contienne des dispositions qui heurtent nos conceptions sociales ou juridiques au point que le juge français se refuse à les appliquer » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n° 354, p. 409) ; P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°2, p. 2.

<sup>439</sup> Cf. *infra* § n°277 et s.

actions, bien que différentes, peuvent se recouper, en témoigne la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence.

D'autre part, le concept de correction est très proche, pour finalement l'englober, de la modération. Il diffère, d'un côté, de la vision restrictive de la modération dans l'étendue de son intervention. En effet, alors que le pouvoir modérateur ne peut qu'adoucir le sort des justiciables, la correction peut également l'aggraver. Cette dernière se différencie, d'un autre côté, de la vision extensive de la modération, quant à ses conditions de déclenchement. En effet, alors que le pouvoir modérateur ne peut être justifié que par une iniquité manifeste, la correction peut intervenir pour d'autres excès du droit. Cette différence n'exclut cependant pas la proximité existant entre la modération et la correction, cette dernière englobant la première.

**70. Conclusion du Chapitre 1** – Face à l'absence de définition du concept de correction il a fallu en construire une. La recherche a été menée à travers l'analyse des différents emplois du concept et a permis de mettre en évidence le sens implicite lui étant conféré. La correction semble consister, tout d'abord, en une mise à l'écart et une solution de remplacement. Ensuite, la question s'est posée de savoir quel était l'objet de la correction car le concept était employé pour désigner la correction à la fois de la règle et de son application. Il est apparu que le concept devait être réservé à l'éviction de l'application de la règle car la correction de la règle elle-même relevait davantage de la création. Enfin, un dernier mais indissociable élément doit compléter la définition du concept, il s'agit du besoin de correction c'est-à-dire la condition de déclenchement de la correction : l'inadaptation de la règle à régler le litige de manière satisfaisante. Ainsi, grâce à ces divers éléments, une définition de la correction, opérationnelle pour cette étude, peut être proposée : il s'agit de la mise à l'écart de l'application d'une règle inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et son remplacement par une autre solution.

Cette définition posée ne suffit pas néanmoins à pleinement cerner le concept de correction. Il doit, en effet, être distingué d'autres concepts aux manifestations trop proches pour être ignorées, ceux de modération et de modulation. S'il s'en rapproche jusqu'à les rencontrer parfois, il s'en différencie néanmoins et ses éléments constitutifs s'en trouvent affinés. Ces différentes comparaisons avec ces concepts voisins ont en effet permis d'ajouter à la définition proposée divers éléments. Tout d'abord, contrairement à la vision restrictive du concept de modération, la correction peut à la fois aggraver ou adoucir le sort du justiciable. Ensuite, à l'inverse de la modulation et de la vision extensive de la modération, l'inadaptation de la règle applicable, justifiant le recours à la correction, dépasse l'iniquité. Enfin, contrairement à celles de la modulation, les manifestations de la correction se limitent à la mise à l'écart de la règle inadaptée.

Si l'opération réalisée par le juge, lorsqu'il recourt à une correction du droit au sens juridique du terme, est à présent mieux connue, le phénomène de correction n'est pas appréhendé dans toute son ampleur. En effet, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne n'est pas seulement utilisé par le juge, il a également été créé par celui-ci. Il convient ainsi de s'intéresser à l'origine de ces outils, à leur création par le juge, pour mesurer pleinement le phénomène de correction.

## CHAPITRE 2 : L' « ORIGINE PRÉTORIENNE » DE LA CORRECTION

**71. Plan** – Lorsqu'il recourt à la correction, le juge écarte l'application inadaptée de la règle et met fin au litige par un autre moyen. Non seulement il utilise cette faculté, mais il peut également en être à l'origine par la création de mécanismes correcteurs. Nombre de théories, principes, adages, ... qualifiés par les auteurs de mécanismes correcteurs sont d'origine prétorienne. Parce que le rôle correcteur du juge s'exprime dans toute son ampleur à travers cette création, il convient d'étudier cette dernière. La notion d' « origine prétorienne » est bien connue mais il convient de ne pas se soustraire à des précisions indispensables à la compréhension de cette expression ; d'autant plus qu'elle se révèle liée à de nombreux concepts fondamentaux et soulève des questions qu'il est impossible d'ignorer. Il convient donc, dans un premier temps, de s'intéresser à la notion d' « origine prétorienne » (Section 1), pour, dans un second temps, se pencher sur sa complexité (Section 2).

### Section 1 : La notion d' « origine prétorienne »

**72. Plan** – La notion d' « origine prétorienne » est connue et régulièrement employée lorsqu'il est question de l'activité créatrice du juge<sup>440</sup>. Cependant, lorsque la notion en elle-même n'est pas étudiée mais simplement utilisée, l'auteur ne s'embarrasse pas de définition et s'en tient généralement à son acception commune, nul n'étant souvent besoin de pousser plus avant la réflexion sur ce point. Ici, au contraire, il convient de dépasser le sens généralement adopté, communément entendu, qui ne servira que de point de départ, pour s'intéresser plus en profondeur à cette notion de manière à mieux comprendre et cerner le rôle correcteur du juge envisagé à travers la création de mécanismes correcteurs. Chacun des éléments composant la notion d'origine prétorienne soulève des questions passionnantes et incontournables. D'une part, le choix du terme « origine » doit être justifié par rapport à la notion, aussi utilisée que discutée, de source (1). D'autre part, l'étude de celui de « prétorien » enrichit la réflexion de très intéressants apports historiques apportant une lumière nouvelle sur ce terme et commande de le situer par rapport à la notion de jurisprudence (2).

#### § 1 – « Origine » et sources du droit

**73. Origine** – Le terme « origine » appartenant au langage courant, il ne semble pas, à première vue, nécessaire de s'attarder longuement sur son sens. C'est néanmoins sans compter sur sa résonance dans le langage juridique où il interpelle et se doit d'être situé par rapport à la notion aussi controversée qu'omniprésente de « sources du droit ».

Le terme d' « origine » revêt, dans le langage courant, plusieurs sens assez proches les uns des autres. Il s'agit notamment de l' « époque, milieu d'où vient une chose »<sup>441</sup>. Ainsi, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne viendrait du juge. Cette première définition manque de précision. Selon un second sens, l'origine peut également être entendue comme le

---

<sup>440</sup> Par exemple, Monsieur François Terré, lorsqu'il évoque l'interdiction faite au juge, par l'article 5 du Code civil, de créer des règles en dehors de tout litige, explique que cela n'exclut pas la « création de normes prétorienne dans le cadre de l'activité juridictionnelle » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°355, p. 290). De même, le Doyen Cornu fait référence à l' « œuvre prétorienne » de la jurisprudence pour évoquer son « rôle créateur » (G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°442, p. 231).

<sup>441</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Origine », sens I. 2., p. 1761.

« commencement, la première apparition ou manifestation. Création, naissance »<sup>442</sup>. Cette description semble plus appropriée à la matière juridique de par sa plus grande précision. De plus, les références à la création et à la première manifestation sont adaptées à la manière dont ce terme est utilisé. Ainsi, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne a été créé par le juge, a connu sa première manifestation au travers de son activité. Cette apparente simplicité doit composer avec l'apport de la célèbre et incontournable théorie des sources du droit.

**74. Origine et « sources du droit »** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne ayant été créé par le juge et connu sa première manifestation à travers son activité créatrice, cette définition trouve en droit un écho particulier. En effet, si le terme « origine » n'est pas propre au langage juridique il fait, dans ce contexte, référence à la notion aussi usitée<sup>443</sup> que débattue de source<sup>444</sup>.

Cette dernière peut être considérée comme « l'endroit où l'on puise »<sup>445</sup>, où le droit peut être trouvé. La notion de source est très utilisée par les auteurs mais elle est aussi très controversée. S'il est une certitude c'est sans doute la polysémie de l'expression<sup>446</sup>, son caractère équivoque<sup>447</sup>. En effet, en désaccord sur le fond, les auteurs s'accordent pour opérer différentes distinctions, sans retenir les mêmes néanmoins<sup>448</sup>. Par exemple, le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu<sup>449</sup> propose une première distinction entre la « source du droit » et la « source de droit »<sup>450</sup>.

---

<sup>442</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Origine », sens II. 1., p. 1761.

<sup>443</sup> « L'expression « sources du droit » – « fons juris » disait déjà Cicéron – a connu au XX<sup>ème</sup> siècle un succès considérable ; elle est d'usage courant. Son emploi est devenu presque inévitable » (C. ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012, n°49, p. 196).

<sup>444</sup> S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit*, th., Paris, 2010 ; *Les sources du droit, aspects contemporains*, société de législation comparée, Colloque des 11 et 12 mai 2006, 2007 ; C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°49, p. 196 et s. ; P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1431 ; J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », *RTDciv.* 1995. 69 ; P. JESTAZ, « Source délicate... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDciv.* 1992. 73 ; « Sources » du droit, *APD.*, t. 27, 1982 ; P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I, *Etudes générales, droit de la famille*, LGDJ, 1950, p. 9 et s.

<sup>445</sup> P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », préc., p. 1431 ; J-P. GRIDEL, « Les sources du droit privé français aujourd'hui », in *Les sources du droit, aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007 p. 39 et s.

<sup>446</sup> P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », préc., p. 1431.

<sup>447</sup> Notamment : F. GÉA, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, coll. des Thèses, 2009, T. I. Vol. I, n°124, p. 280 et s. ; P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », in *Sources du droit, APD*, t. 27, Sirey, 1982, p. 251 et s. ; N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source du droit », préc. ; J.-L. VULLIERME, « Les anastomoses du droit », in *Sources du droit, APD*, Sirey, 1982, t. 27, p. 5 et s.

<sup>448</sup> « La théorie des sources du droit est complexe. Elle l'est parce que ses origines sont multiples. Elle l'est parce que ses formulations sont diverses ; ses partisans n'ont nullement unifié leurs thèses » (C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°49, p. 197) ; J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », préc.

<sup>449</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », p. 970.

<sup>450</sup> L'apparition de cette distinction est due à l'Ecole historique allemande qui affirmait que le droit procédait du peuple pour s'opposer au mouvement de codification. Selon ses tenants, la loi est une source formelle qui ne fait que consacrer le droit matériel lui préexistant (A. DUFOUR, « La théorie des sources du Droit dans l'Ecole du droit historique », in *Sources du droit, APD*, t. 27, 1982, p. 85 et s., spéc. p. 86). Cette conception a été importée par Gény qui entendait développer une conception pluraliste des sources en réaction à la toute puissance de la loi qui sévissait à l'époque au travers de la doctrine de l'Exégèse : « Avons-nous su interpréter, non seulement la loi, mais le droit immanent, dont la loi n'est, après tout, que la révélation imparfaite ? » (F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et Sources du droit*, t. I, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1954, n°3, p. 6).

La source *de* droit, et parfois d'obligation, désignerait « tout élément générateur de droit subjectif ou d'engagement, vertu créatrice propre des actes et des faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi »<sup>451</sup>. Le mécanisme correcteur est utilisé par le juge lorsque celui-ci rencontre des difficultés à remplir son rôle dans l'application de la règle au cas particulier. Il est donc un instrument destiné au juge tout entier tourné vers l'application de la règle générale. Il ne peut donc pas être rapproché du droit subjectif, « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose »<sup>452</sup>, outil attaché au sujet. En ce que cette technique est liée à l'application de la règle par le juge elle fait sans doute plus justement partie du droit objectif<sup>453</sup>. L'expression « source de droit », ainsi utilisée, ne permet ainsi pas de rendre compte de l'origine prétorienne des mécanismes correcteurs. Cependant, il faut noter que, selon Madame Catherine Thibierge, la notion de source de droit « sous-entend source de droit au sens large du terme droit, c'est-à-dire non réduit aux seules règles générales, abstraites, impersonnelles, obligatoires et sanctionnées par l'autorité publique » et inclut ainsi d'autres normes juridiques. Cette conception se rapproche donc de celle de la notion de source du droit mais est plus large.

Les sources *du* droit, quant à elles, désignent les « forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qui l'engendre »<sup>454</sup>. Elles font, à leur tour, l'objet d'une distinction, cette fois entre source « réelle », qualifiée également de « substantielle »<sup>455</sup>, et « formelle » du droit.

L'expression de « source réelle » désigne :

L'ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit, considérations de bas, causes historiques, « forces créatrices » (G. Ripert), sources brutes dites réelles que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative<sup>456</sup>.

Les règles de droit procèdent de données profondes qui dirigent et inspirent le droit positif<sup>457</sup>.

La source « formelle » du droit, quant à elle, est :

la forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit source formelle qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit : fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la doctrine<sup>458</sup>.

C'est généralement à ce seul type de sources que sont consacrés nombre de développements<sup>459</sup>.

---

<sup>451</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », sens 2, p. 970.

<sup>452</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Droit », sens 4, p. 371.

<sup>453</sup> Cf. *infra* § n°127.

<sup>454</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », sens 1, p. 970.

<sup>455</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°42, p. 57.

<sup>456</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », sens 1. a., p. 970.

<sup>457</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°42, p. 57.

<sup>458</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », sens 1. b., p. 970.

<sup>459</sup> Monsieur Philippe Malinvaud dans son manuel d'introduction à l'étude du droit (P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°59 et s., p. 49 et s.) n'y traite, d'une part, que des sources du droit, et non des sources de droit, et, d'autre part, au sein des sources du droit, il ne s'intéresse qu'aux sources formelles puisqu'il explique qu'« il ne s'agit pas ici de rechercher le pourquoi des règles de droit positif », mais de s'interroger « sur le point de savoir comment, à l'époque actuelle, on crée du droit » (n° 58, p. 49). J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°29, p. 34 : « ce qui compte, dans une théorie générale du droit, ce n'est point la genèse des règles, sur laquelle nous renseignent l'histoire et la sociologie, mais les traits caractéristiques de la juridicité. Or le droit n'existe, à titre de règle obligatoire, qu'à partir du moment où l'Etat, par ses organes qualifiés, l'aura érigé en loi d'Etat, de façon explicite ou implicite (ainsi par renvoi à des « principes généraux »), de façon directe ou indirecte (ainsi par renvoi à une norme d'une autre espèce : prudence, bonne mœurs, etc.). Avant ce moment, la matière pourra bien être réglée (et elle continuera bien à être réglée) par la morale, par les convenances ou par les usages en vigueur dans le groupe : la règle de droit est absente » ; J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°150, p. 193-194 : la doctrine est : « hypnotis[ée] par les sources formelles des règles de droit au détriment des sources réelles ».

La source formelle du droit crée ainsi directement le droit objectif alors que la source réelle inspire son évolution et joue donc de manière plus indirecte. Cette présentation semble s'attacher surtout au mode de création du droit.

La distinction classique entre source réelle et formelle du droit est parfois complexifiée par les auteurs. Monsieur Philippe Jestaz<sup>460</sup>, par exemple, considère que la notion de source du droit a, dans la langue juridique, pas moins de cinq sens différents, implicites ou explicites. Selon un premier sens, le mot, employé au singulier, désignerait le fondement idéologique d'un système juridique donné. Selon les cas, la source du droit résiderait dans la souveraineté nationale, une coutume immémoriale ou la volonté divine. Ainsi entendue, cette source semble moins être un objet de science qu'un article de foi. Son prétendu rôle moteur repose sur une fiction, ce qui ne signifierait pas pour autant qu'elle soit dépourvue d'influence réelle, car le législateur ou le juge s'y référerait non comme à un pur symbole mais aussi pour en tirer des conséquences positives. Ce serait ainsi une source d'inspiration participant à la coloration, sinon à la production même du droit. Selon un deuxième sens, les sources – au pluriel ici – pourraient désigner ce que Ripert appelait les « forces créatrices du droit ». En effet, le droit serait la résultante d'un certain nombre de forces sociales : acteurs économiques, familles, partis, syndicats, églises, lobbies, etc. Il s'agit ici de ce qui est communément appelé « sources réelles du droit ». Selon un troisième sens, les sources s'identifieraient également à la résultante juridique elle-même, du moins aux supports linguistiques de celle-ci, c'est-à-dire à l'ensemble des discours qui constituent la partie visible de la matière juridique. Ces supports, selon les cas, sont écrits ou oraux. Selon un quatrième sens, ne s'opposant pas au précédent mais qui est contenu par lui, le mot « source » désignerait une petite partie de ces sources documentaires, celle qui consiste en des normes juridiques dotées de la force obligatoire : règle légale, règle coutumière, précédent judiciaire, normes jurisprudentielles, principes. Par opposition, l'autre partie des sources documentaires est nommée discours extra-normatif. Ici, il est intéressant de noter que la règle elle-même est qualifiée de source du droit et non pas ce qui l'a engendrée. Enfin, selon une cinquième signification plus ou moins implicite, le mot « source » se rapporterait aux activités productrices de droit ou aux creusets dans lesquels s'exercent ces activités : le Parlement, les ministères, les tribunaux, les services juridiques des entreprises et autres organismes publics ou privés, le notariat, le barreau, l'édition juridique, etc.

Ainsi, la notion de source, bien qu'elle soit très utilisée, est incertaine. Même en employant l'expression plus précise de source du droit, celle-ci permet tout à la fois de désigner l'origine de la création, les forces l'ayant inspirée et son produit<sup>461</sup>. Pour Monsieur Rafael Encinas de Munagorri, « la notion de sources du droit est [...] imprécise : tantôt elle renvoie aux conditions historiques et sociologiques d'émergence d'une règle de droit (sources réelles), tantôt elle porte sur son élaboration juridique (sources formelles) »<sup>462</sup>. Selon Kelsen, « la multiplicité des significations du terme « sources de droit (ou du droit) » le laisse apparaître comme vraiment inutilisable »<sup>463</sup>, il l'a en conséquence remplacé par l'expression « méthodes (ou procédés) de création du droit ». Monsieur Enrique P. Haba explique même qu'il a « du mal à trouver un sens pour la question : quelles sont les sources du droit ? Non que cette question relève du « non-sens » proprement dit ; c'est plutôt le contraire, la

---

<sup>460</sup> P. JESTAZ, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », préc.

<sup>461</sup> C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », préc. *Le Lexique des termes juridiques* des éditions Dalloz assimile les sources du droit à leur produit : « Terme générique, souvent employé, désignant l'ensemble des règles juridiques applicables dans un Etat à un moment donné » (préc., « Sources du droit », p. 815).

<sup>462</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, éd. Flammarion, 3<sup>ème</sup> éd., 2011, p. 99.

<sup>463</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 234, voir également : N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *Sources du droit, APD*, t. 27, 1982, p. 135 et s.

surabondance des réponses possibles, voire légitimes, qui provoque l'embarras »<sup>464</sup>. La notion de source du droit est même « dangereuse » pour Monsieur Paul Amselek<sup>465</sup>.

Pour rendre compte de la création de mécanismes correcteurs par le juge, l'expression de source formelle du droit pourrait être utilisée. Cependant, l'appréhension de la théorie des sources du droit nécessite notamment de s'accorder sur la notion même de droit<sup>466</sup>. Les mécanismes correcteurs n'étant pas ici considérés comme des règles de droit, ceux-ci n'en ayant ni la dénomination, ni la forme<sup>467</sup>, le recours à la notion de source du droit peut paraître inapproprié. En effet, celle-ci est fortement liée à la règle<sup>468</sup> : selon Monsieur Frédéric Zénati, « les sources du droit sont en réalité des sources du droit dit objectif, ce sont des sources de règles de droit »<sup>469</sup>. De même, pour Madame Catherine Thibierge :

Qui dit source du droit sous-entend source du Droit. Or le droit est usuellement défini comme un ensemble de règles de droit en vigueur à un moment donné. Cette définition identifie le droit au droit positif, et assimile par là même le droit aux règles. Or les règles sont elles-mêmes caractérisées sur le modèle de la loi. Il s'en suit logiquement, et selon un présupposé souvent implicite, que la source du droit est une source de règles générales, abstraites, impersonnelles, obligatoires et sanctionnées par l'autorité publique<sup>470</sup>.

C'est pour cette raison que la place de la jurisprudence au sein des sources du droit est si discutée. Dans cette étude, le droit est différemment envisagé : il est un système comprenant divers objets, pouvant ne pas correspondre à la définition stricte de la règle, tels que le mécanisme correcteur d'origine prétorienne<sup>471</sup>. Au surplus, la théorie des sources du droit est l'objet de controverses, la création du droit par le juge, si elle est quasiment admise<sup>472</sup>, est au cœur d'un débat qui peut ressurgir si l'occasion se présente<sup>473</sup>.

Il est ainsi choisi de retenir la notion d'« origine », sans doute proche de celle de « source formelle du droit » en ce qu'elles font toutes deux référence à la création du droit, mais plus neutre et plus ouverte en ne se cantonnant pas à la création de règles de droit. La notion de source du droit ne pourra cependant être totalement bannie de ces pages et sera utilisée bien qu'avec une certaine distance. Par « origine », il faut entendre ici les formes sous lesquelles naît le droit, d'où il émane.

De manière à compléter l'étude du sens de la notion d'origine prétorienne, il convient de s'intéresser à présent à sa seconde composante, la création prétorienne.

## § 2 – Prétorien et jurisprudence

**75. Plan** – Le terme « prétorien » est régulièrement utilisé pour désigner les créations des juges et fait sans doute partie, à ce titre, du langage juridique commun. Cette familiarité mène souvent à se désintéresser de son sens précis. Une étude approfondie de ce mot est pourtant

<sup>464</sup> E. P. HABA, « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », préc.

<sup>465</sup> P. AMSELEK, « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », préc.

<sup>466</sup> C. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », *Sources du droit, APD.*, 1982, t. 27, p. 23 et s., spéc. p. 23 ; de même : F. ZENATI, « Clore enfin de débat », *RTDciv.* 1992. 359 ; E. P. HABA, « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », *Sources du droit, APD.*, t. 27, 1982, p. 235 et s. ; P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », préc.

<sup>467</sup> Cf. *infra* § n°140.

<sup>468</sup> Au sein des règles de droit, la théorie des sources du droit est principalement envisagée au travers du prisme de la loi (C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°49, p. 197).

<sup>469</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz Méthodes du droit, 1991, p. 132.

<sup>470</sup> C. THIBIERGE, « Sources du droit, source de droit : une cartographie », préc., spéc. p. 532-533.

<sup>471</sup> Cf. *infra* § n°121 et s.

<sup>472</sup> Cf. *infra* § n°46, 82 et 269.

<sup>473</sup> Comme ce fut le cas en 2005 à la publication du Rapport sur les revirements de jurisprudence (rapport préc.) ; L. BACH, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « jurisprudence », septembre 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°36 : « Bien que le fait jurisprudentiel soit aujourd'hui unanimement reconnu, on voit périodiquement se rouvrir le débat sur le point de savoir si la jurisprudence peut être considérée comme une "source du droit" ».

riche d'enseignements (A) et le choix de son utilisation par rapport à la notion de jurisprudence doit être justifié (B).

#### A. Le terme « prétorien »

**76. Références historiques** – Le terme « prétorien » faisant communément référence au juge, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne émanerait de l'activité de celui-ci. Cependant, ce terme emprunté au droit romain mérite d'être défini de manière plus approfondie, l'étude de son sens originel pouvant expliquer sa survivance en droit positif. Selon une définition généraliste<sup>474</sup>, le terme de « prétorien » connaît deux sens, l'un moderne et l'autre plus ancien. Au sens antique, romain, du terme, il signifie « relatif au préteur » et, au sens moderne, il fait référence au juge, liant les deux fonctions à travers le temps. Le sens plus ancien et originel du terme fait donc référence au préteur<sup>475</sup>, une figure disparue du droit romain<sup>476</sup>. Il était un haut magistrat<sup>477</sup> à l'origine de ce qui a été appelé, en conséquence, le « droit prétorien ». Pour comprendre le rôle de ce personnage de l'Antiquité, il est utile de s'intéresser à la procédure civile romaine. Le premier texte juridique romain ayant force de loi était constitué par la loi des Douze Tables<sup>478</sup> posant les fondations d'un droit civil<sup>479</sup> strict et rigide, fondé sur les *legis actiones* et donc requérant un ensemble de formalités pour autoriser l'action en justice<sup>480</sup>. Cette loi divisait le procès en deux phases<sup>481</sup>, l'une durant laquelle le procès devait être organisé et le juge investi<sup>482</sup> et l'autre consacrée uniquement au règlement du litige. L'organisation comprenait deux sortes d'organes, les magistrats et les juges. Ces derniers tranchaient les litiges après que les magistrats aient organisé le procès. Le préteur de droit romain était un magistrat ainsi chargé, non pas de trancher le litige, mais de faire subir à la prétention du justiciable l'épreuve juridique. L'examen portait sur le point de savoir si les allégations du demandeur pouvaient se soutenir en droit<sup>483</sup>. Intervenait alors « une sorte de jugement hypothétique qui imposait au juge de condamner ou d'absoudre selon que les faits allégués par l'une ou l'autre des parties seraient vérifiés »<sup>484</sup>. Pour cela, le préteur avait le pouvoir de dire le droit, la *iuridictio*<sup>485</sup>. Le juge dirigeait ainsi son attention principalement sur la preuve et n'avait pas besoin d'être juriste – et ne l'était d'ailleurs pas en règle générale – les connaissances nécessaires en la matière ne

<sup>474</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Prétorien, ienne », p. 2018.

<sup>475</sup> Il ne faut bien sûr pas confondre le préteur, magistrat romain, avec le prêteur, la personne qui consent un prêt.

<sup>476</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Prétorien, ienne », p. 2018 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Prétorien, ienne », p. 792.

<sup>477</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°341, p. 282 ; J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n°12, p. 12 ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, n°10, p. 24.

<sup>478</sup> Le droit était à l'origine de nature entièrement religieuse et restait le secret des pontifes. Les plébéiens, c'est-à-dire les tribuns de la plèbe, représentant le *populus romanus*, demandèrent la publication des principes du droit et deux commissions successives de dix hommes leur donnèrent partiellement satisfaction par la loi des XII Tables (449 av. J.-C.). La publication du droit était un succès pour la plèbe. (M. BORDET, *Précis d'histoire romaine*, Armand Colin, 1969, p. 35).

<sup>479</sup> O. NAY, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Armand Colin, science politique, 2004, p. 54.

<sup>480</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°29, p. 22.

<sup>481</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°17, p. 37-38.

<sup>482</sup> Il est intéressant de remarquer que le juge était un particulier choisi parmi les notables.

<sup>483</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., p. 102 et s.

<sup>484</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., p. 103.

<sup>485</sup> J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, préc., n°11-13, p. 11-13.



dépassant pas celle d'un citoyen ordinaire<sup>486</sup>. Cependant, « c'est moins par la législation que par des mécanismes jurisprudentiels que se développe le droit »<sup>487</sup>. Grâce à la loi dite *Aebutia*, le préteur put participer à l'élaboration du droit en acquérant le pouvoir de créer des actions nouvelles pour assouplir les rigidités nombreuses de la législation primitive<sup>488</sup> mise en œuvre au travers des *actiones legis*. Pour assurer la connaissance de ces actions nouvelles, le préteur décrivait dans un édit les situations litigieuses ignorées du droit civil dans lesquelles il promettait d'accorder une action en justice<sup>489</sup>. Une fois l'action accordée, la question de principe était réglée et le juge – un simple arbitre – ne statuait plus que sur les modalités concrètes d'application. Les fonctions de création du droit et de règlement du litige n'étaient donc pas réunies entre les mains d'une même personne, la première appartenant au préteur et la seconde étant dévolue au juge. Le personnage véritablement important était donc le préteur, qualifié aujourd'hui de « source de droit »<sup>490</sup> et « le droit romain, le vrai droit romain qu'on admire encore, a été prétorien »<sup>491</sup>. Chaque année à son entrée en fonction, le nouveau préteur publiait son édit<sup>492</sup> sur un tableau blanc, reproduisant en majeure partie celui de son prédécesseur et sa liste d'actions<sup>493</sup>. Ce droit prétorien révéla une telle constance qu'au III<sup>ème</sup> siècle l'édit acquit un caractère perpétuel. L'activité judiciaire du préteur était parvenue à sécréter un corps de règles d'une importance considérable dont la force obligatoire découlait d'abord de l'autorité de ce magistrat, et non de la loi, et ensuite de sa stabilité dans le temps<sup>494</sup>. Ainsi, et cela durera jusqu'à la fin de la République, le droit romain se construisait cas par cas sous forme d'actions accordées en termes de plus en plus généraux et abstraits<sup>495</sup>. À la lumière de ces précisions, il est intéressant de noter que le préteur n'était pas un juge au sens moderne du terme puisqu'il n'avait pas le pouvoir de trancher les litiges<sup>496</sup>. Il peut donc être surprenant de constater qu'aujourd'hui le terme « prétorien » fait référence au juge mais à première vue seulement. En effet, à l'époque romaine, le droit prétorien était celui qui avait été créé, au cas par cas, par le préteur, à côté ou à la place du droit de nature législative. Cette faculté a donné lieu à une expression toujours en usage : lorsque le juge institue une nouvelle règle, il est parlé de jurisprudence prétorienne<sup>497</sup>. Ainsi, le terme « prétorien » fait référence, non pas au juge tranchant les litiges, mais au juge créateur de droit, celui-ci pouvant réunir ces

<sup>486</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., p. 103.

<sup>487</sup> O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 57.

<sup>488</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., p. 103 et s.

<sup>489</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°341, p. 282 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003, p. 42 et s.

<sup>490</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°17, p. 38.

<sup>491</sup> P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTDciv.* 1996. 299. L'auteur précise cependant : « En réalité et dans un premier temps, le rôle créateur appartient surtout aux anciens pontifes reconvertis en jurisconsultes. C'est eux qui, avec une science incomparable, élaborent des constructions et des argumentations juridiques pour convaincre le préteur. Et ce dernier ne fait d'abord que suivre. Parallèlement à cette activité, les jurisconsultes enseignent le droit. Bientôt leur prestige devient tel qu'on les appelle les « prudents », ce qui indique une idée tout à la fois de savoir et d'empirique sagesse. C'est eux qui font le droit et le droit des prudents porte le nom - tout simplement - de jurisprudence. Ainsi la jurisprudence, au sens primitif du terme, c'est la doctrine ! Le droit romain a donc été doctrinal avant de devenir prétorien. Le déplacement a eu lieu quand le préteur a pris de l'assurance et s'est affranchi de la tutelle de fait qu'exerçaient sur lui les jurisconsultes. Par compensation, le rôle doctrinal de ces derniers s'est alors accru : désormais les jurisconsultes mettent en mémoire et systématisent, commentent et enseignent le droit prétorien. ».

<sup>492</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 42 et s. ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 17-18.

<sup>493</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°341, p. 282.

<sup>494</sup> *Ibid.*

<sup>495</sup> P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », préc.

<sup>496</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Juge », sens 1, p. 578.

<sup>497</sup> J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, préc., n°30, p. 22.

deux fonctions. Il n'est donc plus étonnant de constater qu'aujourd'hui le terme prétorien fait référence au juge mais il rend plus précisément compte de son activité créatrice. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont donc ceux issus d'une création du juge, celle-ci étant induite par le terme d' « origine » et cette idée confirmée par celui de « prétorienne ».

Le sens ancien du terme « prétorien », en faisant référence aux créations autonomes du juge, corrobore son acception moderne<sup>498</sup>. Le terme doit à ce titre, plus que jamais, être différencié de celui de jurisprudence.

## B. Création prétorienne et jurisprudence

**77. Questionnement** – Le droit prétorien et la jurisprudence sont généralement assimilés à un point tel que ces expressions sont le plus souvent utilisées comme des synonymes<sup>499</sup>, et ce, particulièrement lorsque le terme de « jurisprudence » évoque la création du droit par le juge. En revanche, lorsque le terme de « jurisprudence » est entendu plus largement, l'expression d' « origine prétorienne » permet de différencier la création et la simple application de la règle par le juge. La définition du terme « prétorien » présente dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu en témoigne puisque, selon celle-ci, est prétorien :

ce qui procède – en l'absence de texte et à l'initiative d'une autorité - d'une élaboration autonome (et surtout audacieuse), par opposition à ce qui résulte de l'application pure et simple de la loi ; se dit (en souvenir du préteur romain) d'une jurisprudence qui retient une solution au-delà de la loi, dans le silence de la loi (ou même à la limite contre la loi)<sup>500</sup>.

Dans l'hypothèse d'une conception restrictive de la jurisprudence comprise comme une création du juge, la référence à la « jurisprudence » semble être préférée à celle de « création prétorienne »<sup>501</sup>. Ainsi, si le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est celui issu de l'œuvre du juge, se pose la question de savoir si l'expression « origine jurisprudentielle », en ce qu'elle est plus communément employée, ne devrait pas être substituée à celle d' « origine prétorienne », synonyme mais moins rencontrée.

**78. Décalage originel** – Les deux termes, s'ils sont sans doute extrêmement proches, ne sont cependant pas véritablement synonymes ou, du moins, ne seront pas considérés comme tels dans cette étude. L'assimilation entre les origines prétorienne et jurisprudentielle est d'ailleurs historiquement inexacte<sup>502</sup>. En effet, l'expression « jurisprudence »<sup>503</sup> ne désignait aucunement les œuvres créatrices des juges mais la connaissance du droit<sup>504</sup> « avisée, réfléchie, sage : toutes nuances qui sont contenues dans le mot *prudencia* »<sup>505</sup>. Elle était

---

<sup>498</sup> Voir : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Prétorien, ienne », p. 792

<sup>499</sup> « La jurisprudence est alors synonyme de règle jurisprudentielle ou règle prétorienne, par référence aux « juges » romains dénommés préteurs » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 110). Au sein du dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, la définition du terme « prétorien » renvoie à celle de « jurisprudentiel » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Prétorien, ienne », p. 792).

<sup>500</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Prétorien, ienne », p. 792.

<sup>501</sup> Au sein des manuels d'introduction au droit existe toujours un développement consacré à la « jurisprudence » plutôt qu'au « droit prétorien », expression qui est d'ailleurs généralement absente des indexes.

<sup>502</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°17, p. 39.

<sup>503</sup> V. SENN, *Les origines de la notion de jurisprudence*, Sirey, 1926.

<sup>504</sup> « Dans un sens vague et archaïsant, la jurisprudence est la science du droit » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°142, p. 267) ; « Dans un sens ancien, la science du droit » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Jurisprudence », p. 505).

<sup>505</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°18, p. 39 ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 11 et s.

développée par des sages désignés à la fois comme des *jurisprudents*, car menant une réflexion prudente sur le droit<sup>506</sup>, ayant les qualités requises pour trouver la bonne solution, et des *jurisconsultes*, parce qu'ils étaient également des spécialistes que les particuliers venaient consulter. Ce qui était dénommé « jurisprudence » à Rome correspond aujourd'hui à la doctrine<sup>507</sup>, c'est-à-dire à la réflexion sur le droit. Les solutions dégagées par ces hauts personnages antiques constituaient un « véritable droit, le droit des prudents »<sup>508</sup>. Il est intéressant d'ajouter que cette signification romaine du mot « jurisprudence » est proche de celle qu'il revêt en anglais<sup>509</sup> et en allemand où il désigne la théorie générale du droit<sup>510</sup>, la réflexion sur les grands principes. Pour désigner ce qui est appelé, dans le système juridique français contemporain, la « jurisprudence », les anglais utilisent le vocable : *the decisions of the Courts*<sup>511</sup> ou *case law*<sup>512</sup>. Les expressions de « droit prétorien » et de « jurisprudence » ne sont donc pas originairement synonymes mais semblent quasiment l'être devenues. C'est ainsi dans leurs sens contemporains et voisins qu'il convient de comparer les termes « jurisprudentiel » et « prétorien ».

**79. Plan** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est celui ayant été créé par le juge. Cette affirmation, aussi simple soit-elle, soulève une importante interrogation théorique. La question se pose de savoir si la création par le juge de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne fait partie de ce qui est appelé la jurisprudence ou si elle s'en différencie. Il convient de préciser qu'il ne s'agira pas pour cela de démontrer de manière absolue et irréfutable ce qu'est la jurisprudence, tâche clairement impossible. Cette question est surtout affaire de conceptions sur le droit, ce qu'il est et ce qu'il doit être, aucune d'elles n'étant réellement vraie ou fausse. Il s'agit en définitive de déterminer à quelle conception de la jurisprudence ces propos devront être rattachés (1), de manière à prendre position de manière cohérente sur le point de savoir si la création de mécanismes correcteurs par le juge fait partie de la jurisprudence (2).

### 1. La jurisprudence, le choix d'une conception

**80. Plan** – Déterminer si la création par le juge de mécanismes correcteurs s'apparente à de la jurisprudence nécessite qu'au préalable soit précisé à quelle conception de la jurisprudence les propos de cette étude doivent être rattachés. Dans ce but, il convient, d'une

---

<sup>506</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 109-110.

<sup>507</sup> F. ZENATI, « Clore enfin de débat », préc. ; R. DAVID, « La jurisprudence », *RRJ*, 1985. 783.

<sup>508</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 12.

<sup>509</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°346, p. 283 ; J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *La jurisprudence*, *APD*, Sirey, t. 30, 1985, p. 105.

<sup>510</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 110 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°339, p. 243 : « En langue anglaise, les termes de *jurisprudence* et *jurisprudenz* ont une tout autre signification : ils désignent la science du droit, la théorie générale du droit ou la philosophie du droit, ce qui correspond d'ailleurs à l'étymologie latine » ; C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode? », *La jurisprudence*, *APD*, Sirey, t. 30, 1985, p. 35 et s.

<sup>511</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°18, p. 41, nbp n°1 ; A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et PUAM, 3<sup>ème</sup> éd. 2002, n°37, p. 119 ; B. DURAND, C. CHENE et A. LECA, *Introduction historique au droit*, éd. Montchrestien, collection Pages d'amphi, éd. 2004, p. 176.

<sup>512</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°50, p. 67 ; P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°187, p. 153 ; L. BACH, « jurisprudence », préc., n°159 ; M. LASSER, « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation, Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTDciv.* 2006. 691 ; F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15.

part, d'étudier la notion fort complexe de jurisprudence (a) pour, d'autre part, rattacher cette étude à l'une des conceptions de la jurisprudence (b).

#### a. La notion de jurisprudence

**81. Une notion mystérieuse** – Si l'étude de la notion de « jurisprudence »<sup>513</sup> est indispensable ici, au fil des lectures, elle révèle tout le mystère<sup>514</sup> entourant cet objet et prédit la tâche difficile.

La jurisprudence est indispensable à l'appréhension et à la connaissance du droit positif<sup>515</sup> et le terme est constamment employé par les juristes. Il aurait alors été possible de déduire de ces constatations qu'une définition relativement consensuelle de cette notion existe. Cependant, il n'en est rien<sup>516</sup>, elle « demeure, pour l'essentiel, une terra incognita »<sup>517</sup>. En effet, dès les prémices des recherches sur cette notion il apparaît que règne sur la question une grande incertitude<sup>518</sup>. Peut-être est-ce, comme l'évoque Monsieur Frédéric Zénati, parce qu'il y a « là une entité trop fondamentale pour souffrir d'être réduite à une formulation dogmatique »<sup>519</sup>.

Aujourd'hui, le terme de « jurisprudence » est polysémique<sup>520</sup>, en témoigne notamment le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu<sup>521</sup>. En effet, cet ouvrage retient pas moins de six définitions différentes, allant de « l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière soit dans une branche du Droit » à l'« habitude de juger dans un certain sens » en passant par l'« ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit ou même dans la création du

---

<sup>513</sup> L. BACH, « jurisprudence », préc. ; J. GHESTIN, « Les données positives du droit », *RTDciv.* 2002. 11 ; « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », *RTDciv.* 1992. 337 ; « D'autres propos sur la jurisprudence », *RTDciv.* 1993. 87 ; E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, 1985 ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc. ; *La jurisprudence*, APD, Sirey, t. 30, 1985 ; D. DELON, *La jurisprudence, source du droit*, th., Paris, 1980 ; O. DUPEYROUX, « La doctrine française et la jurisprudence source du droit », *Mél. Marty*, 1978, p. 463 et s. ; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et Sources du droit*, t. I, préc. ; P. ESMEIN, « La jurisprudence et la loi », *RTDciv.* 1952. 17 ; J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », t. 1, *Mél. Ripert*, 1950, p. 28 et s.

<sup>514</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°347, p. 283. Avant lui : « irréductible mystère » (P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 370).

<sup>515</sup> Aussi une place est toujours faite à la notion de « jurisprudence », aussi complexe soit-elle, dans les manuels d'introduction au droit. Par exemple : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 109 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°438 et s., p. 227 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°346 et s., p. 283 et s. ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n° 197 et s., p. 173 et s. ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°339 et s., p. 281 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°142 et s., p. 267 et s.

<sup>516</sup> « son objet paraît aussi peu défini que son enjeu. Les fortes réflexions consacrées au phénomène jurisprudentiel semblent dispensées de préciser de quoi elles traitent » (C. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTDciv.* 2007. 23).

<sup>517</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 2.

<sup>518</sup> Elle « a le charme – apprécié des non-initiés – des concepts flous et syncrétiques qui permettent de désigner plusieurs réalités à la fois sans identifier aucune d'entre elles de manière certaine » (F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 2).

<sup>519</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 2.

<sup>520</sup> L. BACH, « jurisprudence », préc., n°1 ; P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989. Chron. 149 ; C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », préc.

<sup>521</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Jurisprudence », p. 587-588.

Droit ». Le *Dictionnaire de la Culture juridique*<sup>522</sup>, quant à lui, distingue deux acceptions possibles de la jurisprudence, d'un côté « l'ensemble des règles qui émanent des juges » et de l'autre « l'ensemble des décisions juridictionnelles des seules Cours suprêmes ». Dans le *Dictionnaire de la justice*<sup>523</sup>, il est expliqué qu'il est primordial de distinguer « justice » et « jurisprudence ». En effet, la jurisprudence décrit l'action permettant « l'extension de l'interprétation retenue par le juge dans un cas donné, à un cas similaire traité par un autre juge », elle serait « l'ensemble des processus qui contribuent à garantir l'unification de l'interprétation du droit donné par les tribunaux » et ainsi ne concernerait que les juridictions pouvant « imposer » leur interprétation aux juridictions inférieures, soit la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

Au-delà des dictionnaires, la lecture de la doctrine donne sensiblement le même éclairage sur la notion de jurisprudence, soit une incertitude sur sa définition. Celle-ci fluctue en fonction de la matière, la juridiction et de la perspective retenue par chacun, certains ne retenant que quelques décisions comme étant de la jurisprudence.

Sans que cette vision soit générale, la jurisprudence est parfois envisagée dans son sens originel comme une science du droit<sup>524</sup>. Elle peut désigner également l'habitude de juger dans un sens<sup>525</sup>. La plupart des auteurs<sup>526</sup> débutent leur présentation en expliquant que ce terme désigne communément l'ensemble des décisions rendues. Ils s'empressent cependant de poursuivre en relevant la complexité de la question. La jurisprudence serait en effet plus précisément issue de la partie émergée des décisions des juridictions, « connue et analysée par ceux qui expriment celle-ci, au sein mais aussi en dehors de l'appareil judiciaire »<sup>527</sup>. Elle est le droit positif<sup>528</sup>, la règle de droit telle qu'elle est concrètement appliquée, elle révèle la règle applicable à une situation mais également la signification exacte de cette règle. Elle ne peut ainsi être le fruit de n'importe quelle décision de justice, rendue dans n'importe quelles conditions<sup>529</sup>. Il faudrait ainsi distinguer l'activité jurisprudentielle de l'activité juridictionnelle<sup>530</sup>, la première reposant « sur les qualités de reproduction des opérations effectuées par certaines catégories de décisions » et la seconde résultant « de la production,

---

<sup>522</sup> M. DEGUERGUE, « Jurisprudence », *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 883 et s.

<sup>523</sup> E. SERVERIN, « Jurisprudence », *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. CADIET, PUF, 2004, p. 711 et s.

<sup>524</sup> L. BACH, « jurisprudence », préc., n°3 ; la jurisprudence est envisagée « comme science juridique pratique » c'est-à-dire comme désignant « les juristes, les experts en droit : qu'ils soient législateurs, administrateurs publics ou privés, juges, avocats, notaires, consultants, professeurs, écrivains, opérateurs qualifiés. » (L. LOMBARDI-VALLAURI, « Jurisprudence », *Vocabulaire fondamental du droit, APD*, t. 35, 1990, Dalloz, p. 191 et s.) ; C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », préc.

<sup>525</sup> L. BACH, « jurisprudence », préc., n°6.

<sup>526</sup> L. BACH, *Rép. Civ. Dalloz*, rubrique « Jurisprudence », septembre 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°5 ; « En un premier sens, la jurisprudence est l'ensemble des décisions rendues, soit par une même juridiction [...], soit sur une même question » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 110) ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°347 et s., p. 283 et s. ; La jurisprudence est « l'ensemble des décisions de justice, en tant qu'elles fixent la solution des problèmes de droit » (J J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°129, p. 125) ; J-L. AUBERT, « Pour des rébellions constructives », *RTDciv.* 1992. 338 ; C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », préc.

<sup>527</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°347 et s., p. 283 et s.

<sup>528</sup> « On désigne par jurisprudence, en opposant ce terme à la doctrine et à la pratique extra-judiciaire, l'état actuel du droit, tel qu'il est reflété par l'ensemble des solutions qui, dans une matière donnée se trouvent consacrées par les décisions des tribunaux » (J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°113, p. 152).

<sup>529</sup> J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°169, p. 168 ; C. GRZEGORCZYK, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », préc. ; P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », préc.

<sup>530</sup> P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », préc.

dans des conditions procédurales déterminées, d'actes décisionnels à caractère individuel »<sup>531</sup>. Pour faire partie de la jurisprudence, la solution invoquée doit bénéficier du « support d'une décision dotée d'une particulière autorité »<sup>532</sup>. Sont alors privilégiés les arrêts des hautes juridictions des ordres administratif et judiciaire. Celles-ci ont le pouvoir d'imposer aux autres juges de leur ordre une interprétation déterminée de la règle de droit, leurs décisions « présentent les caractères d'abstraction et de généralité, qui en assurent la reproductibilité dans des situations équivalentes, et qui peuvent fonder des déductions pour l'action »<sup>533</sup> et bénéficient d'un privilège de diffusion. Cependant, tous les arrêts rendus par ces juridictions n'ont pas la même portée, seuls présentant un intérêt les arrêts tranchant une question d'interprétation d'une règle de droit donnée et, par leur formulation, prenant la forme d'un arrêt de principe. De plus, une jurisprudence véritable nécessiterait une répétition de décisions identiques<sup>534</sup> suffisamment motivées car c'est cela qui permet de comprendre le « corps de pensée que constitue une jurisprudence »<sup>535</sup>.

Ressort de cette lecture la complexité de la question. La jurisprudence est-elle composée de l'ensemble des décisions ou seulement de certaines d'entre elles ? S'il est souscrit à cette dernière hypothèse, quelles décisions concourent à la formation de la jurisprudence ? Le terme désigne-t-il le produit, son auteur ou son activité ? Il est impossible aujourd'hui de prétendre détenir la vérité sur ce qu'est la jurisprudence. Sur la question, seules ont cours les considérations personnelles. La seule certitude qu'il est possible d'avoir, comme le souligne Monsieur Frédéric Zénati, est que « la jurisprudence existe pour être aussi envahissante et palpable que la loi ; qu'elle participe au fonctionnement de l'univers juridique, forme des étudiants, inspire des juges et des législateurs, fonde des contrats »<sup>536</sup>.

Malgré ces incertitudes, il est nécessaire ici de prendre position et de déterminer à quelle conception de la jurisprudence cette étude se rattache.

## b. La conception de la jurisprudence retenue

---

<sup>531</sup> E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société* 25-1993, p. 339 et s.

<sup>532</sup> J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°169, p. 168.

<sup>533</sup> E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », préc. Il faut noter, cependant, la récente mise en place d'une base de donnée (JuriCA) qui offre un accès exhaustif aux arrêts civils des cours d'appel (voir sur ce point : X. HENRY, « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », *D.* 2011. 2609 ; E. SERVERIN, « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », *D.* 2009. 2282).

<sup>534</sup> J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°169, p. 168-169 ; « ensemble des décisions judiciaires d'où se dégage une règle de droit constamment suivie par le juge dans le passé ou à laquelle il se tiendra probablement à l'avenir » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°339, p. 280) ; « Un arrêt isolé « ne fait pas jurisprudence » ! La normalisation des solutions jurisprudentielles suppose une volonté délibérée de créer du droit, une expression solennelle de la règle établie et une constance suffisante des solutions retenues » (J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ.* 1993-4. 1057, spéc. 1061) ; « une chaîne ininterrompue de décisions semblables » (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, LGDJ, 1932, p. 2). Cependant : « l'expérience prouve qu'un seul arrêt peut suffire à fixer la jurisprudence » « L'arrêt unique ne peut prétendre inaugurer une jurisprudence constante que s'il se présente sous les aspects d'un arrêt de principe » (P. JESTAZ et P. CAPOULADE, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Doc. fr. 1994, p. 207 et s., spéc. p. 208 et p. 220) ; « il est fréquent qu'un seul arrêt fasse jurisprudence » (P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », préc., spéc. 153). Voir également : C. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984. I. 3145.

<sup>535</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°347 et s., p. 283 et s.

<sup>536</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 2.

## 82. La jurisprudence, les règles issues de certaines décisions des hautes juridictions –

Le doute n'étant plus permis sur l'incertitude générale régnant sur la question, il convient d'en tirer toutes les conséquences et de déterminer ce qui est considéré comme étant de la jurisprudence pour l'auteur de ces pages.

Ne sera pas retenue la conception extensive selon laquelle la jurisprudence serait constituée de l'ensemble des décisions rendues par les juridictions<sup>537</sup> car il s'agit d'une assimilation entre la jurisprudence et l'activité juridictionnelle<sup>538</sup>. Il faut noter qu'aujourd'hui la plupart des auteurs s'accordent pour reconnaître cette différence<sup>539</sup>. Au contraire, est choisie une acception plus spécifique de la jurisprudence l'envisageant comme « la règle énoncée par les juges sous une forme générale à l'occasion de l'application à un cas particulier »<sup>540</sup>. Il faut préciser que ces règles ne peuvent être issues que des motifs<sup>541</sup> des décisions qui, du fait de certaines caractéristiques, telles que leur apport à l'état du droit, la précision et la clarté de leur interprétation, ou la constance de leur solution permettent l'éventuelle extension de la proposition de droit à une autre affaire. La jurisprudence n'est donc généralement le fait que de certaines décisions des hautes juridictions puisqu'elles seules peuvent « imposer » leurs interprétations aux juridictions inférieures et uniformiser les solutions apportées à un même type de litiges et car, pour les besoins de leur office, elles formulent naturellement des règles générales. La Cour de cassation, au sein de l'ordre judiciaire, a ce pouvoir du fait d'une autorité importante<sup>542</sup>. D'une part, elle bénéficie d'une autorité de droit, puisqu'elle peut imposer sa « doctrine »<sup>543</sup> à la juridiction de renvoi lorsqu'elle statue sur un second pourvoi<sup>544</sup>. Ce pouvoir est une conséquence directe du rôle d'unification de l'interprétation de la règle de droit par les juridictions de l'ordre judiciaire détenu par la Cour de cassation. D'autre part et surtout, elle jouit d'une autorité de fait grâce à laquelle les juges du fond suivent généralement ses solutions. « On ne peut en effet négliger le caractère hiérarchique de l'organisation judiciaire, en vertu duquel l'autorité des arrêts de la Cour de cassation s'impose fatalement aux juridictions inférieures, et surtout l'autorité des arrêts de cette Cour rendus toutes Chambres réunies »<sup>545</sup>. Les cours d'appel n'étant pas à même de donner une interprétation uniforme de la règle, leur proposition n'en a pas encore le statut. Le Doyen

---

<sup>537</sup> Cf. *supra* § n°81.

<sup>538</sup> E. SERVERIN, « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », préc. ; Voir également : C. BEROUJON, « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTDciv.* 1995. 579 ; M-C. RIVIER, « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », *D'autres propos sur la jurisprudence*, *RTDciv.* 1993. 89 ; P. JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », préc.

<sup>539</sup> Cf. *supra* § n°81.

<sup>540</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 110.

<sup>541</sup> « c'est la motivation des décisions, soutien du dispositif de celles-ci, qui permet de comprendre le corps de pensée que constitue une jurisprudence » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°348, p. 284) ; « La jurisprudence prend naissance dans l'obligation d'énoncer les motifs justifiant une décision particulière. La règle jurisprudentielle procède de l'obligation de motiver » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 112) ; F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007. Chron. 1553 ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, n°105. 3 ; R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681.

<sup>542</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°2, p. 10 ; « Pour qu'il soit possible d'affirmer que telle question est réglée de telle manière par les juges [...] il faut, à tout le moins, que le solution invoquée bénéficie du support d'une décision dotée d'une particulière autorité » (J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n° 169, p. 168) ; « la jurisprudence est d'abord un "phénomène d'autorité" » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°362, p. 296).

<sup>543</sup> P. DEUMIER, « La « doctrine de la Cour de cassation » : opinion ou précédent ? », *RTDciv.* 2006. 73 ; N. MOLFESSIS, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTDciv.* 2003. 567 ; F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avril 2003, p. 3.

<sup>544</sup> Et ce depuis la loi du 1<sup>er</sup> avril 1837.

<sup>545</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°2, p. 10.

Cornu rappelait que « les juridictions du fond ont un rôle essentiel dans la formation d'une jurisprudence et parfois dans son évolution » mais qu'il est vrai que, « sur les questions de droit, une jurisprudence n'est vraiment fixée qu'à partir du moment où la Cour de cassation l'a consacrée »<sup>546</sup>. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment considéré, dans une décision rendue le 8 avril 2011, que les décisions des juges du fond ne peuvent constituer une jurisprudence constante<sup>547</sup> tant que la solution n'a pas été soumise au Conseil d'État en l'espèce.

Ainsi, la jurisprudence est considérée comme étant constituée des règles qui, dégagées à l'occasion de certains litiges, peuvent être employées au règlement d'autres affaires, et n'est le fait, en droit privé, que de la Cour de cassation<sup>548</sup>.

Cette conception de la jurisprudence a le mérite d'impliquer le pouvoir créateur de règles de droit du juge et d'ainsi prendre acte de ce qu'il est progressivement admis<sup>549</sup>, le débat pouvant à présent prendre pour point de départ un pouvoir assumé. D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même semble l'admettre. Pour s'en convaincre, il est utile de se référer à la présentation de la juridiction apparaissant sur le site internet lui étant consacré<sup>550</sup> dans laquelle elle reconnaît à demi-mot créer du droit. Y est évoqué la jurisprudence de la Cour de cassation, qui « se forme progressivement, en fonction des pourvois et des moyens invoqués [...] au fur et à mesure des problèmes soulevés ». En étant « à l'écoute de la société française - et maintenant européenne - [...] la Cour dit le droit en l'adaptant aux évolutions de cette société, qu'elles soient politiques, sociales, économiques, internationales, techniques, ou même technologiques ». Elle procède ainsi à une « relecture, dans le temps, du sens à donner à la loi, en fonction des changements de la société et de la manière dont ceux-ci sont perçus » et comble « les lacunes du droit positif, l'article 4 du Code civil interdisant au juge de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Cette reconnaissance était nécessaire pour que soient organisées les conséquences concrètes de l'action de la jurisprudence, par la modulation dans le temps de ses effets, par exemple. Il est également possible d'illustrer à la fois cette nécessité et la reconnaissance effective par la Cour de cassation de son pouvoir créateur par la détermination de l'étendue de la

---

<sup>546</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°439, p. 228, nbp n°16.

<sup>547</sup> Cons. const., 8 avril 2011, n° 2011-120 QPC, cons. 9, *AJDA* 2011. 758, *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile* ; *JCP* 2011. 604, n° 16, obs. B. MATHIEU, *RTDciv.* 2011. 495, obs. P. DEUMIER.

<sup>548</sup> Il est intéressant de noter qu'alors qu'aujourd'hui la Cour de cassation est à l'origine de la création jurisprudentielle, elle a, à l'origine été conçue pour la réprimer en luttant contre l'insubordination des parlements (F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », préc.).

<sup>549</sup> « Qui, au sein de la communauté des juristes, conteste aujourd'hui le pouvoir créateur du juge en général, et de la Cour de cassation en particulier ? L'avocat dont les écritures sont nourries d'arrêts petits et grands ? Le magistrat qui prend le plus souvent appui sur les précédents ? La doctrine qui n'a de cesse de commenter la jurisprudence ? Le professeur qui en transmet la connaissance à ses étudiants ? Ces étudiants qui, à l'heure d'entamer la rédaction de leur énième commentaire d'arrêt, ne peuvent s'empêcher de sourire en repensant à l'intitulé de leur devoir de première année : La jurisprudence est-elle source de droit ? Oui, bien sûr, la jurisprudence est source de droit. Oui, évidemment, la Cour de cassation dispose d'un pouvoir prétorien. La seule question est celle de ses limites. » (F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796) ; « Le débat a porté alors sur la question de savoir si on peut la considérer comme une source formelle du droit [...]. Certains auteurs ne le pensent pas, tandis que d'autres, bien plus nombreux que par le passé, l'acceptent » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°359, p. 293). « Ce second point mérite sans doute davantage d'explication. Non pas tant que la question de savoir si la jurisprudence est une source de droit soit encore véritablement discutée » (*Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 10) ; « les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative » (H. BATIFFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », in *Marx et le droit moderne*, *APD*, t. 12, 1967, p. 335). Exception par exemple : « la jurisprudence n'est pas une source du droit » mais une autorité (J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°172, p. 175-177).

<sup>550</sup> « Présentation de la Cour de cassation », site internet de la Cour de cassation ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).



responsabilité des professionnels du droit. Leur devoir de conseil couvre « le droit positif au moment de leur intervention »<sup>551</sup>, droit positif incluant explicitement la jurisprudence et dont ils doivent donc connaître le degré de certitude et agir en conséquences. La formule peut être considérée comme la reconnaissance, par la Cour de cassation, de son pouvoir créateur, en ce qu'elle intègre la jurisprudence au droit positif et fait d'une évolution jurisprudentielle un changement du droit<sup>552</sup>. « Si l'on veut bien admettre que le droit positif est l'ensemble des règles de droit effectivement en vigueur dans une société donnée [...] alors l'inclusion de la jurisprudence en son sein apparaît assez remarquable »<sup>553</sup>.

Ainsi, la jurisprudence semble pouvoir être considérée comme créatrice de règles de droit et pleinement, et de manière indépendante, faire partie du droit positif. Cependant, reste à déterminer si la création de mécanismes correcteurs est une création jurisprudentielle ou prétorienne.

## 2. Mécanisme correcteur d'origine prétorienne et jurisprudence

**83. La jurisprudence est liée à la règle** – L'intérêt porté ici à la notion de « jurisprudence » a pour objectif de déterminer si le mécanisme correcteur issu de l'œuvre du juge est une création pouvant être qualifiée de jurisprudentielle en cohérence avec la conception retenue.

Nous verrons que le droit est envisagé dans cette étude comme un système dans lequel interagissent des règles et d'autres objets, tels que des mécanismes<sup>554</sup>. Ceux-ci ne sont, en conséquences, pas considérés comme des règles au sens strict du terme<sup>555</sup>. À la lumière de ces éléments, la conception de la jurisprudence retenue, selon laquelle le terme désigne les règles issues des décisions qui, dégagées à l'occasion de certains litiges, peuvent être employées au règlement d'autres affaires<sup>556</sup>, ne manque pas d'interroger. La création jurisprudentielle se limite-t-elle aux règles ? Dans l'hypothèse d'une réponse positive, comment alors désigner ses autres créations ? Les termes de « prétorien » et de « jurisprudentiel » semblent assimilés par la doctrine<sup>557</sup>, tous deux pouvant désigner la création de règles par le juge. La rencontre, au sein de la matière juridique, de véritables synonymes est cependant fort rare<sup>558</sup>. Le plus souvent, existe une différence, parfois infime, certes, mais réelle, entre deux mots employés de manière similaire, et il est alors choisi de les utiliser ainsi<sup>559</sup>. Il est ainsi probable que la dualité de termes existante s'accompagne d'une dualité de signifiés.

---

<sup>551</sup> « l'état du droit positif existant à l'époque de l'intervention » (Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 mars 2006, n° 04-10101, *Bull. civ.* 2006, I, n° 136, *RTDciv.* 2006. 521, obs. P. DEUMIER et 580, obs. P.-Y. GAUTIER, *JCP N* 2006, 1217, note F. BUY, *JCP G* 2006, I, 166, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; déjà, Civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1997, *Bull. civ.* I, n° 328 ; *RTDciv.* 1998. 210, obs. N. MOLFESSIS, 367, obs. J. MESTRE).

<sup>552</sup> « Qu'on se le dise, la jurisprudence est bien une source du droit ! Voilà la message que délivre la première chambre civile » (F. BUY, « Responsabilité professionnelle, Le notaire et la jurisprudence », *JCP N* 2006. 1217) ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est source de droit », *RRJ* 2001.77 ; N. MOLFESSIS, « La portée des revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 1998. 210.

<sup>553</sup> F. BUY, « Responsabilité professionnelle, Le notaire et la jurisprudence », *JCP N* 2006. 1217.

<sup>554</sup> Cf. *infra* § n°161 et s.

<sup>555</sup> Cf. *infra* § n°140.

<sup>556</sup> Cf. *supra* § n°82.

<sup>557</sup> Cf. *supra* § n°77.

<sup>558</sup> « Les véritables synonymes sont rarissimes [...] Deux termes ne sont, à proprement parler, synonymes que lorsqu'ils possèdent exactement le même sens, de telle sorte que, pour exprimer la même chose, ils sont absolument interchangeable. [...] Le vocabulaire juridique est défavorable à la synonymie parce qu'il est à la recherche de la plus haute précision » (G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°34, p. 173-175).

<sup>559</sup> Par exemple : « Nous parlerons indifféremment de règle ou norme juridique. L'extrême dispersion des distinctions parfois proposées entre des concepts que désigneraient respectivement ces deux vocables recommande de s'en tenir à l'usage terminologique le plus répandu. Pour certains, normes et règles constituent

Il peut être considéré que le mot « jurisprudence » est plus précis que ceux de « création prétorienne ». En effet, cette première notion semble être inextricablement liée à la règle<sup>560</sup>. Le terme est généralement employé lorsqu'il est question de l'interprétation ou de la création d'une règle<sup>561</sup>, la jurisprudence est considérée comme ayant un caractère normatif<sup>562</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'elle est au cœur d'un débat ayant pour objet son appartenance à la catégorie des sources du droit. La théorie des sources du droit étant construite autour de la notion de règles<sup>563</sup>, s'interroger sur le point de savoir si la jurisprudence est une source de droit revient à se demander si le juge crée véritablement des règles de droit<sup>564</sup>. Ainsi, les arguments utilisés pour refuser à la jurisprudence un statut de source du droit tendent à démontrer qu'elle ne crée pas de règle. C'est le cas, par exemple, lorsque l'article 5 du Code civil, interdisant au juge de statuer par voie d'arrêt de règlement, est brandi comme empêchant la reconnaissance de cette qualité à la jurisprudence<sup>565</sup>. Ce texte rappelle que les décisions des juges ne peuvent avoir d'effet obligatoire pour l'avenir, un effet traditionnellement attaché à la règle<sup>566</sup>.

Le terme « prétorien » peut être employé de manière plus large, désignant toute création du juge en incluant les règles mais sans nécessairement s'y limiter. Le terme « jurisprudence » est largement préféré lorsqu'il s'agit de discuter de la place du phénomène au sein des sources du droit alors que celui de « prétorien » désigne, de manière plus neutre, les créations du juge. Lorsqu'il s'agit de citer les composantes du droit positif, les sources des règles de droit, le terme « jurisprudence » est choisi. À ce stade, cette différenciation permet de préciser et donc d'enrichir la définition de la jurisprudence proposée.

---

deux catégories différentes, mais l'accord cesse lorsqu'il s'agit de repérer le genre et l'espèce. D'autres voient plutôt dans la norme une composante de toute règle. Voilà qui est affaire de convention » (A. JEAMMAUD, « La règle comme modèle », *D.* 1990. 199) ; « Si le concept n'est qu'une « abstraction sans point fixe dans la constellation des idées » et s'il se transforme en notion juridique, c'est-à-dire en abstraction d'une situation de fait dotée d'effets de droit, cette transformation ne peut s'accomplir que par l'entremise d'une autorité titulaire du pouvoir de créer du droit. Mais on s'abstiendra ici, dans cette quête des concepts émergents en droit, d'opposer les concepts et les notions juridiques. » (J.-L. BERGEL, « À la recherche de concepts émergents en droit », préc.).

<sup>560</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 110 : « la jurisprudence désigne la règle énoncée par les juges sous une forme générale à l'occasion de l'application à un cas particulier. La jurisprudence est alors synonyme de règle jurisprudentielle » ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 82 : « la jurisprudence est aussi envisagée comme un phénomène normatif ; l'ensemble des décisions est en quelque sorte considéré comme un terrain de solutions juridiques de principe. Le sens principal du mot jurisprudence est donc aujourd'hui : règle de droit d'origine juridictionnelle, précédent ».

<sup>561</sup> *La création du droit par le juge*, APD, t. 50 ; C. ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », préc. ; J.-P. GRIDEL, « Les sources du droit privé français aujourd'hui », préc. ; J.-F. WEBER, *La Cour de cassation*, Etudes de la documentation française, 2006, p. 109 et s. ; F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », in *La création du droit par le juge*, J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, Dalloz, 2007, p. 89 et s. ; T. REVET, « La jurisprudence », *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377 et s. ; P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source de droit », préc. ; J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », préc. ; E. SERVERIN, « Jurisdiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », préc. ; M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *La jurisprudence aujourd'hui*, RTDciv. 1992. 344 ; R. DAVID, « La jurisprudence », préc. ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », préc.

<sup>562</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°339, p. 281. De même pour Monsieur François Terré, la jurisprudence consacre « des règles juridiques » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°357, p. 291).

<sup>563</sup> Cf. *supra* § n°74.

<sup>564</sup> J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », préc.

<sup>565</sup> Par exemple : V. HEUZE, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc. ; X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc. Pour un exposé de l'argument : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°357, p. 292.

<sup>566</sup> Cf. *infra* § n°134 et s.

Au sens de cette étude, la notion de jurisprudence désigne les règles créées par le juge. Les mécanismes correcteurs n'étant pas ici considérés comme des règles au sens strict, leur origine n'est pas, à proprement parler, jurisprudentielle mais, plus largement, prétorienne. Réserver le terme « jurisprudence » à la création de règles par le juge est un utile moyen d'asseoir cette différence fondamentale. De plus, cette exclusivité cantonne le débat sur la nature de la jurisprudence à la création de règles par le juge. Le terme de « prétorien » serait ainsi plus large et engloberait la jurisprudence en désignant toutes les créations du juge. L'emploi du terme de « jurisprudence » doit donc, dans cette étude, rester attaché à la règle. Utilisé ainsi il gagne en précision et la conception du droit en ouverture car la création par le juge d'autres objets que la règle peut être envisagée.

**84. Conclusion de la section** – La création du droit par le juge est un phénomène étudié et discuté, mais pas nécessairement à travers l'emploi de l'expression « origine prétorienne ». Aussi, le choix de l'utiliser pour désigner les mécanismes correcteurs créés par les juges devait être justifié. La première de ses composantes, l'« origine » s'est imposée face à la très controversée théorie des sources du droit car elle est plus neutre en n'impliquant pas la création d'une règle. L'indétermination du sens de la notion de source, la controverse l'entourant et sa construction tournée essentiellement autour de la règle, n'ont pas fait de ce terme le plus approprié ici. La seconde composante de l'expression « origine prétorienne », une fois son sens précisé, a été préférée à une référence à la jurisprudence, pourtant majoritairement utilisée pour désigner la création du droit par le juge. Il est en effet apparu que le terme « jurisprudence » est plus spécifiquement employé lorsqu'il s'agit de s'interroger sur le point de savoir si elle est une source du droit et ainsi si le juge crée des règles. Étant considéré ici que le mécanisme n'est pas une règle, sa création ne peut être désignée par le phénomène jurisprudentiel. Un terme plus large, celui de « prétorien », représentant les créations du juge, est plus approprié et enrichit les définitions des mots « jurisprudence » et « prétorien ».

Le sens de la notion d'« origine prétorienne » précisé, il convient d'en apprécier la complexité. En effet, les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, s'ils se rangent tous sous ce même qualificatif et ont ainsi été créés par le juge, ont néanmoins des origines précises différentes. Face à l'étude d'objets pour la plupart très anciens et omniprésents au sein du système juridique, la question de leur origine peut parfois sembler inextricable.

## **Section 2 : L'« origine prétorienne », une notion complexe**

**85. Plan** – Si le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est celui ayant été créé par le juge, reste à s'interroger sur la pertinence du recours à la notion de « création » au sein de la définition. Cette activité suppose en effet, dans son sens courant, que ce qui est créé n'existait pas. Il s'agit de l'« action de faire, d'organiser une chose qui n'existait pas encore »<sup>567</sup> ; or, selon les hypothèses, il est possible de se demander si ces mécanismes n'existaient pas avant leur utilisation par le juge. Il convient de préciser ici qu'il n'est pas question de s'intéresser à une quelconque préexistence au sens du droit naturel, c'est-à-dire un droit qui préexisterait dans la nature et d'où pourrait être issu le droit positif<sup>568</sup>. Il s'agit de s'interroger sur les autres origines positives possibles, concurrentes, complémentaires ou successives, de certains mécanismes correcteurs que le droit prétorien de manière à préciser ce que recouvre l'origine prétorienne des mécanismes correcteurs. L'origine du droit est parfois fort difficile à

---

<sup>567</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Création », p. 578.

<sup>568</sup> *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., « Droit naturel », p. 507-511.

déterminer. Par exemple, quelle peut être l'origine d'« une technique contractuelle née de la pratique, consacrée par une organisation professionnelle avant d'être reconnue par le juge, éventuellement avec la complicité d'un article du Code civil, pour finalement être organisée par une loi »<sup>569</sup> ? L'origine prétorienne caractérisant les mécanismes correcteurs « contient [...] plusieurs éléments différents »<sup>570</sup>, de réelles créations (§ 1) et ce qui peut être qualifié d'inventions (§ 2).

## § 1 – Les créations prétorienes

**86. Plan** – Certains mécanismes correcteurs peuvent être considérés comme ayant été véritablement créés par le juge, c'est-à-dire qu'ils ont été introduits au sein du droit positif par celui-ci. Le juge ne crée cependant jamais seul et de toutes pièces. Les mécanismes correcteurs semblent avoir été le fruit d'influences multiples dans leur construction. Des éléments pouvant être qualifiés de sources réelles<sup>571</sup> du droit ont concouru à leur élaboration (A). Il convient ainsi d'analyser l'influence de la participation de sources réelles du droit à la construction de mécanismes correcteurs sur leur réelle création par le juge (B).

### A. Les sources réelles du droit et les mécanismes correcteurs

**87. Plan** – La création prétorienne n'est pas un phénomène isolé, coupé de toute influence. La création du mécanisme correcteur de l'abus de droit, par exemple, doit beaucoup à la contribution de la doctrine (1). L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, de son côté, a été importée d'autres droits au sein du système juridique français (2).

#### 1. L'abus de droit et la doctrine

**88. La théorie de l'abus de droit** – L'abus de droit est, à l'origine, une théorie doctrinale<sup>572</sup>, consacrée par la jurisprudence<sup>573</sup> et ayant fait l'objet d'applications par le législateur<sup>574</sup>. Pour cette raison, il est souvent désigné comme une théorie, utilisée par les juges ou le législateur<sup>575</sup>. Certains auteurs ont cependant tenté de légitimer la notion en lui

<sup>569</sup> P. DEUMIER et T. REVET, « Sources du droit », préc., p. 1433.

<sup>570</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Complexe », p. 485.

<sup>571</sup> Cf. *supra* § n°74. Il est recouru ici aux notions de sources formelles et réelles du droit par facilité de langage pour désigner l'élaboration du droit et son inspiration sans qu'elle se limite aux règles (cf. *supra* § n°74).

<sup>572</sup> F. AUDREN et C. FILLON, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTDciv.* 2009. 39 ; P. ANCEL ET G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc. ; P. ANCEL et C. DIDRY, « L'abus de droit: une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse* : actes du séminaire de Genève, mai 1998, p. 51 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°761, p. 747-748 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°361 et s., p. 175 et s.

<sup>573</sup> B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°332 et s., p. 159 et s.

<sup>574</sup> P. ANCEL et C. DIDRY, « L'abus de droit: une notion sans histoire ? », préc. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°319 et s., p. 154 et s. Sur la participation d'un texte à l'élaboration d'un mécanisme correcteur dont l'expression globale est d'origine prétorienne cf. *infra* § n°94 et s.

<sup>575</sup> « Les applications jurisprudentielles de cette théorie sont innombrables [...] Cette démission de la doctrine a pour effet que le juge supporte seul, ou presque, le poids d'une théorie dont les applications sont impossibles à recenser tant elles sont diverses » (A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits, Réflexions sur la destinée des théories de Josserand », préc.) ; « Les applications positives de cette théorie sont, pour l'essentielle, l'œuvre

attribuant un passé ancien<sup>576</sup> ou en la reliant à la jurisprudence du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>577</sup>. Si la jurisprudence de l'époque connaît effectivement quelques décisions où l'idée portée par l'abus de droit est présente<sup>578</sup>, il peut être considéré qu'elle a été davantage forgée par la doctrine du début du XX<sup>ème</sup> siècle, une période marquée par une « extraordinaire floraison d'écrits doctrinaux sur l'abus de droit »<sup>579</sup>. Impulsée par une loi de 1890 admettant que l'exercice d'un droit légalement reconnu peut donner lieu à des dommages et intérêts<sup>580</sup>, la réflexion doctrinale s'est également inspirée des exemples de droit comparé<sup>581</sup>. Elle a surtout été nourrie par les débats entourant l'abus de droit. Ceux-ci portent sur ses frontières<sup>582</sup> et ses critères<sup>583</sup> et ont même été jusqu'à remettre radicalement en cause la notion<sup>584</sup>. Il semble ainsi que doctrine et jurisprudence aient concouru ensemble à sa construction, posant la question de la réelle origine prétorienne de l'abus de droit<sup>585</sup>. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, quant à elle, est une technique ayant préexisté dans d'autres droits.

## 2. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et les exemples étrangers

**89. L'estoppel** – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est bien connue des systèmes de *common Law*<sup>586</sup>. En effet, elle est issue d'une technique très célèbre, l'*estoppel*<sup>587</sup>, qui, malgré le fossé séparant ces deux systèmes juridiques, a trouvé une place au sein du droit français. En droit anglais, cette technique est, à l'origine, un remède d'*equity*<sup>588</sup>

---

de la jurisprudence » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°693, p. 675).

<sup>576</sup> J. CHARMONT, « L'abus du droit », préc. ; C. JAMIN, « Typologie des théories doctrinales de l'abus », *Revue Concurrence et consommation*, n°92, juillet-août 1996. 7.

<sup>577</sup> « c'est la jurisprudence qui, vers le milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, prit l'initiative de limiter l'exercice de certains droits subjectifs en invoquant leur usage abusif » (A. SÉRIAUX, « Abus de droit », préc.). « *se dégage la théorie de l'abus du droit édictée par la jurisprudence* » (H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », préc.) ; Dans le même sens, E. PORCHEROT, *De l'abus de droit*, th., L. Venot, 1901.

<sup>578</sup> Pour un exemple célèbre : Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856. 2. 9, l'affaire dite de la « fausse cheminée ».

<sup>579</sup> P. ANCEL et C. DIDRY, « L'abus de droit: une notion sans histoire ? », préc., spéc. p. 51.

<sup>580</sup> Loi du 27 décembre 1890 réglementant la résiliation unilatérale du contrat de travail (voir P. ANCEL et C. DIDRY, « L'abus de droit: une notion sans histoire ? », préc.).

<sup>581</sup> Sur l'influence du droit comparé dans la construction des mécanismes correcteurs cf. *infra* § n°89-90.

<sup>582</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ., 1932, n°909 et s. ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°245, p. 332-334 ; voir plus récemment : J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°766 et s., p. 752 et s.

<sup>583</sup> G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », préc. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°89 et s., p. 157 et s. ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°292, p. 394-395 ; E. PORCHEROT, *De l'abus de droit*, préc., p. 14.

<sup>584</sup> E. LEVY, « Responsabilité et contrat », *Rev. Crit.* 1899. 367.

<sup>585</sup> Cf. *infra* § n°88.

<sup>586</sup> Des techniques analogues existent dans la plupart des systèmes juridiques (E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Revue de l'arbitrage*, 1985. 241).

<sup>587</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005 », *RDC* 2006. 1279 ; *La confiance légitime et l'estoppel*, B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Droit privé comparé et européen* vol. 4, Société de législation comparée, 2007 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), ed. Economica, 2001, p. 4 ; H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », in *Mélanges Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303 ; O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th., Lyon, 1990.

<sup>588</sup> E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », préc., spéc. 246 ; Cf. *infra* § n°285 et s.

permettant au juge d'interdire à une personne d'avoir un comportement contraire à celui qu'elle a eu auparavant et ayant fait naître chez son adversaire une confiance légitime, alors que selon le *common law* rien n'aurait pu l'en empêcher<sup>589</sup>. Elle repose sur une exigence de bonne foi<sup>590</sup>.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est progressivement apparue en France, dans un premier temps comme principe général du droit du commerce international<sup>591</sup>, suscitant alors un vif intérêt en doctrine<sup>592</sup>, et dans un second temps sous l'impulsion de la Cour de cassation. En effet, la Cour a, implicitement puis explicitement, utilisé la règle de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>593</sup>, inspiré de l'*estoppel* anglais, allant jusqu'à la nommer sans traduction. Dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 6 juillet 2005<sup>594</sup>, l'*estoppel* a été utilisé pour rejeter la demande d'un justiciable qui, après avoir lui-même formé une demande d'arbitrage et participé à la procédure pendant plusieurs années, puis avoir été débouté par une sentence arbitrale ayant fait l'objet d'un exequatur en France, soutenait que le tribunal arbitral avait statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle. Il convient de noter que ce concept d'*estoppel* a été utilisé dans le contexte particulier de l'arbitrage international. Cependant, et ce malgré certaines réticences de la doctrine considérant que la technique ferait double emploi avec d'autres concepts<sup>595</sup>, la Cour de cassation y a fait référence dans un arrêt rendu en Assemblée plénière le 27 février 2009<sup>596</sup> dans un contexte de droit interne. Par cette décision, la Haute juridiction a cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans rendu le 10 juillet 2007, qui, après avoir relevé qu'une partie n'avait « pas cessé de se contredire au détriment de ses adversaires en leur réclamant devant deux juridictions différentes une chose et son contraire », avait décidé :

que ce comportement procédural, qui consiste pour un plaideur, tout en étant parfaitement informé de la situation, à soutenir en même temps deux positions incompatibles sera sanctionné, en vertu du principe suivant lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui (théorie de l'*estoppel*), par l'irrecevabilité des demandes actuelles.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation, a retenu, sur un moyen relevé d'office au visa de l'article 122 du Code de procédure civile<sup>597</sup>, « que la seule circonstance qu'une partie se

---

<sup>589</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'*estoppel* du droit anglais », préc. ; Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, Conseiller rapporteur.

<sup>590</sup> E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », préc., spéc. 246.

<sup>591</sup> E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'*estoppel* dans quelques sentences arbitrales récentes) », préc. ; O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, préc., n°3, p. 19-20.

<sup>592</sup> Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, Conseiller rapporteur ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'*estoppel* du droit anglais », préc. ; O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, préc.

<sup>593</sup> Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, Conseiller rapporteur.

<sup>594</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005, n° de pourvoi : 01-15912, *Bull. civ.* 2005 I n° 302 p. 252, *JCP G* 2005. I. 179, note J. ORTSCHIEDT, *D.* 2006. 1424, note E. AGOSTINI, *D.* 2005, pan. 3050, obs. T. CLAY.

<sup>595</sup> D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'*estoppel* : rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, préc., p. 247 et s. ; M. GRIMALDI, « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS, (dir.), Economica, 2001, p. 161, spéc. p. 173 ; N. JOBARD-BACHELLIER et S. HILLEL, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS, (dir.), Economica, 2001, p. 53.

<sup>596</sup> Ass. Pl. 27 février 2009, pourvoi n°07-19841, *Bull. AP*, n° 1, rapport BOVAL et concl. DE GOUTTES ; *D.* 2009. 723, obs. X. DELPECH, 1245, note D. HOUTCIEFF, 2010. 169, obs. N. FRICERO, et 285, Chron. E. AGOSTINI ; *JCP G* 2009. I. 142, n° 7, obs. Y.-M. SERINET, et II. 10073, note P. CALLE ; *RDC* 2009. 1019, G. VINEY ; *Gaz. Pal.* 19 mars 2009. 10, note T. JANVILLE ; *RTDciv.* 2010. 459, obs. N. DUPONT.

<sup>597</sup> Article 122 du Code de procédure civile : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée. ».

contredise au détriment d'autrui n'emporte pas nécessairement fin de non-recevoir ». L'arrêt relève « qu'en l'espèce, notamment, les actions engagées (par la partie dont les demandes avaient été déclarées irrecevables) n'étaient ni de même nature, ni fondées sur les mêmes conventions et n'opposaient pas les mêmes parties ». Si la Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel, il semble qu'elle n'en exclut pas pour autant l'existence<sup>598</sup> de la règle dite de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, ou *estoppel*, en matière procédurale ; elle se réserve le droit d'en contrôler les conditions d'application<sup>599</sup>. Enfin, dans un arrêt du 20 septembre 2011, la Chambre commerciale de la Cour de cassation l'a finalement consacrée comme principe général du droit<sup>600</sup>.

Cette technique a pu être qualifiée de « mécanisme correcteur »<sup>601</sup> puisqu'alors qu'en principe le moyen à l'action est recevable, il peut être considéré qu'il permet au juge d'opposer une fin de non-recevoir<sup>602</sup> à l'action de celui qui se contredit au détriment de l'autre partie. Ainsi, il écarterait l'application de la règle inadaptée à régler de manière satisfaisante le litige et la remplacerait.

Il convient de préciser que, dans cette étude, la dénomination de mécanisme de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>603</sup>, pour désigner la technique française, est préférée à celle d'*estoppel*. Le mécanisme français, s'il est, sans doute aucun, inspiré de la technique anglo-saxonne, n'en est pas pour autant la parfaite copie. En effet, l'*estoppel* est, en droit anglais, un concept très complexe connaissant de multiples applications<sup>604</sup> ne correspondant pas à l'utilisation de la technique en droit français<sup>605</sup> et, d'ailleurs, aucun des pays de *common law* ne semble l'avoir consacré comme principe général<sup>606</sup>.

---

<sup>598</sup> Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. Boval, préc.

<sup>599</sup> Communiqué relatif à l'arrêt n° 573 rendu le 27 février 2009 par l'assemblée plénière, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>600</sup> Com. 20 septembre 2011, n°10-22888, *D.* 2012. 167, note C. MARECHAL ; *D.* 2011. 2345, obs. X. DELPECH ; *JCP G* 2011. 1250, note D. HOUTCIEFF ; *RTDciv.* 2011. 760, obs. B. FAGES. Voir également : Soc. 22 septembre 2015, n° 14-16947, *D.* 2015. 1961 ; Com., 10 février 2015, n° 13-28262, *JCP G* 2015, act., 146 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 septembre 2014, 13-14534 ; Com. 3 juillet 2012, n°10-30307.

<sup>601</sup> N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc. ; O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, préc., n°4, p. 20-21. A propos de la technique de *common law* : E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », préc., spéc. 246.

<sup>602</sup> D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », *D.* 2009. 1245. Voir cependant : « De même, la sanction n'est pas certaine. L'estoppel fonctionne comme un mécanisme de blocage ou de paralysie de l'action en justice qui s'apparente à une fin de non-recevoir. La fin de non-recevoir, qui n'a pas besoin d'être prévue par un texte, doit cependant s'appuyer sur un texte : celle-ci résulterait d'un principe général du droit. Dans son arrêt du 27 février 2009, la Cour de cassation a semblé indiquer que la fin de non-recevoir n'était pas la seule sanction applicable à l'incohérence. Cela semble confirmé par la disparition de l'article 122 du code de procédure civile dans le visa de l'arrêt du 20 septembre 2011. Dans le présent arrêt, la Cour de cassation désapprouve les juges du fond qui avaient accueilli la fin de non-recevoir soulevée en violation du principe interdisant de se contredire au détriment d'autrui. À priori, la sanction ne consistera pas dans le prononcé de dommages-intérêts comme le prévoit l'article 123. Mais on peut hésiter : s'agit-il d'une déchéance ou de l'irrecevabilité du moyen de défense ? Dans les deux cas, il est porté atteinte au caractère libéral du principe selon lequel les fins de non-recevoir peuvent être présentées en tout état de cause. » (C. MARECHAL, « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012. 167).

<sup>603</sup> La paternité de la locution est attribuée à Monsieur Emmanuel Gaillard (E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », préc.).

<sup>604</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », préc., p. 4-5.

<sup>605</sup> Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, préc. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », préc.

<sup>606</sup> Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, préc.

L'abus de droit et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui sont apparus en droit positif grâce à l'action combinée du juge et de sources réelles du droit. Il convient d'analyser à présent l'incidence de ce concours sur la réalité de la création prétorienne.

## B. Incidence sur la création prétorienne

**90. Incidence de la préexistence du mécanisme correcteur dans des sources réelles du droit** – La doctrine a concouru à la création du mécanisme correcteur de l'abus de droit et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, avant de faire son entrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation, existait au sein d'autres systèmes juridiques. Aucune source ou autorité ne peut ainsi prétendre détenir la paternité exclusive de ces mécanismes correcteurs. L'expression « mécanisme correcteur d'origine prétorienne » ne désigne cependant pas ceux dont la construction ne peut être attribuée qu'au seul juge, auquel cas, aucun exemple ne pourrait sans doute illustrer cette catégorie. L'origine prétorienne d'un mécanisme signifie que celui-ci a été intégré au droit positif par l'action du juge. Il convient de s'intéresser au statut des droits étrangers et de la doctrine pour déterminer l'incidence de leur participation à l'élaboration des mécanismes correcteurs sur leur création prétorienne.

Hors l'hypothèse particulière dans laquelle un litige comporte un élément d'extranéité, une règle d'origine étrangère ne peut être invoquée par un justiciable devant un juge français. Ces droits peuvent néanmoins être envisagés en tant que source réelle du droit<sup>607</sup> correspondant à l'« ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit »<sup>608</sup> puisqu'ils l'inspirent parfois. Les exemples, en effet, de circulation des concepts au sein de différents droits, ne manquent pas<sup>609</sup>. Les multiples projets de réforme du droit des obligations témoignaient également de l'influence des solutions étrangères sur le choix de certaines modifications du droit français<sup>610</sup>. Cependant, ne s'agissant pas d'une source dite formelle du droit, c'est-à-dire procurant à l'objet concerné son existence juridique positive au sein du système juridique, il s'agit de savoir si la préexistence de ce mécanisme dans cette source du droit remet en cause sa pure création prétorienne. La même question se pose pour une autre source réelle du droit : la doctrine.

La doctrine<sup>611</sup> est traditionnellement entendue comme l'« opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit [...], ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit »<sup>612</sup>. Elle permet une meilleure connaissance du droit par la mise en ordre de

---

<sup>607</sup> P. DEUMIER, « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTDciv.* 2006. 510.

<sup>608</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Source », sens 1. a., p. 970.

<sup>609</sup> H. RUIZ-FABRI ET L. GRADONI, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation* : Société de législation comparée, 2009, spéc. Ouverture p. 13 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant », préc.).

<sup>610</sup> L'introduction de principes généraux inscrits au début du titre III du code civil par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en est une illustration (sur ce point : M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816).

<sup>611</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°59 et s., p. 79 et s. ; P. MORVAN, « La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin) », *D.* 2005. Chron. 2421 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Coll. Méthode du droit, 2004 ; G. GOUBEUX, « Il était une fois... la Doctrine », *RTDciv.* 2004. 239 ; F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », préc.

<sup>612</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Doctrine », sens 1, p. 360 ; pour Monsieur François Terré, il s'agit des « opinions émises sur le droit par des personnes qui ont pour fonction de l'étudier (professeurs, magistrats, avocats...) » in *Introduction générale au droit*, préc., n°193, p. 161 ; voir également : P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°216, p. 191.



l'amas de règles et de décisions et l'analyse des différentes solutions proposées<sup>613</sup>. Elle a ainsi, notamment, dans sa « fonction d'opinion », une tâche de rationalisation<sup>614</sup>. Le terme de doctrine, s'il est sans doute « magnifique »<sup>615</sup> n'en est pas moins polysémique, « au sens large, (il) personnifie<sup>616</sup> l'œuvre des auteurs »<sup>617</sup>, désigne l'ensemble des ouvrages juridiques ou des auteurs et, dans un sens plus restreint, renvoie à l'opinion personnelle d'un auteur sur un problème de droit<sup>618</sup>. Dans le temps, la doctrine peut prétendre au statut de source formelle du droit. En effet, en droit romain par exemple, les opinions de certains jurisconsultes s'imposaient aux juges<sup>619</sup>. Cependant, en droit français contemporain, il est admis<sup>620</sup> que la doctrine ne peut être ainsi qualifiée<sup>621</sup> en ce que les opinions des auteurs ne s'imposent pas au juge<sup>622</sup>; son expression, même unanime, ne suffit pas à créer des règles<sup>623</sup>. Sa méconnaissance ne fondera jamais une cassation<sup>624</sup>. Elle vaut *non ratione auctoritatis, sed auctoritate rationis*<sup>625</sup>. Si la doctrine s'accorde pour dire ce qu'elle n'est pas, tout le problème réside dans le point de savoir ce qu'elle est, pour Monsieur Jean-Louis Souriou elle est

<sup>613</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°197-199 p. 166 et s.

<sup>614</sup> P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, préc., p. 217 et s.

<sup>615</sup> P. MALAURIE, « La pensée juridique du droit civil au XX<sup>ème</sup> siècle », *JCP G*. 2001. I. 283.

<sup>616</sup> Ce qui fait dire à Messieurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin que la doctrine est une entité (P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997. 167 ; voir contra : L. AYNES, P.-Y. GAUTIER et F. TERRÉ, « Antithèse de « l'entité », (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997. 229).

<sup>617</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°447, p. 238.

<sup>618</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Doctrine », p. 360.

<sup>619</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n° 59, p. 80 ; P. MALAURIE, « La pensée juridique du droit civil au XX<sup>ème</sup> siècle », préc. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°574, p. 528-529.

<sup>620</sup> Contra : N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française du XIX<sup>ème</sup> siècle*, th., LGDJ, 2002, p. 396 et s. Selon cet auteur la doctrine en tant qu'autorité collective peut être qualifiée de source du droit : « À l'instar de la loi, de la coutume, de la jurisprudence et de la pratique juridique, les opinions de la doctrine sont indispensables à la réalisation du droit. Si le rôle des auteurs est effectivement, d'un point de vue interne à la science du droit, de conforter le système juridique, il excède, d'un point de vue externe, les limites d'une œuvre cognitive puisqu'il conduit la doctrine à prendre part à l'élaboration du droit lui-même. [...] Il est certes possible de ne voir en elle qu'une source réelle du droit, puisqu'elle ne saurait être qualifiée de source formelle. Toutefois, ce débat ne nous semble pas fondamental, puisqu'il permet simplement d'exclure la doctrine des sources formelles et de la rejeter hors des sources véritables du droit en vertu de la théorie des sources en vigueur chez les juristes. [...] Sont en effet des sources du droit tous les éléments qui contribuent à sa naissance. Ainsi, loi, coutume, jurisprudence, pratique et doctrine sont des sources du droit ou des modes d'expression du droit, le droit lui-même étant, en réalité, le produit de la société tout entière » (spéc. p. 400-401) et A. SÉRIAUX, « Les sources du droit : vision jusnaturaliste », *RRJ* 1990. 167, n°8 : soutient que la doctrine serait « la source du droit par excellence. Ses approbations ou improbations des lois, coutumes, conventions, arbitrages ou sentences judiciaires, ses propositions de solutions ne sauraient être négligées : elles disent le droit mieux que quiconque puisqu'elles proviennent de personnes qui possèdent la "science du juste et de l'injuste" ».

<sup>621</sup> P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », préc.; H. BATIFFOL, « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *RRJ* 1981. 175 ; Pour Portalis elle est un « vrai supplément de la législation » (Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801), p. 17).

<sup>622</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°59, p. 81 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°221, p. 194-195 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°151, p. 287 : « La doctrine n'est certainement pas une source du droit civil. Cela signifie non seulement qu'une opinion doctrinale isolée [...] ne s'impose jamais au juge, mais même que celui-ci, sur les points où il existe une doctrine unanime et non contredite [...], n'est pas tenu de la suivre » ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°574, p. 529 ; J.-L. SOURIOUX, « « Source du droit » en droit privé », *Sources du droit, APD.*, t. 27, 1982, p. 33 et s.

<sup>623</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°197, p. 166.

<sup>624</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°451, p. 241.

<sup>625</sup> Elle vaut « non par raison d'autorité mais par l'autorité de la raison » (G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°451-452, p. 241).

« inclassable »<sup>626</sup>. Elle est considérée par certains auteurs comme source du droit<sup>627</sup>. En effet, selon Messieurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin, si elle est parfois qualifiée de source indirecte<sup>628</sup>, de source complémentaire informelle<sup>629</sup>, elle n'en est pas moins qualifiée de source<sup>630</sup>. L'étude du droit amenant logiquement à en interpréter les règles et par conséquent à proposer des solutions, il est tout aussi logique que le décideur reprenne à son compte certaines des propositions. Pour d'autres, elle n'est pas une source du droit mais une autorité<sup>631</sup>. Ces réponses différentes ne sont cependant contradictoires qu'en apparence. Pour ces derniers auteurs, la doctrine n'est pas une source formelle du droit, elle est donc une autorité. Les auteurs emploient finalement des termes différents pour énoncer des opinions concordantes<sup>632</sup>. Cette question étant grandement débattue par son objet même, il n'est pas question d'entrer véritablement dans ce débat déjà beaucoup traité. La doctrine est considérée ici comme une source du droit en ce qu'elle peut absolument être à l'origine de la création du droit mais elle n'est qu'indirecte car le simple fait d'être énoncée par un auteur n'est pas suffisant pour être invoquée. Elle peut ainsi être considérée comme une source réelle du droit<sup>633</sup> en ce qu'elle participe de manière éclatante de l'établissement du droit et de son évolution<sup>634</sup>, tant législative<sup>635</sup> que jurisprudentielle<sup>636</sup>.

Il peut ainsi être considéré que, malgré la participation de la doctrine et du droit comparé dans leur élaboration, la création de l'abus de droit et de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui est l'œuvre du juge car c'est à travers son action qu'ils ont fait partie du droit positif. Les droits étrangers et la doctrine, d'une part, et la création

---

<sup>626</sup> J.-L. SOURIOUX, « Le concept de source du droit », in *Les sources du droit, aspects contemporains*, société de législation comparée, Colloque des 11 et 12 mai 2006, 2007, p. 25 et s., spéc. n°18, p. 32.

<sup>627</sup> P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, préc., p. 5-6.

<sup>628</sup> Par exemple : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°60, p. 82.

<sup>629</sup> Par exemple : P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n° 180 et s., p. 161 et s.

<sup>630</sup> P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, préc., p. 5.

<sup>631</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°451, p. 241 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°373, p. 317 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n° 151, p. 287.

<sup>632</sup> Sur la communauté de vues sur la question : P. DEUMIER, « Existe-t-il une doctrine positive ? », *RTDciv.* 2006. 63.

<sup>633</sup> P. DEUMIER, « Existe-t-il une doctrine positive ? », préc. ; B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, t. 234, 1992-III, Martinus Nihoff Publishers, pp. 339-433, « le rôle de la doctrine comme "force créatrice" du droit international privé » (p. 340), pour rechercher et analyser, en dépassant la notion de *source formelle* du droit, « la part prépondérante prise par les idées et les auteurs dans la formation des règles de droit international privé » (p. 340).

<sup>634</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°60, p. 81 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°576, p. 531-532 ; H. BATIFFOL, « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », préc.

<sup>635</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°222, p. 195-197 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°576, p. 531-532 ; C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », préc. ; Plus récemment, doit être mise en évidence la « doctrine collective législatrice », c'est-à-dire les « initiatives d'origine privée, savantes, collectives, et dont l'objet est de proposer un modèle législatif » (P. DEUMIER, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTDciv.* 2006. 63) ; La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant « réforme de la prescription en matière civile » est directement issue des travaux menés par Monsieur Philippe Malaurie sous l'égide de Monsieur Pierre Catala portant proposition de réforme du droit des obligations et de la prescription.

<sup>636</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°221, p. 194-195 ; Sur l'influence bien connue de Saleilles et Josserand sur la formation de la jurisprudence relative à la responsabilité du fait des choses : A. MARMISSE, « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (1re partie) », *LPA*, 19 septembre 2002 n° 188, p. 4 et « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (suite et fin) », *LPA*, 20 septembre 2002 n° 189. 4 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTDciv.* 2002. 1 et s. ; J.-P. CHAZAL, « « Relire Josserand », oui mais... dans le trahir », *D.* 2003. 1777 ; F. ANDREN et C. FILLON, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTDciv.* 2009. 39.

prétorienne, d'autre part, constituant deux types de sources différents, ils ne peuvent être mis sur le même plan. Les premiers ne pouvant directement être appliqués par les juges, ils font partie des sources réelles du droit. Ils inspirent la création et l'évolution du droit, l'influencent. La création prétorienne, en revanche, peut être considérée comme une source formelle du droit. La place des créations des juges au sein des sources du droit a été largement débattue, débat déterminé par la conception retenue du droit<sup>637</sup> et qui concerne principalement l'édiction de règles<sup>638</sup>. La création de mécanisme peut sans doute être considérée avec moins de défaveur que celle de règles. Par l'action du juge, le mécanisme correcteur créé fait directement partie du droit positif. Si l'abus de droit n'aurait sans doute pas été une théorie aussi aboutie sans l'intervention de la doctrine, c'est son utilisation par le juge qui a marqué son entrée au sein du droit positif. Le juge a lui-même posé les critères de son utilisation<sup>639</sup>, adoptant une position intermédiaire<sup>640</sup> sans prendre parti dans la controverse doctrinale<sup>641</sup> dont ils sont l'objet. De même, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui par le juge est sans nul doute inspirée de l'*estoppel* anglo-saxon mais n'en est pas une copie. Ainsi, ce n'est pas directement par le biais de la doctrine ou du droit comparé que ces mécanismes ont vu le jour en droit positif français, c'est-à-dire ont été susceptibles d'être utilisés, mais par celui du juge.

Il convient de s'intéresser à présent aux mécanismes correcteurs pour lesquels la création prétorienne est concurrencée par une autre source formelle du droit, hypothèse tenant plus à l'invention qu'à la véritable création.

## § 2 – L'invention de mécanismes correcteurs par le juge

**91. Plan** – L'origine de certains mécanismes correcteurs, tant elle est ancienne et complexe, semble osciller entre plusieurs sources formelles du droit. Certes, le mécanisme correcteur est nécessairement un outil du juge, puisqu'il applique les règles et peut apprécier si leur utilisation est adaptée à régler le litige qui lui est soumis, mais sa création ne lui est pas pour autant réservée. Il convient alors de s'attacher à déterminer par quel biais le mécanisme a vu le jour en droit positif et a pu être directement utilisé par les juges. Si la participation de sources réelles à la création de mécanismes correcteurs ne remet pas en cause leur création prétorienne, la concurrence d'une autre source formelle du droit (A) amène à se demander s'ils n'ont pas été plus inventés que créés par le juge (B).

### A. La concurrence de sources formelles du droit dans la création de mécanismes correcteurs

---

<sup>637</sup> « Lorsqu'un arrêt est suivi par les juges du fond sans que ceux-ci soient tenus de le faire, peut-on considérer que cette jurisprudence est une source de droit ? Tout se réduit largement à la conception que l'on se fait du droit : si sa force obligatoire et sa validité formelle l'incarnent, la jurisprudence est difficile à admettre au rang de norme ; si le véritable droit, c'est le droit tel qu'il est suivi et appliqué par les juridictions, la jurisprudence est incontestable » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°359, p. 293).

<sup>638</sup> Cf. *supra* § n°82 et s.

<sup>639</sup> Cf. *infra* § n°197 et 209.

<sup>640</sup> P. ANCEL et G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc.

<sup>641</sup> V. not. pour une analyse de l'abus de droit en doctrine, B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°s 361 et s., p. 175 et s. Voir également : M. DESSERTAUX, « Abus de droit et conflits de droits », *RTDciv.* 1906. 119.

**92. Plan** – Les sources formelles du droit ne sont pas exclusives les unes des autres<sup>642</sup>. Un même procédé peut être issu de plusieurs d’entre elles. Certains mécanismes correcteurs voient en effet leur origine prétorienne concurrencée par une coutume (1) et/ou un texte (2).

### 1. Mécanismes correcteurs et coutume

**93. Mécanisme correcteur entre origine prétorienne et coutumière** – La coutume est définie comme « la règle de droit qui s’est établie, non par la volonté du chef, du prince, de l’État, émise en un trait de temps, mais par une pratique répétée des sujets eux-mêmes »<sup>643</sup>. Elle serait, selon la doctrine, « composée d’un élément matériel, une pratique répétée, et d’un élément psychologique, le sentiment de son caractère obligatoire »<sup>644</sup>. Cependant, l’élément matériel semble être le seul exigé par le juge, préférant d’ailleurs au terme « coutume » celui d’« usage »<sup>645</sup>. Si la coutume semble généralement considérée comme une règle<sup>646</sup> là n’est pas l’élément le plus caractéristique. Le principal critère distinguant la coutume des autres sources du droit est son origine, sa création « spontanée »<sup>647</sup> par une pratique répétée des intéressés eux-mêmes. De plus, le sentiment de son caractère obligatoire n’étant pas retenu par les juges, la coutume peut d’autant plus facilement être détachée de la forme de la règle. Ainsi, il ne semble pas impossible qu’un mécanisme correcteur puisse être issu d’une coutume, comme ce peut être le cas de l’adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

L’adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>648</sup>, « l’un des plus fameux de notre littérature juridique »<sup>649</sup>, peut être considéré comme un mécanisme à l’action correctrice<sup>650</sup>. Il permet au juge, alors que, en vertu du principe selon lequel « ce qui est nul est réputé n’avoir jamais existé »<sup>651</sup>, l’annulation de l’acte immoral doit produire plein effet,

---

<sup>642</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002, n°3, p. 7 ; P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d’un pôle à un autre », préc.

<sup>643</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, préc., n°6, p. 16 et s. Également : « Norme de Droit objectif fondée sur une tradition populaire (consensus utentium) qui prête à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Coutume », sens 1, p. 280) ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°541, p. 500-501 ; *La coutume, Droits*, n°3, PUF 1986.

<sup>644</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 99 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°79, p. 50-51 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, préc., n°6, p. 16 et s. Présentant cette conception sans la partager : P. DEUMIER, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Coutume et usages », avril 3003, n°1 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°544 et s., p. 503 et s.

<sup>645</sup> P. DEUMIER, « Coutume et usages », préc., n°9 et s. Ce critère permettait aux auteurs de distinguer la coutume de l’usage. Un autre critère existe : « les "coutumes" transcendent les intérêts spéciaux pour s’étendre à un domaine d’application général quand les « usages » sont spécifiques à une localité ou, plus souvent, à une profession » (P. DEUMIER, « Coutume et usages », préc., n°22. Voir également : G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°423, p. 221 ; P. le TOURNEAU, « Quelques aspects de l’évolution des contrats », *Mélanges offerts à P. Raynaud*, 1985, Dalloz-Sirey, p. 349 et s., spéc., n°57, p. 379-380.

<sup>646</sup> Également : G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°76, p. 49.

<sup>647</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préc.

<sup>648</sup> G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc. ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », n°246, p. 483 et s.

<sup>649</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », n°246, p. 483.

<sup>650</sup> Il est un « principe correcteur » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°86, p. 113).

<sup>651</sup> Par exemple : Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, N° de pourvoi : 03-18624, *Bull. civ.* 2005 III n° 143 p. 131 ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, n° de pourvoi : 01-02924, inédit ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, n° de pourvoi : 99-20597, *Bull. civ.* 2001 I n° 133 p. 87.

de frapper la demande de restitution d'une fin de non-recevoir<sup>652</sup> si elle est faite par celui à l'origine de la raison pour laquelle il est annulable, et ce, car il allègue alors de sa propre turpitude. L'application du principe<sup>653</sup> est donc écartée par le juge car il est inadapté dans cette hypothèse et l'action paralysée par une fin de non-recevoir. La norme compétente est écartée et remplacée.

L'origine de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* est relativement discutée. Il n'a pas d'origine légale. En effet, la maxime n'a pas été reprise par le Code civil<sup>654</sup>, ni explicitement ni implicitement. C'est là sans doute la seule certitude quant à son origine. Pour certains<sup>655</sup>, elle est née de la coutume et pour d'autres<sup>656</sup>, de la jurisprudence. L'adage faisait effectivement partie des coutumes de l'Ancien Régime. Cependant, n'ayant pas été reproduit par les auteurs du Code civil, s'est posée la question de savoir s'il avait été tacitement abrogé<sup>657</sup> ou s'il pouvait encore être appliqué en l'absence de texte<sup>658</sup>. Il convient de se pencher sur le cheminement de cet adage même si, là également, les incertitudes ont cours, puisqu'alors que pour des auteurs<sup>659</sup> c'est à Rome que semblent être ses racines, pour d'autres<sup>660</sup> elle est plus récente. La discorde provient sans doute de ce que, selon Rouast, « la forme actuelle qu'on lui donne habituellement ne remonte pas au delà du moyen âge, mais elle avait été précédée d'une autre forme qui remonte au droit romain et qu'on cite encore de nos jours : " *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* " »<sup>661</sup>, c'est-à-dire qu'« en égale turpitude, pas de répétition »<sup>662</sup> « ou encore " *Ubi dantes et accipientis turpitudino versatur, melior causa erit possidentis* " »<sup>663</sup>. Alors que la formule selon laquelle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* est la plus large, les deux formules romaines ne concernent que le cas où le demandeur et le défendeur peuvent tous deux se voir reprocher leur immoralité et la dernière introduit une considération de possession<sup>664</sup>. Ce seraient les

---

<sup>652</sup> Cf. *infra* § n°240.

<sup>653</sup> Cf. *infra* § n°190.

<sup>654</sup> P. le TOURNEAU, *J.-Cl. Civil*, app. art. 1131 à 1333, fasc. unique, 2007, n°14 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°105, p. 184 ; A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 173-175 ; G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 7 et s. Elle n'a pas davantage été consacrée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>655</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°409, p. 317 ; A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, Domat droit privé, éd. Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2010, n°233, p. 179 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°421, p. 220-221 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°563, p. 517 ; P. LE TOURNEAU, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *D.* 1994. 298 ; P. LE TOURNEAU, La règle « nemo auditur... », préc., n°20 et s., p. 27 et s.

<sup>656</sup> P. SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité. Etude sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, th., Lyon, 1930, n°35, p. 65.

<sup>657</sup> L'article 1131 pose le principe de la nullité de l'obligation sur cause illicite (« L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. ») voir : G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 40 et s.

<sup>658</sup> G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 7 et s.

<sup>659</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°739, p. 721 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°105, p. 185 ; A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p.169-170.

<sup>660</sup> P. LE TOURNEAU, *J.-Cl. Civil*, app. art. 1131 à 1333, fasc. unique, préc., n°8-12.

<sup>661</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 169.

<sup>662</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°409, p. 317. Cette formule joue aujourd'hui comme une précision au fonctionnement du premier adage, sur ce point cf. *supra* § n°55.

<sup>663</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 169. Dans le même sens : G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 11 et s., spéc. p. 26.

<sup>664</sup> « Si le demandeur ne peut obtenir restitution de sa prestation immorale, si le juge le déboute et donne ainsi à celui qui a reçu cette prestation le droit de la garder, c'est parce que, à égalité de situation immorale, on donne la préférence à celle des parties qui est en possession » (A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 169).

glossateurs canonistes qui, pour des raisons morales, forgèrent la version actuelle de l'adage<sup>665</sup>. L'Ancien Droit marque la consécration de la maxime surtout sous sa forme actuelle qui prévaut peu à peu sur celle que les romains lui ont donnée. Elle peut alors être considérée comme « une véritable coutume de notre droit civil »<sup>666</sup> mais ayant reçu un accueil réservé de la part des juges, l'entourant d'incertitudes et donnant une certaine impression de flottement. L'adage « se joua toujours des efforts déployés par la science juridique pour le systématiser »<sup>667</sup>. Les jurisconsultes ne sont jamais parvenus à convenir de son régime. Pour Savey-Casard, « ce sont les décisions judiciaires qui l'utilisent le plus et qui constituent la véritable source traditionnelle de l'adage. Mieux que dans l'exposé du Digeste, on y retrouve les hypothèses actuelles et le point de départ de toute notre jurisprudence »<sup>668</sup>. Encore aujourd'hui, la jurisprudence forge son régime, l'adage est « abandonné à l'empirisme judiciaire »<sup>669</sup>. Il perdure donc dans le droit positif français au travers de l'action du juge et est même cité dans les visas de décisions de la Cour de cassation sans l'appui d'un texte<sup>670</sup>. Il a néanmoins préexisté sous la forme d'une coutume de l'Ancien Droit français.

La coutume est généralement présentée comme une source formelle du droit<sup>671</sup>. Il est ainsi extrêmement difficile de déterminer la véritable origine de l'adage. Peut-être est-il coutumier et son régime prétorien ? Ou est-il finalement principalement prétorien, sa forme actuelle s'étant par trop détachée de la coutume originelle et ne répondant plus à la définition de cette source du droit ? Il faut noter également que peut être remise en cause la véritable spontanéité de la création des coutumes de l'Ancien Régime<sup>672</sup>. En effet, elles ne seraient pas véritablement issues des intéressés mais d'autorités extérieures<sup>673</sup> telles que les seigneurs, les

---

<sup>665</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 171 : « La formule nouvelle de l'adage apparaît pour la première fois dans une décrétale d'Innocent II. Jusqu'alors on avait reproduit la formule primitive « In pari causa... », fondée sur une notion objective de la morale : les deux parties se présentant dans des conditions immorales, il n'y avait qu'à les renvoyer dos à dos. Mais les canonistes envisagent la morale sous une forme subjective : c'est la faute commise qu'il s'agit de sanctionner. Dans un procès engagé par un donateur à l'effet de se faire restituer une donation entachée de nullité, on avait découvert que ce donateur avait lui-même commis une faute entraînant l'excommunication ; il ne doit pas pouvoir se prévaloir de sa propre faute. Et c'est ce qu'exprime la nouvelle forme de l'adage, qui devait peu à peu prévaloir sur l'autre : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ».

<sup>666</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 172.

<sup>667</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°739, p. 721.

<sup>668</sup> P. SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité. Etude sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, préc., n°35, p. 65. Également, n°36, p. 69 : « Seule, la doctrine des tribunaux du XVIII<sup>ème</sup> siècle a eu un véritable rôle d'initiation, a été une véritable source indépendante. Pour le reste, ce qu'il y a de plus stable dans le legs du passé consiste dans certaines règles d'application, comme le droit d'alléguer sa turpitude par exception. L'essentiel, la conception même de l'adage ayant varié sans cesse chez les auteurs du droit romain et de l'Ancien Droit, on ne peut trouver dans leurs théories que des principes de solution pour éclairer la libre recherche scientifique, mais rien qui s'impose à l'interprète, avec une autorité indiscutable ». Également : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°739, p. 721.

<sup>669</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°739, p. 721-722.

<sup>670</sup> Par exemple : « Vu la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », Soc. 8 juin 1995, n° de pourvoi : 93-13958, *Bull. civ.*, V, n°195, p. 144.

<sup>671</sup> P. DEUMIER, rubrique « Coutume et usages », préc., n°1 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°541, p. 501.

<sup>672</sup> P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préc., n°32, p. 36-37.

<sup>673</sup> Il y aurait ainsi les « vraies coutumes (c'est-à-dire gestuelles, factuelles, si l'on en croit les historiens et anthropologues) » et les « fausses coutumes, [...] des normes orales imposées quasi jurisprudentiellement par les juges ou quasi législativement par les seigneurs » (P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », préc. ; voir également : N. ROULAND, *L'Etat français et le pluralisme*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1995, p. 175 et s.). « Il faut donc se défaire de l'idée que la coutume naîtrait spontanément, comme par miracles, d'un consensus des habitants de la seigneurie. Au contraire, à la faveur de l'autorité des seigneurs et de leurs intérêts se développent des règles de droit, au demeurant souvent différentes d'une seigneurie à l'autre » (M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, F. MASPERO, 1976, p. 232).

juges, le Roi,... Ces coutumes seraient ainsi un droit savant<sup>674</sup>, plus délibéré que spontané. Face à ces difficultés, il semble que l'origine de cet adage soit multiple, partagée entre coutume et création prétorienne. Pour Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux et Madame Muriel Fabre-Magnan :

l'influence de la jurisprudence dans la consécration des règles coutumières ne suffit pas à en faire des créations purement jurisprudentielles. C'est en effet la tradition historique à laquelle elles se rattachent qui leur donne une autorité propre. Elles ne sont pas créées par la jurisprudence, mais seulement consacrées et intégrées dans celle-ci<sup>675</sup>.

C'est néanmoins l'adage dans sa forme actuelle, tel qu'il est utilisé par le juge aujourd'hui, qui est appréhendé comme un mécanisme correcteur. Envisagé dans sa globalité, il semble plus sûrement avoir une origine prétorienne, faire partie du droit positif par l'action du juge. Il ne correspond plus ni à la coutume traditionnelle, ni à ses formes plus actuelles. Cependant, sa forme coutumière première ne pouvant être ignorée, il sera difficilement envisageable de le considérer comme ayant une origine purement prétorienne. La même question se pose pour les mécanismes correcteurs dont l'origine prétorienne est concurrencée par l'existence d'un texte.

## 2. Mécanismes correcteurs et texte

**94. *Contra non valentem agere non currit praescriptio*** – Certains mécanismes correcteurs peuvent être initialement d'origine prétorienne et avoir, par la suite, été consacrés par un texte<sup>676</sup>. Pour illustrer ce phénomène, il est possible de prendre l'exemple de l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>677</sup> dont on peut se demander s'il a survécu à l'intervention du législateur<sup>678</sup>. Ce mécanisme correcteur<sup>679</sup>, initialement d'origine coutumière<sup>680</sup> à l'instar de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*<sup>681</sup>, peut être considéré comme étant d'origine prétorienne<sup>682</sup>. Au Moyen Âge, les canonistes étaient hostiles à la prescription en raison des injustices qu'elle pouvait provoquer et étaient donc favorables à l'idée que la prescription ne court pas lorsque le titulaire de l'action était dans l'impossibilité d'agir. Bartole, commentant les textes romains, proclame ainsi comme règle générale : *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Une fois formulée, la maxime est largement reprise par les juges qui se reconnaissent le droit de décider s'il existe, en fait, une cause justifiant le rejet de la prescription. Les parlements multipliaient ainsi les cas de faveur qui faisaient échapper à la prescription. Face à ces abus, les rédacteurs du Code civil

---

<sup>674</sup> Pour le Doyen Carbonnier, les maximes juridiques font partie d'une certaine forme de coutume : la coutume d'origine savante (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°137, p. 250 et s.). Également : J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°563, p. 516-517. Voir rejetant de manière générale le caractère populaire de la coutume : M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, préc., p. 243.

<sup>675</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°563, p. 517.

<sup>676</sup> C'est le cas également plus récemment de l'enrichissement sans cause devenu l'enrichissement injustifié lors de sa consécration par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations aux articles 1303 et suivants du Code civil.

<sup>677</sup> La prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir.

<sup>678</sup> A. HONTEBEYRIE, « L'adage *Contra non valentem...* a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », préc.

<sup>679</sup> Cf. *supra* § n°64.

<sup>680</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°137, p. 250 et s.

<sup>681</sup> Cf. *supra* § n°93.

<sup>682</sup> Req. 28 mars 1810, in P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., p. 150 et s. voir : J. CLEMENT, *De la règle contra non valentem agere non currit praescriptio en matière civile*, th., Dijon, 1902, p. 30 et s.

rédigèrent la formule très nette de l'ancien article 2251 : la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient concernées par une exception établie par une loi<sup>683</sup> et énumèrent dans les articles suivant les causes suspendant le cours de la prescription. La maxime a donc été implicitement abrogée par les auteurs du Code civil. Cependant, les exceptions légales se révélant parfois insuffisantes, les juges, lorsque l'équité le commandait, introduisirent d'autres causes de suspension. Les tribunaux justifèrent cette liberté en expliquant que la loi ne prévoyait une liste limitative que des causes relatives à la personne sans traiter les autres. L'adage est donc réapparu en droit positif sous l'impulsion des juges<sup>684</sup> et peut à ce titre être considéré comme étant d'origine prétorienne.

Il faut néanmoins noter qu'il a récemment été consacré<sup>685</sup>, par la réforme de la prescription en matière civile, à l'article 2234 du Code civil. En effet, ce dernier dispose que « la prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure ». À en croire le titre de la section dans laquelle a été inséré cet article, la maxime n'est pas seulement considérée comme une cause de suspension proprement dite, mais également comme cause de report du point de départ de la prescription<sup>686</sup>, et ce, conformément à la jurisprudence<sup>687</sup>. Cependant, la consécration législative de la maxime fait également ressortir plusieurs différences avec le droit antérieur<sup>688</sup>. L'article 2234 du Code civil est, par exemple, situé dans une section relative aux causes de suspension de la prescription. Si telle est la nature de cette règle, il est possible que soit remise en cause la solution jurisprudentielle antérieure selon laquelle la règle *contra non valentem* ne s'applique pas quand, au moment où l'événement qui empêchait le créancier d'agir a été levé, celui-ci disposait encore du temps pour agir avant l'expiration du délai<sup>689</sup>. De plus, il faut relever que le texte ne fait pas référence à une impossibilité « absolue » d'agir, de sorte que la suspension pourrait être plus aisée qu'auparavant. Également, avant l'intervention législative de 2008, la jurisprudence appliquait l'adage aux délais de prescription mais aussi aux délais de forclusion encore appelés « délais préfix » et normalement insusceptibles de suspension. Cependant, l'article 2220 du Code civil précise dorénavant que ce type de délais n'est pas, « sauf dispositions contraires prévues par la loi », régis par le titre relatif à la prescription extinctive. Ils n'entrent donc pas dans le domaine de l'article 2234<sup>690</sup>.

La question de savoir si l'adage subsiste dans la mesure qui excède le domaine de la loi se pose donc et notamment à la lecture d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour

---

<sup>683</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 218. Voir également : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°168, p. 150-151.

<sup>684</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « *Contra non valentem agere non currit praescriptio* », n°60, p. 109 et s.

<sup>685</sup> « Présentation de la loi du 5 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008. 1614 ; B. FAUVARQUE-COSSON et J. FRANCOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008. 2512 ; A-M. LEROYER, « Réforme de la prescription civile. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JO 18 avr. 2008, p. 9856) », préc.

<sup>686</sup> B. FAUVARQUE-COSSON et J. FRANCOIS, « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », préc.

<sup>687</sup> Civ. 2e, 5 juin 2008, n° 06-20571, *JCP* 2008. IV. 2242 ; Soc. 13 juill. 2000, *Bull. civ.* V, n° 279 ; Com. 13 avr. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 89 ; *RTDcom.* 1999. 948, obs. B. BOULOC ; Soc. 15 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 426 ; 1er avr. 1997, *Bull. civ.* V, n° 130 ; *RTDciv.* 1997. 957, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1997. IR. 116 ; Civ. 1re, 11 oct. 1988, *Bull. civ.* I, n° 276.

<sup>688</sup> A. HONTEBEYRIE, « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », préc. ; A-M. LEROYER, « Réforme de la prescription civile. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JO 18 avr. 2008, p. 9856) », préc.

<sup>689</sup> J. MESTRE, « La règle *contra non valentem*, obs. sous Com. 11 janv. 1994 », préc.

<sup>690</sup> A. HONTEBEYRIE, « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », préc.



de cassation le 5 septembre 2013<sup>691</sup>. La question posée à la juridiction concernait le renvoi, ou non, au Conseil constitutionnel d'un grief visant certains articles du Code de commerce<sup>692</sup> au regard notamment de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont découle le droit à un recours juridictionnel effectif. La Cour a écarté la nécessité de saisir le Conseil constitutionnel en considérant notamment que l'expiration du délai ne fait pas obstacle à la recevabilité de l'action en relevé de forclusion intentée par un créancier « placé dans l'impossibilité d'agir pendant ce délai ». Ce délai est pourtant qualifié de préfix par la jurisprudence<sup>693</sup> et donc n'entre pas dans la champ d'application de l'article 2234 du Code civil. Si ce tempérament n'est manifestement pas le fruit de l'application de la loi, la solution interroge alors quant à son fondement. Celui-ci peut découler de l'application d'un droit fondamental ou résulter de la survie de l'adage. Il est difficile de trancher avec certitude à la seule lecture de cet arrêt, il convient donc de patienter et d'espérer que la Cour de cassation se prononcera de manière plus évidente dans le futur.

Qu'aujourd'hui l'adage soit légal ou non, son origine reste prétorienne car c'est le juge qui l'a créé, introduit au sein du droit positif. De manière différente, certains mécanismes correcteurs oscillent entre origine textuelle et prétorienne, en ce que la théorie globale est prétorienne et qu'existent des applications légales.

**95. L'apparence** – À l'origine, il est possible de considérer que la théorie de l'apparence est issue du droit romain<sup>694</sup> et plus précisément de l'ancien adage d'origine romaine et ayant cours également dans l'ancien droit « foi est due à l'apparence » puisqu'en vertu de celui-ci « lorsqu'une personne exerce un droit sans titre, une fonction sans qualité ou passe aux yeux de tous comme titulaire d'un état, ceux qui ont été abusés par cette situation ostensible » sont protégés par le droit. « L'opération qui aurait dû logiquement être annulée était au contraire consacrée juridiquement »<sup>695</sup>.

Le législateur de 1804 a fait des applications éparées de cette idée. Par exemple, l'article 1321 du Code civil prévoyait<sup>696</sup> que « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ». Ainsi, lorsque les parties à un contrat dissimulent le véritable contenu de leur accord en établissant un acte ostensible, démenti par un acte secret, ou contre-lettre, relatant exactement la convention, les tiers peuvent tirer toutes les conséquences de l'acte ostensible que ne vivifie pourtant pas la volonté interne<sup>697</sup>. L'article 1240 du Code civil également, datant de 1804, déclarait<sup>698</sup> valable le paiement fait à celui étant en possession de la créance, c'est-à-dire détenant l'écrit constatant la créance et se comportant comme le créancier, même si par la suite, il apparaît

---

<sup>691</sup> Com. 5 septembre 2013, pourvoi n° 13-40034 (n° 918 FS-P+B-QPC).

<sup>692</sup> Articles L. 622-26, L. 622-24 et L. 631-8 du Code de commerce.

<sup>693</sup> Com. 4 janv. 2000, n° 96-17986 ; 11 juin 2002, n° 99-15815, *RDBF* 2002. 138, obs. F.-X. LUCAS ; 1<sup>er</sup> juillet 1997, n° 95-13602, *Bull. civ.* IV, n° 210 ; *D.* 1998. 96, obs. A. HONORAT ; *RTDcom.* 1998. 417, obs. A. MARTIN-SERF ; 11 déc. 2012, n° 11-28053, *Bull. civ.* IV, n° 226 ; *D.* 2013. 8 ; *Rev. sociétés* 2013. 182, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *RTDcom.* 2013. 344, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTDeur.* 2013. 292-28, obs. B. LE BAUT-FERRARESE, et 292-31, obs. S. ADALID.

<sup>694</sup> E. JOUVE, « Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif français », *RDP.* 1968. 283.

<sup>695</sup> A. RABAGNY, *L'image juridique du monde, Apparence et réalité*, préc., p. 111.

<sup>696</sup> La règle est aujourd'hui contenue à l'article 1201 du Code civil selon lequel « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. ».

<sup>697</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n° 847, p. 835-837.

<sup>698</sup> La règle est aujourd'hui contenue à l'article 1342-3 du Code civil : « Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable. ».

qu'une autre personne est la véritable titulaire du droit<sup>699</sup>. La technique de l'apparence existait donc dans la loi dès 1804. Sa création par le législateur semble avoir précédé l'œuvre unificatrice de la jurisprudence<sup>700</sup>, le premier arrêt ayant utilisé cette théorie datant de 1815<sup>701</sup>. La création jurisprudentielle du mécanisme de l'apparence, quant à elle, est qualifiée par les auteurs de « généralisation du système retenu çà et là par la loi »<sup>702</sup>. En effet, « le Code civil ne contient pas de théorie générale de l'apparence. Cependant, certaines dispositions se réfèrent, plus ou moins directement, à une situation apparente : le droit de la famille, des obligations et de la propriété en donnent plusieurs exemples »<sup>703</sup>. La jurisprudence s'est inspirée de ces principes ponctuellement admis par le législateur pour développer la théorie de l'apparence, celle-ci présente un caractère général et s'applique à de nombreuses branches du droit<sup>704</sup>.

Le mécanisme de l'apparence existait à l'origine dans la loi sous la forme d'applications éparses et a été généralisé par la suite par le juge. La loi<sup>705</sup> et la création prétorienne étant deux sources formelles du droit, elles sont sur le même plan et seule l'une d'elles doit pouvoir revendiquer la véritable création du mécanisme. Cependant, si, à l'origine, le mécanisme a été créé par la loi, toutes ses formes n'en sont pas issues et il peut ainsi être considéré qu'il n'en est pas exclusivement natif. Il convient alors ici de différencier les applications textuelles éparses de l'apparence et la théorie générale. Les premières ont été créées par la loi, ce sont donc des mécanismes correcteurs d'origine légale. La seconde, en revanche, est une création du juge qui en a construit le régime pour des applications non prévues par la loi, ce mécanisme est donc, dans son acception généralisée, un mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Cet exemple est l'occasion de préciser la notion d'« origine » et de constater qu'elle se détache de la notion de « création » et permet d'avoir une acception plus large de l'entrée des mécanismes au sein du droit positif. En effet, ne sont pas d'« origine prétorienne » les seuls mécanismes créés par le juge au sens où il serait le premier à les avoir intégrés au droit positif. Le mécanisme de l'apparence présente plusieurs formes, celles prévues par la loi en font un mécanisme d'origine légale et celles issues du juge un mécanisme d'origine prétorienne. Dans sa forme générale et le principe de son action, il est d'origine prétorienne.

---

<sup>699</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°847, p. 835-837.

<sup>700</sup> A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, n°638, p. 388.

<sup>701</sup> Req. 3 août 1815, S. 1815-1818, p. 83 et s., spéc. p. 86. Sur ce point cf. A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préc., n°16, p. 15, n°96 ; Cass. Civ., 26 janvier 1897, préc.

<sup>702</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°848, p. 837 ; A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préc., n°16, p. 15-16 et n°638, p. 388 ; « Nul doute que le juge ait un rôle essentiel quant à l'appréciation des faits : la jurisprudence est donc à la base de la notion d'apparence et l'a adaptée aux successives réalités économiques et sociales » (C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.).

<sup>703</sup> E. LEROUX, « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTDciv* 1974. 509, spéc. 510, n°1.

<sup>704</sup> A. RABAGNY, *L'image juridique du monde, Apparence et réalité*, préc., p. 273 ; C-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000, n°101, p. 57 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n° 848, p. 837.

<sup>705</sup> Pour le Doyen Carbonnier elle est la principale source du droit (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°106, p. 193) ; M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », préc. : « Dans un pays de droit écrit, l'espace juridique est normalement occupé par le législateur. « La » source du droit, c'est lui » ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°237, p. 196 : « Tout le monde s'accorde à situer la loi au premier rang de ces sources » même s'il a été soutenu qu'elle « ne devient règle que lorsqu'elle est consacrée et traduite à l'occasion de son interprétation par les juges » (L. SILANCE, in *La règle de droit*, Etudes publiées par C. PERELMAN, Bruxelles, 1971, p. 50 et s.).

**96. La fraude** – La question de l'origine de la fraude<sup>706</sup> est délicate. Malgré la formulation latine de l'adage, il n'est pas aussi ancien qu'il est possible de le croire<sup>707</sup> et paraît n'avoir jamais eu cours en droit romain, en tant que théorie générale tout du moins<sup>708</sup>. La fraude en tant que comportement, en revanche, est un phénomène intemporel<sup>709</sup>. Elle serait une réaction au caractère contraignant de la règle juridique<sup>710</sup>. Ce sont les glossateurs et notamment Bartole et son École qui ont pu formuler les traits spécifiques de la fraude et de sa sanction<sup>711</sup>. Cette doctrine a pénétré l'Ancien Droit français assez tardivement à travers des applications éparses<sup>712</sup>. En droit coutumier<sup>713</sup>, la fraude est appréhendée de manière plus pragmatique que théorique<sup>714</sup>. Le véritable essor du principe général, « surgit du droit prétorien », a lieu au XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>715</sup>. En 1804, la sanction de la fraude est présente à la fois dans la loi et dans la jurisprudence. Plusieurs articles du Code civil font référence à la fraude, par exemple, le nouvel article 1341-2 reprend la règle prévue dès 1804 à l'alinéa premier de l'article 1167 selon laquelle « Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude. ». Les rédacteurs du Code civil ont choisi de ne pas consacrer de théorie générale de la fraude mais de n'en faire que des applications<sup>716</sup>. La jurisprudence en revanche a très tôt utilisé cette théorie générale<sup>717</sup> et reproduit la formule selon laquelle la fraude fait exception à toutes les règles. Il peut ainsi être considéré que la théorie générale de

<sup>706</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°28 et s., p.33 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797-798 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 11 et s.. Sur son caractère coutumier : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°136, p. 250.

<sup>707</sup> « Si "la fraude est aussi vieille que la loi", la notion est plus récente » (F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°29, p. 35) ; « Certes, malgré la formule latine d'aspect vénérable, la maxime est toute jeune, probablement inventée vers la milieu du XIX<sup>e</sup> siècle ». (G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* » », préc.) ; « L'autonomie de la fraude, en tant que notion et sanction, date de l'Ancien Droit. Les Romains ont sans doute appliqué la théorie, mais de manière désordonnée parce qu'intuitive, sans arriver à séparer nettement la fraude des catégories voisines, telles que la simulation ou la violation de la loi, sans jamais non plis formuler un principe général de lutte contre la fraude » (J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 34).

<sup>708</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°30, p.35 ; B. AUDIT, « Fraude », préc.) ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797-798 ; G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* » », préc.

<sup>709</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°28, p. 33.

<sup>710</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°6, p. 5 ; « La notion de fraude est omniprésente dans le droit, parce que la tentation est naturelle chez les individus de chercher à se soustraire à certaines des contraintes que la loi fait peser sur eux » (B. AUDIT, « Fraude », préc.).

<sup>711</sup> B. AUDIT, « Fraude », préc. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797-798.

<sup>712</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°55, p. 55.

<sup>713</sup> Sur la coutume : cf. *supra* § n°93.

<sup>714</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°55, p. 56.

<sup>715</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°68, p. 65.

<sup>716</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°68 et s., p.65 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797-798

<sup>717</sup> Par exemple : Cass. Req., 3 juillet 1817, S. 1818. 1. 338, in J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 797-798. Une des premières mentions peut être trouvée dans une note au Dalloz de 1855 sous un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1855 qui lui n'en fait pas état littéralement (D. P. 1855. 1. 326). Voir : F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°80 et s., p. 75 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier* (« *Fraus omnia corrumpit* »), Bruylant, 2000, n°133 et s., p. 243 et s. ; G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* » », préc.

la fraude est une construction prétorienne<sup>718</sup>. À l'instar de l'apparence, les sanctions de la fraude sont des mécanismes d'origine légale lorsqu'elles sont présentes dans la loi, la théorie générale elle, est d'origine prétorienne. Il convient de s'intéresser à présent à l'origine du mécanisme de l'action directe.

**97. L'action directe** – Le caractère unitaire du mécanisme de l'action directe a été reconnu tardivement. Monsieur Christophe Jamin distingue trois époques dans la construction historique de la notion<sup>719</sup>. Tout d'abord, au XIX<sup>ème</sup> siècle, les articles 1753<sup>720</sup>, 1798<sup>721</sup> et 1994<sup>722</sup> fondaient quasi unanimement les différentes formes d'action directe alors même que les rédacteurs du Code civil n'entendaient que reprendre des mécanismes de l'Ancien droit. Ainsi, il peut être considéré que « l'action directe, inexistante en Droit romain et dans l'Ancien droit français, ne trouve pas de source plus certaine dans la rédaction du Code civil mais seulement dans son interprétation »<sup>723</sup>. Duranton aurait été le premier à qualifier les techniques issues de ces articles d'actions directes. La jurisprudence, par la suite, admit l'existence du nouveau mécanisme<sup>724</sup>, c'est donc elle qui l'introduisit dans le droit positif. Elle créa d'ailleurs, avec le concours de la doctrine, de nouvelles formes d'actions directes<sup>725</sup>. Pendant cette période, il est considéré que les différentes actions directes reposent sur des principes du Code civil. Ensuite, a été affirmé le seul fondement légal de l'action directe<sup>726</sup> du fait de l'impossibilité de fonder certaines formes sur des principes du Code civil. En effet, il a pu être considéré que seule la loi peut être à l'origine d'actions directes<sup>727</sup>. Cependant, « ce glissement ne doit pas obscurcir la réalité historique : l'action directe est une création doctrinale et jurisprudentielle »<sup>728</sup>. Enfin, l'action directe en garantie qui ne pouvait être basée « ni sur un fondement légal ni sur celui d'un mécanisme classique issu du Code civil »<sup>729</sup> remet en cause les justifications de l'existence d'actions directes. Si la construction unitaire de la notion d'action directe est clairement issue des travaux de la doctrine et qu'elle connaît des applications légales, il semble que son principe ait été introduit dans le droit positif par la jurisprudence<sup>730</sup>.

---

<sup>718</sup> La théorie générale de la fraude est une « construction jurisprudentielle et doctrinale » (F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé*, préc., n°4, p. 3). Sur le concours de la doctrine à la construction d'un mécanisme correcteur : cf. *supra* § n°88 et 90.

<sup>719</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°5 et s., p. 7 et s.

<sup>720</sup> « Le sous-locataire n'est tenu envers le propriétaire que jusqu'à concurrence du prix de sa sous-location dont il peut être débiteur au moment de la saisie, et sans qu'il puisse opposer des paiements faits par anticipation. Les paiements faits par le sous-locataire, soit en vertu d'une stipulation portée en son bail, soit en conséquence de l'usage des lieux, ne sont pas réputés faits par anticipation. ».

<sup>721</sup> « Les maçons, charpentiers et autres ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. ».

<sup>722</sup> « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion :

1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ;

2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.

Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. ».

<sup>723</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°15, p. 12.

<sup>724</sup> Par exemple : Civ., 2 juillet 1873, S. 1873. I. 323.

<sup>725</sup> Par exemple : Civ., 12 novembre 1884, S. 1886. I. 149 et D. 1885. I. 357.

<sup>726</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°96 et s., p. 72 et s.

<sup>727</sup> Cette affirmation ressort notamment de la jurisprudence elle-même. Par exemple : Civ. 13 décembre 1938, D. 1939. I. 33, note Picard.

<sup>728</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°95, p. 71.

<sup>729</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°171, p. 147.

<sup>730</sup> « Les forces créatrices des actions directes sont en effet essentiellement la doctrine et la jurisprudence, le législateur n'ayant adopté pour sa part, le plus souvent, qu'une position en retrait, observant la jurisprudence donner un nouveau sens aux textes ou intervenant pour consacrer une solution jurisprudentielle préexistante.

Certains mécanismes correcteurs ont une origine précise obscure. En effet, il est parfois difficile de déterminer leur créateur, entre le législateur, le juge et la coutume, le premier en faisant des applications parfois nombreuses, le deuxième en établissant une théorie générale les concernant et le troisième en ayant initialement porté les adages en son sein. Cette complexité démontre l'intérêt de retenir une acception plus large de la notion d'« origine », ne se limitant pas à la pure création mais admettant l'existence des objets concernés dans différentes sources. Les acceptions généralisées de la fraude et de l'apparence peuvent être considérées comme issues d'une création prétorienne. Cependant, il peut paraître contestable de considérer que le juge a véritablement créé de toutes pièces ces mécanismes correcteurs et tout autant de réduire son intervention à une simple découverte. L'activité créatrice du juge dans la généralisation de la théorie n'est pas à remettre en cause. Pour préciser la complexité de l'origine prétorienne, il est nécessaire de recourir à une troisième voie, à la croisée de la pure création et de la simple découverte : l'invention.

## B. Entre découverte et création : l'invention

**98. Plan** – La question de la création des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne par le juge n'est pas sans rappeler un débat concernant, là encore, le pouvoir du juge, cette fois-ci, non de créer des mécanismes, mais de créer des règles ou des principes<sup>731</sup>. Cependant, la discussion portant surtout sur la question du pouvoir créateur du juge, les débats et réflexions concernant les règles et les principes sont transposables à la question des mécanismes. Ces interrogations ont pu aboutir à considérer que les règles ou les principes étaient « inventés » par le juge. Cette thèse doit être détaillée (1) pour l'appliquer aux mécanismes correcteurs (2).

### 1. La thèse de l'invention du droit par le juge

**99. Rejet de l'exclusivité des deux conceptions traditionnelles** – La création prétorienne est le plus souvent présentée sous la forme d'une alternative rigide : les règles ou principes soit sont créés par le juge, soit préexistent dans le système juridique et ne sont alors que révélés<sup>732</sup> ; or, dans certaines hypothèses, ni l'une ni l'autre de ces affirmations ne peut être véritablement retenue.

D'une part, la plupart des règles ou principes ne peuvent être considérés comme purement créés, construits de toutes pièces par le juge<sup>733</sup>, tant ils sont anciens et leur origine incertaine. Parmi les mécanismes correcteurs, c'est le cas par exemple de l'abus de droit qui est à l'origine une théorie doctrinale et dont il est possible de trouver des applications dans des textes<sup>734</sup>. Sans ignorer le pouvoir créateur du juge, il est néanmoins difficile de considérer que sa forme généralisée est une véritable création. Si cette dernière désigne communément

---

Certes, la jurisprudence trouve le plus souvent un fondement textuel aux actions qu'elle consacre, mais il est assez artificiel d'y voir l'expression de la volonté du législateur. » (F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°9).

<sup>731</sup> L. BACH, « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à une lancinante interrogation !) », *Mélanges Héron*, 2008, p. 47 et s. ; *La création du droit par le juge*, APD, t. 50, 2007 ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », préc. ; C. PUIGELIER, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1. 17.

<sup>732</sup> Sur les principes : P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

<sup>733</sup> À propos des « principes de droit » : « les auteurs de droit privé, en général, ne reconnaissent pas au juge en la matière un rôle créateur mais seulement révélateur » (J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP G.* 1982. I, 3058, n°116) ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc., spéc. n° 21, p. 67.

<sup>734</sup> Sur l'origine de l'abus de droit cf. *infra* § n°88.

l'« action de faire, d'organiser une chose qui n'existait pas encore »<sup>735</sup> il est peu envisageable de concevoir que de telles techniques n'existaient pas avant leur utilisation par le juge. Celui-ci ne crée jamais seul et de toutes pièces une règle, un principe ou un mécanisme. Plus largement, la création du droit n'est pas un phénomène isolé, les auteurs puisent çà et là, la pensée des auteurs les dirige, le droit comparé les inspire, les évolutions de la société les contraignent, les différents éléments du système juridiques interagissent, se complètent, se corrigent, étendant un procédé prévu par une source, en cantonnant un autre...

Comme cela a été dit précédemment, il faut différencier le concours de sources réelles et celui de sources formelles à la création du droit. Si une technique créée par le juge avec l'aide d'une source réelle n'est sans doute pas une véritable création au sens courant du terme, elle en est néanmoins une au sein du droit. En effet, si le juge est à l'origine de son intégration au sein du droit positif, il semble pouvoir être considéré qu'il l'a créée. En revanche, lorsqu'un outil est né grâce à l'action combinée de plusieurs sources formelles du droit, aucune ne peut prétendre l'avoir véritablement créé, l'avoir intégré seule au droit positif. C'est pour cette raison que la thèse de l'invention est proposée au sein de ce développement et non du précédent.

D'autre part, la thèse selon laquelle le principe ou la règle prétorienne serait purement préexistant ne peut pas davantage être retenue. Le juge ne se contente pas de découvrir un principe préexistant, il l'intègre au droit positif, l'adapte, lui donne vie. La thèse de la préexistence des principes a été forgée à la lumière des normes du droit international et n'est ainsi pas pleinement transposable au droit interne<sup>736</sup>. En effet, en droit international, les auteurs soutiennent la préexistence des principes généraux<sup>737</sup> puisque le juge ou l'arbitre puise dans les systèmes juridiques des nations<sup>738</sup> et « ne peut en créer de toutes pièces »<sup>739</sup>. Ce raisonnement n'est pas utilisable en droit interne, plus autonome et au fonctionnement différent et, même dans cette hypothèse, il est discutable d'évoquer une simple découverte. De plus, la thèse de la préexistence des principes est enracinée à la faveur d'une contribution doctrinale qui a pu être considérée comme erronée<sup>740</sup>. Boulanger<sup>741</sup> défendit la thèse selon laquelle les principes préexistent à leur déclaration jurisprudentielle. Il l'illustra à l'aide du régime de responsabilité des choses, fondé initialement sur l'idée de risque, qui n'aurait pas mis à bas l'article 1382 du Code civil<sup>742</sup> mais, au contraire, en serait tiré puisque l'évolution ultérieure de la jurisprudence aurait démontré qu'il repose toujours sur l'idée de faute. Pour lui :

à strictement parler, la jurisprudence n'a pas, en notre matière, de pouvoir créateur. Les principes existent, alors même qu'ils ne s'expriment pas ou ne se reflètent pas dans les textes de loi. Mais la jurisprudence se borne à les

---

<sup>735</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Création », p. 578.

<sup>736</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

<sup>737</sup> « En réalité le juge (ou l'arbitre) international ne crée pas les principes, il les déclare, ou, pour employer une expression sans doute plus exacte et qui rend mieux compte de l'importance de son intervention : il les formule. » (A. PELLET, *Recherches sur les principes généraux du droit en droit international*, th., Paris, 1974, p. 363).

<sup>738</sup> Le doyen Carbonnier nomme le phénomène de greffe normative entre droits internes « acculturation juridique » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 377 et s. : « Par acculturation [...] il faut entendre toute greffe d'une culture sur une autre. [...] Toute culture contenant du droit, on en est arrivé aisément à l'idée d'une acculturation juridique, à l'idée qu'un système juridique pouvait se greffer sur un autre »).

<sup>739</sup> A. PELLET, *Recherches sur les principes généraux du droit en droit international*, préc., p. 363 (ici l'auteur étend son analyse au droit interne : « Cette thèse de la fonction déclarative de la jurisprudence vis-à-vis des principes généraux de droit est d'ailleurs conforme à celle exprimée le plus souvent en ce qui concerne le droit interne »).

<sup>740</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

<sup>741</sup> J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc.

<sup>742</sup> « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. ». Cette règle est aujourd'hui contenue à l'article 1240 du Code civil.

déclarer ; elle ne les crée pas. L'énoncé d'un principe non écrit est la manifestation de « l'esprit » d'une législation. La jurisprudence parachève l'œuvre, nécessairement incomplète, du législateur<sup>743</sup>.

Il peut être répliqué que l'évolution du droit positif a au contraire établi que la Cour de cassation a introduit un principe nouveau de responsabilité<sup>744</sup> qui a refoulé la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil. Cet exemple trahit le rôle créateur de la jurisprudence et compte même parmi ceux les plus cités pour l'illustrer<sup>745</sup>. Au surplus, la thèse de la préexistence des principes repose sur un postulat qui la condamne<sup>746</sup>. En effet, les principes seraient préexistants dans le système juridique en raison de sa complétude qui exclut les lacunes<sup>747</sup> et rend donc superflue la création de nouvelles normes. Selon les partisans de cette thèse, les principes préexisteraient, pour certains<sup>748</sup>, dans les sources formelles du droit positif : la loi ou la coutume. Pour d'autres, ils existeraient déjà dans les sources non formelles du droit positif<sup>749</sup> et ainsi dans le donné, c'est-à-dire un ensemble d'éléments préexistants à l'intervention du juge qui exercent une influence sur son activité. Ces éléments sont divers, allant du droit naturel à la raison pure en passant par exemple par l'équité. Cependant, l'élaboration des principes est, certes, influencée par le donné, mais celui-ci ne constitue jamais qu'une source d'inspiration éventuelle de leur régime juridique<sup>750</sup>. Il n'est pas la propre source créatrice du droit qui les gouverne. En d'autres termes, le donné n'appartient pas à l'ordre juridique, le principe ne peut ainsi préexister dans l'ordre juridique du seul fait qu'il est inspiré par exemple par l'équité. De plus, la préexistence des principes est indémontrable. Il s'agit d'une fiction, c'est-à-dire d'une vue de l'esprit. En effet, pour éviter les griefs pouvant être adressés au juge qui crée un principe alors qu'il ne dispose d'aucune compétence l'y autorisant, il prétend s'être borné à révéler des règles qui préexistaient à sa décision dans l'ordre juridique. Enfin, le principe recèlerait toujours une indéniable part de création judiciaire. Les exemples les plus révélateurs de cette création par le juge, sont les revirements et les divergences<sup>751</sup>. En effet, la Cour de cassation édicte elle-même les règles composant le régime des principes puisqu'elle les modifie ou connaît des divergences à leur propos en son sein.

En raison de la participation de plusieurs sources formelles du droit, l'objet considéré ne peut être considéré comme ayant été entièrement créé par le juge car il n'existe pas, en droit positif, qu'au sein du droit prétorien. Cependant, une part de création est indéniable, le juge utilise rarement à l'identique une ancienne coutume ou un texte, il l'adapte aux évolutions de la société, en redéfinit les critères, en étend le champ d'action. Une troisième voie rendant compte de cette complexité doit être proposée.

## 100. Une troisième voie – Les auteurs soutenant que le juge ne crée pas réellement

<sup>743</sup> J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc.

<sup>744</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s. ; R. SALEILLES, Cass. Civ. 16 juin 1896, DP 1897, 1, 433 (l'arrêt « Teffaine ») : « ce principe nouveau, c'est l'idée d'une responsabilité existant en dehors de toute faute établie et prouvée à la charge du patron ».

<sup>745</sup> Par exemple : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 113-114.

<sup>746</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

<sup>747</sup> B. OPPETIT, « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Entretiens de Nanterre des 17-18/3/1989*, *Cah. dr. ent.* 1989, n°5, p. 14 s., spéc. p. 16.

<sup>748</sup> « dans une législation codifiée, les principes sont l'apanage du législateur » (J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc., spéc. n°21, p. 69) ; « il faut se souvenir que la fonction des tribunaux n'est pas de créer du droit, mais d'appliquer le droit existant. [...] la jurisprudence révèle le droit coutumier plus qu'elle ne le crée » (A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 8).

<sup>749</sup> P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », préc., spéc. p. 16.

<sup>750</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

<sup>751</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°512 et s., p. 473 et s.

du droit, ni se contente véritablement de le découvrir, considèrent qu'il l'invente<sup>752</sup> et envisagent ainsi une troisième voie permettant de dépasser le débat opposant les partisans de ces deux thèses opposées. Les principes seraient, non pas créés de toutes pièces ou simplement révélés, mais « inventés » par le juge. L'invention est « tout à la fois création d'un droit nouveau et découverte d'un droit préexistant »<sup>753</sup>. Ce terme trouverait un synonyme en *common law* dans celui de « *construction* » mêlant création et interprétation. Cette vision dualiste est partagée par certains administrativistes. En effet, selon eux, le juge, dans une phase interprétative, constate l'opportunité d'appliquer un principe, avant de le consacrer dans une phase créatrice. Le passage des principes dans le droit positif nécessite une intervention du juge qui ne se limite pas à constater leur existence<sup>754</sup>. Ils assimilent la préexistence des principes à leur existence dans des textes réglementaires et législatifs, contrairement à Monsieur Patrick Morvan qui considère que la préexistence ne peut s'entendre en droit privé que d'une préexistence dans l'ordre juridique positif mais hors du droit écrit, le donné n'étant pas une source de droit et les principes intrinsèquement extratextuels<sup>755</sup>.

Entre la pure création et la simple découverte, l'invention semble se présenter comme une alternative rendant compte de manière plus complète de la création des règles de droit par le juge pouvant être appliquée aux mécanismes correcteurs.

## 2. Application de la thèse de l'invention du droit par le juge aux mécanismes correcteurs

**101. L'invention des mécanismes correcteurs** – Les incertitudes quant à l'origine de la plupart des principes existent du fait de l'ancienneté de ces derniers et de leur rayonnement juridique important. Pour ces mêmes raisons, ce questionnement s'applique aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. La thèse de l'invention du droit par le juge peut ainsi être appliquée à la question des mécanismes correcteurs. Certains d'entre eux existent dans l'ordre juridique, au sein du droit positif, à travers un texte de droit positif ou sont issus d'une coutume. Ils sont alors, non pas réellement créés par le juge, mais inventés, une intervention à la croisée des chemins entre la création pure et la simple révélation admettant le concours d'autres sources formelle du droit sans dénier la réalité de l'action créatrice. En revanche, dans l'hypothèse où les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ne semblent pas réellement issus d'un texte de droit positif ou d'une coutume, il est possible de considérer qu'ils ont été créés par le juge. Ainsi, la notion d'origine prétorienne comprend les mécanismes véritablement créés par le juge mais ne s'y résume pas puisqu'elle englobe également ceux qu'il a inventés. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est alors celui qui est issu du juge, la référence à l'origine est préférée à la création. Par facilité de langage le terme « création » sera néanmoins parfois utilisé dans une acception large.

## **102. Conclusion de la section** – Si le mécanisme correcteur d'origine prétorienne

---

<sup>752</sup> « Les principes ne sont pas créés, ils ne sont pas plus découverts. Ils sont en réalité inventés, dans le double sens que peut prendre ce verbe qui désigne à la fois l'action de trouver quelque chose de nouveau mais aussi de trouver ou de découvrir une chose qui existe mais reste jusque-là inconnue » (E. MAULIN, « L'invention des principes », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), préc., p. 23 et s., spéc. p. 26) ; F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », préc.

<sup>753</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°531, p. 494.

<sup>754</sup> J-P. CHAUDET, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, préface J. MOREAU, LGDJ, 1967, n° 154 et s., p. 97 et s. ; « Si le juge se défend de créer des principes généraux, s'il prétend les déduire uniquement de la volonté du législateur, dégagee d'un texte ou d'une longue tradition juridique, il n'en apparaît pas moins comme le véritable auteur de ces principes » (D. LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, préface P. WEIL, LGDJ, 1972, p. 88).

<sup>755</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°531, p. 496.



peut être entendu comme étant issu d'une création du juge, la notion d' « origine prétorienne » s'est néanmoins révélée plus complexe qu'il n'y paraissait. En effet, cette expression comprend en son sein des réalités différentes et, pour certaines d'entre elles, la question s'est posée de savoir si le juge avait véritablement créé les mécanismes correcteurs concernés. Sans qu'aucun n'ait été créé de toutes pièces par le juge, certains peuvent être considérés comme de véritables créations du juge en ce qu'ils ont été introduits au sein du droit positif par son action. D'autres, existant dans d'autres sources formelles du droit, n'ont pas été créés entièrement par le juge mais celui-ci ne s'étant pas non plus contenté de les découvrir, il peut être considéré qu'il les a inventés.

**103. Conclusion du Chapitre 2** – La notion d' « origine prétorienne » pouvait sembler, à première vue, facile à appréhender. Son étude a cependant révélé une certaine complexité et suscité des questionnements.

D'une part, en raison de leur proximité avec d'autres notions fort usitées, le choix des termes « origine » et « prétorienne » a dû être justifié. La signification des deux composantes de la notion d'origine prétorienne implique, certes sans réelle surprise, que les mécanismes correcteurs sont ceux ayant été créés par le juge mais soulève des interrogations théoriques. D'un côté, l'utilisation de la notion d'origine pour rendre compte de la création des mécanismes correcteurs commanda de lui comparer celle de source. Cette dernière est largement utilisée mais ses liens originels avec la règle de droit ont conduit à l'écartier et à ainsi préférer une notion plus neutre.

D'un autre côté, la notion, plus couramment utilisée que le terme de « prétorien », de jurisprudence semblait s'imposer pour désigner une technique créée par le juge. Cependant, elle est apparue comme devant être réservée à la création de règles et ne permet ainsi pas de désigner la création par le juge de mécanismes correcteurs, ceux-ci n'étant pas des règles à proprement parler.

D'autre part, l'étude de l'origine des différentes techniques qualifiées de mécanismes correcteurs a mis en évidence la complexité de la question car le juge ne crée jamais seul. Ont ainsi concouru à leur création la doctrine, le droit comparé, des coutumes et des textes. Il a donc été nécessaire de dessiner les contours de la création prétorienne en distinguant les véritablement créations, sur lesquelles l'œuvre doctrinale et l'inspiration du droit comparé n'a pas d'incidence, et les mécanismes correcteurs plus sûrement inventés en raison de leur présence dans des textes et des coutumes. La notion d'origine prétorienne put être précisée, celle-ci englobant les mécanismes véritablement créés par le juge avec le concours de sources réelles du droit et des mécanismes inventés par celui-ci, révélant leur existence au sein d'autres sources formelles du droit.

**104. Conclusion du Titre 1** – L'étude du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne nécessite de se pencher sur chacune de ses composantes de manière approfondie pour pouvoir déterminer ce qui relève de chacune d'entre elles. La correction et l'origine prétorienne ont permis de se pencher sur l'action correctrice du juge indépendamment de sa forme qui fera l'objet du prochain titre.

Il convenait, d'une part, de définir le concept de correction. Il s'est révélé, certes, utilisé par les auteurs, mais finalement assez méconnu, aucun texte, décision, dictionnaire ou ouvrage juridique n'y étant véritablement consacré ou n'en proposant de définition. Cette dernière a donc dû être construite et a pu l'être grâce à l'analyse des emplois du concept au sein de différents langages juridiques. La correction consiste ainsi en la mise à l'écart de l'application d'une règle inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et son remplacement par une

autre solution. Cette définition proposée, restaient des interrogations en suspens et notamment les liens de la correction avec des concepts proches : la modulation et la modération. Il est apparu que la correction et ces autres concepts peuvent se croiser, se rencontrer à propos de mêmes objets mais certains éléments permettent de les distinguer. Le concept de modération semble cependant si proche de celui de correction que tous deux paraissent faire partie d'un même pouvoir. Cette constatation démontre l'intérêt de la déconstruction du concept pour sa définition car il reviendra à la forme de la correction, le mécanisme, de poser la question de la distinction entre les mécanismes correcteurs et d'autres manifestations correctives.

D'autre part, pour pleinement cerner l'ampleur du rôle correcteur du juge, il était nécessaire de s'intéresser à l'origine prétorienne des mécanismes correcteurs. Dans un premier temps, le choix des notions d' « origine » et de « prétorien » pour désigner l'objet de l'étude a dû être justifié. Le recours à la théorie des sources du droit et à la notion de jurisprudence a finalement été écarté à leur profit pour mieux rendre compte de la création par le juge de mécanismes correcteurs. Dans un second temps, l'origine prétorienne des mécanismes correcteurs évoquant leur création par le juge, il a été nécessaire de préciser ses contours. Il est apparu que le juge en avait créé certains et inventés d'autres mettant en évidence la complexité de la notion d'origine prétorienne.

Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ont été créés par le juge et lui permettent d'écarter l'application de la règle inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et de la remplacer par une autre solution. L'étude des deux premières composantes de cette expression a permis de se pencher sur l'action correctrice du juge et d'en prendre toute la mesure. Cependant, il est apparu que l'action corrective n'est pas permise par les seuls mécanismes correcteurs mais est également réalisée lorsque le juge statue en équité. Ainsi, pour parfaire la définition du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il convient de s'intéresser à la forme de la correction alors utilisée : le mécanisme.

## TITRE 2 : L'INSTRUMENT DE LA CORRECTION : LE MÉCANISME

**105. Le mécanisme au cœur de la réflexion** – La correction désigne l'action par laquelle le juge écarte l'application d'une règle inadaptée à régler un litige et, à cette dernière fin, recourt à une solution plus adéquate. Cette définition permet sans doute une meilleure appréhension de l'objet de cette étude mais n'est pas suffisante car elle englobe également d'autres phénomènes tels que la décision d'espèce rendue en équité<sup>756</sup> et doit donc être précisée. L'étude de la forme de la correction, le mécanisme, doit figurer au cœur des questionnements ici développés car son objet constitue la manifestation originale de l'action corrective du juge ; il n'est rien de moins que la clé de l'étude, le pilier de la démonstration. Ainsi, de nombreuses questions restent en suspens. Que faut-il entendre par « mécanisme » ? Qu'implique cette dénomination au regard de la conception du droit ? Comment le mécanisme doit-il être appréhendé par rapport aux figures mieux connues du système juridique telles que la règle ou le principe ? Ce terme de « mécanisme » est, certes, utilisé, mais finalement peu défini ou étudié, et son existence peut être sujette à controverse voire remettre en cause une certaine vision du droit.

**106. Plan** – Le concept de « mécanisme » n'est pas totalement inconnu en droit. Il est, en effet, parfois utilisé par la doctrine pour désigner divers objets. Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, par exemple, qualifie ainsi l'*estoppel*<sup>757</sup>, de même que Monsieur Paul Lagarde l'ordre public international<sup>758</sup> ou Monsieur Pierre-Michel Le Corre l'inopposabilité de la forclusion<sup>759</sup>. Il n'est cependant défini par aucun texte, décision ou dictionnaire juridique. Son sens précis n'est donc pas immédiatement préétabli et le choix du terme pour décrire l'objet de l'étude doit être justifié. Il convient donc d'étudier le concept de mécanisme (Chapitre 1) et de le situer par rapport à des notions mieux connues parmi les manifestations du droit (Chapitre 2).

---

<sup>756</sup> Cf. *supra* § n°142 et s.

<sup>757</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », préc.

<sup>758</sup> P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°2, p. 3 ; également : B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°1, p. 1.

<sup>759</sup> P-M. LE CORRE, « Redressement judiciaire, Cass. com., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.751 [Arrêt n° 135 FS-P+B] », *Gaz. Pal.*, 14 avril 2007 n° 104, p. 54.

## CHAPITRE 1 : LE MÉCANISME

**107. Le mécanisme et la machine** – À l’issue des précédents développements, une définition incomplète du mécanisme correcteur d’origine prétorienne peut être proposée, n’attendant plus que des éclaircissements quant au concept de « mécanisme ». Ceux-ci sont partiellement apportés par une définition généraliste du terme. Selon cette dernière, le mécanisme est une « combinaison, (un) agencement de pièces, d’organes, montés en vue d’un fonctionnement d’ensemble ». Ce mot désigne ainsi concrètement le dispositif permettant à l’objet de fonctionner. Il permet également, de manière plus abstraite, de rendre compte du « mode de fonctionnement de ce qu’on assimile à une machine »<sup>760</sup>, un « processus »<sup>761</sup>. Ces définitions généralistes doivent être utilisées avec précaution en ce qu’elles ne sont pas spécifiquement construites pour la matière juridique mais elles permettent une première approche du concept. D’une part, en évoquant le fonctionnement d’une machine, le mécanisme semble représenter un dynamisme constant, répétitif, une technique. D’autre part, ce dispositif est organisé, créé pour aboutir à un résultat. Ces toutes premières déductions doivent être éprouvées et confrontées à l’utilisation du terme en droit.

**108. Le mécanisme, une technique omniprésente, un concept peu étudié** – Le terme de « mécanisme » est régulièrement utilisé en droit. En effet, sont ainsi qualifiés de nombreux instruments présents dans toutes les branches du droit. Parmi eux, il est possible de citer un des « piliers du droit »<sup>762</sup>, le contrat<sup>763</sup>, mais également la représentation<sup>764</sup>, l’assurance<sup>765</sup>, la rétroactivité<sup>766</sup>, la preuve<sup>767</sup>, les fonds de garantie<sup>768</sup>, la responsabilité et l’action en justice<sup>769</sup>. L’assise de ces figures rend compte de la place des mécanismes au sein du système juridique. Cette omniprésence, paradoxalement, semble n’avoir d’égal que le peu d’intérêt porté au phénomène. Si de nombreux objets sont qualifiés de mécanisme, le concept

---

<sup>760</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Mécanisme », sens I. 2, p. 1558.

<sup>761</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Mécanisme », sens I. 2, p. 1558.

<sup>762</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 313 et s. Les deux autres piliers sont la famille et la propriété.

<sup>763</sup> « Le mécanisme contractuel implique un processus de formation du contrat, un contenu substantiel correspondant aux effets juridiques qu’il a pour objet d’engendrer, et des modalités d’exécution et de sanction liées à son effet obligatoire » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 89 et s, spéc. p. 92).

<sup>764</sup> « Le mécanisme de la représentation est une fiction juridique dont la finalité est d’assurer, en matière successorale, l’égalité entre les souches en permettant aux descendants d’un auteur prédécédé, en concours avec d’autres héritiers, de venir à la succession du défunt en ses lieu et place (C. civ., art. 751) » (E.-L. BETAT-MAYSONNAVE, « Droits de mutation à titre gratuit et mécanisme de représentation », *L’essentiel du Droit Fiscal*, 01 janvier 2011 n° 1, p. 5) ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 94 et s. ; C.-W. CHEN, *Apparence et représentation en droit positif français*, préc., notamment n° 1, p. 1.

<sup>765</sup> Soc., 22 juin 2000, n° de pourvoi : 99-15501, *Bull. civ.* 2000 V n° 242 p. 189.

<sup>766</sup> « Mais toute considération critique sur la valeur de cette justification mise à part, et puisque la Cour de cassation semble vouloir ici fonder l’indemnité due en application de l’article 1184 du Code civil sur le mécanisme de la rétroactivité, voudrait-elle suggérer que seule la résolution pour inexécution de l’obligation de délivrance opère rétroactivement, à la différence de l’action réhibitoire ? » (P. BRUN, « Les différences de régime de l’action réhibitoire et de l’action résolutoire de droit commun, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2006 (quatre arrêts), pourvois n°s 02-19236, 03-16075, 03-16307 et 03-16407 », *RDC* 01 octobre 2006 n° 4. 1140) ; « la pension va bénéficier du mécanisme de rétroactivité légale dans le cas où la résiliation et la compensation seraient effectuées en raison d’une procédure civile d’exécution, ce qui n’était pas le cas sous l’empire du régime antérieur. » (F. AUCKENTHALER, « La pension, le prêt de titres et la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Bulletin Joly Bourse*, 01 septembre 2002 n° 5. 387).

<sup>767</sup> « La preuve est un mécanisme judiciaire » (M. MEKKI, « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>e</sup> partie) », *RDC*, 01 avril 2009 n° 2. 453).

<sup>768</sup> Article R121-2-1 du Code de la consommation, article L932-15-1 du Code de la sécurité sociale, article L221-18 du Code de la mutualité et article L112-2-1 du Code des assurances.

<sup>769</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 88.

en lui-même est peu étudié. Il n'est défini par aucun texte et aucune décision mais certains auteurs y dédient quelques développements<sup>770</sup> qu'il est possible de prendre pour point de départ de la construction.

**109. Point de départ** – Contrairement au concept de correction qui n'avait jusqu'ici pas été étudié et devait donc voir sa définition construite à partir de l'analyse de ses emplois, le concept de mécanisme a fait l'objet de réflexions qui doivent ainsi être prises comme point de départ et auxquelles sera confrontée l'analyse de ses utilisations.

Jhering s'est intéressé à la technique permettant d'organiser le droit, indépendamment de son contenu, pour qu'il assure l'application des règles de droit aux cas concrets, qu'il se réalise. Lorsqu'il s'agit de résoudre des difficultés complexes, de satisfaire des intérêts dont la protection n'est pas aisée, l'auteur expliquait qu'on y parvenait aux moyens de procédés savants : les mécanismes techniques<sup>771</sup>. La méthode technique désigne la branche de l'art juridique qui a pour objet le perfectionnement de la forme de la matière juridique et le mécanisme technique l'ensemble des procédés au moyen desquels peut être atteint ce but. Ainsi le terme de « mécanisme » désigne des procédés et est lié à la technique juridique<sup>772</sup>, à la forme.

Demogue s'était lui aussi penché sur les mécanismes techniques<sup>773</sup>, des « constructions puissantes dont les conséquences se font sentir sur tous les domaines du droit »<sup>774</sup>. En font partie, par exemple, les théories des sujets de droit, des personnes morales, de la représentation et du rapport de droit. Ils sont des invariables, intermédiaires entre l'intérêt à protéger et la solution pratique, introduits pour faciliter le travail et « qui n'ont leur raison d'être que comme commodité »<sup>775</sup> et qui sont dirigés par la réalité et les buts à atteindre. Le mécanisme technique est plus précisément une construction permettant de regrouper toute une série de règles spéciales et est en cela un procédé de concentration<sup>776</sup>. La construction ne doit cependant pas être appliquée sans souci des intérêts pratiques à protéger, être utilisée comme une machine logique « fournissant avec la même force les solutions rationnelles comme les plus bizarres »<sup>777</sup>.

Monsieur Jean-Louis Bergel a étudié les instruments du droit<sup>778</sup>, utilisés par le système juridique dans « la mise en œuvre du Droit »<sup>779</sup> pour « remplir sa fonction et parvenir à ses fins »<sup>780</sup>. Le droit ne pouvant « consister en une simple juxtaposition de règles disparates »<sup>781</sup>, ces instruments lui permettent d'insérer ses éléments dans un ensemble cohérent. À côté des instruments conceptuels<sup>782</sup>, techniques<sup>783</sup> et du langage juridique<sup>784</sup>, l'auteur range les instruments opérationnels, qu'ils nomment également « mécanismes opérationnels du

---

<sup>770</sup> Monsieur Benjamin Rémy envisage le mécanisme comme une « méthode » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°3, p. 3).

<sup>771</sup> R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc. p. 16 et s.

<sup>772</sup> Cf. *supra* § n°16 nbp n°150.

<sup>773</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 252 et s.

<sup>774</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 252-253.

<sup>775</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 267.

<sup>776</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 261.

<sup>777</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 263.

<sup>778</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 49 et s. et *Théorie générale du droit*, préc., n°152 et s., p. 207 et s.

<sup>779</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°152, p. 207.

<sup>780</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 49.

<sup>781</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 49.

<sup>782</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 50 et s.

<sup>783</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 61 et s.

<sup>784</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°197 et s., p. 253 et s.

droit »<sup>785</sup> et les « institutions-mécanismes »<sup>786</sup>. Les mécanismes sont destinés à permettre au système juridique « la réalisation des opérations juridiques »<sup>787</sup>. Ils sont décrits comme étant toujours une « combinaison de règles, d'éléments, de moyens techniques et d'actes matériels ou juridiques destinés à obtenir un résultat déterminé »<sup>788</sup>. Ce sont des « techniques juridiques, autrement dit des procédés destinés à produire certains effets particuliers »<sup>789</sup>. Ils ont la particularité, par rapport aux autres instruments du droit, de relever « d'une approche dynamique du droit en action ». Ils sont caractérisés par une certaine complexité puisqu'ils impliquent une combinaison d'éléments et sont polyvalents car destinés à produire des résultats très divers. Ils constituent des cadres, « des instruments que le droit se donne pour son application »<sup>790</sup>. Ils sont caractérisés également et surtout par « les buts vers lesquels ils tendent »<sup>791</sup> et ont tous pour objet la modification de l'ordonnement juridique. Ils sont formés d'un « noyau, c'est-à-dire d'une idée maîtresse, d'une finalité commune autour de laquelle sont organisées les diverses règles et les divers éléments »<sup>792</sup>. Il cite à l'appui de cette description des exemples tels que les incapacités, un mécanisme de protection<sup>793</sup>, les actes juridiques, un mécanisme d'action<sup>794</sup> et la responsabilité, la preuve et l'action en justice, des mécanismes de sanction<sup>795</sup>.

À lire ces auteurs, il semble qu'une certaine harmonie émerge des réflexions sur le concept de mécanisme en droit. Il serait une technique dynamique, un instrument composé de plusieurs éléments et destiné à remplir une fonction au sein du système juridique. Cette définition est éclairante et doit à présent être confrontée à la manière dont le terme est employé, pour la confirmer, la préciser ou l'infirmer.

**110. Plan** – L'étude de l'emploi du terme « mécanisme » dans les différents langages du droit (Section 1) permet d'en proposer une définition (Section 2).

### Section 1 : L'emploi du terme « mécanisme » en droit

**111. Plan** – Le terme « mécanisme » a fait l'objet de réflexions doctrinales qui ont permis de mettre en évidence une vision harmonieuse du concept à la laquelle doit être confrontée la manière dont il est utilisé. Ses emplois seront recherchés<sup>796</sup>, dans un premier temps, dans le langage du droit (§ 1) et, dans un second temps, dans le langage sur le droit<sup>797</sup> (§ 2).

<sup>785</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 88 et s.

<sup>786</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°166 et s., p. 220 et s. Voir cependant la distinction proposée dans cette étude entre l'institution et mécanisme *infra* n°172 et s.

<sup>787</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 88.

<sup>788</sup> *Ibid.*

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> *Ibid.*

<sup>791</sup> *Ibid.*

<sup>792</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., p. 223.

<sup>793</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°167, p. 221.

<sup>794</sup> « On regroupera ensuite dans ce que l'on peut appeler des mécanismes d'action toutes les institutions qui peuvent soutenir une activité sociale particulière » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°167, p. 221).

<sup>795</sup> Il s'agit des « corps de règles destinés à l'appréciation et l'application des sanctions du droit objectif » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°168, p. 221).

<sup>796</sup> Il sera recouru à la même méthode qu'employée précédemment pour le concept de correction. *Cf. supra* § n°23.

<sup>797</sup> Distinction initiée par Monsieur Jerzy Wroblewski in « Les langages juridiques : une typologie », préc.

## § 1 – Le « mécanisme » dans le langage du droit

**112. Plan** – Au sein du langage du droit, l'emploi du terme « mécanisme » sera étudié dans le langage légal, d'une part (A), et dans le langage jurisprudentiel (B), d'autre part.

### A. L'emploi du terme « mécanisme » dans le langage légal

**113. La recherche du mécanisme** – Recherché dans les différents textes codifiés<sup>798</sup> de droit privé, le terme « mécanisme » est présent dans plusieurs articles<sup>799</sup>. Il est parfois attaché à un objet étranger au droit, il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il est fait référence à des machines<sup>800</sup> ou à la santé<sup>801</sup>. Cependant, dans d'autres textes, ce terme est utilisé pour désigner des objets juridiques.

**114. Le mécanisme dans les textes** – Plusieurs exemples permettent d'illustrer l'utilisation du terme « mécanisme » dans les textes. Tout d'abord, des articles<sup>802</sup> évoquent les « mécanismes d'indemnisation ». Par exemple, l'article R.121-2-1 du Code de la consommation énumère les informations que le professionnel doit donner au consommateur lors de la conclusion d'un contrat portant sur des services financiers. Celui-ci doit notamment être informé de « l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation, tels que les mécanismes d'indemnisation des déposants, des investisseurs et des cautions ». L'expression « mécanismes d'indemnisation » semble ici être utilisée pour décrire un ensemble composé de plusieurs éléments. Ces derniers sont réunis, à lire le texte, par leur action analogue au sein du système juridique, leur objet qui est de permettre une indemnisation. Ainsi, le terme « mécanisme » permet de réunir sous un même vocable plusieurs éléments et peut lui être adjointe une précision supplémentaire spécifiant ce qui les réunit. La lecture des autres textes évoquant les « mécanismes d'indemnisation » confirme cette utilisation destinée à réunir divers éléments par leur objet, le fonds de garantie servant à illustrer une catégorie plus vaste<sup>803</sup>. Le fonds de garantie est

---

<sup>798</sup> De la même manière que pour l'étude des emplois de la notion de correction dans le langage légal, le terme « mécanisme » est recherché par le biais de la rubrique « codes » du site internet Légifrance, excluant ainsi les textes non codifiés. Cependant, la recherche ne vise pas l'exhaustivité mais une certaine représentativité à laquelle répond une recherche sur l'ensemble des textes codifiés.

<sup>799</sup> 2 dans le Code de commerce, 3 dans le Code de la propriété intellectuelle, 1 dans le Code de la consommation, 8 dans le Code du travail, 13 dans le Code de la sécurité sociale, 8 dans le Code des assurances, 2 dans le Code de la mutualité.

<sup>800</sup> Article Annexe I à l'article R4312-1 du Code du travail : « Dans le cas de machines à roues, le mécanisme de direction est conçu et construit de manière à réduire la force des mouvements brusques du volant ou du levier de direction résultant de chocs sur les roues directrices ». Également par exemple : articles R4311-5, R4313-78, R4323-89, R4323-15 et articles R4534-13 du Code du travail.

<sup>801</sup> Par exemple : Article Annexe à l'article D322-1 du Code de la sécurité sociale.

<sup>802</sup> Article R121-2-1 du Code de la consommation, article L932-15-1 du Code de la sécurité sociale, article L221-18 du Code de la mutualité et article L112-2-1 du Code des assurances.

<sup>803</sup> Article L932-15-1 du Code de la sécurité sociale : l'information à délivrer doit notamment porter sur « l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation » ; article L112-2-1 du Code des assurances : « Les modalités d'examen des réclamations que le souscripteur peut formuler au sujet du contrat y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice ainsi que, le cas échéant, l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation » ; article L221-18 du Code de la mutualité : « Les modalités d'examen des réclamations que le membre participant peut formuler au sujet du bulletin d'adhésion au règlement y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice ainsi que, le cas échéant, l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation ».

d'ailleurs qualifié de la même manière par la doctrine<sup>804</sup> pour laquelle il est un « mécanisme exceptionnel »<sup>805</sup>, « un remède, pour la victime, à l'absence d'assurance et à l'insolvabilité de l'auteur du dommage »<sup>806</sup>. Le fonds de garantie, de manière générale, permet à une victime confrontée à un responsable insolvable et non assuré par exemple, d'obtenir une réparation à la charge de la collectivité. Ainsi, le terme « mécanisme » permet de désigner à la fois l'ensemble et chacune de ses composantes. Le mécanisme d'indemnisation désigne un ensemble d'éléments ayant pour objet une indemnisation et le fonds de garantie, par exemple, est lui-même un mécanisme ; le qualifier ainsi met l'accent sur son objet. Cet exemple permet de commencer à cerner le sens implicite conféré au terme « mécanisme ». Le concept semble destiné à réunir par une même dénomination plusieurs éléments autour de leur action commune et ainsi à mettre cette dernière en évidence.

Ensuite – et c'est notamment intéressant au vu de l'exemple précédent – certains textes<sup>807</sup> évoquent un « mécanisme de garantie ». Cette expression est également utilisée pour désigner différents fonds de garantie, ces derniers étant alors des mécanismes de garantie parmi les mécanismes d'indemnisation. Ces textes font état, sans autre précision, d'un « mécanisme de garantie » et renvoient à un autre article qui s'attache à préciser sa nature et surtout son objet. Ainsi, par exemple, l'article L. 931-35 du Code de la sécurité sociale décrit un « fonds paritaire de garantie » comme étant « destiné à préserver, dans les conditions et limites définies par son règlement, les droits à prestations de leurs membres participants et des bénéficiaires de leurs opérations ». De même, selon l'article L423-1 du Code des assurances, le fonds de garantie qualifié de mécanisme de garantie par l'article R423-2 du même code est « destiné à préserver les droits de leurs assurés, et des souscripteurs, adhérents et bénéficiaires de leurs contrats d'assurance-vie, de capitalisation, couvrant des dommages corporels, ou prévus à l'article L. 441-1 ». Le terme « mécanisme » réunit donc divers éléments et semble lié à une fonction.

Enfin, le Code de la mutualité dispose qu'une convention doit prévoir un « mécanisme de mutualisation mis en œuvre par les entreprises d'assurance, les mutuelles et institutions de prévoyance et les établissements de crédit » et qui est décrit comme « permettant, sous condition de ressources des demandeurs d'emprunt, de limiter le coût additionnel résultant du risque aggravé pour l'assurance décès et invalidité des crédits professionnels et des crédits destinés à l'acquisition de la résidence principale »<sup>808</sup>. Sous ce vocable générique de « mécanisme de mutualisation » plusieurs types d'actions sont regroupés autour d'une action et d'un but.

Ces exemples d'emplois du terme « mécanisme » dans les textes donnent du concept une première approche. Ce dernier est utilisé, d'une part, pour réunir sous une même expression différents éléments et, d'autre part, pour mettre l'accent sur leurs points communs c'est-à-dire leur action et le but vers lequel elle tend. Il convient à présent de confronter cette déduction à l'utilisation du terme dans le langage jurisprudentiel.

## B. L'emploi du terme « mécanisme » dans le langage jurisprudentiel

### 115. Recherche – La recherche du terme « mécanisme » dans les décisions

---

<sup>804</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, *Rép. Civ. Dalloz*, rubrique « fonds de garantie », janvier 2012 (dernière mise à jour : mars 2012), n°3.

<sup>805</sup> A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, préc., n°689, p. 495.

<sup>806</sup> S. ABRAVANEL-JOLLY, « fonds de garantie », préc., n°20.

<sup>807</sup> Article R931-12-2 du Code de la sécurité sociale, article R423-2 du Code des assurances, article R432-2 du Code de la mutualité.

<sup>808</sup> Article L112-4 du Code de la mutualité.



publiées<sup>809</sup> de toutes les chambres civiles de la Cour de cassation donne sensiblement le même résultat que la recherche menée dans les textes. En effet, dans cette source également, des emplois sont étrangers à la matière juridique lorsque, par exemple, il est question de mécanisme électrique<sup>810</sup>, de production<sup>811</sup> ou de la contamination d'une maladie<sup>812</sup>. Cependant, certaines motivations sont intéressantes en ce qu'elles utilisent ce terme de « mécanisme » à propos d'objets assurément juridiques.

**116. Le mécanisme de l'assurance** – La Chambre sociale de la Cour de cassation, notamment dans un arrêt rendu le 22 juin 2000<sup>813</sup>, évoque, dans ses motifs, le « *mécanisme de l'assurance* ». Il est question, dans cette décision, d'un régime de retraite complémentaire des cadres institué par une convention collective nationale à propos duquel la Cour décide qu'il « ne relève pas du mécanisme de l'assurance, qui fait naître à la charge de l'assureur des obligations en stricte contrepartie de celles de l'assuré ». L'assurance est :

l'opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime (ou cotisation), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par une autre partie, l'assureur (société d'assurance), qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique<sup>814</sup>.

Il existe plusieurs types de régimes d'assurance, mais l'assurance en elle-même désigne une technique unitaire dynamique définie par certains critères et englobant diverses réglementations possibles. La qualifier de « mécanisme » semble permettre de mettre l'accent non pas sur une manifestation précise mais sur un type d'action et d'englober plusieurs éléments.

Cette utilisation du terme « mécanisme » par la Chambre sociale de la Cour de cassation corrobore la vision dégagée de l'étude de son emploi dans les textes, à savoir que la désignation d'un objet juridique par la qualification de mécanisme met en exergue un type d'action englobant des réglementations diverses. Cette image du terme « mécanisme » en droit est précisée par l'utilisation par cette même Cour de l'expression « mécanisme contractuel ».

**117. Le « mécanisme contractuel »** – Dans un arrêt rendu en sa première Chambre civile le 16 mars 1999<sup>815</sup>, la Cour de cassation, au sein des motifs de la décision, qualifie une opération de « mécanisme contractuel ». En l'espèce, un contrat liait une société française à une société anglaise et « tendait à une spéculation à long terme sur le cours du cacao, assimilable à un pari » selon le demandeur au pourvoi. Ce dernier désirait ne pas exécuter le contrat aux motifs qu'il contrevenait à l'ordre public international et violait l'article 1965 du Code civil selon lequel « la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari ». La Cour de cassation n'a pas retenu cette argumentation mais, surtout, qualifie cette opération de « mécanisme contractuel » et explique qu'il a été mis en place pour garantir à la société française la stabilité des cours. D'une part, la Cour de cassation semble envisager le contrat, et plus précisément la technique contractuelle comme un

---

<sup>809</sup> Le choix de restreindre la recherche aux arrêts publiés au bulletin permet de limiter le nombre de résultats : 224 résultats. En y ajoutant les arrêts non publiés, sont obtenus 712 résultats.

<sup>810</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juillet 2006, n° de pourvoi : 05-10250, *Bull. civ.* 2006 II N° 216 p. 204.

<sup>811</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 novembre 2009, n° de pourvoi : 08-19355, *Bull. civ.* 2009, III, n° 252.

<sup>812</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvoi : 08-16914, préc.

<sup>813</sup> Soc., 22 juin 2000, n° de pourvoi : 99-15501, *Bull. civ.* 2000 V N° 242 p. 189.

<sup>814</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 95.

<sup>815</sup> « Mais attendu qu'ayant retenu que le contrat litigieux était régi par le droit anglais ce qui excluait l'application de l'article 1965 du Code civil, la cour d'appel, qui a relevé que le mécanisme contractuel mis en place était destiné à garantir à la société de Loisy et Gelet la stabilité des cours, en a exactement déduit que l'exécution, en France, de cette convention, ne heurtait pas l'ordre public international » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 1999, n° pourvoi 96-21794, *Bull. civ.* 1999 I n° 94 p. 62, *Defrénois* 1999. 1324, obs. DELEBECQUE).

mécanisme. Ainsi, de même que pour le mécanisme de l'assurance, ce terme désigne un ensemble, un type d'action. D'autre part, il apparaît que l'emploi de cette expression par la Cour permet de mettre l'accent sur un objectif poursuivi puisque le mécanisme contractuel était destiné à garantir la stabilité des cours du cacao à l'une des sociétés. La technique contractuelle est ainsi utilisée pour atteindre un résultat<sup>816</sup>, corroborant de précédentes constatations.

La recherche de l'utilisation dans le langage du droit du terme « mécanisme » a permis de considérer qu'il tend à regrouper différents éléments sous une même expression autour de leur action commune. Il convient de confronter ces résultats à l'emploi de ce terme dans le langage sur le droit.

## § 2 - Le terme de « mécanisme » dans le langage sur le droit

**118. Les mécanismes** – Plusieurs objets sont qualifiés de mécanismes par la doctrine<sup>817</sup>.

Tout d'abord, c'est le cas de l'action directe, même parfois qualifiée plus précisément, nous l'avons vu<sup>818</sup>, de « mécanisme correcteur ». Le recours au terme « mécanisme » semble permettre aux auteurs de réunir ses différentes formes par une même qualification décrivant leur fonctionnement commun. Ainsi, lorsque Madame Marie-Laure Izorche s'intéresse, dans la rubrique qu'elle consacrait à l'action directe dans le Répertoire de droit civil Dalloz<sup>819</sup>, à sa nature, elle explique que « de nombreux auteurs ont entrepris cette démarche, en partant de l'hypothèse que l'action directe était une, et devait s'expliquer par un mécanisme unique »<sup>820</sup>. Parmi les auteurs qui soutiennent cette idée d'unicité de l'action directe doit être cité Monsieur Christophe Jamin qui a consacré sa thèse à cette notion. Celui-ci affirme que :

l'action directe constitue un mécanisme correcteur des principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers, qui ne trouve son fondement ni dans un concept classique issu du code civil, ni nécessairement dans les termes d'une loi spéciale, et qui permet à l'un de ses créanciers, pour des motifs d'équité et en vue d'un équilibre des patrimoines, d'obtenir, pour son propre compte, du débiteur de son débiteur, soit un paiement, soit la mise en œuvre d'une garantie, c'est-à-dire la sanction, respectant nécessairement le principe de prévisibilité contractuelle, de l'inexécution d'un contrat antérieur ou la mise en œuvre d'une garantie légale qui est attachée à ce contrat<sup>821</sup>.

Il utilise ce terme de « mécanisme » pour réunir les différentes formes de l'action directe autour de leur action. Par exemple, lorsqu'il énonce qu'« il n'est pas une branche du droit qui ne veuille connaître une forme d'action directe, au point que celle-ci paraisse caractériser un mécanisme sans guère d'unité »<sup>822</sup>, il rend compte de la multiplicité des formes de l'action directe, toutes étant désignées par le seul terme de « mécanisme ». L'action directe comprend donc sous ce vocable général un type d'action aux multiples applications<sup>823</sup>. Elle est un « mécanisme qui n'est pas ouvertement envisagé par le code civil et que la doctrine définit

<sup>816</sup> Il est intéressant de remarquer que Monsieur Jean-Louis Bergel envisage, dans son ouvrage de *Méthodologie juridique*, le contrat sous l'angle du mécanisme pour mieux en étudier les fonctions (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 89 et s.).

<sup>817</sup> Voir également : « L'expression "ordre public" permet d'autre fois de désigner un mécanisme, une méthode, spécifique du droit international privé. On parle alors généralement "d'exception d'ordre public". [...] Il ne s'agit donc pas tant pour les auteurs de cerner le fondement du rejet d'une norme étrangère, que de présenter la méthode qui permet de dégager une telle solution » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°7, p. 4-5).

<sup>818</sup> Cf. *supra* § n°41.

<sup>819</sup> M.-L. IZORCHE, *Rép. Civ. Dalloz*, rubrique « Action directe », octobre 1994.

<sup>820</sup> M.-L. IZORCHE, « Action directe », préc., n°8.

<sup>821</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°328, p. 289.

<sup>822</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°222 et s., p. 202.

<sup>823</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°49 et s.

généralement comme l'action qui permet à un créancier d'agir en son propre nom et pour son propre compte contre le débiteur de son débiteur »<sup>824</sup>. De plus, Monsieur Christophe Jamin énonce également que « si, malgré sa nécessité morale, l'action directe n'a pu être admise ex nihilo, c'est parce que son mécanisme heurte les principes d'effet relatif des conventions et d'égalité des créanciers »<sup>825</sup>. L'action directe permet de « sacrifier »<sup>826</sup> ces principes par son fonctionnement, son action correctrice. Le terme « mécanisme » désigne donc l'action de l'action directe. Cette dernière serait alors un ensemble regroupant différentes formes et son mécanisme, c'est-à-dire son action sur le droit, les réunit.

Ensuite, l'apparence est, elle aussi, qualifiée de « mécanisme ». Monsieur Michel Boudot, dans la rubrique qu'il lui consacre dans le *Répertoire de droit civil* Dalloz<sup>827</sup> n'ignore bien sûr pas la multiplicité des applications de la théorie de l'apparence, certaines disparaissant alors que d'autres apparaissent, « l'histoire des mécanismes correcteurs d'apparence suit la course des marées »<sup>828</sup>. Ainsi utilisé, le terme de « mécanisme » semble regrouper les différentes manifestations de cette théorie autour de leur action correctrice. Dans cette même rubrique, l'auteur utilise également ce terme pour évoquer la théorie générale de l'apparence, un « mécanisme dérogatoire et exceptionnel »<sup>829</sup>. Le terme semble ainsi pouvoir désigner à la fois l'outil en tant que catégorie générale et regrouper ses différentes manifestations. De plus, l'auteur semble employer le terme de mécanisme pour insister sur son action puisque, lorsqu'il s'intéresse aux fonctions de l'apparence, il qualifie la construction prétorienne de « mécanisme attributif ou translatif de droit »<sup>830</sup>.

Madame Anne Danis-Fatôme, dans sa thèse consacrée à la théorie de l'apparence au sein du droit des contrats, préfère l'expression « mécanisme de l'apparence » à celle de « théorie de l'apparence » notamment car :

l'usage du terme « théorie » ne semble pas adapté à la désignation d'une règle qui, dérogeant à l'application normale des règles de droit, a ses conditions et ses effets propres [...]. Il semble plus opportun des désigner cet outil opératoire comme un mécanisme et non une théorie<sup>831</sup>.

Ainsi, l'emploi du terme « mécanisme » est explicitement utilisé pour rendre compte de ce que l'apparence est un outil opératoire et témoin de son caractère dynamique.

Enfin, des auteurs utilisent également le terme « mécanisme » pour désigner la clause d'exception<sup>832</sup>. Cette dernière permet au juge d'écarter la loi normalement compétente pour appliquer celle présentant les liens les plus étroits avec le cas qui lui est soumis et est même, à ce titre, qualifiée plus précisément de « mécanisme correcteur »<sup>833</sup>. Madame Pauline Rémy-Corlay semble vouloir insister, par le recours au terme de « mécanisme », sur l'action de la clause d'exception. En effet, elle consacre son article à son action et explique que « le mécanisme de la clause d'exception est flexibilisateur de la règle de conflit traditionnelle ». Ainsi, le mécanisme est dit « flexibilisateur » ou « correcteur », c'est donc son action qui, par ces ajouts, est précisée. Le terme de « mécanisme » permet de mettre en avant dans le

<sup>824</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°1.

<sup>825</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°301, p. 270.

<sup>826</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°299, p. 208.

<sup>827</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc.

<sup>828</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°1.

<sup>829</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°23.

<sup>830</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°14.

<sup>831</sup> L'action de la théorie de l'apparence permet de la qualifier de « mécanisme » (A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préc., n°5, p. 3, n°6, p. 4 et surtout n°15, p. 14 voir nbp n°93).

<sup>832</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc., spéc. 38. Cette même qualification est retenue par d'autres auteurs : T. AZZI, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009. 1621 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préc., n°543, p. 319.

<sup>833</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc., spéc. 39.

discours l'action de la technique étudiée. De plus, cette compréhension est renforcée par la qualification de la clause d'exception par l'auteur d' « instrument ». Monsieur Patrick Courbe et Madame Fabienne Jault-Seseke semblent également utiliser le terme de « mécanisme » pour désigner cette technique lorsqu'il s'agit de mettre en exergue son action puisque, selon eux, le « mécanisme de la clause d'exception [...] permet d'écarter la loi désignée au moyen de rattachements rigides pour appliquer celle qui présente les liens les plus étroits »<sup>834</sup>. Monsieur François-Xavier Morisset en fait une même utilisation en recourant au terme « mécanisme » lorsqu'il s'agit d'évoquer l'action de la clause d'exception : « Aussi parle-t-on généralement de clause d'exception, le mécanisme consistant à écarter le rattachement opéré en première ligne par la règle de conflit lorsque la désignation n'aboutit pas à choisir la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la situation »<sup>835</sup>.

**119. Un consensus** – L'étude de l'utilisation par la doctrine du terme « mécanisme » pour désigner des objets tels que l'apparence, l'action directe ou la clause d'exception a révélé que ses emplois se rejoignaient dans une certaine harmonie. En effet, le mot « mécanisme » semble utilisé spontanément par les auteurs de manière similaire. Il renvoie, tout d'abord, à la technique, ce dernier terme, de même que ceux d'« instrument » et d'« outil » ayant plusieurs fois été utilisés comme synonyme. Ensuite, le terme « mécanisme » est employé le plus souvent à dessein, lorsqu'il s'agit d'évoquer la fonction et ainsi l'action des objets considérés. Enfin, il permet de désigner un ensemble complexe et en réunir les éléments autour d'un point commun, leur action au sein du système juridique. Ces constats corroborent les réflexions doctrinales ayant servi de point de départ à cette recherche<sup>836</sup>.

**120. Conclusion de la section** – Le terme de mécanisme est peu connu en droit, non pas parce qu'il n'est pas employé, au contraire, mais parce qu'il a fait l'objet de peu d'études. Il a donc été nécessaire de proposer une acception du concept opérationnelle pour cette étude. Les différentes réflexions dont le mécanisme a fait l'objet ont constitué le point de départ de la recherche et ont été confrontées à la manière dont le concept était utilisé. Cette analyse a permis de dégager divers éléments permettant de déterminer ce que signifie, en droit, le terme « mécanisme ».

## **Section 2 : Proposition d'une définition du « mécanisme » en droit**

**121. Le mécanisme, une technique entre action et unité** – L'analyse de l'utilisation du terme « mécanisme » dans le langage juridique a permis de dégager plusieurs informations permettant d'en proposer une définition.

Le mécanisme semble faire pleinement partie de l' « outillage juridique », c'est-à-dire un certain nombre d'outils, de procédés « dont l'ensemble constitue un outillage dans lequel (le juriste) puise [...] afin de mener à bien sa tâche dans la réalisation du droit »<sup>837</sup>. Ce terme est, en effet, utilisé pour désigner un procédé, une technique juridique et mettre en évidence un type d'action pouvant se décliner en différentes applications. Leur action commune rassemble ces différentes applications sous un même vocable. Ainsi, l'expression « mécanisme de

---

<sup>834</sup> P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, « Panorama, Droit international privé, janvier 2009 - février 2010 », *D.* 2010. 1585.

<sup>835</sup> X. MORISSET, « Le renvoi de proximité », *D.* 2006. 1726.

<sup>836</sup> Cf. *supra* § n°109.

<sup>837</sup> C. GIVERDON, « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit, Mel. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 275 et s.

l'assurance » met l'accent sur la technique, le type d'action mis en œuvre, indépendamment de la multiplicité des assurances existantes. Il convient donc de préciser que le terme de « mécanisme » peut être utilisé pour désigner le type d'action en général et une de ses applications particulières. Il est intéressant de faire le parallèle à ce stade avec la définition généraliste du mécanisme renvoyant au fonctionnement d'une machine. Le mécanisme en droit en est proche en ce qu'il renvoie à une technique, un dynamisme et une répétition. Il s'en détache en ce qu'il est plus proche de l'outil, dépendant du savoir-faire de celui qui le manie, que de la machine qui, « très souvent, échappe à celui qui l'utilise »<sup>838</sup>. Il est utilisé lorsqu'il est besoin d'atteindre le résultat qu'il peut procurer.

L'action caractérisée par le mécanisme est parfois précisée par les auteurs à l'aide de qualificatifs tels que « régulateur », « flexibilisateur » ou, en l'occurrence, « correcteur ». Ces ajouts précisent le type d'action caractérisant ces objets juridiques<sup>839</sup>. Qualifier l'apparence de « mécanisme correcteur » permet de mettre l'accent sur l'action rassemblant ses multiples applications, une action correctrice puisque permettant d'écarter l'application de la règle au cas où elle entraînerait des conséquences indésirables.

Le mécanisme, en droit, est donc une technique utilisée pour atteindre un certain résultat. Recourir à ce terme manifeste la volonté de désigner l'action de l'objet juridique considéré indépendamment de ses différentes formes. Le terme témoigne, au surplus, d'une constance dans son application puisqu'il y est recouru de manière régulière dans un même type de situation. Le mécanisme est ainsi une technique en lui-même et le terme un outil de langage permettant de cerner ce qui est mis en exergue par l'auteur. Il fait partie du droit en ce qu'il est plus que la somme des éléments le composant, s'en distingue essentiellement<sup>840</sup>.

**122. Conclusion de la section** – Un consensus semblant se dégager des différentes utilisations du concept de mécanisme dans les différents langages juridiques et leur analyse corroborant les réflexions consacrées aux mécanismes par certains auteurs, il a été possible de proposer une définition du mécanisme : une technique dynamique destinée à produire un résultat et regroupant différentes manifestations.

**123. Conclusion du Chapitre 1** – Le concept de « mécanisme » n'est pas défini par les dictionnaires de vocabulaire juridique, les textes ou les décisions. Il est cependant l'objet de réflexions doctrinales et est régulièrement utilisé dans le langage du droit comme sur le droit. L'analyse des recours à ce concept dans les différents langages juridiques, confrontée aux développements doctrinaux le concernant, a permis de mettre en évidence une utilisation assez harmonieuse et ainsi de dégager divers éléments de compréhension de ce terme. Le mécanisme apparaît comme une technique dynamique destinée à produire un résultat et le terme permet ainsi de mettre en avant l'action de l'objet considéré. Il réunit sous un même vocable différentes applications autour de leur action commune. Cette dernière est d'ailleurs parfois précisée par des qualificatifs tels que « correcteur » ou « régulateur ». Il convient à

---

<sup>838</sup> C. GIVERDON, « L'outillage juridique », préc.

<sup>839</sup> Le Doyen Carbonnier qualifiait le pourvoi en cassation de « *mécanisme formateur de la jurisprudence* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°93, p. 168 et s.).

<sup>840</sup> À propos des institutions (sur les liens et différences entre l'institution et le mécanisme : cf. *infra* n°173-174) : « L'institution juridique n'est pas seulement une réunion de dispositions juridiques isolées, concernant un seul et même rapport ; elle est essentiellement différente de ces dispositions. Les dispositions du droit sont des masses de matières, d'idées, et n'ont qu'une existence substantielle ; les institutions juridiques au contraire sont des entités, des individualités logiques, des êtres juridiques, que nous concevons et animons par l'idée d'une existence et d'une vie individuelles » (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., t. III, p. 52).

présent de situer cette technique, ainsi définie, au sein du droit en la comparant à différentes notions.

## CHAPITRE 2 : LE MÉCANISME AU SEIN DU DROIT

**124. Le mécanisme, le droit et ses autres composantes** – Une fois une définition du terme « mécanisme » proposée, des interrogations ne manquent pas de surgir quant à la place qu'il est possible de lui attribuer au sein du système juridique. Il est en effet nécessaire de le situer par rapport à d'autres concepts, les objets qualifiés ici de mécanismes recevant parfois une autre appellation. Par exemple, chacun des mécanismes correcteurs étudiés au sein de ces pages est parfois identifié comme un principe<sup>841</sup>. De même, le mécanisme *contra non valentem agere non currit praescriptio* est également un adage. Le contrat peut être envisagé à la fois sous l'angle du mécanisme<sup>842</sup> et de l'institution<sup>843</sup>. Les exemples ne manquent pas pour démontrer qu'une même notion peut recevoir de multiples appellations au point qu'un manque de clarté puisse être ressenti. Ces dénominations ne sont cependant pas nécessairement exclusives les unes des autres et ne constituent pas une liste de catégories hermétiques mais différentes manières de qualifier un même objet variant selon le caractère essentiel à mettre en évidence. De manière à situer le mécanisme parmi les autres composantes du système juridique, nous allons suivre l'évolution des définitions du droit.

**125. Plan** – La place du mécanisme sera recherchée au sein du droit envisagé comme, en premier lieu, un ensemble de règles et, plus largement, de normes (Section 1), et, en second lieu, un système (Section 2).

### Section 1 : Le droit, de la règle à la norme et le mécanisme

**126. De la difficulté à définir le droit** – Le droit, bien qu'étant la base de travail des auteurs, continue pourtant à leur échapper. Si les dictionnaires généralistes n'hésitent pas à le définir comme étant, par exemple, l'« ensemble des principes souverains qui font autorité »<sup>844</sup>, c'est un exercice auquel ne se prête la doctrine qu'avec moult précautions. En effet, les auteurs s'accordent sur un point : la difficulté à définir le droit<sup>845</sup>. Pour s'en

---

<sup>841</sup> Cf. *infra* § n°154.

<sup>842</sup> Cf. *supra* § n°117.

<sup>843</sup> Cf. *infra* § n°173.

<sup>844</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, p. 788-789.

<sup>845</sup> « l'objectif de définir tout le droit, mais rien que le droit, est hors de portée » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°5, p. 13) ; B. DURAND, C. CHENE et A. LECA, *Introduction historique au droit*, préc., p. 13 ; « Qu'est-ce que le droit ? Pourquoi du droit ? Le phénomène est complexe, lié à l'absolu et au relatif, à l'éternel et au temporel, à l'histoire et au présent, à la justice et à la force, à la nation et à l'univers, à la raison et à la passion. Il y a de tout cela dans le droit. Mais il n'y a pas que cela. Son sens, sa force et sa raison d'être conservent une part irréductible de mystère » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°13, p. 11-12) ; « Définir le droit en général semble pratiquement impossible tant il en existe de conceptions diverses » (J. GHESTIN, « Les données positives du droit », préc.) ; « Saisir le terme Droit dans une formule qui le résume de manière incontestable paraît d'emblée impossible » [...] « Mais qu'est-ce qui est "droit" ? [...] cette question ne revêt pas [...] de réponse exacte » (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc., p. 26-27) ; « La connotation du terme droit, plurivalente jusqu'au vertige, exclut la possibilité d'une réponse claire et définitive à la question « Qu'est-ce que le droit ? ». L'indécision sémantique du mot droit se retrouve à toutes les époques » (S. GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992, p. 1) ; « Nulle réponse rigoureuse ne serait possible à la question, qu'est-ce qui est de droit, quid juris ?, si l'on ne disposait de quelque idée de ce qu'est le droit, quid jus. Toute science du droit suppose admise une certaine conception du droit, de son objet et de ses sources » (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, 2001, p. 13) ; L. FRANCOIS, *Le problème de la définition du droit*, préc. ; J. COMBACAU, « Sur une définition restrictive du droit, Dialogue sans issue », préc. ; Kant constatait en 1781 que « Les jurisconsultes cherchent encore une définition pour leur concept de droit » (KANT, *Critique de la*

convaincre, il suffit de se référer aux numéros 10 et 11 de la Revue *Droits* consacrés à cette seule mission : « Définir le droit »<sup>846</sup> où cette affirmation est récurrente<sup>847</sup>. Cette impossibilité à définir le droit n'empêche cependant pas les tentatives, prétendant plus à une certaine cohérence dans le propos qu'à la démonstration d'une vérité.

**127. Droit objectif, droits subjectifs** – La plupart des auteurs se prêtant au périlleux exercice de description du phénomène juridique commencent généralement par présenter la *summa divisio* distinguant le droit objectif des droits subjectifs<sup>848</sup>. Le premier est défini comme un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »<sup>849</sup> et le second la « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose »<sup>850</sup>. Pour l'un et l'autre cependant, « il existe autant de définitions [...] que

---

*raison* pure, PUF, 1968, p. 503) ; « les obstacles surgissent aussitôt et notre expérience nous avertit que, si l'on veut découvrir la notion du néant chez un candidat, il suffit de lui poser cette simple question : Qu'est-ce que le Droit ? » (J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°1, p. 17).

<sup>846</sup> *Droits*, n°10 et 11, 1989 et 1990.

<sup>847</sup> Monsieur Michel Troper, par exemple, y explique que le droit n'existant pas dans la nature, étant un objet construit, une abstraction, il ne peut être décrit par des propositions vraies, le construit pouvant changer. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il propose une définition stipulative du droit, c'est-à-dire ni vraie ni fausse mais opératoire pour un problème spécifique (« Pour une définition stipulative du droit », préc.). Monsieur Paul Amssek, quant à lui, qualifie le thème de la revue d'« *entreprise difficile* » (« Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », préc., p. 7), une vision partagée par Messieurs François Ost et Michel Van de Kerchove (« « Juris-dictio » et définitions du droit », *Droits*, 1989, n°10, p. 53). Le Doyen Vedel avouait « sécher laborieusement sur la question » depuis des mois, alors qu'il a « entendu (sa) première leçon de droit voici plus de soixante ans ; [...] donné (son) premier cours en Chaire voici plus de cinquante ; (il n'a) pas cessé de faire métier de justice tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge » (G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990, n°11, p. 67) ; « Définir le droit est une entreprise d'autant plus difficile qu'elle a toutes les apparences de la facilité » (M. MIAILLE, « Définir le droit », *Droits*, 1990, n°11, p. 41 et s., spéc. p. 41).

<sup>848</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°3, p. 3 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°6-7, p. 5 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°9 et s., p. 15 et s. ; J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°2, p. 1-2 ; « Le mot « droit » désigne deux notions distinctes. D'une part, le droit objectif qui est l'ensemble des règles juridiques régissant le vie en société. D'autre part, les droits subjectifs qui sont des prérogatives reconnues par le droit objectif à des individus pour la satisfaction de leurs intérêts personnels. Ces expressions reflètent une distinction capitale, celle qui oppose la règle générale et abstraite aux prérogatives individuelles et concrètes conférées à des sujets de droit » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°16, p. 13).

<sup>849</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Droit », sens 1, p. 370 ; « ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Droit », p. 327).

<sup>850</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Droit », sens n°4, p. 371 ; « prérogative attribuée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Droit », p. 327). Le droit subjectif doit être distingué du pouvoir et de la liberté. Il concerne une prérogative « égoïste » alors que le pouvoir est l'« aptitude d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui [...] et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Pouvoir », sens II, n°2, p. 776). La liberté, quant à elle, consiste dans la marge de manœuvre laissée à son titulaire, la « possibilité de se comporter selon sa propre et autonome volonté » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°162, p. 313), elle est l'« exercice sans entrave garanti par le Droit de telle faculté ou activité » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Liberté », sens n°2, p. 608). Elle est ainsi un élément du droit subjectif, mais toute liberté n'est pas supportée par un droit subjectif. Voir également : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°56 et s., p. 50 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°201 et s., p. 171 et s. ; *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., « Droit subjectif », p. 529 et s. ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008, p. 2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°161, p. 311 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°173 et s., p. 126 et s. ; O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., 1978 ; G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTDciv.* 1966. 216 ; *Le droit subjectif en*



d'auteurs pour s'intéresser à la question »<sup>851</sup>. Cette distinction doit être relativisée car l'objet observé est le même, seul change l'angle adopté. Les questions sont abordées d'un point de vue général et abstrait par le prisme de la règle pour le droit objectif, et d'un point de vue concret et particulier à travers les individus pour le droit subjectif<sup>852</sup>. Cette division permet d'expliquer le fonctionnement du droit mais encadre de manière excessive la recherche de ce qu'est le droit. Elle donne le sentiment d'une alternative rigide entre la règle générale et l'individu. Le droit est pourtant bien plus, il est une discipline<sup>853</sup> qui s'explique, une méthode qui se corrige, un ensemble qui s'organise et est ainsi constitué d'une multitude d'objets aussi différents de la règle qu'il est possible de l'être. Cette distinction fondamentale doit donc être utilisée avec ouverture, en ne limitant pas le droit objectif à la règle générale. Le mécanisme ayant été défini comme la technique dynamique tournée vers la réalisation d'un résultat et regroupant différentes règles autour de leur action commune, la question de sa place au sein du droit doit nécessairement être abordée sous l'angle du droit objectif<sup>854</sup>, c'est-à-dire abstrait, et non du point de vue de l'individu.

**128. Manifestations formelles et matérielles** – Une autre distinction est incontournable. En effet, les auteurs s'intéressant au droit sous son angle objectif divisent généralement leur propos, traitant de ses manifestations, formelles, d'une part, et substantielles, d'autre part<sup>855</sup>. Ils semblent s'accorder sur ses manifestations formelles et la difficulté réside ainsi davantage dans le fond de la question. En effet, pour Monsieur François Terré, si le droit est un ensemble de règles :

ce n'est qu'un point de départ de la réflexion. Pour discerner quelque critère du droit, il ne suffit pas, en effet, de se référer à l'idée d'un ensemble – ou d'un sous-ensemble – de règles. Car il existe bien d'autres ensembles de règles qui ne sont pas juridiques ou ne sont pas considérées comme telles<sup>856</sup>.

Le débat est donc dès le départ envisagé au travers du prisme de la règle et donc relativement faussé<sup>857</sup>. Il est généralement considéré que ce qui distingue la règle de droit des autres règles est la contrainte étatique<sup>858</sup>, puisqu'elle seule peut voir son respect assuré par l'autorité publique, et sa finalité, c'est-à-dire la vocation mesurée du droit à régler les relations extérieures des hommes entre eux pour faire régner une certaine paix sociale<sup>859</sup>, la réalisation de certaines valeurs<sup>860</sup>. Aucun critère de distinction du droit n'est véritablement satisfaisant

---

question, *APD*, t. 9, Sirey, 1964 ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005, n°38, p. 326 et s.

<sup>851</sup> D. GUTMANN, « Droit subjectif », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 529 et s.

<sup>852</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°56, p. 50-51.

<sup>853</sup> « Considéré dans ses origines et sa raison d'être immanente, le Droit est une discipline au sens ancien de ce terme, par lui-même si expressif. Qui naguère encore disait discipline, visait essentiellement un faisceau de préceptes de même ordre s'imposant à l'activité humaine dans un domaine déterminé et pour des fins précises. A cet égard, le Droit fait par excellence figure de discipline, puisqu'il impose ses directives dans le domaine social et en vue de la réalisation de l'harmonie sociale » (J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°3, p. 18-19).

<sup>854</sup> Néanmoins, sur les liens entre les mécanismes correcteurs et les droits subjectifs cf. *infra* § n°18.

<sup>855</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°7, p.7 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°42, p. 57 ; Monsieur Norbert Rouland met également en évidence ces deux types de définitions du droit, distinguant entre les définitions formelles et substantielles, et y ajoute celle qu'il qualifie de dynamique procédant d'une interrogation différente des anthropologues préférant se demander « quel est le domaine du droit » plutôt que ce qu'il est (N. ROULAND, « Penser le droit », préc.).

<sup>856</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°7, p. 7.

<sup>857</sup> Toute la réflexion sur le droit est faussée par son assimilation à la loi et donc à la règle. La question de ses manifestations formelles, de son caractère obligatoire, la question même des sources du droit reposent sur un postulat de départ qui n'a rien de neutre et oriente la réflexion.

<sup>858</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n° 36 et s., p. 31 et s.

<sup>859</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°19, p. 21.

<sup>860</sup> G. CORNU, « Le visible et l'invisible », *Droits*, n°10, 1989, p. 27.

car le phénomène est trop complexe. Le critère de la règle est insuffisant et surtout réducteur puisqu'il exclut toutes les autres manifestations formelles du droit. Le critère de la justice l'est également car le droit n'est pas nécessairement juste à moins d'espérer établir un sentiment du juste partagé par tous et il y a de la justice hors le droit<sup>861</sup>. Quant à la contrainte étatique, elle est remise en cause par les manifestations du droit dit « souple »<sup>862</sup>. Face à ces constatations il ne faut pas espérer trouver *la* définition du droit, *le* critère infaillible et absolu. Il convient de considérer qu'il est un phénomène trop complexe et à l'ampleur trop importante pour se laisser ainsi enfermer. Le droit est sans doute un peu de tout cela, la recherche de la réalisation de certaines valeurs, des règles, des principes, des contraintes, des options, des conseils, etc. Il convient de déterminer la place du mécanisme au sein du système juridique de manière cohérente sans espérer définir le droit de manière absolue. La question sera abordée sous l'angle des manifestations formelles du droit. L'assise des objets qualifiés de mécanismes laisse peu de doute quant à leur juridicité. De plus, comme cela sera démontré dans la seconde partie de cette étude, le mécanisme constitue, au sein de l'action correctrice du juge, un instrument essentiel d'insertion des valeurs au sein du système<sup>863</sup> et fait ainsi pleinement partie du phénomène juridique.

**129. Plan** – La définition formelle du droit s'est longtemps résumée à un ensemble de règles (§ 1). Cependant, face aux insuffisances de cette conception, la règle semble perdre son monopole et céder progressivement la place à une notion plus englobante : celle de norme (§ 2). Il convient de s'interroger sur la place du mécanisme au sein de ces deux visions du droit.

#### § 1 – Le mécanisme au sein du droit assimilé à la règle

**130. Plan** – Alors que sont aujourd'hui dénoncées les faiblesses d'une telle conception, la règle a traditionnellement défini à elle seule le droit quant à sa forme (A), excluant, de fait, le mécanisme des manifestations formelles du droit (B).

##### A. Le règne de la règle

**131. Le droit, un ensemble de règles** – Sur le plan de la forme, la plupart des auteurs présentaient ou présentent encore le droit comme un ensemble de règles régissant la vie en société. Par exemple, Roubier expliquait que « dans le mot droit se trouve impliquée l'idée d'une règle »<sup>864</sup>. De la même manière, Ripert, dans son ouvrage consacré aux Forces créatrices du droit, précisait qu'il s'agit de : « toutes les forces qui peuvent imposer une règle de nature juridique »<sup>865</sup>. Monsieur Paul Amselek, en 1989, écrivait également que le droit est composé de règles ou de normes, les deux termes étant, à ses yeux, « rigoureusement synonymes »<sup>866</sup>. Monsieur Ronald Dworkin constate, sans la partager, la « tendance naturelle

<sup>861</sup> Sur la justice *cf. infra* § n°260-261.

<sup>862</sup> Sur ces points *cf. infra* § n°156 et s.

<sup>863</sup> *Cf. infra* § n°193 et s.

<sup>864</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°1, p. 5.

<sup>865</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., p. 84, n° 30.

<sup>866</sup> P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », préc., p.7 ; plus récemment : « La contrainte en question est considérée comme un élément structurel du droit lui-même tel qu'il est édicté et à l'œuvre dans les sociétés humaines, comme un attribut inhérent des règles ou normes (j'emploie les deux termes comme des synonymes) » (« Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc., p. 3 et s., spéc. p. 3).

qu'ont les juristes à associer dans leur esprit droit et règles et à concevoir « le droit » comme un ensemble ou un système de règles »<sup>867</sup>. Cette tendance tient selon lui au fait que la formation juridique a longtemps consisté à enseigner les règles établies qui « constituent le tranchant du droit ».

Ainsi, la règle a longtemps été considérée comme la principale, si ce n'est la seule, manifestation formelle du droit. Cette situation, si elle semble décliner<sup>868</sup>, subsiste néanmoins. La preuve en est que le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu<sup>869</sup>, le *Lexique des termes juridiques* Dalloz<sup>870</sup> et le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*<sup>871</sup> définissent le droit objectif comme un ensemble de règles. Au surplus, cette affirmation est présentée par la plupart des auteurs de manuels d'introduction au droit<sup>872</sup>. Monsieur Philippe Malinvaud, dans son ouvrage d'*Introduction à l'étude du droit*, qualifie le droit objectif d'« ensemble de règles... »<sup>873</sup>. De même, le Doyen Cornu expliquait que le droit se caractérise par l'unité élémentaire dont il est constitué, c'est-à-dire des règles<sup>874</sup>. De la même façon, Monsieur François Terré le définit comme un « ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée – et plus ou moins organisée –, régissent les rapports entre les hommes »<sup>875</sup>. Il est cependant intéressant de noter que ce dernier auteur a conscience des limites d'une telle conception puisque, par exemple, dans un article paru à la Revue trimestrielle de droit civil en 2002, il répond à l'affirmation selon laquelle le droit serait un ensemble d'articles et de règles accompagné de sanctions qu'il s'agit d'une « vision réductrice [...] inacceptable car le droit n'est pas seulement cela, et il s'en faut de beaucoup. Ne revenons pas sur le mot de sanction, disons seulement que le droit est aussi coutume, pratique, jurisprudence, recommandations, etc. »<sup>876</sup>. Ainsi, la règle ne peut, à elle seule, définir le droit. Cependant, les juristes continuent à être formés au règne de la règle et la transition vers l'admission d'une conception plus ouverte et peut-être plus proche de la réalité n'en est que plus difficile.

**132. La règle et la tradition juridique** – La lecture de différents ouvrages, principalement à visée historique, peut éclairer le lecteur curieux sur les raisons de l'assimilation du droit à la règle. Tout d'abord, Monsieur Alain Sériaux<sup>877</sup>, explique que le terme « droit » vient du bas latin *directum*<sup>878</sup>. Dans son sens originaire, il signifie ainsi : « ce qui est en ligne droite ». Il s'agit en effet du participe passé du verbe *dirigere* pouvant se traduire par « aligner », « diriger », « disposer, ordonner ou régler ». Cependant, le terme *directum* a été d'emblée employé comme adjectif substantivé. Comme le beau, le bien, le vrai,

---

<sup>867</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 99-100.

<sup>868</sup> Cf. *infra* § n°141 et s.

<sup>869</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Droit », 1. a), p. 370.

<sup>870</sup> *Lexique des termes juridiques*, préc., « Droit (Dr. gén.) », p. 327.

<sup>871</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 108.

<sup>872</sup> Madame Pascale Deumier, dans son manuel d'*Introduction générale au droit*, explique que l'introduction au droit est apparue sous la forme d'une introduction au droit civil (sur ce point : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°1, p. 3) et que cette approche civiliste perdure et imprègne la définition du droit enseignée, expliquant (notamment pour Santi Romano (*L'ordre juridique*, préc., §2) et Christian Mouly (« Crise des introductions au droit », *Droits*, n°4, 1986, p. 99 et s., spéc. p. 104-105) l'attention prépondérante portée à la loi (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°1, p. 9-10).

<sup>873</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°6, p. 5.

<sup>874</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., p.17.

<sup>875</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°3, p. 3.

<sup>876</sup> F. TERRÉ, « Pitié pour les juristes ! », *RTDciv.* 2002. 247.

<sup>877</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit, une introduction*, éd. Ellipses, 1997, p. 24.

<sup>878</sup> Il ne vient pas, comme il serait possible de le croire, du mot latin *jus* qui signifie droit : J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°3, p. 13.

le droit signifie alors « ce qui possède en soi la qualité d'être droit ». L'auteur explique que cette caractéristique est spontanément attribuée à la règle car le mot latin lui correspondant, *regula*, a la même racine que le mot « droit » ainsi entendu<sup>879</sup>. Elle est ainsi l'instrument permettant de tracer des lignes droites, un critère de référence pour s'exprimer ou agir droitement. Le mot droit apparaît donc comme faisant référence à la règle ou la mesure des choses, un état de fait pouvant expliquer cette assimilation spontanée du droit à la règle. Puis, Monsieur Norbert Rouland fait lui aussi intervenir l'histoire pour expliquer cette tendance, puisqu'il la lie à l'héritage du droit romain. En effet, selon lui, dans les sociétés de type moderne, le droit est le plus souvent impératif et résulte d'un commandement, et a ainsi tendance à s'exprimer prioritairement sous la forme de règles abstraites. Cette forme impérative du droit aboutissant à préférer son expression par la règle peut s'expliquer par l'héritage du droit romain, dans lequel *ius*, le droit, vient de *iubere* qui signifie ordonner<sup>880</sup>. Enfin, selon Monsieur Antoine Leca, dans les systèmes juridiques occidentaux, l'idée de droit est indissociable de celle de règle. Il surenchérit en expliquant qu'il n'est pas de système juridique sans règle. En effet, même dans les systèmes de *common law*, « si faible que puisse être la dose de théorisation, les précédents judiciaires n'en fournissent pas moins des règles implicites, même lorsqu'elles n'ont pas été conceptualisées et un droit casuistique comme celui de l'Angleterre repose sur des règles explicites »<sup>881</sup>.

Le règne de la règle s'explique ainsi par la tradition juridique. Cependant, cette vision peut paraître trop réductrice, et, en tout cas, ne laisse pas de place au mécanisme au sein du droit.

## B. Le règne de la règle et le mécanisme

**133. Plan** – La question se pose de savoir à quelle place peut prétendre le mécanisme au sein d'une vision du droit l'envisageant comme uniquement composé de règles. Pour le déterminer, il convient, d'une part, de proposer une définition de la règle (1) pour ensuite distinguer cette dernière du mécanisme (2).

### 1. La règle de droit

**134. Difficultés à définir la règle de droit** – Monsieur Denys De Béchillon<sup>882</sup>, alors même que l'un de ses ouvrages a pour titre l'insoluble question : *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, affirme que :

il n'existe nulle part de définition de (la règle de droit) qui vaille en tous lieux et pour tous usages, ni même de possibilité qu'il en existe une. La norme juridique n'a rien d'un objet réel ou naturel dont on pourrait constater la présence et décrire les contours par l'effet d'un mouvement du regard<sup>883</sup>.

La règle de droit s'avère ardue à définir tant elle est omniprésente. En effet, elle est partout, le droit étant un ensemble de règles pour beaucoup d'auteurs<sup>884</sup>, et trouver une définition adéquate à un tel monument peut sembler bien périlleux. Elle doit surtout être suffisamment large pour englober toutes les manifestations juridiques rangées sous cette appellation au risque d'être dénaturée. La plupart des auteurs assimilant droit et règle, la difficulté de définir

<sup>879</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°3, p. 13.

<sup>880</sup> N. ROULAND, « Penser le droit », préc.

<sup>881</sup> A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°2, p. 22 -23.

<sup>882</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, préc., p. 9.

<sup>883</sup> *Ibid.*

<sup>884</sup> *Cf. supra* § n°131.

le premier entraîne fort logiquement celle de donner un sens à la seconde<sup>885</sup>. Selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, le terme de règle de droit « désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) »<sup>886</sup>. L'extrême largeur de la conception de la règle témoigne de cette assimilation du droit à la règle et de la nécessité de la recadrer. Proposer une conception plus restrictive et donc plus précise de la règle peut contribuer à réduire cette difficulté. Il ne s'agit cependant pas ici d'entrer dans l'infinité des considérations tant théoriques que pratiques sur la question. Sans vouloir prétendre déterminer ce qu'est vraiment une règle de droit, il est possible de se positionner sur cette question pour pouvoir la comparer au mécanisme. Dans cet objectif, il convient de poser les bases de la définition de la règle à proprement parler.

**135. La règle est un énoncé** – Communément entendue, la règle est « une formule qui indique ce qui doit être fait dans un cas déterminé »<sup>887</sup>. Ici, nulle surprise, la règle est, d'un point de vue formel, une « formule » et, d'un point de vue matériel, une indication sur un comportement à avoir. Le terme de « formule » manque de précision mais s'adapte à la règle de droit en ce que celle-ci édicte précisément une conduite à adopter, un modèle à suivre. La règle est donc avant tout un énoncé, une formulation<sup>888</sup>, un caractère permettant de la différencier d'autres êtres juridiques. Pour le Doyen Cornu, « la loi [...] énonce des règles »<sup>889</sup>, la règle est posée par un énoncé normatif. Lorsqu'il est dit que la règle est générale, par exemple, c'est en réalité l'énoncé qui l'est, les termes employés. Toujours selon cet auteur, « les critères intellectuels qui définissent la règle s'impriment dans l'énoncé de celle-ci »<sup>890</sup>. Cet énoncé est parfois considéré comme étant composé de deux éléments.

**136. Analyse structurale** – Selon la célèbre analyse structurale de la règle importée en France par Motulsky<sup>891</sup>, la règle de droit se compose de deux éléments. En premier lieu, elle énonce les conditions de son application : c'est la présupposition. En second lieu, elle précise les effets de son application : c'est la prescription<sup>892</sup>. Le premier élément de la règle, la présupposition, a pour objet la détermination de l'hypothèse dans laquelle elle va s'appliquer et est relativement facile à identifier car elle est souvent annoncée par un « connecteur imprimant à la règle son mouvement hypothétique caractéristique : "en cas", "lorsque", "si", "quand" »<sup>893</sup>, etc. Le second élément de la règle, la prescription, est « l'effet de droit attaché par la loi à la situation que détermine l'hypothèse »<sup>894</sup>. Ce dernier élément divise les règles en deux catégories, les unes *réglementent*, les autres *qualifient*. Les règles de qualification ont pour objet de qualifier juridiquement les faits, de traduire dans la langue juridique des données factuelles et les règles de réglementation celui de dégager les effets

<sup>885</sup> Monsieur Denys de Béchillon illustre la difficulté de définir la règle de droit par des citations sur celle de définir le droit, notamment de Michel Troper et de H. L. A. Hart : D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, préc., p. 9, note 1 et p. 10.

<sup>886</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Règle », 1., p. 872.

<sup>887</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Règle », II. 1., p. 2166.

<sup>888</sup> « Toute règle de droit s'applique à travers une formulation plus ou moins solennelle, plus ou moins nette, plus ou moins consciente » (C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », préc.).

<sup>889</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°55, p. 233.

<sup>890</sup> *Ibid.*

<sup>891</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préf. P. Roubier), Dalloz, 2002.

<sup>892</sup> « la règle de droit, analysée dans sa structure logique, se décompose en deux parties, dont l'une indique l'hypothèse, l'autre la conséquence juridique » (J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°60, p. 73).

<sup>893</sup> C. GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007. 1448.

<sup>894</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°72, p. 284 et s.

juridiques de telle situation juridiquement qualifiée à l'aide des premières<sup>895</sup>.

Pour Motulsky, « « la » règle de Droit, n'importe quelle règle de Droit, est formée par ces deux éléments »<sup>896</sup>. Elle « n'est pas seulement dans la solution, elle est aussi dans la condition »<sup>897</sup>. La formule ainsi composée qu'est la règle est destinée à prescrire une conduite ou, plus largement, à proposer un modèle.

**137. Une conduite, un modèle ?** – La règle de droit est généralement définie « comme une règle de conduite humaine qui permet, ordonne ou défend aux personnes se trouvant dans une certaine situation de se comporter d'une certaine manière »<sup>898</sup>. Cette définition n'est cependant pas suffisante car elle pourrait s'appliquer à d'autres types de règles tels que les préceptes religieux et moraux ou les règles de courtoisie. Elle est néanmoins satisfaisante pour définir la règle. Pour Monsieur Antoine Jeammaud<sup>899</sup> cependant, toutes les règles de droit ne peuvent se ramener à des règles de conduite car elles n'ont pas toujours pour objet un comportement ou une action. Elles constituent plutôt des « modèles », des énoncés servant de référence pour dire « comment les choses doivent être » indépendamment du « contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite ». Ainsi, la règle prescrit, plus largement, un modèle et ce, de manière générale.

**138. La règle est générale** – Pour nombre d'auteurs<sup>900</sup>, toute règle se définit par un certain caractère de généralité. La règle de droit est ainsi une disposition impersonnelle ayant vocation à s'appliquer à un nombre indéterminé de personnes se trouvant dans une situation déterminée. Peu importe le nombre auquel elle est susceptible d'être appliquée, elle est générale et non universelle<sup>901</sup>; beaucoup de règles de droit ne peuvent s'appliquer qu'à un petit nombre de personnes, voire à une seule, c'est l'hypothèse classique d'une loi déterminant les pouvoirs du Président de la République<sup>902</sup>. L'important est qu'elle soit conçue de manière générale c'est-à-dire susceptible de s'appliquer à toute personne qui se trouve dans les conditions visées par elle et non à un cas particulier<sup>903</sup>. Certains auteurs, tels que Monsieur Denys de Béchillon, contestent ce caractère de généralité. En effet, il utilise, pour prouver cette assertion, l'exemple des normes individuelles telles que le permis de construire ou

---

<sup>895</sup> C. GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », préc.

<sup>896</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préf. P. Roubier), Dalloz, 2002, n° 16.

<sup>897</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°72, p. 284 et s.

<sup>898</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°36, p. 31. Elle est une conduite de direction des conduites humaines pour Monsieur Paul Amslek (P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », préc.). J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°4, p. 11 et s. ; « Le droit est norme de conduite, en ce sens que son objet est de régir la conduite des individus particuliers, dans leurs rapport entre eux ; des gouvernants, dans l'aménagement et le fonctionnement de l'État ; des Etats eux-mêmes et de leurs organes, dans l'ordre international » (J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°64, p. 77). Selon Madame Camille Jauffrey-Spinosi, « la règle de droit, élaborée par la doctrine avant la Révolution a été envisagée comme une règle de conduite de portée générale » (C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », préc., spéc. p. 271).

<sup>899</sup> A. JEAMMAUD, « La règle comme modèle », *D.* 1990. 199.

<sup>900</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°12, p. 20 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°16, p. 19 ; P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°4, p. 25 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°41, p. 40-41 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », préc., spéc. p. 171 ; C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », préc. ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°38, p. 32-33 ; J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°8, p. 9-10 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, préc., p. 41.

<sup>901</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°12, p. 20.

<sup>902</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°4, p. 25.

<sup>903</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n°55, p. 234.

l'autorisation de séjour sur le territoire<sup>904</sup>. Cependant, cette affirmation démontre une certaine assimilation du droit et de la règle. En effet, cet auteur intitule le développement dans lequel il démontre que la règle de droit n'est pas toujours générale : « en quoi tout le droit n'est pas général ». S'il est considéré que le droit n'est composé que de règles, effectivement, toutes les règles ne sont pas générales, en témoignent notamment les normes individuelles. Cependant, au contraire, si le droit n'est pas composé que de règles, il est possible de considérer que ces normes individuelles<sup>905</sup> ne sont pas des règles à proprement parler et qu'ainsi seules ces dernières sont générales. Ici, il sera retenu que la règle est nécessairement générale permettant de distinguer cette composante du droit des normes individuelles, et de préciser sa définition. La règle est donc générale mais serait également permanente.

**139. La règle est permanente** – Est également généralement évoquée la permanence de la règle<sup>906</sup>. La loi qui serait faite pour un temps seulement ne serait pas une loi véritable. Ce caractère est cependant remis en cause car il existe des règles dont la durée d'application est restreinte d'avance par le législateur, le droit de la guerre en fournit des exemples<sup>907</sup>. La règle est donc stable et non immuable. Elle est stable de manière à ce que les justiciables, nul n'étant censé ignorer la loi, puissent s'y conformer avec un minimum de certitude. Elle n'est cependant pas immuable en ce qu'elle pourra toujours être modifiée. La règle demeure ainsi jusqu'à sa modification.

La règle peut donc être définie comme la formulation générale et stable de la prescription d'un modèle posant les conditions de son application et les effets juridiques en découlant. Cette définition sera utilisée pour différencier le mécanisme de la règle.

## 2. Règle et mécanisme

**140. Le mécanisme ne formule, ni ne pose, un modèle** – Les mécanismes, tels que l'apparence par exemple, sont des outils dynamiques destinés à produire un résultat et regroupant des éléments autour de leur action commune, correctrice en l'occurrence. La règle, si elle peut également être envisagée comme un outil<sup>908</sup>, doit plus précisément être définie comme un énoncé général et stable formulant un modèle de comportement et posant les conditions de son application et les effets juridiques en découlant. Ainsi, lorsque la Cour de cassation énonce que « l'acquisition par usage ancien, d'un droit au nom, qui est fondé sur la théorie de l'apparence, suppose possession paisible, publique et prolongée »<sup>909</sup>, elle formule une règle générale et stable et pose une prescription. Si elle repose effectivement sur la théorie de l'apparence, cette règle ne se confond cependant pas avec le mécanisme lui-même. Le mécanisme est une technique et le terme un outil de langage. En désignant l'apparence comme un mécanisme, il s'agit pour les auteurs de mettre l'accent sur son action<sup>910</sup>, délaissant les réglementations spécifiques l'entourant. Le mécanisme de l'apparence, en lui-même, n'a pas pour objet de formuler une quelconque prescription, il ne comporte pas d'énoncé et donc de présupposition et de prescription.

<sup>904</sup> D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, préc., p. 28-29.

<sup>905</sup> Sur les normes individuelles cf. *infra* § n°144.

<sup>906</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°13, p. 20-21 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°41, p. 40-41.

<sup>907</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°4, p. 28.

<sup>908</sup> Un outil est « ce qui permet de faire » quelque chose et un instrument une « chose servant à obtenir un résultat » (*Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Outil », sens 2, p. 1771-1772 et « Instrument », sens II 2, p. 1346).

<sup>909</sup> Com., 12 juillet 1993, n° de pourvoi : 91-17636, inédit.

<sup>910</sup> Cf. *supra* § n°118.

Pourtant, à première vue, la considération des différents objets qualifiés de mécanismes semble correspondre à la définition de la règle. Le mécanisme de l'abus de droit, par exemple, semble prescrire un certain modèle de comportement puisqu'il s'agit de ne pas abuser d'un droit. Cette prescription est générale et abstraite car elle est dirigée vers un nombre indéterminé de personnes et de situations. Cependant, le mécanisme est différent des règles l'encadrant. D'ailleurs, ce qui est formulé ici c'est plus l'idée régissant le mécanisme correcteur qu'une véritable règle<sup>911</sup>.

Ainsi, d'une part, le mécanisme n'est pas une règle car il ne contient pas en lui-même la formulation d'un modèle de comportement. Il ne pose pas les conditions de son application ni ne formule les effets juridiques en découlant. Il désigne et regroupe sous un même vocable un certain type d'actions, il témoigne du dynamisme du droit, est une technique, un procédé. Lorsque l'exception d'ordre public en droit international privé, par exemple, est envisagée sous l'angle du mécanisme, l'accent est mis sur son action corrective, c'est-à-dire sur la faculté qu'il offre au juge d'écarter l'application de la règle étrangère désignée par la règle de conflit<sup>912</sup>. D'autre part, le mécanisme n'est pas une règle mais des règles lui sont attachées. Le mécanisme contient des règles mais n'en formule pas lui-même, ce n'est pas son objet. Les règles posent les conditions d'utilisation du mécanisme et énoncent ses effets juridiques, elles peuvent évoluer, disparaître, de nouvelles peuvent naître, le mécanisme, lui, subsiste. Les règles ne sont que les éléments particuliers de l'ensemble que constitue le mécanisme et qu'il rassemble autour d'une action commune<sup>913</sup>. Ainsi, les critères de l'abus de droit<sup>914</sup>, les règles en régissant l'application, ont pu faire l'objet de controverses, évoluer, le mécanisme est resté, indifférent ou presque. Monsieur Jean-Louis Bergel donne un exemple, pouvant être utilisé ici, lui permettant de distinguer le concept des règles régissant sa mise en œuvre, l'idée qui le porte et les principes à satisfaire : « Le consommateur est un concept ; sa protection est l'idée à laquelle il se rattache ; les dispositions favorisant son information et protégeant l'intégrité de son consentement constituent le régime juridique qui s'y applique »<sup>915</sup>. De la même manière, le mécanisme de l'assurance ne se confond pas avec le régime juridique le mettant en œuvre<sup>916</sup>.

S'ils coexistent et travaillent même de concert à la réalisation des objectifs du système juridique, le mécanisme et la règle sont deux outils devant être distingués. Cependant, au sein d'une conception du droit où celui-ci est envisagé comme étant exclusivement composé de règles, le mécanisme n'a pas de place. Il convient à présent d'appréhender la question à travers une vision du droit plus ouverte, l'envisageant comme un ensemble de normes.

## § 2 – Le mécanisme au sein du droit comme ensemble de normes

---

<sup>911</sup> « On admettra le principe qu'il n'y a pas, en droit, de concept sans idées qui les suscitent ou les prolongent et donc dominant leur régime juridique. Les idées génèrent, animent et structurent les concepts : entre les choses et les mots qui les désignent, il y a des idées qui donnent du sens aux choses, permettent de les connaître et de les comprendre, rendent le présent intelligible et l'avenir prévisible. [...] Le concept ou la notion de « consommateur » en fournit un bon exemple. Issue de pratiques commerciales attentatoires à l'information et au consentement éclairé des consommateurs puis des réactions de certains milieux économiques à des méthodes agressives de démarchage et de vente, l'idée de protection des consommateurs a inspiré les premiers textes consuméristes au début des années 1970. » (J.-L. BERGEL, « A la recherche de concepts émergents en droit », préc.).

<sup>912</sup> Cf. *supra* § n°40.

<sup>913</sup> Sur les institutions : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°166 et s., p. 220 et s.

<sup>914</sup> Cf. *infra* § n°197 et 209.

<sup>915</sup> J.-L. BERGEL, « A la recherche de concepts émergents en droit », préc., spéc. 1571.

<sup>916</sup> Cf. *supra* § n°116.



**141. Plan** – La notion de « règle » est parfois employée de manière trop large, englobant des éléments très différents les uns des autres ce qui peut déformer sa définition. Cette dernière a été précisée en énonçant des composantes permettant de distinguer la règle d'autres manifestations formelles du droit. Les contours de la règle dessinés, d'autres outils juridiques doivent être pris en compte et différenciés du mécanisme. Pour cela, nous allons continuer de suivre d'évolution de la définition du droit en étudiant, dans un premier temps, l'appréhension de ce dernier comme un ensemble de normes (A) pour, dans un second temps, situer le mécanisme par rapport aux différents types de normes (B).

#### A. Le droit, un ensemble de normes

**142. La norme** – Il a longtemps été considéré que le droit n'était composé que de règles. Cependant, cette vision, si elle a été largement partagée, semble aujourd'hui résister de plus en plus difficilement aux assauts critiques de la doctrine<sup>917</sup>. La règle n'est qu'un des éléments composant le droit<sup>918</sup>. La théorie réaliste<sup>919</sup> a même renversé la tendance en considérant que seule la décision du juge donne la réponse au cas et énonce la norme réelle et effective<sup>920</sup>. Sans nécessairement aller aussi loin, le monopole de la règle a été progressivement remis en cause, un changement sans doute rendu nécessaire, une fois le culte de la loi dépassé, pour inclure dans la définition d'autres objets<sup>921</sup>. Il a ainsi permis de redessiner les contours de la définition de la « règle » au sens strict. Celle-ci souffrait, en effet, d'être trop sujette aux distorsions pour pallier le caractère trop réducteur du droit ainsi défini. La notion de « norme » est apparue à même d'inclure ces différents objets et de rendre compte de manière plus efficace de la réalité du droit. Il convient de s'intéresser à cette notion pour déterminer la place du mécanisme au sein du droit envisagé comme un ensemble de normes.

---

<sup>917</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », préc., spéc. p. 259 : « le droit d'un État, comme on a pu autrefois le prétendre, ne peut pas être analysé comme étant simplement un ensemble de règles existant à un moment donné » ; Pour le Doyen Carbonnier, « le droit est plus grand que la règle de droit. Le droit déborde de partout la notion de règle. Il y a toute une part du droit qui ne tient pas dans des commandements abstraits, généraux et permanents, mais qui est faite de décisions individuelles, de jugements spontanés et sans lendemain » (J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 22) ; « Il y a en l'occurrence un cercle qui ne peut être appelé que vicieux et dont il n'est possible de sortir qu'en décidant que le droit n'est décidément pas fait uniquement de règles ou, comme l'écrit Philippe Jestaz et à condition que je l'aie bien compris, de normes. » (J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicate », préc.) ; En 1979, Monsieur Philippe Jestaz, lorsqu'il a proposé une définition du droit comme « L'art de résoudre, si possible à l'avance, les difficultés nées de la vie en société selon des critères de justice et sous l'arbitrage au moins virtuel de l'autorité tenue pour légitime » en a volontairement exclu les règles de droit. En effet, d'autres objets juridiques semblent ne pas pouvoir être exclus des composantes formelles du droit (P. JESTAZ, « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, éléments de Métajuridique amusante », préc.).

<sup>918</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°127, p. 109.

<sup>919</sup> Sur le réalisme cf. *infra* § n°269 et 273.

<sup>920</sup> A. ROSS, « La validité dépend de l'efficacité », in *Le positivisme juridique*, C. GRZEGORCZYK, Monsieur TROPER et F. MICHAUD (dir.), LGDJ, 1992, p. 323 ; S. STROHOLM et H. VOGEL, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, LGDJ, 1975.

<sup>921</sup> « L'amalgame entre règle de droit et loi est si ancré dans les esprits que la volonté d'élargir la « règle » à d'autres manifestations a fait le succès, au XX<sup>e</sup> siècle, d'un concept plus généreux, celui de « norme ». [...] Elle permet une appréhension plus souple du droit par le modèle et par degrés » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°8, p. 17).

Même si le langage juridique s'en détache pour acquérir une certaine autonomie, il puise nécessairement sa source dans le langage courant<sup>922</sup>. *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* définit la norme comme un « type concret ou formule abstraite de ce qui doit être » et l'« état habituel, conforme à la majorité des cas »<sup>923</sup>. Ainsi, au sens du langage courant, la norme est un modèle, une référence permettant de comparer une situation avec ce qui doit être, une conception largement reprise au sein du système juridique.

En droit, le concept de norme n'est pas nouveau en lui-même puisqu'il a émergé dans les années 1930, utilisé de manière significative par Kelsen<sup>924</sup>, présenté comme le « plus grand juriste du XX<sup>ème</sup> siècle »<sup>925</sup>, et aboutissant à la naissance du normativisme. À l'origine, pour cet auteur, la norme est la signification objective d'un acte de volonté, elle « exprime l'idée que quelque chose doit être ou se produire, en particulier qu'un homme doit se conduire d'une certaine façon »<sup>926</sup>, étant entendu que le verbe « devoir » doit recevoir une signification plus large que celle qui lui est généralement attribuée puisqu'il englobe la permission et le pouvoir et ne se réduit pas à l'obligation. Cette définition permet d'inclure dans le droit d'autres instruments que les règles<sup>927</sup>. L'auteur entend ainsi substituer à une vision homogène du droit dans ses éléments, une vision plus hétéroclite, englobant les règles et les actes<sup>928</sup>. Il considérait que limiter les sources du droit aux normes générales, c'est-à-dire la loi et la coutume, n'est pas correct, l'essentiel dans la norme n'étant pas la généralité mais qu'elle « statue un comportement comme obligatoire »<sup>929</sup>. Pour lui, le jugement est une norme individuelle, dont la validité est limitée à un cas concret, par opposition aux normes générales dénommées « lois »<sup>930</sup>, et cette norme individuelle fait partie du droit. Si, historiquement, normes et règles sont synonymes, depuis les écrits de Kelsen le terme « norme » :

doit être utilisé pour désigner un concept plus général que celui de "règle" ou de "loi", couvrant toutes les variétés d'obligations, de permissions ou d'interdictions, quel que soit le domaine (droit, morale, etc.) et quel que soit le degré de généralité ou de particularité, d'abstraction ou de concrétisation<sup>931</sup>.

Le terme « norme » siège ainsi au sein du droit de manière durable notamment à travers les expressions « hiérarchie des normes »<sup>932</sup> et « pyramides des normes ». La notion

---

<sup>922</sup> « Le langage courant est le fonds commun auquel s'alimente toute langue technique. Celle-ci se développe progressivement par l'usage qui, selon les besoins et les habitudes, conserve le vocabulaire juridique courant, parfois en le précisant ou le pervertissant, ou crée des termes particuliers » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°203, p. 259).

<sup>923</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2007, « Norme », sens 1 et 2, p. 1704.

<sup>924</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc. ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc.

<sup>925</sup> C. CAYLA, « Kelsen » in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 320 et s.

<sup>926</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 13.

<sup>927</sup> E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », préc.

<sup>928</sup> C. CAYLA, « Kelsen » préc. ; H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc., p. 9-10.

<sup>929</sup> « Si la norme a un caractère général, on la définit comme une règle normative. Ne parler de norme que dans ce seul cas, c'est-à-dire considérer le caractère général comme essentiel à la notion de norme, est infondé. Car l'essentiel dans une norme est qu'elle statue un comportement comme obligatoire. Cela peut se produire de manière générale comme de manière individuelle » (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc., p. 10).

<sup>930</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 27.

<sup>931</sup> O. PFERSMANN, « norme », préc.

<sup>932</sup> M. MONIN, « Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990. 27 et s. ; D. DE BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, th., Paris, éd. 1996 ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ. 2001. L'expression a même été consacrée par la loi puisque, dans la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnance, à la codification de la partie législative de certains Codes, il a été précisé à l'article 1er alinéa 3 : « Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit » ; voir aussi L. 12 avril 2000 (art 3), relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, et L. 2 juillet 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit (art 32 et 33).

n'est donc pas nouvelle mais l'est la banalisation de son utilisation, sortie du normativisme<sup>933</sup> pour venir compléter la définition du droit. La conception généralement admise du droit a ainsi évolué pour rendre compte des divers éléments qui le composent.

Selon Madame Catherine Thibierge, « si la catégorie des normes juridiques est plus large que celle des règles de droit et l'inclut, une règle est bien une norme, mais toutes les normes ne sont pas des règles »<sup>934</sup>. Ainsi, les règles sont des normes particulières, du fait de leurs caractères que sont : la généralité, l'obligatorité et la sanction qu'elles emportent. Cette hypothèse permet d'inclure dans le concept de « norme » des objets ne présentant pas ces caractères. Il est ainsi plus volontiers considéré aujourd'hui que le droit est un ensemble de normes, un terme ayant l'avantage d'englober d'autres instruments que la règle. Les décisions individuelles et assimilées ne sont pas des règles car elles ne sont pas générales<sup>935</sup>, les principes sont plus généraux dans leur champ d'application<sup>936</sup> et le droit souple peut être moins précis et non contraignant<sup>937</sup>.

Au delà des éléments qui composent la catégorie de « norme », pour la plupart des auteurs, ce qui caractérise cette dernière est sa vocation à être un instrument de référence<sup>938</sup> ce qui coïncide relativement avec le sens le plus général du terme selon lequel la norme est « un terme de comparaison »<sup>939</sup>. Selon un sens novateur, détaché de l'idée de règle, la norme juridique est « la référence, le modèle, l'instrument de mesure qui permet de déterminer comment les choses doivent être »<sup>940</sup>. Monsieur Géraud de Geouffre de la Pradelle, qui, dès 1990, construisait une introduction au droit autour du concept de norme, considère celle-ci comme « un modèle social destiné à être, suivant le cas, reproduit, évité ou simplement utilisé par certaines personnes »<sup>941</sup>. Monsieur François Terré, dans la préface<sup>942</sup> de l'ouvrage de Madame Catherine Thibierge et alii consacré à *La force normative*<sup>943</sup>, entreprend de définir la norme comme « un énoncé, explicite ou implicite, qui dicte un comportement »<sup>944</sup>. Cependant, il n'en dit pas plus ici puisqu'il précise qu'il ne s'agit pas de « s'embarrasser de discussions récurrentes sur les sources ou les composantes du droit, puisque c'est de normes juridiques [...] qu'il est question »<sup>945</sup>. Monsieur Paul Amssek a développé la conception

---

<sup>933</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 38 et s.

<sup>934</sup> C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme. Le tracé et la mesure », in *L'égalité, APD*, Dalloz, t. 51, 2008, p. 341-371.

<sup>935</sup> Cf. *infra* § n°145.

<sup>936</sup> Cf. *infra* § n°152.

<sup>937</sup> Cf. *infra* § n°157.

<sup>938</sup> A. CHEYNET DE BEAUPRE et F. DREIFUSS-NETTER, « Libres dialogues autour de l'éthique en droit de la santé », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc., p. 605 et s. ; F. EDDAZI, « La force normative des propositions de la commission départementale de la coopération intercommunale », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc., p. 435 et s. ; N. DION, « Les forces de la médiation, variations libres », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc., p. 707 et s.

<sup>939</sup> O. PFERSMANN, « Norme », préc.

<sup>940</sup> « Quant à la norme juridique, en simplifiant à l'extrême, on peut dire qu'il en existe deux grandes définitions. La première, traditionnelle et dominante, relève d'une conception déontique ; elle assimile les normes juridiques à des règles de conduites dont le contenu doit être prescriptif, prohibitif ou permissif. La seconde, plus novatrice, repose sur une approche fonctionnelle, et propose de faire de la norme juridique la référence, le modèle, l'instrument de mesure qui permet de déterminer comment les choses doivent être : il peut s'agir d'un modèle de conduite, ou de tout autre objet » (S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), préc., p. 1 et s., spéc. p. 4).

<sup>941</sup> G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Essai d'introduction au droit français, I, Les Normes*, Erasme, 1990, n°5, p. 11.

<sup>942</sup> F. TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc., p. 19-21.

<sup>943</sup> C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, préc.

<sup>944</sup> F. TERRÉ, « Forces et faiblesses de la norme », préc.

<sup>945</sup> *Ibid.*

fonctionnelle de la normativité et considère la norme comme un modèle ayant une fonction directive<sup>946</sup>. La règle de droit se distingue des règles scientifiques en ce que la première dirige les conduites alors que les secondes décrivent des phénomènes naturels. Pour Monsieur Pierre Mayer, est une norme « toute disposition émanant d'un organe étatique qui contribue à énoncer les droits et les obligations d'un individu »<sup>947</sup>. Les normes se répartiraient en règles et décisions, c'est-à-dire en dispositions obligatoires, générales et abstraites, ou en commandements concrets et singuliers<sup>948</sup>. Monsieur Antoine Jeammaud<sup>949</sup>, s'il ne différencie pas les règles et les normes, retient une vision large du droit englobant les décisions individuelles<sup>950</sup>. Il considère que la règle ou norme est un modèle. Pour lui, c'est de sa « vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative ». Il précise qu'il importe peu que cet énoncé soit impératif ou permissif, témoignant là encore de la largeur de la conception de la règle retenue. Il explique également que si la règle est un modèle elle n'est pas nécessairement un modèle de conduite. Certaines règles le sont, telles que celle contenue à l'article 212 du Code civil selon lequel « les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance »<sup>951</sup>, mais il y a également des modèles de rapports entre des personnes<sup>952</sup>, de qualification d'un sujet de droit<sup>953</sup>, d'attribution d'une prérogative à un sujet<sup>954</sup>, d'effet d'un acte<sup>955</sup> ou d'une situation de fait<sup>956</sup>.

La norme, envisagée comme un modèle de référence, est ainsi le terme généralement employé pour rendre compte de cet élargissement de la conception du droit. Cette acception permet, selon la conception retenue, d'englober la règle, le principe, la norme individuelle et le droit souple<sup>957</sup>. La question de la place du mécanisme au sein de cette conception du droit doit être posée à travers l'étude des différentes normes.

<sup>946</sup> P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », préc., spéc. p. 9.

<sup>947</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973, n° 13, p. 10.

<sup>948</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n° 80, p. 55.

<sup>949</sup> A. JEAMMAUD, « La règle comme modèle », *D.* 1990. 199.

<sup>950</sup> De même que Monsieur Denys de Béchillon *cf. supra* § n°138.

<sup>951</sup> Il s'agit de la version du texte en vigueur à partir du 5 avril 2006, date d'entrée en vigueur de la loi n°2006-399 du 4 avril 2006, ayant ajouté le respect à la précédente version alors en vigueur lors de l'écriture de cet article par Monsieur Antoine Jeammaud, ce qui est sans incidence sur le propos.

<sup>952</sup> Article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. ». Cette règle est aujourd'hui contenue à l'article 1240 du Code civil.

<sup>953</sup> Ancien article 488 du Code civil aujourd'hui article 414 de ce même Code fixant la majorité à 18 ans : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance. ».

<sup>954</sup> Article 9 du Code civil : « Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. »

<sup>955</sup> Article 1165 du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Cette règle est aujourd'hui prévue par l'article 1199 du Code civil.

<sup>956</sup> Ancien article 2279 du Code civil aujourd'hui article 2276 du Code civil : « En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

<sup>957</sup> Kelsen n'admettrait sans doute pas au sein des normes le droit souple puisque celles-ci sont caractérisées par la manifestation d'une véritable intention de commander et pas simplement de recommander. Il doit y avoir menace d'une sanction pour qu'il y ait norme, celle-ci statuant un comportement comme obligatoire (H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, préc., p. 10 ; « Le droit est une organisation de la force » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit de l'Etat*, LGDJ, 1997, p. 71). Voir également : C. THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTDciv.* 2003. 599).

## B. Le mécanisme et les normes

**143. Plan** – De manière à baliser la réflexion, il est considéré dans ces pages que la règle, à proprement parler, est générale, impersonnelle et permanente<sup>958</sup>. Elle est donc une prescription formulée de manière abstraite<sup>959</sup> pour pouvoir régir un nombre indéterminé de situations et ne s'adresser à personne en particulier et demeure jusqu'à sa modification ou son abandon. Ces caractères de la règle permettent de la distinguer d'autres objets qui, bien que différents, n'en font pas moins partie du droit, et sont présentés par les auteurs à côté des règles, témoignant de l'ouverture de la définition du droit. Il s'agit des normes individuelles (1), des principes (2) et du « droit souple » (3). L'étude de ces différents éléments et de leur progressive admission au sein des manifestations formelles du droit au côté de la règle est destinée à démontrer que d'autres objets que la règle peuvent prétendre appartenir au système juridique. Le mécanisme sera comparé à chacune de ces normes.

### 1. Normes individuelles et mécanisme

**144. Plan** – Il convient, dans un premier temps, de s'intéresser aux normes individuelles (a) pour, dans un second temps, les comparer au mécanisme (a).

#### a. Les normes individuelles

**145. Les actes et décisions individuels** – La prise en compte de l'existence des actes et décisions individuels<sup>960</sup> a participé à l'ouverture de la définition du droit. Ils se distinguent de la règle grâce au critère de généralité. Madame Pauline Rémy-Corlay, dans un article traitant de la clause d'exception<sup>961</sup>, distingue la règle et la décision d'un cas en se demandant si la clause d'exception relève de l'une ou de l'autre de ces qualifications. Pour distinguer ces deux notions, elle reprend les développements que le Doyen Cornu a consacré à cette question dans son manuel d'*Introduction au droit civil*, selon lesquels : « une règle n'est pas la décision d'un cas. Elle est apte à gouverner un type de situations »<sup>962</sup>. Là est la clé de la distinction entre la règle et l'acte et la décision individuels, la première est abstraite et générale, contrairement aux seconds qui ne concernent que des personnes déterminées. Au premier abord, il est possible de considérer que les normes individuelles ne sont rien d'autre que l'application particulière de la règle, et donc de réduire le droit à cette dernière. Ainsi, la règle compose le droit et l'acte et la décision n'en sont que les applications au cas et ne se situent donc pas sur le même plan ; ils n'ont pas de valeur juridique distincte de la règle<sup>963</sup>. Le Doyen Carbonnier<sup>964</sup> constatait déjà que les jugements ne sont pris en

<sup>958</sup> Sur ces caractères cf. *supra* n°135 et s.

<sup>959</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°39, p. 33.

<sup>960</sup> Sont réunis ici les jugements, les décisions administratives et les actes publics.

<sup>961</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc. spéc. 40.

<sup>962</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°16, p. 19.

<sup>963</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°39, p. 33 ; « Personne ne conteste cette individualisation nécessaire de la règle générale, sans qu'il en résulte d'ailleurs transformation de la règle générale en règle individuelle ; c'est l'application seule de la règle générale qui est individuelle. [...] Personne ne contestera non plus que le jugement, la décision administrative, l'acte juridique privé, bien qu'intervenues en application ou en exécution d'une règle générale, ajoutent à la règle générale un impératif nouveau, liant non

considération qu'autant qu'ils constituent des déductions de la loi ou parce qu'ils sont devenus règle de droit nouvelle en se consolidant en jurisprudence. Cependant, cet auteur notait qu'il est des jugements qui ne sont pas des applications de règles préexistantes et ne se consolideront jamais en jurisprudence et ils n'en font pas moins partie de l'ordonnement juridique. D'ailleurs, dans son manuel d'introduction au droit civil, il expose deux « phénomènes du droit », la règle de droit et le jugement<sup>965</sup>. La décision individuelle régit la situation particulière alors que la règle est générale. Monsieur Pierre Mayer, raisonnant à partir du droit international privé, considère lui aussi que « la loi et le jugement sont les deux phénomènes primaires, irréductibles l'un à l'autre, par lesquels le droit se manifeste aux yeux du juriste »<sup>966</sup>. Les décisions sont, selon lui, « d'autres êtres juridiques » que les règles<sup>967</sup> mais toutes sont des normes<sup>968</sup>.

Le jugement ne se confond pas avec l'application de la norme. Le juge ne se contente pas de déterminer, comme pourrait le faire un juriste quelconque, la solution que comporte le litige, compte tenu des normes applicables et des faits établis ; il impose cette solution. Il y a deux stades dans le processus judiciaire. Le juge commence par appliquer les normes générales en fonction des faits qu'il estime établis ; mais en elle-même cette opération est purement intellectuelle ; la loi ne lui attache aucune conséquence. Puis, en considération du résultat de cette opération, le juge édicte l'état de droit invoqué par la partie à laquelle il donne gain de cause<sup>969</sup>.

Il retient le même raisonnement pour les décisions administratives et les actes publics<sup>970</sup>.

Il convient d'ajouter que, pour prendre l'exemple du jugement, non seulement il ne se réduit pas à l'application de la règle, mais parfois il en est totalement détaché. Le Doyen Carbonnier expliquait qu'à côté des jugements appliquant une règle de droit, « il existe, pratiquement innombrables, des jugements qui ne se fondent nullement sur une règle, ni ne prétendent aucunement s'ériger en règles, des jugements selon l'équité : il serait très peu réaliste de ne pas les traiter aussi comme des phénomènes juridiques »<sup>971</sup>. De plus, et même s'il y est recouru de manière très exceptionnelle, en vertu de l'alinéa 4 de l'article 12 du Code de procédure civile, sous réserve de la réunion de trois conditions, la libre disposition des droits, que le litige soit né et l'accord exprès des parties, le juge peut statuer comme amiable compositeur<sup>972</sup>, c'est-à-dire en équité. Il ne sera alors plus question d'appliquer une quelconque règle, mais de régler un litige. Ici, il est bien question de droit, puisqu'il y a

---

plus tout le monde, mais les parties au jugement ou à l'acte juridique, les destinataires nommés de la décision administrative. [...] Mais, de ces constatations indiscutables, est-il permis de conclure que les sources créatrices des impératifs individuels nouveaux – jugement, décision administrative, contrat – mériteraient, elles aussi, la qualification de règle ou de norme, règle individuelle cette fois ne concernant que des individus déterminés ? Il ne semble pas. » (J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°81, p. 95).

<sup>964</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p. 22.

<sup>965</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, préc., 2004, n°4 et s., p. 11 et s.

<sup>966</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°6, p. 5 ; voir aussi : « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mél. M. Troper, Economica*, 2006, p. 679.

<sup>967</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°9, p. 7.

<sup>968</sup> « Nous employons ainsi le lot « norme » dans un sens très large. Ce n'est pas toujours celui qui est retenu : de nombreux auteurs réservent le terme aux seules dispositions qui présentent un caractère de généralité et d'abstraction. Mais la doctrine française désignant de préférence ces dernières sous le nom de "règles", le terme "norme" reste libre pour l'acception que nous lui donnons, conformément à un usage répandu sinon à l'étymologie » (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°13, p. 10, n°1).

<sup>969</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°21, p. 15.

<sup>970</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°26, p. 17-18.

<sup>971</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n° 7 et s., p. 19 et s.

<sup>972</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°17, p. 16 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°26, p. 24 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°184, p. 112.

intervention d'un juge pour résoudre un litige, mais pas d'application de règles<sup>973</sup>. Certes, toute règle n'est pas évincée, la procédure étant prévue et régie par des règles, mais le litige est réglé sur le fond sans cet outil, relativisant la vision commune du droit. Si cette possibilité connaît peu d'applications en pratique<sup>974</sup>, d'autres procédures prévoient un règlement des litiges sans appliquer des règles. En matière d'arbitrage, par exemple, les parties peuvent également conventionnellement décider que l'arbitre statuera comme amiable compositeur<sup>975</sup>. Il n'y aura pas d'application de règles, mais un litige né d'une situation juridique sera réglé. De même, en cas de médiation et de conciliation, il n'est pas question d'appliquer une règle, et pourtant ces procédures sont règlementées par le droit et permettent de traiter des litiges, voire de les résoudre. Elles font donc partie du droit. La mainmise de la règle sur le droit, si elle est importante, n'est cependant pas absolue, le traitement de certains litiges lui échappant, en tout cas dans le fondement. La décision vient régler la situation concrète et tient lieu de norme individuelle à ceux à qui elle s'adresse. Bien que ce soit dans une moindre mesure que la règle, elle modifie l'ordonnement juridique.

Monsieur Philippe Jestaz, dans l'ouvrage qu'il consacre au droit, rappelle que le juge a historiquement précédé les règles, qu'elles soient écrites ou orales, il arbitrait les litiges. Il est en effet probable que « les sociétés primitives commencent leur aventure juridique sous les auspices du juge seul, la règle naissant ensuite et avec lenteur de ses habitudes de juger »<sup>976</sup>. Cette vision était d'ailleurs défendue autrefois par Portalis puisqu'en « novembre 1801, Portalis va jusqu'à affirmer qu'il y avait "des juges avant qu'il y eût des lois" »<sup>977</sup>. Le droit romain, dans son ensemble, a été construit au coup par coup par le préteur. De même, dans l'histoire du *common law* britannique, le juge a dégagé les règles, acquises ensuite par la force du précédent. Ainsi, avant la formation des règles, il est difficile de concevoir que le droit n'existait pas.

L'acte et la décision individuels, n'ont, certes, pas un caractère général et ne sont donc pas en cela des règles, mais ils régissent la situation juridique des personnes concernées, modifient l'ordonnement juridique, pose un modèle individuel de comportement. Ils sont en cela des normes dites « individuelles »<sup>978</sup>. Ils répondent aux critères de juridicité généralement exposés<sup>979</sup> puisqu'ils sont contraignants pour les parties et leur respect assuré, le cas échéant, par les autorités publiques et ont pour finalité une relative paix sociale et la réalisation de certaines valeurs.

Ainsi, la norme individuelle n'est pas une règle à proprement parler car lui manque le caractère de généralité. Comme tout critère il n'a rien d'absolu et correspond à une vision un peu schématique. Il existe des décisions générales et des contrats à vocation réglementaire comme il existe des lois d'amnistie ou de naturalisation qui sont individuelles. La norme individuelle fait partie des normes et donc du droit, et, en cela, le mécanisme doit lui être comparé.

---

<sup>973</sup> Cette prérogative « va au-delà d'une simple extension des pouvoirs du juge, puisqu'elle lui permet de retenir une solution contraire à la norme juridique » (P. ESTOUP, « L'amiable composition », *D.* 1986. Chron. 221).

<sup>974</sup> C. ALBIGES, « Equité », préc., n°20 ; J.-P. BROUILLAUD, « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition », *D.* 1997. Chron. 234 ; P. ESTOUP, L'amiable composition, préc.

<sup>975</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°17, p. 16.

<sup>976</sup> P. JESTAZ, *Le droit*, préc., p. 16.

<sup>977</sup> J.-L. HALPERIN, « Portalis », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 454 et s. ; PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, p. 87.

<sup>978</sup> « il n'est guère douteux, bien que cela ait pu être contesté, que toute décision juridictionnelle, en tant qu'elle tranche un litige, définit une situation juridique nouvelle, et par la même, est directement créatrice d'une norme juridique individuelle » (O. DUPEYROUX, « La doctrine française et la jurisprudence source du droit », préc.).

<sup>979</sup> Cf. *supra* § n°128.

b. Le mécanisme, différent de la norme individuelle

**146. Le mécanisme et la norme individuelle** – La norme individuelle est l'énoncé d'un modèle adressé non pas à tout le monde ou personne en particulier mais à une ou plusieurs personnes déterminées et se distingue en cela de la règle. De la même manière que le mécanisme n'est pas une règle car il ne pose pas un modèle de référence, il n'est pas une norme individuelle. Il ne pose pas un modèle de comportement, qu'il soit général ou particulier, qu'il s'adresse à tous ou personne en particulier ou à une personne déterminée. Il est un outil complexe réunissant différents éléments autour d'une action commune. Il est tourné vers l'action opérant au sein du système juridique et non vers le modèle. Le mécanisme ne peut, de plus, être véritablement comparé au jugement ou au contrat ainsi envisagé par exemple car il ne revêt aucun caractère individuel. Mécanisme, règle générale et norme individuelle interagissent cependant ensemble dans les mêmes sphères. Pour prendre l'exemple du contrat, tout d'abord, il est régit par des règles générales. Par exemple, il ne sera valable que si certaines conditions sont réunies, aujourd'hui « 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain »<sup>980</sup>. Cette formulation constitue un énoncé général, stable et prescrit un modèle. Ensuite, le contrat est également une norme individuelle<sup>981</sup>. Certes, ce n'est pas le juge qui en est la source mais la volonté des parties, cependant il ne tient pas moins lieu de loi à ceux qui l'ont fait<sup>982</sup>. Considérer la norme comme ayant pour origine une manifestation de volonté permet de considérer le contrat comme créant des normes grâce à la volonté des parties<sup>983</sup>. En vertu de sa force obligatoire, le contrat crée une nouvelle norme juridique qui, comme la règle, s'impose aux parties et sera sanctionnée par le juge<sup>984</sup>. L'idée selon laquelle le contrat crée des normes a été développée par Kelsen sur le terrain de la théorie du droit. Inscrivant le contrat dans son univers normativiste, il le définit comme une procédure créant une norme située à l'étage inférieur de la pyramide et tenant sa valeur de la norme supérieure qui autorise les contractants à la créer<sup>985</sup>. La « loi contractuelle » est une loi interindividuelle, et non une loi générale, en ce que, à la différence de la loi étatique, elle n'a pas vocation à s'appliquer à toute personne, mais seulement aux parties. Le contrat, peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations. La dimension normative du contrat est

---

<sup>980</sup> Article 1128 du Code civil

<sup>981</sup> Monsieur Pierre Mayer exclut des normes le contrat, de même que la sentence arbitrale, car il considère la norme comme émanant nécessairement d'un organe étatique mais ce raisonnement est très lié à la matière considérée : « Si nous prenons tout d'abord en considération l'utilité de la définition pour notre propos, nous devons certainement rejeter celle que propose Kelsen, pour la raison qu'elle inclut les actes juridiques privés dans l'ensemble des normes. En effet la détermination de l'Etat qui donne à l'acte de volonté – une loi, un jugement par exemple – sa signification objective de norme est immédiate, et c'est en fonction d'elle que, dans les litiges internationaux, le juge décide de prendre la norme en considération ou non : il applique une loi étrangère parce qu'elle est celle de tel pays, il donne l'exequatur à un jugement étranger parce qu'il émane de tel pays » (P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préc., n°16, p. 12).

<sup>982</sup> Article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ».

<sup>983</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 21, « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs (TGI Marseille, 15 avr. 2004, RJS 6/2004, n° 729) », *RTDciv.* 2004. 594 ; J. GHESTIN, « Les données positives du droit », préc. ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, préc., p. 23.

<sup>984</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDciv.* 1999. 771.

<sup>985</sup> « L'acte juridique-type est le contrat. Dans un contrat, les parties contractantes conviennent qu'elles devront se conduire l'une à l'égard de l'autre d'une certaine façon. Ce devoir, ce Sollen, est la signification subjective de l'acte juridique. Mais il est aussi sa signification objective. C'est-à-dire que cet acte est un fait créateur de normes juridiques si et en tant que l'ordre juridique confère à ce fait cette qualité ; et il lui confère cette qualité en faisant de l'accomplissement du fait-acte juridique suivi d'une conduite contraire à l'acte, la condition d'une sanction civile » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 255) ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940. 33.



particulièrement éclatante dans les contrats d'adhésion<sup>986</sup> où il est fait finalement peu de place à la volonté des parties et où l'une ne peut qu'accepter ou non la norme posée par l'autre contractant. Ainsi, le contrat est régi par des règles générales destinées à personne en particulier et, en sont issues des normes individuelles dirigées vers les seules parties. Enfin, le contrat peut être appréhendé sous l'angle du mécanisme<sup>987</sup>. Lorsque ce terme est employé pour le désigner, l'attention est portée sur son action au sein du droit, son fonctionnement – cette considération permettra de déterminer si une opération est contractuelle ou non – et non sur les règles générales le régissant ou la norme individuelle adressée aux parties.

Il est important de porter une attention particulière à un type de norme individuelle : la décision d'espèce rendue en équité car elle peut être considérée comme étant une manifestation de l'action correctrice du juge<sup>988</sup> à l'instar du mécanisme correcteur. Ce dernier s'en distingue justement grâce à sa forme de mécanisme.

**147. L'équité et la décision d'espèce** – En principe, le juge a l'obligation de statuer en droit, l'article 12 du Code de procédure civile disposant que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Pour éviter les risques d'arbitraire et garantir la sécurité juridique, il lui est ainsi interdit de déroger<sup>989</sup> à la loi pour des raisons d'équité<sup>990</sup>. Dans certains cas cependant, ce pouvoir lui est accordé par la loi<sup>991</sup>. En effet, le texte invite parfois lui-même le juge à tenir compte de l'équité. C'est le cas par exemple dans le nouvel article 1194 du Code civil disposant que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». De même, l'article 1579 du Code civil prévoit que si l'application des règles d'évaluation des biens dans le régime de participation aux acquêts « devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux ». Le juge peut également, à la demande des parties, statuer comme amiable compositeur<sup>992</sup>. Celles-ci peuvent également décider de recourir à un arbitre qui pourra statuer de la même manière<sup>993</sup>. Hors ces hypothèses, et malgré l'interdiction générale faite au juge de statuer en équité, il peut difficilement être nié qu'il le fait néanmoins. La décision d'espèce rendue en équité, hors les cas prévus par la loi, n'a en effet pas véritablement disparue<sup>994</sup>, « d'une manière générale, le sentiment de devoir rendre la justice d'équité est ancré dans la

---

<sup>986</sup> G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973 ; F.-X. TESTU, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP* 1993. I. 3673. Le contrat d'adhésion est entré dans le Code civil par le biais de l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations à l'alinéa 2 de l'article 1110 : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. ».

<sup>987</sup> Cf. *supra* § n°117.

<sup>988</sup> Cf. *supra* § n°63 et s.

<sup>989</sup> C'est l'hypothèse de l'équité correctrice, c'est-à-dire permettant de déroger à la règle de droit applicable, qui est comparée au mécanisme (« L'équité [...] peut être appelée à remplir des fonctions très différentes, selon qu'elle sert à interpréter, à compléter les lacunes du droit ou à corriger la loi » (C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 12).

<sup>990</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°23 et s., p. 22 et s. ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°180 et s., p. 99 et s. ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°151 et s., p. 91 et s. ; Cass. Soc. 21 janvier 1980, *Bull. civ.* V, n°170 ; Cass. Soc. 4 décembre 1996, *Bull. civ.* V, n°421, N. MOLFESSIS, « L'équité n'est pas une source de droit », préc.

<sup>991</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°25, p. 23-24 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°180 et s., p. 99 et s. ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°178 et s., p. 108 et s.

<sup>992</sup> Cf. *supra* § n°145.

<sup>993</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°17, p. 16.

<sup>994</sup> Sur ce point par exemple : C. ALBIGES, « équité », préc., n°15 et s. Cf. *infra* § n°282.

conscience du juge »<sup>995</sup>. L'équité agit dans l'ombre, fait partie de ce que Monsieur Fabien Lafay appelle le cryptojuridique<sup>996</sup>. Le Doyen Carbonnier avait mis en évidence l'inversion du raisonnement syllogistique<sup>997</sup>, ce qu'il nommait le « syllogisme régressif », procédé démontrant la survie de l'équité : « bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la question concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit »<sup>998</sup>. Lorsque le juge statue en équité il décide « *sur le fondement de ce qui paraît juste* »<sup>999</sup> et non sur le fondement de la règle de droit. Il s'agit ici d'une des manifestations de l'activité correctrice du juge<sup>1000</sup>, très décriée elle est le plus souvent cachée.

La décision rendue en équité est nécessairement une décision d'espèce, c'est-à-dire une « décision de justice qui, quelle que soit la motivation juridique qui la fonde (ou la recouvre), a en réalité été rendue en considération des circonstances particulières de l'affaire qu'elle tranche et dont, de ce fait, l'autorité dans la jurisprudence (en dehors de l'espèce) sera faible »<sup>1001</sup>. En effet, le juge ne s'abstrait de l'application de la règle de droit qu'en considération des faits propres à l'espèce en cause. Puisqu'elle est fondée sur l'équité, la solution ne vaut et ne peut valoir que pour la situation factuelle à l'occasion de laquelle elle a été proposée. Lorsque les juges statuent sur le fondement d'une règle de droit, celle-ci peut être utilisée pour régir d'autres litiges. Aucune règle n'étant appliquée lorsqu'est rendue une décision d'espèce en équité, c'est pourquoi aucune extension de la solution à d'autres espèces n'est possible.

La décision d'espèce rendue en équité est donc le fait pour le juge de statuer non pas en appliquant une règle mais en se référant à l'équité pour apporter une solution à un litige précis. Cette action, cette dérogation à l'application de la règle n'est pas sans rappeler celle menée par le mécanisme correcteur. La décision d'espèce rendue en équité s'en distingue néanmoins.

**148. Le mécanisme et la décision d'espèce rendue en équité, deux manifestations du rôle correcteur du juge** – À l'instar de la décision d'espèce rendue en équité, le mécanisme correcteur permet la mise à l'écart de l'application de la règle lorsqu'elle est inadaptée et le règlement du litige par un autre moyen. La ressemblance est d'autant plus frappante lorsque cette dérogation semble être guidée par des considérations d'équité<sup>1002</sup>. Par exemple, le mécanisme correcteur *contra non valentem agere non currit praescriptio* a été créé au nom des règles de la justice et de l'équité pour contourner les textes du Code civil régissant les causes de suspension du cours de la prescription<sup>1003</sup>. De même, les mécanismes

---

<sup>995</sup> T. BERTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ* 1992-2. 343, spéc. p. 353.

<sup>996</sup> « *Crypto* vient du grec : *Kryptos* qui signifie : "caché". Le professeur Rodolfo Sacco, un grand comparatiste italien, a déjà émis l'hypothèse qu'il existerait en droit des éléments cachés, des cryptotypes. C'est avec fierté que nous recréons ce terme pour symboliser cette notion-guide symbolisant la part non révélé du droit, le droit caché » (F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°934, p. 433).

<sup>997</sup> De même : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°9 p. 74 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°13, p. 10.

<sup>998</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°9, p. 22 et s.

<sup>999</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction au droit*, préc., p. 80.

<sup>1000</sup> Cf. *infra* § n°63 et s.

<sup>1001</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Espèce (décision d') », p. 412.

<sup>1002</sup> Cf. *infra* § n°202-204.

<sup>1003</sup> A. HONTEBEYRIE, « L'adage *Contra non valentem*... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », préc. ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°355, p. 298.

de l'abus de droit<sup>1004</sup> et de l'apparence interviendraient pour des raisons d'équité<sup>1005</sup>.

Cependant, le lien entre la décision d'espèce rendue en équité et le mécanisme correcteur ne tient pas au *mécanisme* mais à la *correction*. En effet, la décision d'espèce rendue en équité et le mécanisme se ressemblent car ils sont deux manifestations d'une même action, l'action correctrice exercée par le juge grâce à laquelle il écarte la règle applicable. La différence entre ces deux manifestations réside justement dans le procédé retenu : la décision d'espèce, d'une part, et le mécanisme, d'autre part. Le mécanisme désigne l'action de l'objet considéré consistant en une dérogation à l'application de la règle s'il est correcteur. C'est la correction qui caractérise cette dérogation à l'application de la règle. La distinction entre le mécanisme et la décision d'espèce rendue en équité repose sur la technique employée par le juge<sup>1006</sup>. L'utilisation d'un mécanisme correcteur, même inspirée par l'équité, ne correspond pas à l'énoncé d'une décision d'espèce rendue en équité. Lorsque le juge rend ce type de décision il n'applique aucun « mécanisme judiciaire classique »<sup>1007</sup> et sa décision ne pourra être utilisée dans une autre espèce, elle est circonstancielle. Au contraire, lorsqu'il utilise un mécanisme correcteur, il applique le régime accompagnant le mécanisme qui est empreint d'une certaine systématisme. Le mécanisme correcteur naît justement de la récurrence d'inadaptations de la règle à résoudre certains litiges. La décision du juge pourra avoir une portée plus large que la seule espèce. La forme du mécanisme permet cette adaptation de l'application de la règle aux circonstances par une correction déterminée par les faits mais emprunte de sécurité.

Ainsi, la décision d'espèce rendue en équité diffère du mécanisme en ce que, même si tous deux aboutissent à permettre au juge de déroger à l'application de la règle pour des raisons liées à l'équité, le mécanisme n'est pas une décision d'espèce mais un procédé au régime préétabli permettant une extension des solutions en découlant et donc une certaine prévisibilité. Le mécanisme n'est donc pas une norme individuelle et doit également être distingué d'un autre type de normes, le principe.

## 2. Principe et mécanisme

**149. Plan** – Nombre des objets ayant été identifiés comme étant des mécanismes correcteurs dans ces pages sont généralement qualifiés de principes. Cet état de fait nécessite de s'intéresser aux principes (a) pour mieux les comparer aux mécanismes (b).

### a. Les principes

**150. Principes et unité** – Les principes<sup>1008</sup> sont très présents en droit français

---

<sup>1004</sup> « l'abus en droit civil se présente comme un correctif jurisprudentiel qui permet au juge de s'évader d'une règle légale trop rigoureuse, qui ferait triompher l'injustice ou la malhonnêteté, pour suivre un impératif d'équité » (E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, préc., n°4, p. 7) ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°804, p. 790-791 ; A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., p. 187 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°185, cet auteur cite l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 2 mai 1855 où : « les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance ».

<sup>1005</sup> H. MAZEAUD, « La maxime « error communis facit jus », préc. ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°116, p. 229 ; L. CADDIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°6.

<sup>1006</sup> Cf. *supra* n°63 et s. et *infra* n°298 et s.

<sup>1007</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°184, p. 112.

<sup>1008</sup> S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, préc. ; *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005 ; D. BUREAU, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », préc. ; P. MORVAN, « Principes », préc., p. 1201 et s. ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ;

puisqu'ils existent « en toutes matières et de tout temps »<sup>1009</sup> et « sont, pour beaucoup d'entre eux, à la base de notre droit »<sup>1010</sup>. En effet, aucune branche du droit ne semble en être dépourvue<sup>1011</sup>. Très usités en droit administratif<sup>1012</sup>, utilisés par le Conseil constitutionnel<sup>1013</sup>, ils existent également en droit privé français. Ils sont même tellement populaires qu'ils sont « abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, asservis à la rhétorique »<sup>1014</sup>, sont utilisés comme des « vêtements magnifiques pour des opinions discutables »<sup>1015</sup>. Le succès des principes<sup>1016</sup>, entraînant un emploi du terme à tort et à travers, a ainsi eu un impact négatif sur l'unité de la notion et entraîné une difficulté de définition<sup>1017</sup>. Sont utilisées diverses expressions<sup>1018</sup> telles que « principe »<sup>1019</sup>, « principe général »<sup>1020</sup>, « principe général du

---

Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001, *Bull. civ. V*, n° 237, p. 186 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 249, p. 163 ; Soc. 20 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 237, p. 186) », préc. ; P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc. ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc. ; A. JEAMMAUD, « *Les principes dans le droit français du travail* », *Dr. soc.* 1982. 618 ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc.

<sup>1009</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°15, p. 21. Dans le même sens : « Ces principes sont, pour beaucoup d'entre eux, à la base de notre droit. Tous les champs disciplinaires semblent concernés : des plus classiques, comme le droit civil ou le droit administratif aux plus jeunes, tel le droit communautaire ou le droit de l'environnement ; des plus techniques comme le droit budgétaire ou le droit des marchés publics, aux plus généraux tel le droit international ou le droit constitutionnel » (S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), préc., p. 1 et s., spéc. p. 1).

<sup>1010</sup> S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, préc., p. 1.

<sup>1011</sup> *Ibid.*

<sup>1012</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°265.

<sup>1013</sup> M. VERPEAUX, « Les principes en droit constitutionnel », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 149 et s.

<sup>1014</sup> P. MORVAN, « Principes », préc.

<sup>1015</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n°132, p. 327.

<sup>1016</sup> « Les principes sont l'arme préférée des juristes » (M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », *RTDciv.* 1926. 265, spéc. 309).

<sup>1017</sup> Monsieur Patrick Morvan remarque que si ce terme est très utilisé, il en découle une « banalisation, une utilisation détachée de toute signification précise » (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°1, p. 2). Monsieur Pierre Sargos fait le même constat, si la notion est souvent invoquée, « la réalité qu'elle recouvre est ambiguë et incertaine » tant ce mot est employé à tort et à travers et peut désigner des objets très différents (P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.). Monsieur Jean-Pierre Gridel écrit quant à lui que le principe général du droit est une « formule polysémique, dont le sens varie selon les disciplines et les auteurs » (J-P. GRIDEL, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux en droit privé », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p.136 et s.). D. BUREAU, « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », préc. ; « Les principes rassurent, maintiennent la cohérence et comblent les lacunes du système juridique. Leur lumière rejaillit sur ses utilisateurs qui à leur tour voient leur prestige renforcés par une telle référence. Pour ces raisons majeures, leur emploi alors tend à se multiplier. Mais à force d'être invoqués, leur dévoiement les perd. » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th., Paris, 1992, n°56, p. 54) ; « même ramenée à l'unité, la notion de principe échappe à toute définition scientifique » (P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p. 169 et s.) ; « On a tant et si cruellement abusé du mot principes, que celui qui réclame pour eux respect et obéissance, est traité d'ordinaire de rêveur abstrait, de raisonneur chimérique » (B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, 1861, t. II, p. 108).

<sup>1018</sup> A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 49 et s. ; P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », préc. ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001,

droit »<sup>1021</sup>, « principe directeur »<sup>1022</sup>, « principe supérieur »<sup>1023</sup> et d'autres encore, desquelles il est difficile de faire émerger une conception unitaire du principe. Ils empruntent ainsi sans doute une partie de leur majesté au mystère qui les entoure<sup>1024</sup>. Plusieurs définitions existent, confirmant l'absence de réelle unité de la notion. Le principe est notamment « une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »<sup>1025</sup> et une « maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif »<sup>1026</sup>. Au-delà des diverses sous-catégories existantes, une catégorie générale de « principe » peut être dégagée : il est une norme caractérisée par une grande généralité<sup>1027</sup>, puisqu'il ne saurait être utilisé pour « qualifier une solution détaillée, proche d'une situation ou conjoncturelle »<sup>1028</sup>, et l'incarnation de certaines valeurs<sup>1029</sup>.

**151. Le principe est une norme** – L'affirmation selon laquelle le principe est une norme<sup>1030</sup> peut sembler relever de la tautologie<sup>1031</sup> mais il ne peut en être fait l'économie. Les principes en droit sont nombreux. Monsieur Patrick Morvan, dans le cadre du droit privé, les recense à travers leur utilisation dans les visas de la Cour de cassation<sup>1032</sup>. Selon certains auteurs<sup>1033</sup>, le principe est une règle. Cette conception n'est pas véritablement étonnante, la plupart des auteurs définissant le droit comme un ensemble de règles. La Cour de cassation également semble utiliser indifféremment le terme de principe ou celui de règle<sup>1034</sup>. Ils doivent cependant être différenciés, notamment grâce à la grande généralité d'application du principe. Suivant la parole de Gény selon lequel « tout le droit n'est pas enfermé dans la légalité »<sup>1035</sup>, Josserand disait qu'« autour de la règle formelle, autour du droit écrit, vit et

*Bull. civ. V*, n° 237, p. 186 ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 17 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 249, p. 163 ; *Soc.* 20 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 237, p. 186) », préc.

<sup>1019</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc.

<sup>1020</sup> J.-L. SOURIOUX, « Le concept de principe général », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p. 59 et s. ; M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc.

<sup>1021</sup> *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005.

<sup>1022</sup> J. PRADEL, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001. 1039.

<sup>1023</sup> M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc., p. 17.

<sup>1024</sup> R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th., Dijon, 1909, p. 302 (à propos de l'ordre public).

<sup>1025</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Principe », 2., p. 797.

<sup>1026</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Principe », 3., p. 797.

<sup>1027</sup> Sur la généralité du principe caractère permettant essentiellement de la distinguer de la règle cf. *infra* § n°152.

<sup>1028</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°15, p. 21.

<sup>1029</sup> A. JEAMMAUD, « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 49 et s.

<sup>1030</sup> P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », préc.

<sup>1031</sup> S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), préc., p. 1 et s., spéc. p. 3

<sup>1032</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°70 et s., p. 65 et s.

<sup>1033</sup> L'expression principe général « recouvre toutes sortes de règles » (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc., p. 15, voir également p. 30 voir 2<sup>ème</sup> partie) ; « Dans la langue juridique, on entend par « principes », tantôt des règles occupant une place éminente dans l'ordre juridique positif, tantôt des propositions descriptives par lesquelles les juristes dogmaticiens rendent synthétiquement compte de la teneur ou des grandes tendances de cet ordre » (A. JEAMMAUD, « *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1997. Chron. 19).

<sup>1034</sup> Pour une démonstration : N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (*Civ. 1<sup>re</sup>*, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; *Civ. 3<sup>e</sup>*, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 4 avr. 2001, *Bull. civ. I*, n° 105, p. 67 ; *Crim.* 13 mars 2001 ; *Com.* 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; *Soc.* 9 janv. 2001, *Bull. civ. V*, n° 237, p. 186 ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 17 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 249, p. 163 ; *Soc.* 20 juin 2000, *Bull. civ. V*, n° 237, p. 186) », préc.

<sup>1035</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources*, t. II, n°146, p. 35 et s., n°147, p. 39 et s.

bouillonne tout un monde de principes, de directives, de standards [...]»<sup>1036</sup>. Il citait d'ailleurs, comme exemple de ces directives hors droit écrit, la fraude, la théorie de l'enrichissement sans cause et surtout l'abus des droits. Il distinguait le « droit en législation écrite et en procédés de réalisation, d'administration, de "police juridique"<sup>1037</sup> »<sup>1038</sup>. Le principe et la règle sont néanmoins proches en ce qu'ils sont tous deux des normes. Pour Monsieur Patrick Morvan, le principe est une norme « en ce qu'il exige l'obéissance, une conduite donnée, un devoir-être »<sup>1039</sup>. Le principe est différent de la règle car il est plus général mais, même s'il le fait de manière plus indirecte, il pose un modèle de référence et est en cela une norme<sup>1040</sup>.

**152. La généralité du principe, critère de distinction** – Certains auteurs affirment le caractère général du principe<sup>1041</sup> et le présentent comme différent de celui attaché à la règle<sup>1042</sup>. En effet, cette dernière est dite générale en ce qu'elle « s'applique à toutes les situations qu'elle définit »<sup>1043</sup>. Elle est cependant spéciale dans le sens où elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. La généralité du principe est différente de celle de la règle : celui-ci « trouve à être mis en œuvre à travers des types de situations juridiques parfois fort différentes, sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui leur soit propre : pour prendre la phraséologie de Portalis dans le Discours préliminaire, le principe "est fécond en

<sup>1036</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n° 1, p. 2.

<sup>1037</sup> M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », préc.

<sup>1038</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°2, p. 3.

<sup>1039</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°44, p.42-43.

<sup>1040</sup> Cf. *supra* § n°144.

<sup>1041</sup> « Le concept de principe est assez controversé dans la littérature. Mais tous les auteurs – Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, etc. – semblent être d'accord sur un seul point : les principes sont des normes indéterminées » (R. GUASTINI, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 113 et s.) ; « Le seul point d'accord est finalement sur sa généralité : il ne saurait être question de « principe » pour qualifier une solution détaillée, proche d'une situation ou conjoncturelle » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°15, p. 21) ; « La généralité du principe apparaît comme l'une de ses caractéristiques essentielles. Elle est consubstantielle à la notion » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°68 et s., p. 60 et s.) . Notamment pour Monsieur Paul Lagarde, cette généralité des principes conduit à remettre en cause la notion car, selon lui, le juge confronté à un contrat international se référant expressément aux principes généraux du droit, « devrait éviter de se lancer dans la périlleuse entreprise de déduire des solutions concrètes de principes aussi vagues que la règle pacta sunt servanda ou le principe de bonne foi, mais plutôt constater que la référence des parties conduit à un vide juridique » (P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria », in *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, 1982, p. 125, et spéc. n°34, p. 146). Dans le même sens : « la décision d'un litige prétendument fondée sur les principes généraux du droit est en vérité largement une décision selon le bon plaisir de celui qui décide » (W. WENGLER, « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1982, 467 et spéc. p. 475).

<sup>1042</sup> « la généralité de la règle juridique ne s'entend pas dans le même sens que celle d'un principe. Une règle est générale, car elle est "établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits". [...] Un principe, au contraire, est général "en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications" » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°104-105) ; « C'est une simple règle juridique qu'énonce l'article 726 du Code civil, lorsqu'il déclare « capables de succéder les personnes qui sont simplement conçues ». On formule au contraire un principe juridique, lorsqu'en s'emparant du célèbre texte du Digeste (infans conceptus...), on admet, en thèse générale, qu'une personne simplement conçue doit être considérée comme existante, toutes les fois que son intérêt est en jeu. L'article 726 du Code civil est uniquement destiné à trancher une question de dévolution successorale. Le principe donne réponse à l'ensemble des questions, connues ou non, qui concernent le commencement de la personnalité. » (J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc., spéc. n°6, p. 56) ; le terme de principe doit être réservé aux propositions « dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°71, p. 61) ; G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., n°134, p. 330. Voir contra : Le principe n'est pas « une espèce particulière de norme juridique » (M. DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préc., 2<sup>ème</sup> partie, p. 163 et s.).

<sup>1043</sup> J.-P. GRIDDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé » préc.

conséquences" »<sup>1044</sup>. Il comporte une série indéfinie d'applications<sup>1045</sup>. « C'est essentiellement leur abstraction qu'évoque la généralité des principes »<sup>1046</sup>. Monsieur Pierre Sargos précise que le principe général est « une notion première qui commande un ensemble de règles particulières »<sup>1047</sup> et s'impose par sa généralité. Ainsi, le principe est plus large et contient, porte des règles. L'exemple de la bonne foi permet d'illustrer cette différence fondée sur une plus grande généralité. « La prise en considération de la bonne ou mauvaise foi, au sens d'absence ou présence de conscience malicieuse » est un principe « posé de manière globale en matière d'exécution contractuelle à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil » alors que par exemple « son intervention légale pour limiter les dommages-intérêts contractuels au préjudice prévisible »<sup>1048</sup> est une règle. Les principes offrent une matrice dont il est ainsi possible de déduire un nombre important de solutions<sup>1049</sup>. De même, un adage tel que « aliments n'arrangent pas »<sup>1050</sup> n'est en réalité qu'une règle, au champ d'application circonscrit<sup>1051</sup>. Monsieur Jean-Pierre Gridel précise que « si le principe possède une plus grande virtualité d'application que la règle, il faut ajouter qu'un minimum de fermeté est nécessaire à sa notion »<sup>1052</sup>. Il illustre cette assertion à nouveau à l'aide du principe de bonne foi. Selon lui, il s'agit d'un principe car il peut être défini, même s'il revêt plusieurs acceptions. En revanche, il n'y aurait pas de principe d'égalité, « notion trop polymorphe et inconsistante ». Ce critère de généralité permettant de distinguer la règle et le principe n'est pas propre au système juridique français car il a notamment été dégagé par un auteur anglo-saxon.

Doit être étudiée, quant à la question de la distinction entre règle et principe<sup>1053</sup>, la position de Monsieur Ronald Dworkin. Pour aboutir à cette différenciation, l'auteur part de la réfutation du positivisme tel qu'il est défendu par Hart<sup>1054</sup>. De manière relativement schématique, ce dernier concevrait le droit comme un ensemble de règles, une vision le conduisant à considérer les principes comme des règles « manquées ». Pour lui, les principes seraient des standards essayant d'être des règles. Les principes ne font donc pas partie du droit car ils sont appliqués ou non et il n'y a aucune façon de tester leur validité. Selon la logique positiviste, si le cas d'une personne n'entre pas dans le champ d'application d'une règle, il ne peut alors être réglé en appliquant le droit. Le juge doit recourir, au delà du droit, à un autre type de standard qui le guide pour confectionner une nouvelle règle ou en compléter une ancienne<sup>1055</sup>. Pour Monsieur Ronald Dworkin, cette analyse s'appuie sur une vision étriquée de l'ordre juridique, réduit à la somme des sources formelles du droit. Un système juridique ne se compose pas

<sup>1044</sup> J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé » préc.

<sup>1045</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°75, p. 104-105 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°492, p. 461-462 ; J. BOULANGER, « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », *TAHC*, t. V, *Etudes sur le rôle du juge*, 1949, Dalloz, 1950, p. 61 et s. ; « Principes généraux du droit et droit positif », préc.

<sup>1046</sup> D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°69, p. 60.

<sup>1047</sup> P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.

<sup>1048</sup> J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>1049</sup> « les principes généraux du droit sont des propositions non écrites dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°67, p. 61).

<sup>1050</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Aliments n'arrangent pas », n°17, p. 24-25 ; L. PEYREFITTE, « Considérations sur la règle : « Aliments n'arrangent pas » », *RTDciv.* 1968. 286 ; J. GHESTIN, « La règle : « Aliments ne s'arrangent pas » », *Mélanges Brethe de La Gressaye*, 1967, p. 295.

<sup>1051</sup> J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>1052</sup> J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>1053</sup> F. MICHAUD, « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », in *Dworkin, un débat*, S. WESCHE et V. ZANETTI (dir.), éd. Ousia, 1999, p. 205 et s.

<sup>1054</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de Droit*, Presses des facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 1976, n°77-96

<sup>1055</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p. 73.

seulement des règles ponctuelles qui imposent dans des conditions précises tel ou tel comportement. Il repose avant tout sur un ensemble de principes qui sont soit énoncés par la Constitution soit dégagés progressivement par la jurisprudence sous la forme de principes. Il s'attache ainsi à distinguer règle et principe et commence pour cela par un exemple : l'affaire Riggs contre Palmer de 1889<sup>1056</sup>. En l'espèce, une cour de l'État de New York devait décider si un héritier désigné par le testament de son grand-père pouvait bénéficier de ces dispositions bien qu'il l'ait assassiné à cette fin. La cour commença son raisonnement en admettant ceci : il est absolument exact que les lois en matière d'établissement de preuve et d'effet des testaments et de dévolution de la propriété, si elles sont interprétées littéralement et si leur force et leur effet ne peuvent en aucune manière et en aucune circonstance contrôlés ou modifiés, attribuent ces biens à l'assassin.

Cependant, la cour poursuivit en précisant que :

toute les lois et tous les contrats sont soumis en ce qui concerne leur mise en œuvre et leurs effets aux maximes générales et fondamentales de la *Common Law*. Personne ne sera autorisé à profiter de sa propre imposture, à tirer avantage de sa propre faute, à invoquer sa propre turpitude ou à acquérir des biens du fait de son propre crime.

Le meurtrier ne reçut ainsi pas l'héritage. Pour cet auteur, la différence entre règle et principe tient à leur application et plus précisément au « caractère de la directive qu'ils donnent »<sup>1057</sup>. La première s'applique « dans un style tout-ou-rien »<sup>1058</sup>, c'est-à-dire que, si les faits correspondent aux conditions d'application de la règle, elle s'applique si elle est valide, et, si elle ne l'est pas, elle n'apporte rien pour la décision. Les principes ne fonctionnent pas de cette façon. En effet, ils ne présentent pas de conséquences juridiques qui en découlent automatiquement quand les conditions sont remplies. L'auteur appuie cette assertion sur un exemple tiré du principe selon lequel personne ne peut profiter de sa propre faute. Il explique, en effet, que, pour autant, ce principe ne signifie pas que le droit ne permet jamais à quelqu'un de profiter de sa propre faute, au contraire, l'exemple le plus notoire étant la prescription acquisitive. Le principe ne prétend pas fixer des conditions dans lesquelles son application est nécessaire. Il indique plutôt une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement une décision particulière. Le principe est plus « ouvert » dans la mesure où il n'emporte pas de conséquences juridiques automatiques ; il participe ainsi davantage à la structuration et à la cohérence de l'ordre juridique<sup>1059</sup>. Si les « principes » configurent sous une forme ouverte leurs conditions d'application, les « règles » ne laissent aucune liberté de choix à leur destinataire. Monsieur Ronald Dworkin explique que cette différence entre règle et principe entraîne une autre. Les principes auraient une dimension dont sont dépourvues les règles : celle du poids ou de l'importance<sup>1060</sup>. Quand deux principes entrent en conflit, celui qui résout le litige doit prendre en considération le poids relatif de chacun d'eux alors que ce n'est pas le cas pour les règles. Il serait impossible de dire qu'une règle a plus de poids qu'une autre. Si deux règles sont en conflit, l'une d'elle ne peut pas être valide. Le système juridique peut résoudre ce conflit par d'autres règles qui font prévaloir la règle posée par l'autorité supérieure, ou la règle postérieure, ou la règle particulière,...

Pour résumer, les « principes » dworkiniens ne se différencient des règles ni par le champ juridique qu'ils couvrent, ni par la force juridique de leurs propositions concrètes, mais par la relative « ouverture » de leurs conditions d'application. Seuls les principes peuvent supporter une pondération par d'autres principes de valeur égale ou supérieure ; les règles se combinent,

---

<sup>1056</sup> 115 New York 506 ; 22 New England 188 (1889), in R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p.80-81.

<sup>1057</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p.82.

<sup>1058</sup> *Ibid.*

<sup>1059</sup> Analyse de J-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, éd. Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques de thèses, 2003, p. 11- 12.

<sup>1060</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p. 84 et s.



pour leur part, à partir de la hiérarchie des institutions dont elles procèdent ou à partir des fonctions exercées par ces institutions, mais non à partir de leur « poids » intrinsèque<sup>1061</sup>.

Si ce critère de la généralité de l'application du principe semble avoir convaincu plusieurs auteurs, ce n'est pas le cas de tous. Notamment, Monsieur Patrick Morvan, dans sa thèse, consacrée au principe de droit privé<sup>1062</sup>, le critique. Tout d'abord, il le considère comme stérile car ne permettant pas réellement de discerner un principe de son contraire et ne justifiant pas la primauté du principe sur les règles de droit ordinaires. À cela, il est effectivement possible de répondre que ce critère ne peut être utilisé avec certitude. Il semble plus être un outil pédagogique mettant l'accent, attirant l'attention sur la différence existant entre la règle et le principe. Il recouvre néanmoins une certaine réalité comme cela a pu être démontré par les auteurs cités précédemment. Quant au point de savoir si ce critère justifie ou non la primauté du principe sur la règle, il est sans intérêt ici, le but n'étant pas de démontrer cette primauté, mais simplement la différence existant entre règle et principe. Ensuite, Monsieur Patrick Morvan critique le critère de la généralité du principe car il ne rendrait pas compte de sa gradualité et de son caractère continu. En effet, cette généralité serait très variable selon les principes, certains étant même assez peu généraux. Le même argument que précédemment peut être utilisé ici. Ce critère est plus un outil permettant de mettre en évidence une différence réelle entre principe et règle mais il n'est pas absolu. Certains principes n'y répondent pas, ils n'en sont pas moins des principes. Ce avec quoi semble néanmoins être d'accord l'auteur de la thèse puisqu'il conclut en disant :

un principe n'a de cesse d'être un principe parce qu'il cesse d'être général et (qu'il faut) considérer, avec Benjamin Constant, que l' "essence d'un principe n'est pas tant d'être général que d'être fixe ; et cette qualité compose si bien son essence, que c'est en elle que réside toute son utilité"<sup>1063</sup> »<sup>1064</sup>.

Enfin, ce même auteur critique le critère de la généralité du principe car ce ne serait pas une vertu enviable mais un vice affectant sa normativité. En effet, d'une part, il dégraderait leur force juridique car, trop abstrait, le principe perd de sa normativité en ne recelant pas d'application concrète. D'autre part, ce serait délivrer un blanc-seing à l'arbitraire juridictionnel. Il peut être rétorqué que la généralité du principe, loin d'autoriser l'arbitraire du juge, lui donne un guide pour justement l'éviter en cas d'absence de règles, parce qu'il est généralement porteur de valeurs. Le mécanisme correcteur permet, lui aussi, l'incursion de valeurs au sein du système juridique<sup>1065</sup> et peut être considéré comme ayant pour fonction de guider le juge confronté à l'inadaptation de la norme au cas particulier. Cette fonction du principe doit être détaillée pour pouvoir, ensuite, distinguer cet outil du mécanisme.

**153. La fonction du principe, un guide pour le juge** – Il est possible de distinguer le principe de la règle eu égard à leurs manifestations et également à leurs fonctions.

Il est considéré que le principe sert à élaborer la solution à retenir lorsque la règle légale vient à manquer, qu'il intervient en cas d'insuffisance ou de silence de la loi. Il se distingue ainsi de la règle en ce qu'il en est un complément et ce rayonnement, cette généralité lui permettent d'intervenir en cas de nécessité<sup>1066</sup>. Cet outil a ainsi une « fonction d'harmonisation au sein de l'ordre juridique »<sup>1067</sup>. Le principe est plus « ouvert » que la règle dans la mesure où il

---

<sup>1061</sup> F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999. 722.

<sup>1062</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 316 et s., p. 280 et s.

<sup>1063</sup> B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, préc., p. 108 et s., spéc. p. 110.

<sup>1064</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°324, p. 288.

<sup>1065</sup> Cf. *infra* § n°193 et s.

<sup>1066</sup> J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc., spéc. p. 64.

<sup>1067</sup> F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », préc.

n'emporte pas de conséquences automatiques ; il participe ainsi davantage à la structuration et à la cohérence de l'ordre juridique<sup>1068</sup>.

Monsieur Patrick Morvan réfute ces thèses qu'il qualifie de « romantiques »<sup>1069</sup>. Il considère que le principe a deux actions fondamentales<sup>1070</sup>. La première est la négation du droit. Le principe inclinerait constamment à nier la teneur et ruiner l'autorité des normes juridiques appartenant au droit objectif. Ceci s'expliquerait par la fonction des principes au sein de l'ordre juridique. L'auteur explique cette idée par ce qu'il nomme la théorie des trois plans. Selon celle-ci, la loi est abstraite et imprécise. Elle n'est pas une norme immédiatement applicable mais médiatement applicable qui requiert pour produire effet le relais d'une norme médiante qui la fasse accéder à une vie juridique effective. Ce relais est offert par le juge, intermédiaire privilégié de l'application du droit, sous les traits de la norme jurisprudentielle. Cette activité essentielle s'épanouit sur le plan vertical qui unit les règles de droit écrit à la réalité de fait. Le juge conserve la faculté d'évincer une règle de droit écrit. Il ne confère pas à la norme jurisprudentielle inventée *contra legem* un rang hiérarchique supérieur à celui de la loi évincée mais exerce simplement sa fonction<sup>1071</sup>. Le principe sert de relais entre la norme générale et la situation de fait particulière qu'elle régit. Ainsi, du fait de cette action négatrice du droit, les principes ne peuvent réellement assurer la cohérence de l'ordre juridique. De plus, pour ce qui est de combler les lacunes du droit positif, la question se pose avant tout de savoir si de telles lacunes existent réellement. Il considère cependant, lui aussi, que la règle et le principe ont des fonctions différentes et retient à ce propos une thèse dite conflictuelle<sup>1072</sup>. Selon celle-ci, l'action fondamentale des principes réside dans une négation systématique de la loi, soit qu'elle évince, soit qu'elle proroge l'impératif légal, ce pouvoir de contradiction de la loi appartenant au juge. Le principe a alors pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme juridique. Ce conflit se résout par le refoulement de la norme concurrente quelle que soit sa valeur. La seconde action fondamentale du principe, toujours selon Monsieur Patrick Morvan, est l'action instrumentale de déplacement du droit<sup>1073</sup>. Il d'agit d'une seconde génération de principes devant être distingués des principes normatifs. Ils ont un rôle purement technique et subalterne consistant à assurer le transport des messages qui relie entre eux des systèmes apparemment autonomes. Ils ont pour fonction de déplacer des règles de droit entre des ordres juridiques distincts. Ce sont des principes instrumentaux. Purs procédés mécaniques, ils sont en eux-mêmes dénués de contenu impératif. Ils se bornent à mouvoir une règle du système qui l'a engendrée vers un autre qui l'ignore. Ce principe est une coquille vide emplies de droit, le contenant d'un impératif juridique dépourvu en soi de force contraignante.

Les thèses présentées selon lesquelles le principe assure la cohérence de l'ordre juridique ou sert de relais entre la règle et le juge de manière conflictuelle ne sont pas nécessairement contradictoires. Il est retenu ici que le principe, de par sa généralité et sa vocation assez indirecte, contrairement à la règle, à poser un modèle de comportement, remplit une fonction différente. Il sert de guide pour le juge dans l'application de la règle ou en l'absence de règle. Il permet de baliser le délicat ouvrage du juge dans la prise de décision

---

<sup>1068</sup> S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, préc., p. 1, spéc. p. 14 et s. ; J-M. MAILLOT, *Le théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., p. 11-12 ; « Les principes rassurent, maintiennent la cohérence et combler les lacunes du système juridique » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°56, p. 54).

<sup>1069</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°663 et s., p. 635 et s.

<sup>1070</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°590 et s., p. 551 et s.

<sup>1071</sup> P. MORVAN, « En droit, la jurisprudence est une source de droit », préc.

<sup>1072</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°673 et s., p. 643 et s.

<sup>1073</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°678 et s., p. 649 et s.

par le comblement de lacunes<sup>1074</sup> et la formulation de valeurs<sup>1075</sup>. Il assure ainsi une certaine cohérence du système juridique lorsqu'il corrige l'application de la loi de manière à éviter que certaines applications n'entrent en conflit avec les valeurs. Il se rapproche en cela du mécanisme correcteur et doit donc en être distingué.

b. Le mécanisme, différent du principe

**154. Des objets communs, des approches différentes** – Le principe peut être considéré comme une norme d'application générale et doit être différencié du mécanisme du fait de leur proximité. En effet, la majorité des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne identifiés dans cette étude ont été par ailleurs qualifiés de principe. Monsieur Jean-Pierre Gridel, par exemple, qualifie l'ordre public international, l'abus de droit, la fraude<sup>1076</sup> et l'apparence de principes<sup>1077</sup>. Monsieur Patrick Morvan considère également que ces derniers font partie des principes de droit privé auxquels il consacre sa thèse, de même que, notamment, l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*<sup>1078</sup>. La Cour de cassation, par exemple, a consacré un principe général du droit selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui<sup>1079</sup>, vise « le principe *fraus omnia corrumpit* »<sup>1080</sup> et le « principe de l'enrichissement sans cause »<sup>1081</sup>. Monsieur Pierre Sargos<sup>1082</sup> qualifie l'enrichissement sans cause<sup>1083</sup> et l'adage *nemo auditur suam turpitudinem allegans*<sup>1084</sup> de principe<sup>1085</sup>. Cet état de fait n'est cependant pas contradictoire avec une différenciation des deux techniques. Principe et mécanisme peuvent être deux qualifications différentes attachées à un même objet et le choix de l'une ou l'autre des dénominations permet de porter l'attention sur des caractéristiques différentes. Appréhender l'abus de droit en tant que principe permet de mettre l'accent sur le modèle de référence selon lequel il ne doit pas être abusé d'un droit. Ainsi, il guide le juge de par sa généralité. L'envisager sous l'angle du mécanisme revient à s'intéresser non pas à la norme posée mais à son action en droit, en l'occurrence la correction qu'il permet dans l'application de la règle. Selon la dénomination adoptée, l'angle choisi est différent, le modèle pour le principe et la correction dans l'application de la règle pour le mécanisme. Mécanisme et principe sont donc proches mais doivent être distingués.

**155. Des guides pour le juge** – Principe et mécanisme peuvent également sembler proches lorsque le principe est envisagé sous l'angle de sa fonction, entre guide pour le juge,

---

<sup>1074</sup> « Si les principes sont amenés à remplir une fonction normative, c'est d'abord très directement afin de pallier les lacunes du droit : ils vont permettre de combler certains vides au sein du système normatif » (S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), préc., p. 1 et s., spéc. p. 10).

<sup>1075</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°16, p. 22-23.

<sup>1076</sup> Également : B. AUDIT, « Fraude », préc. ; P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.

<sup>1077</sup> J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.

<sup>1078</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°75 et s., p. 67 et s.

<sup>1079</sup> Com. 20 septembre 2011, n°10-22888, préc.

<sup>1080</sup> Par exemple : Com., 1 juillet 2008, n° de pourvoi : 07-12327, inédit.

<sup>1081</sup> Par exemple : Com., 23 janvier 1978, n° de pourvoi : 76-13950, *Bull. civ.* n°28 p. 22. Également : « le principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 2001, pourvoi n° 98-13285, *Bull. civ.* I, n° 105, p. 67).

<sup>1082</sup> P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.

<sup>1083</sup> Également : P. JESTAZ, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », préc.

<sup>1084</sup> Également : M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », préc.

<sup>1085</sup> P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.

harmonie du système et incarnation de valeurs. En effet, le mécanisme, lorsqu'il est correcteur, constitue un outil actionné par le juge pour éviter que l'application d'une règle de droit n'aboutisse à une incohérence du système et peut être ainsi considéré comme une incursion des valeurs au sein du droit<sup>1086</sup>. En premier lieu, il semble que cette caractéristique relève plus de l'action correctrice que de la forme du mécanisme. En effet, la particularité du mécanisme réside dans son dynamisme, il est un guide pour le juge en cas de besoin de correction et donc pour un type particulier d'actions. En second lieu, principe et mécanisme correcteur ne guident pas le juge de la même manière. Grâce à sa généralité, le principe donne un repère au juge en mal de règle précise sous la forme d'une norme et donc d'un modèle de référence à appliquer. Le mécanisme correcteur, par son action, permet plus spécifiquement au juge d'écarter l'application de la règle compétente mais au résultat insatisfaisant dans l'espèce en cause.

Le mécanisme est ainsi un concept proche de la notion de principe mais qui doit en être différencié. Au sein de la catégorie générale des normes, il est enfin nécessaire de le situer par rapport au droit souple.

### 3. Droit souple et mécanisme

**156. Plan** – L'élargissement de la conception du droit a sans doute également été impliqué par la nécessité d'y intégrer ce qu'il est possible de nommer le « droit souple ». Il convient, dans un premier temps, de s'y intéresser (a) pour, dans un second temps, le comparer au mécanisme (b).

#### a. Le droit souple

**157. « Droit souple » ?** – Quelle étrange association que celle réalisée par l'expression de « droit souple »<sup>1087</sup>, pour ne pas dire paradoxale, révélant l'existence d'un droit non contraignant. Sa mise en évidence a participé à l'avènement d'un autre regard sur le droit<sup>1088</sup>.

Au sein des normes éthiques, existent les normes à fonction directive souple et celles à fonction directive autoritaire<sup>1089</sup>. Il faut ainsi distinguer deux modalités de la norme : le commandement et le recommandatoire<sup>1090</sup>. Le premier « consiste à tracer des lignes de conduite à suivre rigides, dont les intéressés ne devront pas en principe s'écarter »<sup>1091</sup> alors

---

<sup>1086</sup> Cf. *infra* § n°193 et s.

<sup>1087</sup> Le droit souple est connu sous la terminologie anglo-saxonne de *soft law*. Cette première expression sera préférée aux nombreuses autres désignant le droit non contraignant car elle permet d'englober ses différentes manifestations.

<sup>1088</sup> « Quel que soit son nom, le phénomène témoigne d'une nouvelle conception du droit » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°30, p. 32) ; F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDciv.* 1995. 509 ; J.-M. JACQUET, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Mél. B. Oppétit*, Litec, 1999, p. 331 et s. ; I. HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « sources du droit », « force normative » et « *soft law* » », *RIEJ*, vol. 65, 2010, p. 1 et s. ; Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009.

<sup>1089</sup> P. AMSELEK, « Norme et loi », in *La loi, APD.*, t. 25, Sirey, 1980, p. 89 et s., spéc. 89.

<sup>1090</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP.* 1982. 275, spéc. 285.

<sup>1091</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », préc., spéc. 286.

que les recommandations « traces des lignes de conduite réputées opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre »<sup>1092</sup>.

Madame Catherine Thibierge, dans un article consacré au droit souple<sup>1093</sup>, remarque que son avènement a été rendu possible par une évolution socioculturelle des sociétés occidentales. En effet, d'une part, le rapport à l'autorité en général s'est transformé. Caractérisée à l'origine par la soumission et la contrainte, elle serait aujourd'hui plus soucieuse de légitimation, ouverte au dialogue et en quête d'adhésion des destinataires. D'autre part, de nouveaux concepts ont émergé, tels que la flexibilité et la complexité. Apparue à l'origine en droit international public, le droit souple se manifeste désormais dans tous les ordres juridiques et dans presque toutes les branches du droit, et ce, à travers des instruments très divers : déclarations, recommandations, directives, avis, chartes, codes de conduite, etc.

L'expression de « droit souple » a l'avantage d'une certaine neutralité et surtout englobe différentes manifestations, le droit flou, le droit doux et le droit mou.

Tout d'abord, le droit flou, c'est-à-dire manquant de précision, serait une facette du droit qui existe depuis toujours. Par exemple, l'article 1382 du Code civil devenu l'article 1240 contient des notions, comme la faute ou le dommage, floues à l'origine, dont le juge a, au fil du temps, précisé la teneur, et qui conservent une texture ouverte leur conférant une adaptabilité, un caractère évolutif. Naturel à ce premier niveau, le flou peut également être juridiquement recherché, dans des formulations qui ménagent des marges importantes d'interprétation ou d'appréciation. Le flou peut ainsi s'appliquer à des objets fort divers : aux notions cadres et standards à la fois imprécis et adaptables, comme la bonne foi<sup>1094</sup>, l'ordre public ou l'intérêt de l'enfant.

Ensuite, le droit doux est un droit non imposé, que ce soit dans son élaboration car il relève plus de la négociation ou dans son expression car il est plus recommandatoire qu'obligatoire. Il ne commande pas, ne donne pas d'ordre. Il n'est pas autoritaire. Malgré les apparences, le droit doux, bien que non obligatoire, peut être appliqué et respecté par ses destinataires et la latitude qui leur est laissée est souvent garante d'une meilleure réception de ce droit, par adhésion.

Enfin, le droit mou est un droit sans sanction juridique prévue. S'il ne produit pas d'effets juridiques prédéterminés, notamment si la contrainte de l'autorité publique lui fait défaut, il n'en est pas pour autant dépourvu de conséquences : qu'il s'agisse d'effets juridiques possibles, tels que la responsabilité civile, ou d'effets non juridiques, comme un effet d'influence sur les conduites des acteurs ou d'orientation des politiques, ou encore d'un effet contraignant au sens social de la contrainte : du blâme à l'exclusion, en passant par le boycott.

Le droit souple, de par son ampleur, ne peut être exclu des définitions du droit. Dans cette étude, il est considéré que la règle au sens strict est précise et obligatoire et se distingue en cela du droit souple. Cependant, comme la décision individuelle et le principe, le droit souple fait partie du droit. La définition du droit a donc dû évoluer, délaissant progressivement sa caractérisation par la règle de droit, l'heure de la norme est advenue, sans véritablement faire une place à des outils tels que le mécanisme qui ne relève pas non plus du droit souple.

#### b. Le mécanisme, différent du droit souple

### **158. Le mécanisme n'est pas une norme, même souple – Le droit souple, comme**

---

<sup>1092</sup> P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », préc., spéc. 286.

<sup>1093</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTDciv.* 2003. 599.

<sup>1094</sup> Cf. *infra* § n°159.

le principe ou la décision individuelle, représente des normes qui ne répondent pas à une définition précise de la règle de droit. Ainsi, en font partie les normes qui ne sont pas précises, obligatoires ou sanctionnées. Si ces dernières ne sont pas des règles, elles restent des normes et posent, de manière plus ou moins précise, obligatoire ou sanctionnée, des modèles de référence. Le mécanisme ne répondant pas à ce trait, caractérisé qu'il est par l'action de l'objet considéré sur le droit, il n'est pas une norme. L'assurance, par exemple, est un mécanisme et représente ainsi un type d'action en droit mais ne pose en elle-même aucune norme, aucun modèle de comportement. Pour se convaincre de la différence entre mécanisme et droit souple de manière plus ciblée, il est intéressant de prendre l'exemple du standard.

**159. L'exemple du standard, une norme de référence** – Communément entendu, le standard est un « type, une norme de fabrication »<sup>1095</sup>. Ainsi, la fabrication d'un appareil électrique, par exemple, doit répondre à des standards, des normes de fabrication pour être conforme aux exigences posées en la matière. Ce sens commun du mot laisse deviner quel pourrait être son sens au sein du système juridique. En effet, il est possible d'imaginer, qu'en droit, le standard est une norme à laquelle doivent répondre, par exemple, les décisions de justice ou les comportements. Cette définition n'est pas loin d'être satisfaisante. Selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, la norme, au sens scientifique du terme, est un terme :

employé parfois dans une acception générale, comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale), qui évoque non pas l'idée de normalité, ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite<sup>1096</sup>.

Selon ce même ouvrage de référence, le standard désigne « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé, une notion cadre »<sup>1097</sup>. Est citée, comme exemple de standard, la bonne foi. En effet, le Code civil, en son nouvel article 1104, par exemple, prescrit que « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Cet énoncé est un principe<sup>1098</sup> et la bonne foi en elle-même est un standard, une norme souple, son critère étant indéterminé. En effet, le code ne précise pas ce qu'est la bonne foi. Cette question est laissée à l'appréciation du juge.

Le standard n'est, certes, pas une règle mais il est une norme :

le standard n'est pas une règle de droit mais une technique juridique. Il constitue "une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. [...] Le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité"<sup>1099</sup> »<sup>1100</sup>.

Il « ne prescrit, ne proscrit ni n'autorise aucune conduite. Il n'indique que la route à suivre »<sup>1101</sup>. Il est une technique instrumentale<sup>1102</sup>, une méthode. Ainsi, le standard est une norme, c'est-à-dire qu'il pose un critère de normalité. Il ne sert pas à désigner une action. En effet, la bonne foi, par exemple, ne porte pas d'action, d'effet en elle-même. Le standard est un outil servant à utiliser une norme au sens commun du terme c'est-à-dire un critère de normalité. La bonne foi, à nouveau, est un critère d'évaluation mais ne désigne pas une action.

**160. Conclusion de la section** – Le droit a vu sa définition sensiblement évoluer dans une perspective d'ouverture. En effet, la prise en compte d'objets juridiques différents de la règle a contraint la doctrine à considérer le droit plus comme un ensemble de normes,

<sup>1095</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « Standard », sens n°1, p. 2428.

<sup>1096</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Norme » 1., p. 685.

<sup>1097</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Standard », 1., p. 978.

<sup>1098</sup> Cf. *supra* § n°152.

<sup>1099</sup> S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980, n°93, p. 120.

<sup>1100</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 65, p. 60.

<sup>1101</sup> *Ibid.*

<sup>1102</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972, p. 41.

notion plus englobante, que de règles. Alors que la règle est une prescription générale, précise et obligatoire, la norme est un modèle et est caractérisée par sa vocation à être un instrument de référence. La norme ne s'identifie plus ainsi à l'obligatoire mais se reconnaît à la fonction de modèle qu'elle exerce dans le système juridique. Cette vision ouvre le champ du système juridique à des objets ne répondant pas au schéma classique de la normativité. S'est posée la question de la place d'une technique telle que le mécanisme au sein de cette évolution de la perception du droit. Si ce cheminement peut être placé sous le signe de l'ouverture, cette vision ne permet pas pour autant d'inclure le mécanisme parmi les composantes du droit. En effet, le mécanisme n'est pas un modèle de référence, il ne contient pas de prévision. Il ne dit pas ce qui doit, peut ou pourrait être. Il est un instrument à destination du juge lui permettant d'obtenir une certaine action sur le droit. Qualifier un objet, tel que l'abus de droit par exemple, de mécanisme, permet de mettre l'accent non pas sur le modèle de référence attaché au mécanisme mais sur son action sur le droit. Un modèle de comportement est attaché au mécanisme, des règles régissent l'utilisation de l'abus de droit, un modèle de référence s'en dégage. Cependant, lorsqu'il est question du mécanisme ce n'est pas ce qui est mis en exergue, les règles n'importent pas, elles peuvent varier, être abrogées, le mécanisme demeure, c'est-à-dire l'action de l'objet sur le droit.

Ainsi, le mécanisme ne peut être compté parmi les normes. Une autre vision du droit peut être retenue, l'envisageant comme un système, au sein de laquelle il convient de situer le mécanisme.

## Section 2 : Le droit, un système et le mécanisme

**161. Plan** – Le recours à la notion de norme témoigne de l'avènement d'une nouvelle manière de concevoir le droit, plus ouverte et hétérogène. Cependant, le droit n'est pas qu'un ensemble d'éléments, de règles ou de normes, il est un ensemble organisé au sein duquel divers objets interagissent et peut en cela être envisagé comme un système (§ 1). Cette conception permet d'insister sur les interactions entre les composantes du droit et d'à nouveau s'interroger sur la place du mécanisme (§ 2).

### § 1 – Le mécanisme au sein du système

**162. Le droit plus qu'un ensemble de normes, un système** – Les normes, bien que leur importance soit indéniable, ne sont que des éléments du droit et il est réducteur de n'appréhender le phénomène juridique qu'à travers leur considération. Le droit est plus qu'un ensemble de normes et doit être envisagé dans sa globalité<sup>1103</sup>. En cela, il est aujourd'hui volontiers appréhendé comme un système. Encore faut-il saisir précisément ce que recouvre ce terme. Dans un sens généraliste, le système est un « ensemble organisé d'éléments intellectuels »<sup>1104</sup>. Le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu envisage le système comme « un ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence »<sup>1105</sup>. Le système est plus qu'un ensemble ; employer ce terme permet d'insister sur la relation entre ses éléments, leur ordonnancement<sup>1106</sup>. La systématisation du droit est ainsi

<sup>1103</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°127, p. 109.

<sup>1104</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2007, « Système », I, p. 2490.

<sup>1105</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Système », I, p. 1001.

<sup>1106</sup> « Le droit est un système, un ensemble organisé d'éléments, qui structure l'élaboration, l'application et la sanction du droit » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°127, p. 129) ; P. JESTAZ, *Le droit*, préc., p. 13 : Monsieur Philippe Jestaz, définit le droit comme un système, « c'est-à-dire un ensemble d'éléments

« sa mise en forme organisée selon une certaine logique »<sup>1107</sup>. Pour certains, il est composé de normes, c'est la tendance normativiste. La construction du droit sous la forme d'un système de normes hiérarchisées est due à Kelsen<sup>1108</sup>. Celui-ci a entendu énoncer une théorie pure du droit c'est-à-dire « épurée de toute idéologie politique et de tous éléments ressortissant aux sciences de la nature »<sup>1109</sup>. Il a démontré que les normes juridiques s'intègrent dans un ensemble cohérent et hiérarchisé. De même, pour Bobbio, « le droit est non une collection de normes, mais un ensemble coordonné de normes, [...] une norme ne se trouve jamais seule, mais liée à d'autres normes avec lesquelles elle forme un système normatif »<sup>1110</sup>. Il est un discours composé d'énoncés prescriptifs fort divers puisqu'il a pour objet de commander, obliger, permettre, interdire ou contraindre mais également d'inciter, de conseiller ou de récompenser. S'il considère l'ordre juridique comme un système, c'est comme un système imparfait connaissant des lacunes, des incohérences et des antinomies<sup>1111</sup>. Hart<sup>1112</sup>, partisan lui aussi de cette tendance normativiste, distingue différents types de normes<sup>1113</sup>. Il a été reproché à ce type de thèse, par Romano par exemple, tenant d'une tendance pluraliste<sup>1114</sup>, de réduire le droit à un ensemble de normes alors qu'il existe des normes individuelles et qu'il est réducteur de définir le droit par ses éléments. Le droit est, selon lui, une « unité concrète et réelle, non pas artificielle ou atteinte par quelque abstraction »<sup>1115</sup>.

Messieurs Michel Van de Kerchove et François Ost consacrent un ouvrage au système juridique<sup>1116</sup> et y exposent la théorie selon laquelle le droit peut être défini comme un système. Dans l'avant-propos, les auteurs énoncent que le fait que « le droit – du moins le droit occidental moderne – se produise sous la forme du système est une évidence difficilement réfutable »<sup>1117</sup>. Ils expliquent qu'il s'agit de dépasser la vision classique du système vu comme un ensemble d'éléments pour adopter une vision insistant sur les interactions entre eux. Le système est alors un « réseau de processus générateurs de propriétés que ne possédaient pas les composantes envisagées isolément »<sup>1118</sup>. Ainsi, si le droit est un système, c'est-à-dire un ensemble d'éléments, cette théorie n'implique pas que ça. Il est plus que cet ensemble, qu'une somme d'éléments, il inclut les phénomènes d'interaction entre ceux-ci. Ces liens sont exprimés par le recours au terme de « réseau », préféré parfois à celui de système car il constitue une structure composée d'éléments qualifiés de nœuds ou de sommets reliés entre eux par des liens assurant leur interaction où, contrairement au système,

---

interactifs qui se veut cohérent ». Il utilise également comme synonyme la notion d'ordre juridique ayant pour avantage de traduire à la fois le sens contraignant du mot et le sens grec, celui de l'harmonie (p. 43 et s.) ; J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », préc. ; M. TROPER, « Système juridique et État », préc. ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, préc., § 5 (il préfère l'expression d' « ordre juridique » à celle de « système ») ; J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc. ; C. LEBEN, « Ordre juridique », préc.

<sup>1107</sup> J. GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Le système juridique, APD*, t. 31, p. 11 et s., spéc. p. 11.

<sup>1108</sup> M. STAMATIS, « La systématité du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *Le système juridique, APD*, t. 31, 1986, p. 45 et s.

<sup>1109</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., spéc., p. 3.

<sup>1110</sup> N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960, cité par M. TROPER, « Système juridique et État », préc., spéc. p. 30.

<sup>1111</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Bobbio », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 61 et s.

<sup>1112</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de Droit*, préc.

<sup>1113</sup> Cf. *infra* § n°169.

<sup>1114</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°127, p. 109.

<sup>1115</sup> S. ROMANO, *L'ordre juridique*, préc., § 3.

<sup>1116</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc.

<sup>1117</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 9.

<sup>1118</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, préc., p. 10.



« aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel »<sup>1119</sup> et n'implique aucune forme de clôture.

Envisager le droit comme un système permet de se détacher de l'observation isolée de ses éléments pour en appréhender la globalité, la cohérence, leurs liens<sup>1120</sup>. Il peut être considéré ainsi qu'il est tourné vers des objectifs et, parmi eux, la réalisation de valeurs.

**163. Les valeurs au sein du système** – Il est possible de considérer que le droit n'est pas qu'un amas neutre de règles, de normes ou d'instruments, alignés les uns à côté des autres mais que ceux-ci sont organisés, tendent vers un même objectif, font partie d'une unité cohérente. Un de ces objectifs est la réalisation de valeurs<sup>1121</sup> dont le juge doit assurer le respect<sup>1122</sup>. La célèbre controverse opposant Hart et Monsieur Ronald Dworkin sur cette question illustre le questionnement portant sur la manière dont le juge résout les cas difficiles, c'est-à-dire ceux pour lesquels la loi n'offre pas de solution, et la conception du droit en découlant. Pour Monsieur Ronald Dworkin, pour chaque question de droit il existe toujours une réponse juste, correcte du point de vue du droit en vigueur. En cas de lacune législative, elle est comblée, non pas par l'arbitraire du juge, mais par l'usage de principes qui suggèrent la solution au litige<sup>1123</sup>. Pour lui, dans chaque système juridique il y a une doctrine éthique et politique implicite, c'est-à-dire un ensemble de valeurs morales, qui constituent le fondement et la justification du droit en vigueur<sup>1124</sup>. Ces principes constituent cette incursion des valeurs dans le système juridique. Les principes fondamentaux – ou valeur fondatrices – du droit justifient les règles d'organisation d'une société. Sans la « force d'attraction » des principes, selon l'expression de Monsieur Ronald Dworkin, les règles juridiques n'auraient aucune cohérence interne. Les principes fondamentaux font que la texture du droit, tout en étant ouverte, n'est pas discontinue. Ils sont le tronc normatif sur lequel se greffent les textes juridiques et qui détermine leur interprétation. En définitive, les principes fondamentaux donnent du sens aux règles contingentes et restreignent toute discontinuité juridique car ils arriment le droit positif à des valeurs façonnant la morale publique d'un pays. Le droit positif est complété par la morale, celle-ci en fait même partie<sup>1125</sup>.

<sup>1119</sup> M. SERRES, *Hermès ou la communication*, Les éditions de minuit, 1968, p. 11.

<sup>1120</sup> « Par ordre juridique, on entend tout d'abord les relations d'interdépendance qui existent entre les normes juridiques et les constituent en totalité organique, en "système" » (J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », préc.).

<sup>1121</sup> C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préc. ; « Les normes incarnent généralement des valeurs : la justice, l'égalité, la sécurité, la stabilité, l'ordre et la paix », « Dans sa recherche de la solution juste, le juge se référera, directement ou indirectement, à un système de valeurs, valeurs éthiques, morales, religieuses, pour orienter ou justifier son choix » (*Le juge, gardien des valeurs ?*, dir. V. FORTIER, CNRS éd., 2007, p. 15 et p. 16) ; « la norme n'est pas seulement une manière de faire, d'être ou de penser, socialement définie, opératoire et sanctionnable. Elle tire l'essentiel de sa force de n'être pas perçue justement comme un simple arbitraire, mais de la reconnaissance de sa légitimité qui se mesure par références aux valeurs. Si la norme est l'institué, la valeur est l'instituant » (P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, « Normativités et internormativités », in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, dir. P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, t. I, L'Harmattan, 1997, p. 17).

<sup>1122</sup> « La mouvance de ces idées est connue : le droit est couramment présenté comme un instrument – outil, mécanisme neutre, convention ou règle de jeu – utilisé pour organiser et maîtriser les relations sociales. Dérive absolue. [...] Ultime dérive, certains prétendent éliminer la cause des actes volontaires de l'homme tendant à un effet de droit. Les opérations juridiques deviennent abstraites (abstraites de leur cause), déconnectées de leur dimension morale essentielle, ce qui est le plus sûr moyen d'échapper à tout jugement de valeur, alors que la cause, de l'essence du vouloir susceptible d'effets juridique, et elle seule, détermine ce pouvoir et garantit qu'il mérite la reconnaissance et la sanction du droit » (P. DIENER, « Ethique et droit des affaires », *D.* 1993. Chron. 17).

<sup>1123</sup> R. GUASTINI, « Théorie et Ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, n°2, 1986, p. 15 et s.

<sup>1124</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p. 153 et s.

<sup>1125</sup> R. GUASTINI, « Dworkin », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), Dalloz, 2008, p. 153 et s.

Pour Hart, toutes les règles de droit ont une « texture ouverte »<sup>1126</sup>, c'est-à-dire qu'elles sont vagues et qu'il y a, à côté des cas clairs, des cas pour lesquels aucune règle établie ne paraît adaptée, ce sont les cas difficiles<sup>1127</sup>. Le système est forcément incomplet car aucun législateur ne peut prévoir à l'avance toutes les circonstances possibles. Face à ces lacunes, le juge exerce un pouvoir discrétionnaire<sup>1128</sup> et décide en dehors du droit positif sur la base de leurs idées de justice. Les principes ne font pas partie du droit positif car ils ne répondent pas au test ultime du droit qu'est la règle de reconnaissance. Il faut distinguer l'être, le droit en vigueur, et le devoir être, la morale et les idées de justice. Le droit n'est qu'un ensemble de règles fini dont l'identification n'exige aucune évaluation morale ou considération de justice. Ainsi, alors que Monsieur Ronald Dworkin insère les valeurs au sein du droit en vigueur, Hart les en exclut<sup>1129</sup>. Cette controverse a cependant évolué puisque, dans la seconde édition de son ouvrage *Le concept de droit* publiée en 1994<sup>1130</sup>, Hart admet une ouverture du système juridique sur la morale.

La conception de Monsieur Ronald Dworkin, si de potentielles limites ne sont pas ignorées<sup>1131</sup>, admet cette forte influence des valeurs sur le système juridique. De même, Fuller<sup>1132</sup> considère que l'État de droit obéit à une « moralité interne du droit », composée de huit éléments dont l'absence de rétroactivité, la stabilité, l'absence de contradiction, etc.<sup>1133</sup>, qui ne sauraient être ignorée sans ébranler l'acceptabilité de l'ordre juridique par les citoyens. Les mécanismes, grâce à l'action qu'ils portent, semblent constituer des incursions des valeurs au sein du système juridique, leur place au sein du système doit être étudiée.

## § 2 - Le mécanisme et d'autres éléments du système

**164. Le mécanisme et le système** – Il a été soutenu que « le temps n'est plus où le système juridique se pouvait comparer à une pyramide normative selon le modèle kelsénien. La pyramide a pris, aujourd'hui, sous l'effet de l'érosion, une bien étrange forme. Elle tient encore debout, peut-être, mais s'agrège à d'autres constructions voisines avec lesquelles elle forme, tant par le sommet que par la base, un réseau, un archipel, pourquoi pas un « rhizome » »<sup>1134</sup>. Le mécanisme n'étant pas une norme, il n'est pas envisageable de retenir ici que le système juridique est un ensemble de normes. Il est considéré comme un ensemble organisé d'éléments différents. Monsieur Jean-Louis Bergel, par exemple, envisage le droit comme un système ainsi composé<sup>1135</sup> et y inclut de cette manière le mécanisme, de même que

---

<sup>1126</sup> *Open textured.*

<sup>1127</sup> *Hard cases.*

<sup>1128</sup> R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, préc., p. 90 et s., spéc. p. 93 et s.

<sup>1129</sup> Nberto Bobbio également, considère que le positivisme, dont il fait partie, ne s'intéresse pas au droit tel qu'il devrait être, c'est-à-dire aux valeurs et à la justice (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Bruylant LGDJ, 1998, p. 23 et s.).

<sup>1130</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de Droit*, préc., n°181 et s., p. 223 et s.

<sup>1131</sup> Il semble en effet dénier toute création au juge, les principes préexistant aux décisions judiciaires. Sur ce point : R. GUASTINI, « Théorie et Ontologie du droit chez Dworkin », préc., spéc. p. 20.

<sup>1132</sup> L. F. FULLER, *The morality of law*, New Haven and London, Yale University Press, revisited edition, 1978, chap. 2, p. 33 et s. cité par F. OST et VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, préc. p. 327-328.

<sup>1133</sup> Généralité de la norme, publicité, clarté, absence de normes prescrivant l'impossible et conformité des actes des autorités subordonnées aux normes générales.

<sup>1134</sup> J. MICHEL, concl. sur CAA Douai, 26 avril 2005, *Rev. dr. fisc.* 2005, p. 1353, spéc. p. 1354-1355.

<sup>1135</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 49 : « Pour remplir sa fonction et parvenir à ses fins, le système juridique use de multiples instruments très divers ». Paul Roubier évoque également le droit français comme un ordre juridique composé des règles et institutions le composant (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°3, p. 23).

l'institution, les normes, les concepts, etc.

L'appréhension du droit comme un système découle d'une certaine théorie du droit, d'une façon de l'envisager allant plus loin que la vision le limitant à une diversité d'éléments. Cette dernière n'est qu'une condition préalable et la théorie en elle-même insiste plus sur les interactions entre ces composantes. Cet angle d'observation permet d'envisager l'existence de mécanismes au sein du droit. Le mécanisme n'est pas une norme puisqu'il n'a pas vocation à être un modèle de référence. Cependant, il est une part essentielle du droit puisqu'il est un instrument agissant sur les normes. Son action joue sur l'ordonnancement juridique et il fait en cela partie du droit. En effet, le mécanisme correcteur permettant d'écarter des normes pour éviter que celles-ci aient des conséquences inadéquates, il permet au juge d'assurer leur bonne application. De plus, en rassemblant sous une même appellation différents éléments autour de leur action commune, il contribue à la cohérence du système, à son fonctionnement logique. Les normes elle-même interagissent. Par exemple, la règle et la décision individuelle sont deux normes, l'une générale et l'autre particulière : la première a vocation à s'appliquer à un cas particulier et aboutira, par cette application, à la création de la seconde. De même, c'est, notamment, en vertu de règles générales que peut naître un contrat, une autre norme individuelle. Ainsi, le droit n'est pas qu'un ensemble d'éléments simplement ajoutés les uns aux autres, il est multiple et ses éléments agissent les uns avec les autres. Le mécanisme est une part du droit ainsi considéré de par son action sur les autres éléments. Il rassemble différentes normes autour d'une action, dirige l'application de règles, voire l'écarter en considération des faits, une cohérence tournée vers la réalisation d'objectifs.

**165. Plan** – Le système n'est pas qu'un ensemble. Utiliser ce terme pour désigner le droit permet, non seulement de témoigner de la complexité de sa constitution, des différents objets qui le composent, mais surtout d'insister sur les interactions entre ces derniers. Le mécanisme correcteur s'inscrit dans cette logique puisqu'il est une technique utilisée par le juge dans l'application de la règle de droit, pour la corriger lorsque les circonstances le commandent. Le mécanisme, de manière plus globale, permet de regrouper différentes règles, de les réunir autour d'une même finalité, un même type d'action. Pour clore cette approche du mécanisme au sein du droit comme système, il doit être différencié d'autres objets, techniques du droit : les adages (A), les normes secondaires (B), les « méthodes à suivre » (C) et les institutions (D).

#### A. Mécanismes et adages

**166. Plan** – Au fil de ces lignes, plusieurs mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ont été dégagés et notamment certains ayant la particularité de revêtir la forme d'adage<sup>1136</sup>. Il convient ainsi de situer le mécanisme par rapport à cette notion et de déterminer si ces deux appellations sont conciliables ou exclusives l'une de l'autre. Il faut, en premier lieu, s'interroger sur ce qu'est un adage (1) pour pouvoir, en second lieu, le comparer au mécanisme (2).

##### 1. L'adage

**167. L'adage désigne une forme** – Selon le dictionnaire de Vocabulaire juridique

---

<sup>1136</sup> Par exemple : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans et contra non valentem agere non currit praescriptio.*

du Doyen Cornu, l'adage est une « expression lapidaire issue de la tradition juridique, énonçant, sous une forme concise et frappante, une règle de droit, une sentence morale ou un fait d'expérience »<sup>1137</sup>. À lire cette définition, il semble que l'adage soit caractérisé par sa forme particulière<sup>1138</sup>. Il peut énoncer une règle mais il est avant tout une forme. Les adages sont effectivement identifiés grâce à leur forme.

Messieurs Laurent Boyer et Henri Roland, en introduction de leur ouvrage consacré aux *Adages du droit français* avouent l'« équivoque qui enveloppe de pénombre le terme même d'adage »<sup>1139</sup>. Ils se demandent s'il s'agit d'un terme générique englobant les proverbes, maximes, brocards, axiomes, etc. ou seulement certains d'entre eux. Ne pouvant répondre avec certitude à ces interrogations, ils se prêtent néanmoins à l'exercice difficile de la définition en précisant qu'elle tient plus à l'intuition qu'à la science. Selon eux :

l'adage juridique a pour trait spécifique de formuler une norme dotée de force obligatoire, que sa marque est celle du commandement impératif, qu'il porte, telle la loi, un ordre, une défense, une autorisation, une dispense, que son irréductible originalité est d'encadrer de façon irrésistible l'activité de l'homme vivant en société.

Cette vision confirme celle exprimée dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu. En effet, selon ces auteurs, l'adage est une formulation, donc une forme énonçant, portant une règle. Ils posent, au surplus, un autre critère de l'adage, sa positivité. En effet, beaucoup de règles ne présentent pas ce caractère et occupent ainsi le domaine du non droit. Elles sont le fruit de la pensée<sup>1140</sup>, de l'expérience<sup>1141</sup>, l'appel de l'esprit<sup>1142</sup> mais ne font pas partie du droit positif. Ainsi, l'adage peut contenir une règle de droit positif et caractérise la forme de son énoncé.

Cette conception de l'adage semble être partagée par d'autres auteurs. En effet, dans son ouvrage d'*Introduction générale au droit*<sup>1143</sup>, Monsieur François Terré, par exemple, s'intéresse aux principes généraux et explique qu'ils peuvent prendre diverses formes et notamment celle d'adage, « souvent transmis en termes latins ». De la même façon, Monsieur Patrick Morvan, dans sa thèse, expose la « nature purement formelle de l'adage »<sup>1144</sup>. Pour cet auteur, un adage n'a en soi aucune valeur normative<sup>1145</sup>. Il peut exprimer une norme juridique en vigueur ou non. Par exemple, les adages « bâtards ne succèdent jamais »<sup>1146</sup> et « juge unique, juge inique »<sup>1147</sup> n'appartiennent qu'à l'histoire du droit. Ainsi, le fait d'être un adage n'emporte pas normativité, le contenu normatif peut être dissocié de la forme qu'il revêt et c'est cette forme qui assure sa survie et son succès.

Il est donc possible, devant ce consensus, de considérer que l'adage porte une règle, il n'en est pas une à proprement parler car ce n'est pas réellement ce que désigne ce terme. Ce

<sup>1137</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Adage », p. 29.

<sup>1138</sup> Également : « Les adages sont des formules brillantes, concises et frappante » (P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur... »*, préc., n°19, p. 25).

<sup>1139</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. XI.

<sup>1140</sup> « Vérités premières, issues de la raison, dégagées par la logique, vérités si évidentes qu'elles échappent à toute démonstration ; ainsi en est-il de *Pars est in toto totum non est in parte, Ex nihilo nihil, Consensus voluntatis est actus qui praesupponit actum intellectus.* » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. XII).

<sup>1141</sup> « Nées de la vie, formées par le jugement, elles tirent des leçons et donnent des conseils : se méfier des apparences ("L'habit ne fait pas le moine"), éviter de plaider ("Mauvais arrangement mieux vaut que bon procès"), ne pas s'attacher aux choses insignifiantes (*De minimis no curat praetor*), laisser "dormir" (*Quieta non movere*). » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. XII).

<sup>1142</sup> « Message de l'âme et recherche et recherche d'un idéal de justice : *Summum jus, summa injuria ; Dura lex, sed lex ; Jus est ars boni et aequi.* » (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., p. XII).

<sup>1143</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°343, p. 279 et s.

<sup>1144</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°262 et s., p. 226 et s.

<sup>1145</sup> Dans le même sens : « Les adages ne sont pas, par eux-mêmes, une véritable source de droit » (P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur... »*, préc., n°19, p. 25).

<sup>1146</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°33, p. 49 et s.

<sup>1147</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°189, p. 359 et s.

dernier est un outil de langage servant à l'auteur à mettre en avant la forme de la règle. Il convient à présent de confronter l'adage et le mécanisme pour déterminer s'ils sont semblables ou non et, dans cette dernière hypothèse, si un adage peut en même temps être un mécanisme ou s'ils sont exclusifs l'un de l'autre.

## 2. L'adage, différent du mécanisme

**168. Deux outils de langage aux portés différentes** – L'adage porte une règle de droit et caractérise leur forme particulière, c'est-à-dire une expression frappante, facile à retenir, parfois latine. Il a ainsi des points communs avec le mécanisme mais s'en distingue sur les autres.

L'adage se rapproche du mécanisme en ce que tous les deux peuvent contenir des règles. En effet, l'adage « Aliments n'arrangent pas » énonce la règle selon laquelle les versements périodiques de sommes d'argent au titre d'une pension alimentaire cessent d'être dus quand ils n'ont pas été réclamés à l'échéance, opérant une prescription instantanée évitant au débiteur d'aliments d'être condamné à payer une pension pour la période antérieure à l'assignation en justice<sup>1148</sup>. Le mécanisme correcteur de l'abus de droit, quant à lui, porte une multitude de règles constituant les différents régimes sanctionnant cet abus. Ils portent ainsi tous deux des règles, mais n'en sont pas à proprement parler. Ils sont également tous deux des outils de langage mettant en exergue dans le discours, la forme pour l'un et l'action pour l'autre.

L'adage et le mécanisme sont donc, malgré ces ressemblances, différents. Alors que l'adage désigne la formulation de la règle, le mécanisme caractérise l'action opérée dans le droit. L'adage « Aliments n'arrangent pas » est la formulation de la règle. Le mécanisme correcteur de l'abus de droit désigne l'action qui en est la conséquence, c'est-à-dire la sanction de l'abus de droit pouvant, selon les différents régimes, être soumise à de multiples règles, une action correctrice en ce qu'elle permet au juge d'écarter l'application de la norme qui aurait des conséquences néfastes et de trouver une autre solution.

Le mécanisme et l'adage diffèrent suffisamment pour ne pas pour autant être exclusifs l'un de l'autre. En effet, l'un caractérisant la forme et l'autre l'action, ils ne se situent pas sur le même plan. Un mécanisme correcteur peut ainsi être en même temps un adage. C'est le cas, par exemple, de l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ce dernier est un mécanisme car il désigne une action, le fait pour le juge de pouvoir contourner les textes du Code civil dans lesquels les rédacteurs avaient voulu limiter strictement les causes de suspension du cours de la prescription. Il revêt également la forme latine, concise et frappante d'un adage.

L'adage diffère ainsi du mécanisme sans en être pour autant exclusif, le premier désignant une forme et le second une action. Le mécanisme doit, pour d'autres raisons, être distingué des normes secondaires.

## B. Mécanismes et normes secondaires

**169. Le système intégrant des « normes secondaires » et les mécanismes** – Il peut être considéré que le droit est composé de différents types de normes ne remplissant pas la même fonction au sein du système juridique<sup>1149</sup>. Les premières sont les règles dites

<sup>1148</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°17, p. 24.

<sup>1149</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°150, p. 126-127 : Madame Pascale Deumier distingue entre règles substantielles et règles structurelles ; L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz,

substantielles ou normatives, c'est-à-dire servant de modèle au comportement des individus<sup>1150</sup>. Elles proposent les solutions de fond permettant au juge de régler les litiges qui lui sont soumis. Les secondes expliquent le fonctionnement des normes, elles constituent ce qu'il est possible de nommer le « droit des normes »<sup>1151</sup>. Cette expression désigne les normes ne régissant pas directement les situations mais d'autres normes. Celles-ci portent communément sur la sanction ou la production juridique<sup>1152</sup>. C'est le cas notamment de l'article 2 du Code civil<sup>1153</sup> qui organise les relations entre une loi ancienne et une loi nouvelle. Ce texte ne va influencer qu'indirectement sur les conduites et a pour objectif premier de structurer, d'organiser l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cette règle est donc tournée vers la norme. Il est possible d'illustrer ce second type de normes par l'étude des écrits de Hart<sup>1154</sup>. Cet auteur fait une place importante à la notion de système dans sa théorie du droit qui part des analyses de John Austin selon lequel le droit est un commandement. Pour Hart, c'est une dénaturation du phénomène complexe qu'est le droit. Il insiste à la fois sur la diversité des normes et l'articulation spécifique pouvant exister entre elles<sup>1155</sup>. Il considère qu'il existe deux types de règles, d'un côté, les règles primaires et, d'un autre, les règles secondaires. Les premières sont celles qui confèrent des droits ou imposent des obligations aux justiciables. Les secondes, quant à elles, prévoient comment et par qui les règles primaires peuvent être établies, reconnues, modifiées ou abolies, elles portent sur l'attribution des pouvoirs et se divisent en normes de reconnaissance<sup>1156</sup>, de modification et de jugement. Les règles primaires seraient apparues les premières et les règles secondaires en second pour

---

2003, p. 551 et s. : il distingue entre les règles normatives, imposant une abstention ou une action, et les règles constructives, qui assurent le respect et l'application des règles normatives ; J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929, n°5 et s., p. 17 et s., spéc. n°5, p. 17 : « Quant à leur rôle dans l'économie du système juridique, les règles du droit moderne se divisent en règles normatives et en règles constructives ; quant à leur forme, en règles rigides et en règles souples (directives générales, "standards") ; quant à leur force obligatoire, en lois impératives (ou prohibitives) et en lois supplétives ». Cependant, il ne retient pas la distinction entre les règles normatives et constructives car « les règles normatives impliquent voie de droit, c'est-à-dire construction, et les règles constructives une certaine façon de procéder, c'est-à-dire norme ». Pour lui, « Dans le système juridique positif, l'on constate entre les règles une sorte de gradation et d'ordre hiérarchique. Certaines, parmi elles, ne sont posées que par rapport à d'autres, auxquelles elles font cortège, dont elles tendent à garantir l'exécution, soit de manière répressive, soit de manière préventive : ce sont les règles dites constructives, qui mériteraient mieux le nom de "règles de moyens", puisqu'elles renferment également norme ou précepte juridiquement sanctionné. Mais dans l'économie générale du droit, elles jouent simplement le rôle d'appareils protecteurs d'autres règles, en fonction desquelles elles existent et que l'on peut appeler, dès lors, principales : ce sont les règles dites normatives, ou mieux "règles de but" [...] En résumé, le droit positif offre l'aspect d'un système de règles étagées, soumises les unes aux autres comme autant de moyens par rapport à une fin ultérieure, groupées autour de règles normatives ou de principes d'organisation sociale, qui sont comme les arêtes ou les colonnes maîtresses de l'édifice. En d'autres termes, le droit positif se compose de deux sortes de règles – les unes principales, les autres subordonnées, - mais néanmoins identiques en la forme et d'un "juridisme" égal, parce qu'elles sont également promulguées par l'autorité publique, également revêtues de sanction contraignante » ; N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, préc., 159-173.

<sup>1150</sup> Cf. *supra* § n°137.

<sup>1151</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°3, p. 11 et n°150, p. 126.

<sup>1152</sup> N. BOBBIO, *Essai de théorie du droit*, préc., 159-173.

<sup>1153</sup> « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif. ».

<sup>1154</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de Droit*, préc. Norberto Bobbio partage cette distinction. Pour Hans Kelsen, les normes primaires sont celles qui sanctionnent les normes secondaires, c'est-à-dire celles portant un droit ou une obligation. Tous considèrent que les normes portant sur les normes sont les plus importantes (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°150, p. 126, nbp n°83 ; Également : N. BOBBIO, « Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *Essais de théorie du droit*, préc., p. 159 et s.).

<sup>1155</sup> H. L. A. HART, *Le Concept de Droit*, préc., n° 77-96, p. 103 et s.

<sup>1156</sup> La norme de reconnaissance contient des critères indiquant de manière positive et décisive qu'une norme considérée est bien une norme de droit.

remédier aux incertitudes, instabilités et inefficacités des premières<sup>1157</sup>.

L'idée ici exposée, selon laquelle deux types de règles existent, ont des fonctions différentes et évoluent sur des plans différents, l'une agissant sur l'autre, est intéressante puisque, si elle ne permet pas pleinement d'intégrer le mécanisme au sein du droit, celui-ci n'étant pas une norme, elle permet d'envisager l'existence d'objets qui agissent sur le fonctionnement des règles primaires, comme le fait le mécanisme. En effet, celui-ci n'est pas une norme secondaire. Il n'est pas une norme en lui-même et ne prescrit rien. Notamment lorsqu'il est correcteur, il est en revanche un instrument portant une action correctrice sur l'application des règles. Il peut ainsi utilement se voir comparer aux règles dites secondaires dans sa fonction, si ce n'est pas dans sa forme. Il doit également être différencié des « méthodes à suivre ».

### C. Mécanismes et « méthodes à suivre »

**170. Une « méthode à suivre » à l'attention du juge** – Ceux qui reconnaissent un pouvoir créateur de droit à la jurisprudence considèrent que, dans ses motifs, il arrive à la Cour de cassation d'énoncer des règles de droit. Parfois, pédagogue, elle peut poser une méthode à suivre à l'attention du juge<sup>1158</sup>. En certaines occasions, elle explique en effet, dans ses motifs, quelles étapes la juridiction aurait dû suivre dans son raisonnement. Elle rend ce type de décisions dans des hypothèses assez particulières. Par exemple, elle détaille aux juges une méthode à suivre lorsque plusieurs éléments entrent en concurrence pour le règlement d'un litige. Elle l'a notamment fait dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 9 juillet 2003<sup>1159</sup>. Dans cette affaire, existait un conflit de droits fondamentaux. Du fait de la publication d'articles attentatoires à la vie privée des enfants du demandeur, le juge devait arbitrer un conflit entre la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1160</sup> et le droit au respect de sa vie privée issu de l'article 8<sup>1161</sup> de ce même texte et 9 du Code civil<sup>1162</sup>. Face à cette concurrence de droits

---

<sup>1157</sup>J.-L. HALPERIN, « Hart », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), préc., p. 240 et s.

<sup>1158</sup>Le Conseil d'Etat donne lui aussi des modes d'emploi dans certaines de ses décisions. Voir : P. DEUMIER, « Petit guide des conflits de normes par le Conseil d'Etat - à l'attention du Conseil constitutionnel ? », (CE 5 janv. 2005, *M<sup>lle</sup> Deprez et M. Baillard*, RFDA 2005. 67, note B. BONNET) », *RTDciv.* 2005. 561 ; P. DEUMIER, « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », préc. ; F. BLANCO, « Le Conseil d'Etat, juge pédagogue », *RRJ.* 2003. 1513 ; E. BREEN, « Réguler ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *JCP A* 2005. 1263.

<sup>1159</sup>Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 2003, n° de pourvoi : 00-20289, *Bull. civ.* 2003 I n° 172 p. 134, C. CARON, « Utilisation de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux », *D.* 2004. 1633 ; J. HAUSER, « Vie privée et vie en société : le bermuda, la manche, la toge et l'accordéon », *RTDciv.* 2003. 680 ; J. RAVANAS, « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* 2003.II.10139.

<sup>1160</sup> « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. ».

<sup>1161</sup> « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

fondamentaux, la Cour de cassation pose la méthode à suivre pour les départager. Selon elle : les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime.

La Cour de cassation donne donc, dans ses motifs, la méthode à suivre par les juges pour régler ce conflit de droits fondamentaux.

Il est possible de citer un autre exemple de méthode à suivre posée par la Cour de cassation dans ses motifs. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 19 décembre 2006<sup>1163</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer la loi applicable à un contrat conclu entre plusieurs sociétés étrangères, était ainsi mobilisé l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et précisément ce qui est nommé la clause d'exception prévue par le paragraphe 5 de cet article<sup>1164</sup>. Alors que l'article 4 de ce texte énonce les lois applicables aux contrats à défaut de choix, ce dernier paragraphe permet d'y déroger s' « il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays ». La méthode à suivre par les juges pour articuler les règles posées par cet article 4 et la clause d'exception est exposée par la Cour de cassation dans ses motifs. Elle explique en effet :

qu'il résulte de la combinaison des paragraphes 2 et 5 que, pour déterminer la loi la plus appropriée, le juge saisi doit procéder à une comparaison des liens existant entre le contrat et, d'une part, le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, et, d'autre part, l'autre pays en cause, et rechercher celui avec lequel il présente les liens les plus étroits.

Ainsi, la Cour d'appel de Versailles n'a pas procédé à cette comparaison puisqu'elle n'a exposé que les liens du contrat avec une seule des lois possiblement applicables et pas avec l'autre. L'arrêt est donc cassé, non pas parce que la Cour d'appel n'a pas appliqué la loi adéquate mais car elle n'a pas suivi la bonne méthode pour désigner la loi applicable au litige. La Cour de cassation a donc posé dans ses motifs la méthode à suivre pour articuler les différents paragraphes de cet article.

---

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. ».

<sup>1162</sup> « Chacun a droit au respect de sa vie privée.

Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. ».

<sup>1163</sup> Cass. Com. 19 décembre 2006, n° de pourvoi : 05-19723, *Bull. civ.* 2006 IV n° 255 p. 279, P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, « Panorama, Droit international privé, janvier 2006 - février 2007 », *D.* 2007. 1751 : « À propos de la Convention de Rome, un arrêt fort attendu prône un mode d'emploi assez discutable de la clause d'exception de l'article 4, § 5 », cet arrêt pose également un « mode d'emploi » pour Messieurs Louis d'Avout et Sylvain Bollée (« Panorama, Droit du commerce international, juillet 2006 - août 2007 », *D.* 2007. 2562). Pour Monsieur Paul Lagarde, cet arrêt « précise pour la première fois la méthode à suivre pour la mise en œuvre de cette clause » (« Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome, Cour de cassation (Ch. com.). - 19 décembre 2006, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 22 mai 2007 », préc.). P. DELEBECQUE, « Commission de transport. Loi applicable. Convention de Rome. Article 4-2. Article 4-5. Combinaison, (Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-19.723, arrêt n° 1450 FS-P+B, *Sté Danzas Gmgh c/ Sté Tapiola general mutual insurance company*, *Bull. civ.* IV, n° 255) », *RTDcom.* 2007. 628 ; P. DEUMIER, « Mode d'emploi de la (mal nommée ?) « clause d'exception » de la Convention de Rome Cass. com., 19 décembre 2006 », préc.

<sup>1164</sup> Cf. *supra* § 39.



Cette approche peut être rapprochée de la règle de conflit de lois en droit international privé. En effet, celle-ci apparaît comme un type de raisonnement juridique plutôt qu'une règle à proprement parler et, comme telle, susceptible d'une interprétation classique<sup>1165</sup>.

Ces deux exemples illustrent le fait que la Cour de cassation, en cas de conflits de normes ou de droits, pose, dans ses motifs, une méthode à suivre pour les juges. Elle instaure ainsi un outil, contraignant puisque soumis à son contrôle, à la destination du juge. Cette qualification d'outil amène à s'interroger sur la situation du mécanisme par rapport à ces « méthodes à suivre ».

**171. La méthode à suivre décrit une action** – Le mécanisme est une technique mobilisée pour atteindre un résultat mettant en exergue l'action de l'objet ainsi qualifié. La méthode à suivre, quant à elle, est un outil imposé aux juges pour les aider à résoudre des litiges, notamment en cas de conflits de normes ou de droits. La nécessité de situer ces concepts l'un par rapport à l'autre se fait également plus pressante à lire l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 19 décembre 2006<sup>1166</sup> car la Cour de cassation y énonce la méthode à suivre pour utiliser la clause d'exception posée à l'article 4§5 de la Convention de Rome, clause parfois qualifiée de mécanisme correcteur<sup>1167</sup>. Ces deux concepts se rejoignent sur certains points mais se distinguent sur d'autres.

Mécanisme et méthode à suivre sont tous deux des outils et rendent compte d'une action. En effet, le mécanisme désigne l'action de l'objet étudié, pour le cas de la clause d'exception le fait pour le juge d'écarter la norme applicable pour recourir à une autre solution. La méthode à suivre, quant à elle, explique par exemple comment doivent être articulés deux droits ou deux normes dans le cas de la clause d'exception. Mécanisme et méthode à suivre semblent ainsi désigner la même chose. Cependant, ils diffèrent. En effet, si le mécanisme désigne un type d'action, la méthode à suivre décrit cette action. La différence est subtile mais importante. Le mécanisme désigne l'objet en mettant l'accent sur son action. Ainsi, la clause d'exception est un mécanisme correcteur, une affirmation mettant en avant la faculté qu'elle offre au juge de déroger à l'application de la norme compétente. La méthode à suivre, elle, ne désigne pas l'objet mais décrit seulement précisément la manière dont il doit être utilisé. La clause d'exception, en elle-même n'est pas une « méthode à suivre ». Cette qualification désigne seulement le mode d'emploi énoncé par la Cour de cassation que doivent suivre les juges pour utiliser cet outil. En cela, la méthode à suivre prescrit un modèle, non pas à destination directe des justiciables mais des juges et elle se rapproche donc de la norme secondaire<sup>1168</sup>. Ils ne se situent ainsi pas sur le même plan et le mécanisme et la méthode à suivre peuvent donc concerner un même objet sans incohérence. Le mécanisme doit, enfin, être différencié de l'institution.

#### D. Mécanismes et institutions

**172. Quelles institutions ?** – Le terme d' « institution »<sup>1169</sup> est très présent au sein du vocabulaire juridique et connaît plusieurs sens. En effet, par exemple, le dictionnaire de

---

<sup>1165</sup> P. GOTHOT et P. LAGARDE, *Rép. Droit international* Dalloz, « Conflits de lois (principes généraux) », janvier 2006, n°49.

<sup>1166</sup> Cass. Com. 19 décembre 2006, préc.

<sup>1167</sup> Cf. *supra* § n°4 et 39.

<sup>1168</sup> Cf. *supra* § n°169.

<sup>1169</sup> « C'est très fréquemment ce Corps de règles de droit et d'institutions juridiques que l'on entend viser par l'emploi du terme Droit » (J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°3, p. 19).

*Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu n'en compte pas moins de six<sup>1170</sup>. De manière plus schématique, le *Lexique des termes juridiques* Dalloz, retient deux acceptions du terme<sup>1171</sup>, sont distinguées, d'une part, les « institutions-organes, qui sont des organismes dont le statut et le fonctionnement sont régis par le droit comme le Parlement, ou la famille » et, d'autre part, les « institutions-mécanismes, qui sont des faisceaux de règles régissant une certaine institution-organe ou une situation juridique donnée, tels que le droit de dissolution, le mariage ou la responsabilité civile ». Le terme d' « institution » recouvre donc principalement deux réalités distinctes mais pas étrangères. En effet, selon le Doyen Cornu :

l'organisation des pouvoirs publics repose sur un faisceau d'institutions (parlementaires, administratives, judiciaires, etc.). Il en est de même pour le droit privé. Mariage, divorce, adoption, tutelle, autorité parentale, assistance éducative, personnalité morale, etc. ne sont pas des nœuds de droits subjectifs. Ce sont des institutions de droit privé<sup>1172</sup>.

Il convient ici d'écartier de la réflexion l'institution entendue comme un organisme, la théorie de l'institution permettant de rendre compte du phénomène de la personnalité morale<sup>1173</sup>. Il n'est en effet pas de confusion possible entre le mécanisme et l'institution ainsi entendue.

**173. Similitudes** – En droit, l'institution est un concept très proche de celui de mécanisme au point qu'elle soit qualifiée d' « institution-mécanisme » par le *Lexique des termes juridiques* des éditions Dalloz et Monsieur Jean-Louis Bergel, dans son ouvrage de *Théorie générale du droit*<sup>1174</sup>. Pour ce dernier auteur, ils sont tous deux<sup>1175</sup> :

des ensembles composites de concepts, de règles, d'instruments, de principes... se rattachant à un même objet et qui, indépendamment et au-delà des divers aspects de sa réglementation, sont articulés autour d'un noyau commun, constitué d'une idée maîtresse ou d'une finalité à laquelle peuvent se rattacher les diverses règles et les divers éléments<sup>1176</sup>.

L'une des définitions proposées dans le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu démontre la similitude entre l'institution et le mécanisme, la première étant, « par opp. à une règle de droit particulière, (un) ensemble de règles concernant un même objet »<sup>1177</sup>. Dabin envisageait le droit comme composé de règles et d'institutions. Selon lui, « les règles ne se présentent pas comme autant de pièces détachées sans lien les unes avec les autres. Au contraire, elles forment (ou tendent à former) des ensembles organiques que l'on nomme des institutions »<sup>1178</sup>. Ici, il a été démontré que le mécanisme, s'il n'est pas lui-même une règle, en contient. Selon une autre définition, les institutions sont « en un sens général et large, (des)

---

<sup>1170</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Institution », p. 553-554.

<sup>1171</sup> *Lexique des termes juridiques*, préc., « Institution » p. 477.

<sup>1172</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°9, p. 16.

<sup>1173</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « institution », sens 6, p. 553.

<sup>1174</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°166 et s., p. 220 et s.

<sup>1175</sup> De même que les organismes.

<sup>1176</sup> J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 210.

<sup>1177</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « institution », sens 2, p. 553.

<sup>1178</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°85, p. 99 ; voir également : « L'institution juridique est, en effet, un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres au point de constituer un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui sont, du coup, transformées en rapports de droit et dérivent toutes d'un fait unique fondamental ; ce fait, origine et base de l'institution, la domine nécessairement, en commande la structure et le développement » (J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°62, p. 80). La notion d'institution juridique est « envisagée comme un complexe organique, auquel correspond tout un faisceau de règles de droit. Cette notion de l'institution juridique a été beaucoup étudiée à l'époque contemporaine, sans qu'on puisse affirmer qu'il en soit toujours résulté beaucoup de clarté. [...] Une institution est un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constitué par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun. Il y a, dans toute institution juridique, deux éléments principaux qui doivent être mis en lumière : d'une part, un caractère de durée, qui lui est imprimé par les faits concrets qui lui servent de base ; et d'autre part, un caractère organique, tendant à la création d'un ensemble juridique, caractère qui lui vient de droit lui-même, et non point des faits. » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°3, p. 17 et s.).

éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale ; ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions (par opp. à l'histoire des événements ou à l'histoire des mentalités)», en ce sens, le mariage, la propriété et le contrat, par exemple, sont des institutions. Cette dernière définition est également troublante car le terme de « mécanisme » est utilisé pour désigner une institution et est cité comme exemple un mécanisme, le contrat<sup>1179</sup>. Au surplus, il a été constaté que le terme « mécanisme » était employé pour rassembler sous un même vocable différentes manifestations<sup>1180</sup>. Cependant, malgré ces multiples ressemblances, le mécanisme et l'institution peuvent être distingués.

**174. L'institution ne rend pas compte d'une action** – Le terme d'« institution » désigne un ensemble de règles réunies autour d'un concept phare. Celui de mécanisme est plus précis. En effet, les manifestations réunies sous le vocable d'un mécanisme le sont en vue uniquement de rendre compte d'une même action. Il est un élément caractéristique du dynamisme du droit. Ainsi, qualifier le contrat de mécanisme permet d'insister sur l'action du contrat en droit, son fonctionnement, le but vers lequel il tend. En revanche, le contrat en tant qu'institution ne rassemble pas les règles sous la seule égide de l'action, mais autour de la catégorie juridique, d'une entité fondamentale.

**175. Conclusion de la section** – Cette étude consacrée aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne implique de s'intéresser à la forme de la correction : le mécanisme. Ce dernier semblant ne pas avoir de place au sein du droit envisagé comme un ensemble de normes, il a été nécessaire de le situer dans une conception différente. Considérer le droit comme un système complexe, composé d'éléments différents interagissant, permet d'ouvrir la vision du droit à des éléments tels que le mécanisme, différents de la règle ou même la norme, et de ne pas les considérer comme formant un simple ensemble mais un réseau cohérent d'objets tendant vers la réalisation de certaines valeurs.

**176. Conclusion du Chapitre 2** – Le mécanisme est un terme utilisé voire étudié parfois par les auteurs mais il est peu connu dans son essence. En proposer une définition et observer les objets ainsi dénommés obligent à poser la question de la place de cette technique au sein du droit parmi les différents éléments généralement considérés comme le composant. Il est apparu que l'existence de mécanismes, du point de vue de la conception du droit, n'est pas évidente et suscite des interrogations. En effet, considérer que de telles techniques existent à côté des normes va à l'encontre d'une vision du droit consensuellement établie. Celle-ci, succédant à celle plus restrictive selon laquelle le droit est composé de règles, est assez largement répandue parmi les auteurs. Elle n'est cependant pas absolue puisqu'il est possible de considérer que le droit est un système dans lequel l'objet de cette étude, le mécanisme, aurait sa place. Cette réflexion sur le droit et la place du mécanisme en son sein a permis de situer ce concept par rapport à différentes notions tels que la règle, le principe, la norme individuelle, l'adage, la « méthode à suivre », l'institution ou le standard, et de mettre en évidence son originalité.

**177. Conclusion du Titre 2** – La construction de la définition du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne commandait de se pencher sur chacun des éléments de l'expression. Une fois cernée l'action correctrice réalisée et de manière à se

---

<sup>1179</sup> Cf. *supra* § n°117.

<sup>1180</sup> Cf. *supra* § n°111 et s.

pencher de manière plus précise sur l'objet de l'étude, il a fallu s'intéresser à l'instrument de la correction : le mécanisme. Ce concept est peu connu, quelques auteurs y consacrent des développements mais il n'est pas défini par un texte, une décision ou un dictionnaire de vocabulaire juridique. Grâce à la confrontation de ces réflexions doctrinales et de l'analyse des utilisations du concept dans différents langages juridiques, une définition du mécanisme a pu être proposée. Il ressort d'un emploi se révélant assez consensuel que le mécanisme est une technique dynamique destinée à produire un résultat, qui met en exergue l'action de l'objet ainsi qualifié et réunit autour de ce fonctionnement commun différentes manifestations. L'action du mécanisme peut être précisée par divers qualificatifs tels que « correcteur » ou « régulateur ». L'observation isolée du concept était cependant insuffisante pour en saisir pleinement le sens. Il a ainsi été nécessaire de le comparer à différentes notions en suivant l'évolution de la définition du droit. Le mécanisme n'étant pas une règle, ni même, plus largement, une norme, le droit est envisagé comme un système composé d'éléments différents et interagissant les uns avec les autres ; une vision permettant d'inclure le mécanisme.

**178. Conclusion de la Partie I** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, si l'expression est utilisée, n'est nullement défini. L'appréhension de pareil objet d'étude a nécessité d'en construire une définition. Cette édification a eu pour point de départ la déconstruction de l'expression de manière à définir isolément chacune de ses composantes pour mieux déterminer leurs caractéristiques propres. La base de la proposition des différentes définitions a été l'analyse de l'utilisation de chacun des termes dans les différents langages juridiques en prenant, le cas échéant, pour point de départ les différentes acceptions retenues. Ces emplois se sont parfois révélés être relativement consensuels, facilitant les conclusions et d'autres, plus discutés nécessitaient des prises de position.

En premier lieu, il était nécessaire de s'intéresser à l'action corrective du juge. Pour cela, d'une part, il a fallu définir le concept de correction qui n'avait jusque-là pas été étudié. Au vu de l'analyse de ses utilisations, il est apparu que la correction consiste en la mise à l'écart, par le juge, de l'application d'une norme inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et son remplacement par une autre solution. D'autre part, l'étude de la notion d'origine prétorienne devait permettre de prendre la mesure de la correction réalisée par le juge à travers la création des mécanismes correcteurs. Plus que définie, elle a dû être précisée et son emploi justifié. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont ceux ayant été créés par le juge. L'approfondissement de la question a permis de constater que certains mécanismes correcteurs étaient bel et bien créés par le juge et d'autres plus sûrement inventés et de situer la création prétorienne par rapport à des notions phares telles que les sources du droit et la jurisprudence.

En second lieu, l'instrument de la correction, le mécanisme, devait être étudié pour pleinement cerner le concept de mécanisme correcteur et distinguer les différentes formes de la correction. Le concept de mécanisme a été envisagé à travers la place qu'il est possible de lui réserver au sein du système juridique en suivant l'évolution de la vision du droit. Il peut être défini comme une technique dynamique destinée à produire un résultat, désignant l'action de son objet et pouvant rassembler autour de celle-ci différentes manifestations. Il se distingue ainsi de notions telles que la règle, la norme et le principe.

Les définitions de chacun des éléments composant le concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne permettent de proposer une définition globale de l'objet de l'étude. Il est une technique dynamique destinée à produire un résultat, créée par le juge pour remédier à des limites récurrentes de l'application de normes, pouvant regrouper différents éléments et désignant l'action correctrice de son objet, c'est-à-dire la mise à l'écart de l'application d'une

norme inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante et son remplacement par une solution plus adéquate. Le concept défini, il convient à présent de s'intéresser au régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne, son fonctionnement et à ce qu'il révèle du rôle du juge. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne a été envisagé en tant que concept à travers ses différentes composantes prises isolément. La technique qu'il constitue est cependant plus que l'addition de plusieurs éléments. La combinaison de ces derniers aboutit au mécanisme correcteur d'origine prétorienne, une technique concrète spécifique et au fonctionnement particulier. La seconde partie sera ainsi l'occasion de mieux comprendre chacun des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne et le pouvoir du juge en fondant l'existence.

## **PARTIE 2 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UNE TECHNIQUE**

**179. Plan** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne étant une expression souvent rencontrée mais peu étudiée, il a été nécessaire de l'envisager, dans un premier temps, en tant que concept, de se pencher sur les différents éléments le composant pour en dégager une définition globale. La recherche menée a permis de considérer qu'il est une technique, créée par le juge pour faire face aux limites récurrentes de normes dans leur passage du général au particulier, lui permettant, lorsque les circonstances l'exigent, d'écarter leur application et de la remplacer par une autre solution. Une fois la définition du mécanisme correcteur d'origine prétorienne construite, celui-ci doit être appréhendé sous un autre angle pour permettre à cette étude d'en proposer une vision complète. En effet, savoir ce qu'est et ce que n'est pas un mécanisme correcteur d'origine prétorienne est, certes, indispensable, mais la multitude de questions suscitées par l'étude de cet étrange objet n'est pas épuisée. Subsistent de nombreuses zones d'ombre : comment les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont-ils utilisés ? Un critère propre déclenchant le recours à cette technique peut-il être mis en évidence ? De quel droit le juge opère-t-il cette correction, en vertu de quel pouvoir ? Ne porte-t-il pas lui-même atteinte au système juridique en dérogeant ainsi aux normes compétentes et le plus souvent posées par le législateur ?

L'intérêt porté au concept a permis de poser les fondations nécessaires pour répondre à ces questions fondamentales.

D'une part, si un concept autonome de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a pu être construit, la question de son fonctionnement se pose. Ses différentes manifestations, dégagées dans la première partie, peuvent-elles être réunies au sein d'une mécanique globale, répondre toutes aux mêmes étapes et critères ? La définition du mécanisme correcteur d'origine prétorienne va constituer un point de départ pour la construction du régime spécifique de cette technique, une opération enrichie de l'observation du fonctionnement des différents objets ayant été qualifiés de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne.

D'autre part, l'appréhension du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a mis en évidence la remarquable faculté, détenue par le juge, de s'abstraire de l'application de la norme en considération de certaines valeurs et à l'aide d'outils fondamentaux souvent aussi célèbres qu'indétrônable tels que l'abus de droit ou l'exception d'ordre public en droit international privé. Elle pose ainsi la question du fondement de l'existence d'une telle technique. Les résultats de la recherche menée pour y répondre ne cessent d'étonner. Non seulement il faut noter l'antagonisme existant entre l'action corrective du juge et la conception classique des pouvoirs qui lui sont généralement reconnus, mais au surplus, il ressort qu'il la réalise grâce à des techniques à l'assise souvent indiscutable et parfois dans une surprenante indifférence.

Les clés mises en évidence dans la première partie de l'étude vont ainsi permettre, d'une part, de dégager le régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne (Titre 1) en tant que technique autonome, de mieux comprendre son fonctionnement. D'autre part, elles révèlent l'existence d'un pouvoir correcteur du juge, fondement de l'existence des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne (Titre 2).

## TITRE 1 : LE RÉGIME DU MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE

**180. Plan** – La qualification de « mécanisme correcteur d'origine prétorienne » peut être attribuée à différents objets du monde juridique ayant vu le jour de manière indépendante par rapport à la technique autonome. En effet, c'est cette dernière qui émerge aujourd'hui de l'observation de ses différentes manifestations et non l'inverse. Ainsi, les mécanismes correcteurs connaissent nécessairement un mode de fonctionnement et des critères qui leurs sont propres. Par exemple, l'enrichissement injustifié permet au juge d'accorder l'exercice d'une action à la victime en cas d'enrichissement et d'appauvrissement corrélatifs et sans cause. Ce schéma est spécifique au fonctionnement de ce mécanisme correcteur et ne correspond pas au régime des autres. Il ne s'agit donc pas ici d'étudier le fonctionnement particulier de chacune de ces techniques de manière détaillée et pour lui-même. Il convient, au contraire, de faire ressortir les ressemblances existant entre ces différents régimes et, grâce à elles, d'essayer d'en dégager les critères d'utilisation et le fonctionnement propres à la technique globale. Aussi différents les uns des autres peuvent-ils être, pour chacun d'eux, des étapes incontournables et communes émergent de leur utilisation, des étapes d'ailleurs issues directement de la définition du concept de mécanisme correcteur. Selon celle-ci, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique permettant au juge d'écarter l'application de la norme compétente lorsqu'elle est inapte à régler le litige de manière satisfaisante et de la remplacer par une autre solution. Le fonctionnement de cet outil suit donc un cheminement particulier. Sa partie la plus visible est sans doute la mise à l'écart de l'application de la norme et son remplacement car c'est à travers cette étape que le juge agit concrètement, que la correction peut être constatée. Elle peut, à ce titre, être qualifiée d'action correctrice. Cependant, elle n'est que la seconde étape du fonctionnement du mécanisme correcteur d'origine prétorienne. En effet, elle laisse de côté un élément primordial de la définition : l'inaptitude la norme compétente à régler correctement le litige. Cette technique n'est pas utilisée au gré des désirs du juge mais doit répondre à une condition de déclenchement. C'est parce que l'application de la norme compétente aboutirait à une solution inacceptable qu'elle est écartée. Avant l'action correctrice du juge doit donc être identifié le besoin de correction.

Ainsi, pour que soit déclenchée, dans un second temps, l'action correctrice (Chapitre 2) caractéristique du fonctionnement du mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il est nécessaire qu'intervienne, dans un premier temps, une condition préalable, c'est-à-dire l'impossibilité pour la norme compétente de régir le litige lui échouant : le besoin de correction (Chapitre 1).

## CHAPITRE 1 : LE BESOIN DE CORRECTION

**181. Plan** – L'action corrective attire volontiers l'attention car elle est l'étape visible de la mise en œuvre du mécanisme correcteur et peut ainsi susciter une curiosité certaine. De plus, ce pourrait être à son propos que se cristalliseraient les critiques et les oppositions sur cette technique, l'action corrective aboutissant à la mise à l'écart de la norme compétente. Cependant, l'attention ne doit pas toute entière être focalisée sur elle car il n'en est même pas question sans qu'une condition préalable et indispensable soit remplie : l'impossibilité pour la norme compétente de régir le litige, c'est-à-dire le besoin de correction. Ce dernier est plus qu'une condition préalable, il en est également la justification, l'explication permettant de tolérer la mise à l'écart, par le juge, de la norme applicable. L'étude de cette première étape va permettre de mieux comprendre la manière dont le mécanisme correcteur d'origine prétorienne fonctionne en tant que technique indépendante et également de porter un regard différent sur ses différentes manifestations. Quelles normes sont susceptibles d'être corrigées ? Celles-ci peuvent-elles être classées ? Une norme est-elle toujours mise à l'écart ou la correction vient-elle également combler une lacune du système juridique ? Dans quelles hypothèses l'application d'une norme ne peut-elle pas permettre au juge de régler correctement le litige ? Un critère unique, propre au mécanisme correcteur d'origine prétorienne, peut-il être dégagé ?

Le besoin de correction, c'est-à-dire l'inaptitude de l'application de la norme compétente à régler correctement le litige, suscitant de nombreuses questions, il doit être décomposé pour être mieux appréhendé. En effet, pour pouvoir déterminer si l'application de la norme peut ou non permettre de mettre fin au litige de manière satisfaisante, encore faut-il, avant cela, identifier une norme compétente.

L'étude de la première étape du régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne nécessite de s'intéresser, dans un premier temps, à la norme compétente (Section 1), pour pouvoir, dans un second temps, se pencher sur l'inaptitude de son application à régir le litige lui échouant (Section 2).

### Section 1 : Une norme compétente

**182. Plan** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne a vocation à intervenir si la norme devant mécaniquement régir le règlement d'un litige doit en être empêchée du fait des conséquences auxquelles aboutirait cette opération. La première étape du raisonnement consiste donc en l'identification d'une norme applicable<sup>1181</sup>. Elle permet, par la suite, de déterminer si son application nécessite l'intervention d'un mécanisme correcteur.

Cette première condition déclenchant l'utilisation des mécanismes correcteurs peut sembler évidente et ainsi ne pas nécessiter qu'il y soit consacré un développement propre. Cependant, cette question est loin d'être dénuée d'intérêt, notamment, car elle révèle l'existence de deux types de mécanismes correcteurs. En effet, certains ont un champ d'action très étendu, peuvent écarter une multitude de règles et ont ainsi été créés en raison d'une défaillance générale du système. D'autres, au contraire, jouent de manière déterminée, n'écarterant qu'une norme et ont donc émergé pour pallier la récurrence d'une inaptitude de celle-ci. Deux types de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne peuvent donc être mis en évidence, les

---

<sup>1181</sup> À propos du pouvoir modérateur : Il « apparaît toujours comme un pouvoir dérogatoire. Il postule donc l'existence d'un droit commun, d'une règle générale, à laquelle le droit positif commande de reconnaître la valeur d'un principe » (G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit, préc.*, p. 235).



mécanismes correcteurs du système (§1), au champ d'intervention très étendu et les mécanismes correcteurs particuliers (§2) se limitant à la correction de l'application d'une norme.

## § 1 - Les mécanismes correcteurs du système

**183. L'exception d'ordre public, un mécanisme correcteur du système du droit international privé** – L'ordre public international est constitué des principes « qui sont, au moment où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux »<sup>1182</sup> et, pour cette raison, il régit l'ensemble du droit international privé lorsque l'efficacité d'une norme étrangère au sein du système juridique est en cause. Il est ainsi amené à intervenir à chaque fois qu'un élément d'extranéité est présent dans un litige<sup>1183</sup> et peut donc permettre de corriger l'application d'un nombre infini de normes. L'exception d'ordre public connaît deux types de manifestations permettant au juge d'écarter des normes différentes. L'une d'entre elles seulement peut être considérée comme un mécanisme correcteur du système.

La première de ces manifestations permet au juge de ne pas appliquer, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français, la règle étrangère désignée par une règle de conflit<sup>1184</sup>. À ce stade, peut se poser la question de savoir, de la règle étrangère ou de la règle de conflit, quelle norme est écartée par l'action corrective du juge. Pour y répondre, il convient de déterminer de quelle application seraient issus les effets inadaptés évités par le recours à la correction. En l'occurrence, ce sont les effets concrets de l'application de la règle étrangère qui vont, éventuellement, rendre nécessaire le recours au mécanisme correcteur, c'est sa contrariété à l'ordre public international français qui va déclencher l'exception. La règle de conflit, de son côté, n'est pas évincée du règlement du litige, au contraire, elle joue

---

<sup>1182</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « ordre public », sens II (int. priv.), p. 714-715 ; Dans le même sens : « la construction moderne des relations internationales s'accompagnera de l'émergence d'un ordre public destiné à assurer, dans les conflits de lois, la défense des valeurs fondamentales du for » (P. DEUMIER et T. REVET, « Ordre public », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1119-1122 ; « Comme en droit interne, il est impossible de donner une définition précise de la notion d'ordre public international. On la présente comme un ensemble de valeurs intangibles et supérieures, qui mêle des intérêts généraux (ou publics), comme des intérêts politiques, moraux, économiques et sociaux [...] Par ailleurs, la notion intègre aussi, et de plus en plus avec l'essor des droits fondamentaux, des valeurs protectrices des individus et de leurs libertés contre les atteintes que pourraient leur porter l'État, ou bien d'autres individus. » (M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°356, p. 326-327) ; « l'ordre public international englobe tout d'abord des principes fondamentaux, « expression de la morale et de la justice objective » (nbp n°1 : P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 1954, spéc., n°270, p. 293), assez universellement partagé [...] En outre, l'ordre public international recouvre également les fondements politiques ou sociaux de la civilisation française » (D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°465-466, p. 494-495) ; il rassemble les « valeurs fondamentales ou essentielles de l'ordre juridique du for » (A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, II, p. 9 et s.

<sup>1183</sup> M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°354, p. 325-326.

<sup>1184</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « ordre public », sens II (int. priv.), p. 714-715 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°195, p. 148 ; M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°354, p. 325-326 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°455, p. 486 ; « La désignation par la règle de conflit bilatérale d'une loi étrangère manifeste que la situation en cause est plus proche de l'ordre juridique étranger que celui du for. Mais appliquée extra-territorialement, une loi étrangère se trouve nécessairement en concurrence avec la loi locale. Si dans un cas donné sa teneur heurte des conceptions fondamentales dans l'ordre juridique du for, son application effective constituerait un trouble. Elle sera alors écartée au nom de l'ordre public. » (B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°308, p. 273-274) ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409.

pleinement puisqu'une règle étrangère est désignée et ses effets étudiés<sup>1185</sup>. La règle écartée par le jeu de l'exception d'ordre public n'est donc pas fixe et prédéterminée mais présente une infinité de possibilités<sup>1186</sup>, il est donc impossible d'identifier une seule et unique règle mise à l'écart par ce mécanisme correcteur.

L'exception d'ordre public n'a donc pas émergée en raison de la défaillance d'une seule norme mais du système dans son entier. En effet, le droit international privé reposant sur la désignation à l'aveugle de la loi applicable<sup>1187</sup>, alors même qu'appliquer une norme étrangère en droit français de manière automatique est inenvisageable<sup>1188</sup>, il nécessite une correction de portée générale. Cette dernière porte sur la règle étrangère car ce sont ses effets, potentiellement issus de son application à l'espèce en cause, qui vont la déclencher. L'application de la règle de conflit en elle-même désigne seulement la règle compétente.

La seconde manifestation de l'ordre public international aboutit à priver d'effets un jugement étranger<sup>1189</sup> ou une sentence arbitrale<sup>1190</sup>, et donc à un résultat différent, mais met en œuvre un même type d'action, la mise à l'écart d'une norme. Se pose, pour cette forme de l'exception de l'ordre public international également, la question de savoir quelle norme est écartée. Sont-ce les normes individuelles<sup>1191</sup> que sont les jugements étrangers ou le droit, les normes générales, régissant leur reconnaissance ? L'attention portée dans la première partie au concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a permis de constater que l'action correctrice du juge intervient pour éviter les excès d'une application mécanique des normes générales en raison de leur inaptitude naturelle et inévitable à régler correctement tous les cas particuliers pour lesquels elles sont compétentes. Les jugements étrangers, dont la reconnaissance dans le système juridique français est sollicitée, s'ils peuvent être considérés comme des normes, n'ont pas vocation à être appliqués au litige ; ils peuvent éventuellement produire des effets dans le système français mais ne constituent pas le droit mobilisé par le juge pour le régler. Dans cette hypothèse, le juge utilise le droit régissant la reconnaissance des jugements étrangers pour que ces décisions produisent des effets. C'est la norme générale, selon laquelle le jugement va pouvoir produire des effets dans l'ordre juridique, qui sera, le cas échéant, évincée, son application corrigée, car elle est générale et peut porter atteinte au système dans des situations particulières. Dans l'hypothèse précédente, une fois la règle de conflit mobilisée, ce sont les effets concrets de la règle étrangère qui sont étudiés et donc l'application cette dernière qui est corrigée. Ici, ce sont les effets du droit régissant la reconnaissance des jugements étrangers qui sont concrètement étudiés, au regard de la situation potentiellement créée par la reconnaissance du jugement étranger.

---

<sup>1185</sup> « l'intervention de l'ordre public suppose nécessairement la mise en route du mécanisme conflictuel » (A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, préc., p. 3).

<sup>1186</sup> « L'éventail des matières au sein desquelles l'exception d'ordre public est susceptible de jouer est très largement ouvert. L'ordre public se rencontre dans tous les domaines » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°254, p. 341).

<sup>1187</sup> M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°181, p. 174 ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux comités fr. DIP 1980-1981*, t. 2, p. 43, 60 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°105, p. 93-94.

<sup>1188</sup> Un postulat d'équivalence entre les droits existe mais le droit du for et le droit étranger ne sont pas pour autant sur un pied d'égalité (M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°149, p. 139.).

<sup>1189</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°357, p. 413-414 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°497, p. 760-761.

<sup>1190</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2009, pourvoi n°08-10281, *Bull. civ.* 2009, I, n° 86 : sanction de l'exequatur d'une sentence violant la règle d'ordre public international de la suspension des poursuites individuelles.

<sup>1191</sup> Sur les normes individuelles *cf. supra* § n°145.

Le droit français<sup>1192</sup> connaît un système d'efficacité contrôlée du jugement étranger<sup>1193</sup>. Comme pour la loi d'origine étrangère, « son extranéité n'est pas une cause suffisante d'inefficacité systématique, mais elle constitue un obstacle légitime à son efficacité aveugle »<sup>1194</sup>. Selon le droit commun, pour qu'un tel acte soit reconnu dans le système juridique français, et si la partie qui s'en prévaut souhaite le voir revêtu de la force exécutoire pour en obtenir l'exécution forcée, il doit y être déclaré exécutoire<sup>1195</sup>. Pour accorder l'*exequatur*, le juge français s'assure que certaines conditions sont remplies et, parmi elles, est exigée la conformité de la décision à l'ordre public international<sup>1196</sup>. Lorsque, en revanche, la force exécutoire du jugement étranger n'est pas en cause, le préalable de l'*exequatur* peut être écarté au profit d'une reconnaissance de plein droit<sup>1197</sup>. Il ne s'agit pas de soustraire la décision à tout examen du juge français mais d'accepter une efficacité sans formalité préalable, sous condition résolutoire de conformité aux exigences du droit français telles que la conformité à l'ordre public international<sup>1198</sup>. L'exception d'ordre public intervient alors pour déroger au principe de la reconnaissance directe du jugement étranger. Il en va de même dans le droit de l'Union européenne où le système est même plus favorable à la reconnaissance des jugements grâce au principe de reconnaissance mutuelle<sup>1199</sup> des décisions<sup>1200</sup>. En vertu de ce principe, toute décision rendue dans un État membre de l'Union européenne pourra être reconnue et exécutée facilement dans un autre État membre<sup>1201</sup>.

---

<sup>1192</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°359 et s., p. 269 et s. ; H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005 ; B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Travaux comité fr. DIP 1986-1987*, p. 25 et s.

<sup>1193</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°491-1, p. 729-730.

<sup>1194</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°491-1, p. 729.

<sup>1195</sup> Article 509 du Code de Procédure civile: « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ».

<sup>1196</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, n°05-14082, *Bull. civ.* 2007. I, n°68, p. 60 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°497 et s., p. 760 et s.

<sup>1197</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°502 et s., p. 777 et s.

<sup>1198</sup> Cette distinction existe depuis l'arrêt Bulkley rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 28 février 1860 (*S.* 1860. 1. 210, *DP* 1860. 1. 57, *Grands arrêts DIP*, 5<sup>ème</sup> éd., 2006, n°4, p. 30 et s.)

<sup>1199</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°506, p. 792 et s.. La reconnaissance des décisions est régie au niveau européen depuis 1968. Le principe de reconnaissance mutuelle est en vigueur dans le droit de l'Union européenne. Il jouait dans la pratique un rôle important, avait été affirmé lors de la réunion du Conseil européen extraordinaire de Tampere et y avait été qualifié de « pierre angulaire » de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (J-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2008, n°1023, p. 724-725), les 15 et 16 octobre 1999, il est organisé par le Règlement Bruxelles I (Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) selon lequel les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il faille recourir à une procédure complémentaire sauf si, notamment, la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis. Il organise un régime de libre circulation des jugements. Ce règlement a succédé à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Il est dorénavant codifié comme base de la coopération judiciaire à l'article 81 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>1200</sup> La sentence arbitrale est exclue des textes européens régulant la reconnaissance des décisions de justice (art. 1er § 2 du Règlement Bruxelles I). Sur ce point : H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2010, n°46, p. 41-42 et n°363, p. 380-382. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°506, p. 792 et s.

<sup>1201</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, préc., n°354, p. 373.

L'ordre public international corrige la méthode sur laquelle repose la reconnaissance des jugements étrangers en permettant d'écarter ce principe<sup>1202</sup> et, au juge, de ne pas reconnaître une décision qui heurterait les valeurs de l'État concerné<sup>1203</sup>. Sur ce modèle, sont soustraites au droit commun de nombreuses décisions étrangères grâce, notamment, au Règlement Bruxelles I<sup>1204</sup>, au point que l'application du droit commun se réduise de manière importante<sup>1205</sup>. Pour Madame Marie-Laure Niboyet et Monsieur Géraud Geouffre de la Pradelle, ce mécanisme correcteur a pour effet de faire « barrage à la reconnaissance des jugements étrangers »<sup>1206</sup>, une intervention indispensable car « la présomption d'équivalence entre les justices étrangères et celle du *for* ne saurait en effet être posée de manière irréfragable »<sup>1207</sup>.

L'exception d'ordre public est donc un mécanisme correcteur régissant le droit international privé français ayant la particularité de reposer sur la désignation à l'aveugle d'une loi pour régler un conflit ou la reconnaissance de principe d'une décision étrangère. Dans un cas, il corrige l'application d'une infinité de règles et est en cela un mécanisme correcteur du système, dans l'autre, il corrige l'application d'une norme. D'autres mécanismes correcteurs sont présents dans le système juridique de manière très étendue et peuvent ainsi venir corriger de nombreuses règles, des techniques telles que l'abus de droit, de même que la fraude<sup>1208</sup> et de l'apparence<sup>1209</sup>, toutes trois intervenant dans différentes matières. Il convient de développer le premier de ces exemples.

**184. L'abus de droit, un mécanisme correcteur omniprésent** – Le mécanisme de l'abus de droit a un domaine d'intervention très large, Messieurs Loïc Cadiet et Philippe le

---

<sup>1202</sup> Sur la mise à l'écart d'un principe par l'action de mécanismes correcteurs *cf. infra* § n°190.

<sup>1203</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°507 et s., p. 794 et s.

<sup>1204</sup> Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>1205</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°492, p. 730-731 et n°506, p. 792 et s.

<sup>1206</sup> M.-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°354, p. 326.

<sup>1207</sup> M.-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°728, p. 637.

<sup>1208</sup> « Rien ne limite la généralité de son champ d'application, et seule une véritable autonomie du droit du travail (son autosuffisance normative au sein de l'ordre juridique étatique), qui ne correspond pas à l'état du droit positif, pourrait soustraire l'ordonnancement des relations du travail à son incidence. Ces relations sont, au contraire, le champ de maintes pratiques frauduleuses à l'égard des règles juridiques, auxquelles réagissent des dispositions spéciales, des décisions de justice ou des solutions jurisprudentielles, qui découlent du principe qu'énonce l'adage, le prolongent, ou assurent un résultat équivalent à celui que procurerait son application » (A. JEAMMAUD, « *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1997. Chron. 19) ; J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail*, th., Limoges, 1979.

<sup>1209</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 607, p. 568 ; T. PIAZZON, « La sécurité juridique », *Deffrénois*, 2009, n°144. 273 ; « On s'épuiserait à vouloir dresser une liste exhaustive des cas dans lesquels la théorie a vocation à intervenir : il n'est guère d'actes juridiques qui, par principe, lui échapperaient » (L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, n°84 et s., p. 104 et s., spéc. n°136, p. 157) ; A. RABAGNY, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, préc., p. 259 et s., spéc. p. 279 et s. ; « Il est unanimement relevé que désormais l'erreur créatrice de droit a investi tous les domaines du droit, droit public autant que droit privé, droit international autant que droit interne, et qu'en droit privé, en particulier, l'erreur est susceptible de porter sur toute qualité, tout pouvoir, tout droit de la personne avec laquelle la victime de l'erreur a pu passer un acte » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », préc.) ; « Le champ d'application de la théorie de l'apparence est très vaste. Il n'y a pas de secteur du droit privé d'où elle soit a priori exclue » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°856 et s., p. 846 et s.) ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé (Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, préc. ; E. JOUVE, « Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif français », préc.

Tourneau parlent même à son propos de « matière émiétée »<sup>1210</sup>. Il intervient, comme sa dénomination l'indique, lorsqu'il est abusé d'un droit et donc que la norme prévoyant et règlementant ce droit doit être écartée. Il convient d'apporter une précision ici et ainsi de revenir sur un débat qui, s'il n'est pas nécessairement clos, fait couler moins d'encre aujourd'hui qu'auparavant. Lorsqu'il est abusé d'un droit, la question, primordiale ici, peut se poser de savoir, ce qui, de la norme ou du droit subjectif, est écarté par le juge. Il peut être considéré que c'est la norme prévoyant son exercice qui est écartée et non le droit en lui-même. En effet, ce dernier subsiste, seule sa jouissance est cantonnée. Cette précision est incontournable puisqu'une célèbre controverse a eu lieu sur cette question et surtout pour démontrer que l'abus de droit, comme les autres mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, permet au juge de mettre à l'écart du règlement du litige l'application d'une norme et non le droit subjectif en cause. Certains auteurs<sup>1211</sup>, tels que Planiol, affirment qu'il est impossible de parler d'abus de droit sans tomber dans la « logomachie »<sup>1212</sup> puisque « le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir « usage abusif » d'un droit quelconque par la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit »<sup>1213</sup>. L'abus n'est rien d'autre que l'illicite et s'oppose ainsi à l'exercice d'un droit, un acte est soit conforme soit contraire au droit<sup>1214</sup>. Cependant, Jossierand a rejeté cette critique, expliquant que la sanction vise uniquement la manière dont le droit est exercé et n'aboutit pas à nier le droit lui-même<sup>1215</sup>. Il faut distinguer le droit comme « juridicité », c'est-à-dire le droit objectif, et le droit comme « prérogative déterminée », c'est-à-dire les droits subjectifs. L'acte est ainsi conforme à ce que permet le droit subjectif mais contraire au droit objectif<sup>1216</sup>. C'est donc l'application de la norme qui en réglemente l'exercice qui est écartée par le juge et non le droit subjectif.

Le lien indéfectible entre le droit subjectif et le droit objectif peut également être expliqué par l'analyse structurale de la règle de droit chère à Motulsky selon lequel « le concept du droit subjectif ne fait que traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu dans la règle de droit »<sup>1217</sup>. Ainsi, la règle est écartée et non le droit subjectif, celui-ci ne pouvant être appliqué. Analyser l'abus de droit en tant que mécanisme correcteur d'origine prétorienne permet d'envisager la question sous l'angle de la norme et de se détacher de l'élément perturbateur que constitue ici la notion de droit subjectif<sup>1218</sup>. En effet, s'il est considéré qu'il

---

<sup>1210</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°7.

<sup>1211</sup> La même argumentation se retrouve notamment chez Duguit, (*Les transformations générales du droit privé*, Éd. la Mémoire du droit, 1999, p. 197-202) : « J'admire beaucoup l'effort fait par mes savants collègues pour construire cette théorie de l'abus de droit. Mais ils ne peuvent y arriver, parce qu'elle repose sur une contradiction en soi. Dire que l'exercice abusif d'un droit n'est pas permis, ou encore que celui qui abuse évidemment de son droit ne jouit d'aucune protection légale, c'est dire tout simplement qu'on fait une chose que l'on a pas le droit de faire, que l'on excède les prérogatives qui se rattachent à tel ou tel droit. Et cela n'est rien de nouveau. La théorie de l'abus du droit ne contient en elle rien de spécifique. Je ne dirai pas avec M. Planiol [...] que la formule usage abusif des droits "est une logomachie", mais comme lui j'estime que s'il y a droit, il cesse où l'abus commence ».

<sup>1212</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ., 1909, n° 871, p. 286 (l'expression n'est pas reprise dans l'édition de 1932).

<sup>1213</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 1932, préc., n° 871, p. 265.

<sup>1214</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°244, p. 330 et s.

<sup>1215</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°245, p. 332 et s.

<sup>1216</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°245, p. 332 et s.

<sup>1217</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préc., n°26, p. 29.

<sup>1218</sup> Voir : « Cette opinion fut l'objet d'une controverse célèbre avec le doyen Ripert qui considérait que l'abus de droit résidait dans l'idée d'un acte malicieux (G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3<sup>e</sup> éd., Paris,

intervient pour pallier les insuffisances intrinsèques de la norme générale et donc pour l'écarter lorsque son application aboutirait à heurter le système juridique, la question est envisagée sous le prisme de la norme et non du droit subjectif.

Pour en revenir à l'étendue du champ d'action de l'abus de droit, tous les droits étant susceptibles d'abus, le domaine des droits dits discrétionnaires ou absolus<sup>1219</sup> se réduisant et voyant leur existence même controversée<sup>1220</sup>, ce mécanisme correcteur peut écarter toute une série de normes<sup>1221</sup>. Il y a longtemps que l'abus de droit ne se limite plus au droit de propriété, même si, historiquement, ce dernier était « le terrain d'élection de la théorie de l'abus de droit »<sup>1222</sup>. Le célèbre arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar le 2 mai 1855<sup>1223</sup> en est une bonne illustration puisque a été sanctionné le fait, pour le propriétaire d'une maison, d'édifier sur le toit de celle-ci une fausse cheminée en vue de masquer la vue à ses voisins. Dans le contexte de cette espèce, la norme écartée par le juge est celle formulée à l'article 544 du Code civil selon laquelle « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Cependant, le mécanisme de l'abus de droit intervient dans nombre d'autres hypothèses<sup>1224</sup>. Il est utilisé, notamment, en matière contractuelle<sup>1225</sup> et procédurale<sup>1226</sup>. Dans

---

1935), Henri Mazeaud ayant, par la suite, fondé la théorie de l'abus de droit sur la notion de responsabilité civile. De son côté, le doyen Rouast estimait dans un article resté célèbre (Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, *RTDciv.* 1944.1 s.) que le droit de réponse devait être considéré comme partiellement discrétionnaire (op. cit. 1944.11) ou « semi discrétionnaire ». Il faut rappeler d'ailleurs que, dès 1924, le doyen Josserand s'inquiétait que le droit de réponse puisse être exercé lorsque l'article le provoquant était exempt de toute attaque personnelle (note sous Cass. civ., 21 mai 1924, *DP* 1924.1.97), c'est dans ce cadre que la théorie de l'abus de droit vient utilement s'inscrire comme mécanisme correcteur. » (C. BIGOT, « L'exercice du droit de réponse ne saurait dégénérer en une tribune libre à laquelle les organes de presse ne pourraient se soustraire », préc.).

<sup>1219</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°13 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°773 et s., p. 759 et s. ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTDciv.* 1944. 1 ; Messieurs Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER donnent des exemples de « droits absolus ou « discrétionnaires », notamment : le droit de tout ascendant de faire « opposition » au mariage de son descendant (nécessairement majeur depuis la loi n°2006-399 du 4 avril 2006 (article 1<sup>er</sup>)) (article 173 du Code civil) in *Responsabilité délictuelle*, préc., n°377 et s., p. 182 et s.

<sup>1220</sup> Déjà la Cour d'appel de Colmar en 1855 (Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856. 2. 9 : affaire dite « de la fausse cheminée ») avait expliqué que si le droit de propriété est en quelque sorte absolu, son exercice doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, « comme celui de tout autre ». Pour cette position défendue ou présentée en doctrine : L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°13-14 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. Chron. 92 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°775, p. 762 ; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préc., p. 232, 5<sup>o</sup> « proposition de thèse » ; en 2005, la Cour de cassation a affirmé que « le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit » (Civ. 3<sup>e</sup>, 2 févr. 2005, n° 03-15.409, *Bull. civ.* III, n° 24).

<sup>1221</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°42 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°773 et s., p. 759 et s. ; A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits, Réflexions sur la destinée des théories de Josserand », préc.

<sup>1222</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°47.

<sup>1223</sup> Colmar, 2 mai 1855, *DP* 1856. 2. 9 : affaire dite de la fausse cheminée.

<sup>1224</sup> « depuis une vingtaine d'années, la qualification d'abus se multiplie dans toutes les directions » (P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000, n°2, p. 2).

<sup>1225</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préc. ; P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in D. MAINGUY et alii, *L'abus de droit dans les contrats*, *Cah. dr. entr.* 1998/6, spéc. p. 30 et s. ; G. BLANC, « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse : actes du séminaire de Genève, mai 1998*, p. 117 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°795 et s., p. 780 et s. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, n°18 et s., p. 32 et s. Voir par exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n° 12-24.757, inédit, W. DROSS, « Abus d'une prérogative contractuelle et privation du droit de propriété : du mauvais usage de la rhétorique des droits fondamentaux (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 oct. 2013, n° 12-24.757, inédit) », *RTDciv.* 2014. 141.

cette dernière matière, la jurisprudence admet, en effet, qu'un abus peut également être commis dans l'exercice d'une voie de droit. La sanction de l'abus du droit d'agir en justice a même été consacrée par le législateur. Aux termes de l'article 32-1 du Code de procédure civile<sup>1227</sup>, celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient réclamés. Ainsi, dans l'hypothèse d'abus du droit d'agir en justice, sont écartées les règles prévoyant ce droit, c'est-à-dire, de manière générale, les articles 30 et 31 du Code de procédure civile. Selon le premier alinéa du premier de ces textes « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée » et selon le second article « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». Si ce sont bien des normes qui sont évincées par le jeu du mécanisme correcteur de l'abus de droit et non le droit subjectif lui-même, le lien entre le mécanisme et le droit subjectif ne doit cependant pas être ignoré. À l'instar de l'exception d'ordre public, mécanisme correcteur du système général de la règle de conflit désignant à l'aveugle la norme compétente pour régler le litige, l'abus de droit est un mécanisme correcteur du système reposant sur la consécration par le droit objectif de droits subjectifs, prérogatives individuelles conférées à un sujet de droit laissant à leurs titulaires une liberté dans l'usage qui en est fait. Le droit subjectif peut ainsi être envisagé comme un procédé technique<sup>1228</sup>, une méthode, laissant systématiquement une certaine liberté d'agir à son titulaire. Ce fonctionnement mécanique nécessite une correction dont est l'expression le mécanisme correcteur du système de l'abus de droit.

**185. Le contrôle concret de conventionnalité** – Un dernier et très récent exemple peut utilement venir illustrer l'hypothèse de l'existence de mécanismes correcteurs du système. Il s'agit du contrôle concret de conventionnalité opéré par la Cour de cassation dans quelques arrêts<sup>1229</sup>. En effet, à travers ces décisions, la Haute cour a apprécié la conventionnalité concrète d'articles du Code civil, c'est-à-dire dans leur application à l'espèce, au lieu de s'en tenir à un contrôle plus classique de conventionnalité abstraite de la règle elle-même. Les affaires sont connues, une particulièrement. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 4 décembre 2013<sup>1230</sup>, une femme avait épousé en 1983, le père de son ancien époux duquel elle avait divorcé en 1980 et avec lequel elle avait eu une fille. Après avoir consenti à sa petite-fille une donation, l'époux est décédé en 2005 en laissant pour lui succéder son fils unique et instituant par testament sa femme légataire universelle. Son fils a alors, sur le fondement de l'article 161

<sup>1226</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°119 et s. ; S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Dalloz, 30<sup>ème</sup> éd., 2010, n°95, p. 127-128 ; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979. Chron. 21 ; A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits, Réflexions sur la destinée des théories de Josserand », préc. ; M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2007. 6-10. Voir notamment : Com. 14 janv. 2014, n° 12-28.469 et n° 12-28.470, inédit.

<sup>1227</sup> « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. »

<sup>1228</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, préc., n°172, p. 126 ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, préc., p. 201 et s. ; R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit, caractères et conséquences », *RTDciv.* 1909. 611.

<sup>1229</sup> Civ. 1ère, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2013. 2914 et 2014. 153, point de vue H. FULCHIRON et 179, note F. CHÉNEDÉ ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. THOURET ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. CHÉNEDÉ ; Civ. 1ère, 8 décembre 2016, préc. ; *Cf.* nbp 113, §18.

<sup>1230</sup> Civ. 1ère, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, préc.

du Code civil<sup>1231</sup>, assigné son ancienne épouse en annulation du mariage contracté avec son père. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, par décision du 21 juin 2012, a statué en faveur du demandeur. Elle retient que la prohibition prévue par l'article 161 du Code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce au motif que celle-ci est justifiée, d'une part, en ce qu'elle répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille (maintien de relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial), et d'autre part, en ce qu'elle préserve les enfants, ces derniers pouvant être affectés ou perturbés par le changement de statut et des liens entre adultes autour d'eux. Par conséquent, les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales françaises ne sont pas de nature à le restreindre au point de porter atteinte à son essence même, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH. L'épouse se pourvoit en cassation. La Cour de cassation a considéré que le prononcé de la nullité du mariage revêtait, en l'espèce, à l'égard de l'épouse, et donc en se positionnant explicitement sur les faits, « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». Elle a donc, au visa de l'article 8 de la CESDH, cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel en sa disposition prononçant l'annulation du mariage. Ce qui est remarquable ici c'est l'attention portée, par la Cour de cassation, aux faits. Ce n'est pas la conventionnalité de l'article 161 du Code civil, en lui-même, qui est en cause mais uniquement son application à cette espèce. Cet état de fait ressort des motifs qui ne sont pas formulés de manière générale mais bien cantonnés à l'affaire en cause, c'est le prononcé de l'annulation de ce mariage qui revêt, à l'égard de cette épouse, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale et précisément car cette union, qui avait été célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. De plus, le communiqué<sup>1232</sup> accompagnant l'arrêt précise que « Les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant » et surtout que « En raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». Ainsi, c'est bien uniquement la conventionnalité de l'application de l'article 161 à cette affaire qui est en cause. Il faut noter au surplus que, dans un arrêt rendu par la même chambre le 8 décembre 2016<sup>1233</sup>, la Cour de cassation confirme et détaille davantage ce mode de raisonnement :

l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ; Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi.

En l'occurrence, dans l'affaire qui a donné lieu à cette dernière décision, la Cour de cassation a considéré, comme la cour d'appel avant elle, que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale au regard du but légitime poursuivi. Les faits étaient en effet différents de ceux de la précédente affaire puisque la belle fille n'avait que neuf ans lorsque son beau-père qui deviendra son époux a épousé sa mère, « l'intéressée a ainsi vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ». De plus, l'union litigieuse n'avait duré que huit années lorsqu'ont été saisis les premiers juges aux fins d'annulation.

Par ces décisions, il peut être considéré que la Cour de cassation met en place un mécanisme correcteur. En effet, par un contrôle concret de conventionnalité, elle peut écarter l'application

---

<sup>1231</sup> « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne. ».

<sup>1232</sup> Communiqué, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1233</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 8 décembre 2016, préc.



d'une règle, en l'occurrence ici l'article 161 du Code civil, en raison de son inadaptation à régler le litige, si son application à l'espèce constitue une violation de l'article 8 de la Convention EDH. La règle elle-même n'est pas remise en cause, seule son application à ce cas justifie sa mise à l'écart. Le contrôle concret de conventionnalité peut plus précisément être considéré comme un mécanisme correcteur du système puisque de multiples règles peuvent potentiellement être écartées d'un litige en raison de la contrariété des effets de leur application à un cas au regard de la CESDH. D'ailleurs, il convient de noter que ce mécanisme a déjà été réutilisé<sup>1234</sup> au regard d'un autre texte, l'article 320 du Code civil<sup>1235</sup>.

Ces exemples illustrent l'impossibilité d'espérer, pour certains mécanismes correcteurs, identifier une seule et unique norme écartée par chacun d'eux, du fait de l'étendue de leur champ d'action et donc l'existence de mécanismes correcteurs du système. Cette dernière peut être expliquée par un fonctionnement parfois mécanique nécessitant des correctifs. Ces développements permettent de commencer à mieux comprendre le fonctionnement des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Au contraire des mécanismes correcteurs du système, le champ d'action de certains mécanismes est restreint à une norme.

## § 2 - Des mécanismes correcteurs particuliers

**186. Plan** – L'étude des normes mises à l'écart à l'occasion de la correction a permis de mettre en évidence l'existence de deux types de mécanismes correcteurs : les mécanismes correcteurs du système, ayant vocation à écarter l'application de nombreuses normes, et les mécanismes correcteurs particuliers intervenant pour corriger une seule norme dont la généralité peut nécessiter un correctif. L'exception d'ordre public intervenant pour empêcher la reconnaissance d'un jugement étranger, présentée dans le développement précédent, est un premier exemple de mécanisme correcteur particulier. L'exposé d'un autre mécanisme correcteur de ce type ne présentant pas de difficulté particulière n'ayant que peu d'intérêt pour cerner le fonctionnement des mécanismes correcteurs et répondre aux interrogations qu'ils suscitent, nous nous concentrerons ici sur les questionnements pouvant être rencontrés lors de la recherche de la norme écartée. Cette étude permet ainsi de porter une attention nouvelle sur des mécanismes correcteurs au fonctionnement pourtant connu. La norme à écarter peut, d'une part, se révéler malaisée à identifier (A) ou être, non pas une règle à proprement parler mais un principe (B).

### A. La difficulté d'identification de la norme écartée par le mécanisme correcteur particulier

**187. Plan** – Pour que soit déclenché le recours à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il est nécessaire qu'ait été constatée l'inaptitude d'une norme générale à régler le litige en cause. L'étude du fonctionnement de cette technique révèle que la norme compétente n'est pas toujours aisément identifiable. Cette opération n'est pas en effet sans susciter interrogations voire inquiétudes dans le cas de certains mécanismes correcteurs d'origine

---

<sup>1234</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20790, *D.* 2015. 2365, note H. FULCHIRON, 2016. 857, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et 1966, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *RTDciv.* 2015. 596, obs. J. HAUSER, et 825, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Dr. fam.* 2015, n° 163, note C. NEIRINCK ; 6 juill. 2016, n° 15-19.853, *D.* 2016. 1980, note H. FULCHIRON ; *Dr. fam.* 2016, n° 200, note Y. BERNAND.

<sup>1235</sup> « Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. ».

prétorienne, lorsque la norme écartée n'est pas clairement explicite, pour la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence notamment (1), voire semble ne pas exister, par exemple pour l'enrichissement injustifié (2). Ces développements nous permettrons également de porter un regard différent sur ces techniques.

## 1. La norme écartée est implicite

**188. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence** – Il est des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne dont l'action ne s'étend qu'à une seule et unique norme. Malgré cette exclusivité, semblant être un gage de simplicité, la norme écartée n'est pas toujours immédiatement identifiable, par exemple, lorsqu'est utilisée par le juge la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence. La question se pose alors de savoir quelle norme est écartée par le juge : la nouvelle règle jurisprudentielle posée par le juge du droit ou le principe<sup>1236</sup> de la rétroactivité de la jurisprudence ? Pour le savoir, il convient de rappeler que la norme écartée par le jeu d'un mécanisme correcteur est celle dont les conséquences portent potentiellement atteinte au système juridique. S'il est certain que la nouvelle jurisprudence est écartée de la résolution du litige, ce ne sont pas ses conséquences en elles-mêmes qui sont rejetées mais celles résultant de son application rétroactive. Pour s'en convaincre, il est possible de se référer à la décision rendue par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, le 8 juillet 2004<sup>1237</sup>, dans laquelle cette dernière a accepté de moduler dans le temps les effets de son revirement de jurisprudence. Les faits à l'origine de l'affaire sont les suivants : le 15 novembre 1996, Radio France Toulouse diffusa une information relative à la mise en examen et à l'incarcération d'une avocate au motif qu'elle était soupçonnée d'avoir renseigné des trafiquants de drogue. Celle-ci, s'estimant diffamée et victime d'une atteinte à la présomption d'innocence, a fait assigner la Société nationale de radiodiffusion Radio France en réparation de son préjudice sur les fondements des articles 29 alinéa premier de la loi du 29 juillet 1881<sup>1238</sup> et 9-1 du Code civil<sup>1239</sup>. Avant toute défense au fond, Radio France a soulevé la nullité de l'assignation introductive d'instance et invoqué la fin de non-recevoir tirée des prescriptions prévues par les articles 53<sup>1240</sup>, 65<sup>1241</sup> et 65-1<sup>1242</sup> de

---

<sup>1236</sup> Sur la distinction entre règle et principe : *cf. supra* § n°152. De la même manière qu'il peut être considéré que l'énoncé selon lequel « la loi n'a point d'effet rétroactif » est un principe (J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc.), en vertu de sa grande généralité d'application grâce à laquelle il commande un « ensemble de règles particulières » (P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », préc.), la rétroactivité de la jurisprudence peut être identiquement qualifiée. Sur la mise à l'écart d'un principe par l'action de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne : *cf. infra* § n°190.

<sup>1237</sup> Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10426, préc.

<sup>1238</sup> « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés ».

<sup>1239</sup> « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. ».

<sup>1240</sup> « La citation précisera et qualifiera le fait incriminé, elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite.

Si la citation est à la requête du plaignant, elle contiendra élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et sera notifiée tant au prévenu qu'au ministère public.

Toutes ces formalités seront observées à peine de nullité de la poursuite. ».

la loi du 29 juillet 1881. La demande de l'avocate ayant été admise en appel, la société de radiodiffusion forma un pourvoi en cassation de cet arrêt<sup>1243</sup>. Est notamment invoqué le moyen selon lequel l'action fondée sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence est soumise au régime de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 disposant que l'action se prescrit par trois mois révolus à compter du jour du dernier acte de poursuite s'il en a été fait. En considérant que l'action n'était pas soumise à ce régime, la cour d'appel aurait fait une fausse application du texte en question. La deuxième Chambre civile rejeta ce moyen et le pourvoi. La Cour de cassation a considéré que l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 s'applique à l'action en question mais elle ajoute que :

la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, la Cour de cassation procède à un revirement de jurisprudence, puisqu'elle considérait jusque-là que l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ne s'appliquait pas à ce type d'action ; cependant, elle décide de ne pas appliquer cette solution au litige qui lui est soumis afin de ne pas priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, si la nouvelle règle avait été appliquée, l'action intentée par l'avocate aurait été prescrite, empêchant celle-ci de faire reconnaître l'atteinte portée à sa présomption d'innocence. Ainsi, ce n'est pas tant l'application de la nouvelle jurisprudence qui déclenche le recours à la correction que son application rétroactive. C'est cette dernière qui porte atteinte à la sécurité juridique et au procès équitable. La nouvelle jurisprudence est, certes, écartée, mais uniquement car la rétroactivité de la jurisprudence l'est avant elle. Le juge, en recourant à ce procédé, déroge donc au principe de la rétroactivité de la jurisprudence.

La difficulté d'identification de la norme écartée par le juge est notamment compréhensible car le principe de la rétroactivité de la jurisprudence n'était pas explicitement formulé, que ce soit par le législateur ou le juge. Il était issu d'une interprétation de la jurisprudence<sup>1244</sup> sans que la Cour de cassation l'ait posé de manière claire et expresse. La Chambre criminelle, notamment dans un arrêt rendu le 30 janvier 2002, était sans doute celle qui l'a formulé de la manière la plus directe en exprimant que « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle »<sup>1245</sup>. Hors ce type de motivation, le principe

---

<sup>1241</sup> « L'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescriront après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait.

Toutefois, avant l'engagement des poursuites, seules les réquisitions aux fins d'enquête seront interruptives de prescription. Ces réquisitions devront, à peine de nullité, articuler et qualifier les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels l'enquête est ordonnée.

Les prescriptions commencées à l'époque de la publication de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois existantes, plus de trois mois à compter de la même époque, seront, par ce laps de trois mois, définitivement accomplies. ».

<sup>1242</sup> « Les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 se prescriront après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité. ».

<sup>1243</sup> Agen, 1<sup>er</sup> ch. civ. 28 février 2001.

<sup>1244</sup> Elle ressort également de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, par un arrêt du 27 mars 1980, a formalisé l'effet rétroactif de la règle jurisprudentielle (CJCE, 27 mars 1980, « Amministrazione delle finanze dello Stato contre Denkavit italiana Srl, Aff. 61/79 », Rec. Jurisprudence 1980, p. 1205, § 16) : « l'interprétation que, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177, la cour de justice donne d'une règle du droit communautaire, éclaire et précise, lorsque besoin en est la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait du être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies ».

<sup>1245</sup> Crim. 30 janvier 2002, n° 01-82593, *Bull. crim.* 2002, n° 16 p. 50, B. DE LAMY, « Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle », *D.* 2003. 173 ; B. BOULOC, « Loi

pouvait être déduit du refus de la Cour de cassation de différer l'application d'une nouvelle jurisprudence<sup>1246</sup> et des rares décisions où la modulation est acceptée<sup>1247</sup> ou envisagée<sup>1248</sup> car il n'est alors recouru au mécanisme correcteur que de manière dérogatoire, confirmant l'existence du principe. Celle-ci ne fait cependant pas de doute, la doctrine, ayant justement pour rôle de synthétiser le droit pour rendre la réglementation plus accessible, la reconnaissant de manière quasiment unanime<sup>1249</sup>. Il faut ajouter que, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 6 avril 2016<sup>1250</sup>, la Cour de cassation a expressément mis en évidence la mise à l'écart du principe de non rétroactivité de la jurisprudence : « le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence ».

La rétroactivité de principe de la jurisprudence était à l'origine le fruit d'une certaine conception de la jurisprudence<sup>1251</sup>, construite en réaction au traumatisme provoqué par les excès des parlements de l'Ancien Régime. L'interprétation des ordonnances et coutumes fut prescrite, nécessitant l'instauration du référé obligatoire. L'époque révolutionnaire connut une conception du rôle du juge exprimée notamment au travers de l'interprétation ayant été faite des écrits de Montesquieu<sup>1252</sup> dans lesquels il qualifie, à propos du système anglais, la

---

pénale de fond. Interprétation jurisprudentielle. Non-rétroactivité, Crim. 30 janvier 2002, Bull. n° 16 », *Revue de science criminelle* 2002. 581.

<sup>1246</sup> Par exemple : « l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée » (Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, n°00-14564, *Bull. civ.* 2001 I N° 249 p. 157, *D.* 2001. 3470, rapp. P. SARGOS et note D. THOUVENIN ; *JCP* 2002. II. 10045, et note O. CACHARD ; *RTDciv.* 2002. 176, obs. R. LIBCHABER) ; Civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 03-14717, *Bull. civ.* II, n°361, *RGDA* 2004. 933, note KULLMANN ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 21 mars 2000, n°98-11982, *Bull. civ.* 2000, I, n° 97, p. 65, *D.* 2000. 593, note C. ATIAS ; *RTDciv.* 2000. 592, obs. GAUTIER.

<sup>1247</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-10552 ; Com. 26 octobre 2010, n° de pourvoi : 09-68928, préc. ; Com. 13 novembre 2007, pourvoi n° 05-13248, préc. ; Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20493, préc. ; Cass., Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, pourvoi n°01-10426, préc.

<sup>1248</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvoi : 07-14932 et n° de pourvoi : 08-16914, préc.

<sup>1249</sup> C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, préc., n°757, p. 455 ; « Cette rétroactivité, qui est dans la nature des choses » (J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°170, p. 170-173) ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », préc. ; Monsieur Christophe Radé considère la rétroactivité comme « inhérente à tout revirement de jurisprudence » (C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc.) ; X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc. ; « les arrêts de règlement étant interdits, le juge ne peut faire naître une règle qu'à travers la décision même qui statue sur des faits antérieurs. La formation de la règle est ainsi inséparable de son application à l'espèce. En énonçant la règle, le juge l'applique nécessairement de façon rétroactive » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, préc., n°516, p. 480) ; « Le revirement jurisprudentiel est rétroactif par nature » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°144, p. 274) ; la jurisprudence est « rebelle par nature » au principe de non-rétroactivité et « prétendre l'y soumettre serait ipso facto en tarir la source » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*. 1968. 15). Voir cependant : W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », préc. ; T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995 Chron. 24.

<sup>1250</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-10552.

<sup>1251</sup> C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, préc., n°757, p. 455 ; C. MOULY : « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53.

<sup>1252</sup> Nous avons conscience de la controverse qui existe sur le point de savoir si les écrits de Montesquieu ont été justement interprétés. Par exemple, Monsieur François Terré (« Un juge créateur de droit ? Non merci ! », préc.) estime que les écrits de cet auteur ont été l'objet d'une interprétation inexacte, de même que Monsieur Guy Canivet (« Activisme judiciaire et prudence interprétative, Introduction générale », *La création du droit par le juge*, *APD*, t.50, 2007, p. 7-32).

fonction de juger de « terrible »<sup>1253</sup> et considère que les jugements ne doivent être « qu'un texte précis de la loi », et les juges se résument à n'être que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>1254</sup>. Cette vision extrêmement restrictive du rôle du juge, réduit à une fonction d'exécutant, résista au temps jusqu'à garder des traces dans notre droit positif et implique que le juge se cantonne, dans ses décisions, à révéler le sens préexistant du texte à appliquer. Ainsi, l'interprétation collant au texte, elle doit produire logiquement ses effets à partir de l'entrée en vigueur du texte et donc de manière rétroactive. Il est même alors peu rigoureux de parler de rétroactivité, mais plus juste d'évoquer sa déclarativité<sup>1255</sup>. Lorsque la jurisprudence n'est pas considérée comme créant des règles de droit, elle est nécessairement rétroactive<sup>1256</sup>.

Aujourd'hui, cette conception restrictive étant peu répandue, le principe de la rétroactivité de la jurisprudence, pour subsister, doit être autrement justifié. Il est ainsi maintenu pour d'autres considérations tenant à la nature de la règle jurisprudentielle. Celle-ci est, en effet, « naturellement rétroactive, du fait des conditions dans lesquelles elle se forme »<sup>1257</sup>. Le juge l'énonçant nécessairement à l'occasion de faits passés, elle s'applique, en principe, rétroactivement. Par la création de règles générales, il n'est pas pour autant question, pour la Cour de cassation, de statuer par voie d'arrêts de règlement<sup>1258</sup>, c'est-à-dire en dehors de tout litige. La règle générale est édictée en raison du litige pour lequel il convient de dire le droit et elle est donc dégagée pour juger des faits passés.

L'intérêt porté aux normes écartées par l'action correctrice du juge permet de décomposer le fonctionnement du mécanisme correcteur d'origine prétorienne en tant que technique autonome et de mieux le comprendre, de même que ses manifestations particulières. L'identification de la norme écartée par l'intervention d'un mécanisme correcteur d'origine prétorienne n'a ainsi rien d'évident et ce, d'autant plus, lorsqu'il n'est pas certain qu'une norme existe.

## 2. L'absence de norme à écarter ?

**189. L'exemple de l'enrichissement injustifié** – L'action des mécanismes correcteurs consiste dans l'éviction de la norme compétente lorsque son application aboutirait à un résultat injuste dans l'espèce en cause. La correction de l'enrichissement injustifié peut remettre en cause le régime général du mécanisme correcteur car elle semble ne pas correspondre à cette description, aucune norme ne paraissant évincée. En effet, pour certains auteurs, ce mécanisme correcteur intervient non pas pour écarter une norme générale au résultat concret parfois injuste mais pour combler une lacune du droit positif<sup>1259</sup>.

<sup>1253</sup> MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Nathan, 1994, 2<sup>ème</sup> partie, livre XI, chap. 6.

<sup>1254</sup> *Ibid.*

<sup>1255</sup> T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », préc., spéc. n°5.

<sup>1256</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 26-27.

<sup>1257</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°376, p. 306 ; P. MALINVAUD, « À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc. ; J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc., pour cet auteur la jurisprudence est « *rebelle par nature* » à la rétroactivité.

<sup>1258</sup> B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n°9. 1989. 45.

<sup>1259</sup> « L'action de *in rem verso* ne peut servir qu'à combler équitablement les lacunes de la loi » (A-M. ROMANI, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique : « enrichissement sans cause », mars 2012, n°214) ; « Son histoire montre qu'elle est une création jurisprudentielle reposant soit sur la généralisation des solutions légales particulières, explication délicate à cause des diversités de ces solutions, soit plutôt sur le pouvoir du juge de combler les lacunes du droit positif » (G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 390, p. 407) ; J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, éd. Armand Colin, 11<sup>ème</sup> éd., 2005, n°35, p. 35 ; « la théorie jurisprudentielle concerne les phénomènes

Le comblement des lacunes<sup>1260</sup> suppose que le système juridique ne répond pas au dogme de la complétude du droit selon lequel le système est infaillible et complet. La complétude serait alors une propriété d'un système normatif pour lequel toute conduite est déontiquement qualifiée, c'est-à-dire d'un système dans lequel le juge pourrait trouver la solution de tout différend dans une règle de droit préexistante<sup>1261</sup>. Un système juridique complet est donc celui « qui contient la réponse juste à toute question de droit »<sup>1262</sup>. Ce dogme doit garantir, notamment, la sécurité juridique et la prévisibilité des décisions juridictionnelles.

Le postulat du comblement de lacunes du droit par le juge suppose ainsi que soit admise l'idée que, dans un système juridique, peuvent justement exister de telles lacunes et qu'il manque « dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé »<sup>1263</sup>. La lacune est définie comme un « point sur lequel la loi, muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique ou l'interprète »<sup>1264</sup>, elle est donc involontaire et peut être rapprochée de la notion de « vide juridique »<sup>1265</sup>. Les lacunes interviennent dans les situations ayant vocation à être réglées par le droit et qui pourtant ne le sont pas<sup>1266</sup>. Il faut cependant distinguer l'hypothèse de l'absence de norme juridique de celle de l'inadéquation de celles-ci à certaines exigences externes<sup>1267</sup>. Dans ce dernier cas, il est plus volontiers parlé de « fausses lacunes »<sup>1268</sup> ou de « fautes de politique juridique »<sup>1269</sup>. Si la règle écrite est silencieuse, le droit lui ne l'est pas.

Le mécanisme de l'enrichissement injustifié semble davantage correspondre à cette dernière hypothèse. En effet, une réglementation existe, la loi prévoyant dès 1804 des moyens, tels que

---

d'enrichissement sans cause qui n'ont pas déjà été saisis dans ces institutions légales : en l'absence d'un texte, tout enrichissement sans cause pourra être sanctionné par l'action de *in rem verso* » (J. CARBONNER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, vol. II, PUF, 2004, n°1223, p. 2435) ; Pour Rouast, le principe suivant lequel « nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui » a pour objet de « compléter le droit civil » (A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 20 et s.) ; « Il n'y a pas eu de contrat, il n'y a pas quasi-contrat, une disposition légale formelle manque ; la solution dictée par l'équité est cependant la même ; Le texte n'existe pas » (« Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTDciv.* 1904. 727).

<sup>1260</sup> O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 911 et s. ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUAM, 2008, p.166 et s. ; F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », préc. ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préc., p. 22-24 et 310 et s.

<sup>1261</sup> R. GUASTINI, « Complétude », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 79-82 ; « Il n'y a pas de lacunes dans l'ordre juridique, et en toutes matières, il doit y avoir des règles ; pour reprendre une ancienne métaphore, le tissu dont le droit entoure le corps social ne comporte pas de déchirures, mais il est trop évident qu'il y a des lacunes dans l'ordre législatif, et même dans la jurisprudence, et il faut donc faire appel à d'autres règles que celles tirées des sources formelles » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°2, p. 12).

<sup>1262</sup> R. GUASTINI, « Complétude », préc.

<sup>1263</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in C. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre de national de recherche de logique, Bruylant, 1968, p. 9 et s.

<sup>1264</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Lacune », p. 594.

<sup>1265</sup> « Lacune non intentionnelle du droit (en une matière juridiquement relevante) dont le comblement incombe in casu au juge (lequel ne peut dénier justice, C. civ., a. 4), à terme au législateur lorsque l'analogie ne suffit pas à suppléer la loi, la doctrine ayant mission de montrer, en raison et imagination, que le vide est souvent plus apparent que réel » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Vide juridique », sens 1, p. 1063-1064) ; M.-C. RIVIER, « L'alibi du vide juridique », *Economie et Humanisme*, n°318, juillet-septembre 1991, p. 22 et s.

<sup>1266</sup> F. TERRÉ, « Les lacunes du droit », in C. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, préc., p.146 et s.

<sup>1267</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., « Lacune », p. 335 et s., spéc. 336.

<sup>1268</sup> P. FORIERS, « Les lacunes du droit », préc., p. 10.

<sup>1269</sup> C. W. CANARIS, « De la manière de constater et combler les lacunes de la loi en droit allemand », in Ch. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, préc., p. 164 et s.

la gestion d'affaire<sup>1270</sup> et la répétition de l'indu<sup>1271</sup>, de remédier à l'enrichissement injuste d'un individu aux dépens d'autrui. Cependant, le droit ne permettait pas de résoudre de manière satisfaisante certains litiges, car hors ces hypothèses, l'appauvri ne disposait d'aucune action. Il n'y a donc pas de réelle lacune, il n'est pas possible de dire qu'il n'y a aucune règle régissant ce type de situations, simplement le régime existant ne permettait pas que le déséquilibre soit rétabli. Il semble ainsi plus s'agir d'une fausse lacune. Il peut être précisé qu'il n'y a pas, à proprement parler, une norme compétente écartée par le recours à l'enrichissement injustifié, mais un ensemble de règles, un régime<sup>1272</sup>, duquel était déduit l'absence de recours de l'appauvri. Le mécanisme est utilisée car, en vertu de la réglementation en vigueur, l'enrichi ne peut être tenu responsable de la survenance de la situation dont il tire profit, aucune faute ne pouvant lui être imputée<sup>1273</sup>.

Il est parfois difficile d'identifier la norme applicable à l'espèce et qui sera écartée, le cas échéant, par l'intervention d'un mécanisme correcteur mais il ne faut pas nécessairement en conclure qu'il n'y a pas de norme. Le système juridique français contient pléthore de normes dont certaines ont vocation à être écartées par le jeu d'un mécanisme correcteur et, parmi elles, peuvent être cités des principes.

## B. La mise à l'écart d'un principe par un mécanisme correcteur d'origine prétorienne

**190. Principe et mécanisme correcteur** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont appelés à intervenir pour mettre à l'écart des normes qui, du fait de leur généralité et de leur rigidité, ne sont pas à même de régler certains litiges leur étant soumis car leur application aurait alors des conséquences inadaptées. Si usuellement la généralité des principes est différente de celle de la règle en ce qu'ils s'appliquent de manière plus ouverte, avec moins d'automatisme<sup>1274</sup>, certains peuvent néanmoins avoir une force telle que leur application paraît commandée assez systématiquement et donc nécessiter, eux aussi, un correctif<sup>1275</sup>.

Illustre cette hypothèse l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Celui-ci paralyse les restitutions découlant normalement de l'annulation d'un contrat immoral car celui des demandant est également à l'origine de l'immoralité de la convention<sup>1276</sup>. Les restitutions sont la conséquence normale de l'annulation rétroactive du contrat, le passé doit être effacé. En opposant une fin de non-recevoir à la demande de restitution de celui alléguant de sa propre turpitude, le juge écarte la rétroactivité de l'annulation issue du principe selon lequel

---

<sup>1270</sup> Articles 1372 et s. du Code civil à l'origine, aujourd'hui les règles sont prévues par les articles 1301 et s.

<sup>1271</sup> Articles 1376 et s. du Code civil à l'origine, aujourd'hui les règles sont prévues par les articles 1302 et s.

<sup>1272</sup> « Système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière [...], soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Régime », sens I n°1, p. 868-869).

<sup>1273</sup> A-M. ROMANI, « Enrichissement sans cause », préc., n°8.

<sup>1274</sup> Cf. *supra* § 152.

<sup>1275</sup> Monsieur Patrick Morvan remarque que les principes de droit privé, dont certains sont envisagés dans ces pages comme des mécanismes correcteurs, évincent aussi bien des lois que d'autres principes (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°617 et s., p. 580 et s.).

<sup>1276</sup> Cette maxime ne s'oppose pas à l'ouverture de l'action en nullité mais constitue un obstacle aux restitutions consécutives à cette action (notamment : P. JACQUES, « D'adage en général et de l'interprétation stricte en particulier (Civ. 1re, 6 déc. 2007, n° 05-18.795, P+B) », *RTDciv.* 2008. 431; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 331, *Defrénois* 1997. 346, n° 26, obs. J.-L. AUBERT ; V. toutefois, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 févr. 2004, *Bull. civ. III*, n° 42, *RTDciv.* 2004. 279, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, n°364, p. 247 ; P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur.. »*, préc., n°87, p. 95-97).

« le contrat est réputé n'avoir jamais existé »<sup>1277</sup>. Au vu de la généralité de son champ d'application<sup>1278</sup> en vertu duquel il commande un ensemble de règles et conduit à une infinité d'applications, et de la manière dont il est nommé par la doctrine<sup>1279</sup>, il semble que cet adage puisse être qualifié de principe.

L'action directe semble, elle aussi, pouvoir être envisagée comme un mécanisme correcteur mettant à l'écart des principes : l'effet relatif des conventions<sup>1280</sup> et celui d'égalité des créanciers<sup>1281</sup>. En effet, en vertu du premier, posé aujourd'hui à l'article 1199 du Code civil, « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. ». En vertu du second, posé à l'article 2285 du Code civil, « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Même s'ils sont parfois qualifiés de règles<sup>1282</sup>, la qualification de principe semble l'emporter, une dénomination en accord avec leur nature. En effet, au vu de leur généralité, ils semblent pouvoir être qualifiés de principes.

L'observation du fonctionnement des différents mécanismes correcteurs d'origine prétorienne permet de mieux comprendre le régime de la technique autonome. Celle-ci permet au juge de mettre à l'écart des règles ou principes, en raison de leur généralité.

**191. Conclusion de la section** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, de par leur fonction correctrice, sont appelés à intervenir si, et seulement si, la norme naturellement désignée pour régler un litige emporterait des conséquences inacceptables dans l'espèce en cause. S'il est indispensable de constater l'incapacité de la norme à régler le litige, il est nécessaire, avant même cela, d'identifier la norme compétente pour justement en apprécier les éventuelles répercussions. Cette étape préliminaire, malgré son apparente simplicité, n'est pas sans soulever des interrogations et hésitations et conduit à la mise en évidence d'une distinction au sein des mécanismes correcteurs. En effet, certains ont vocation à écarter une infinité de normes, il s'agit des mécanismes correcteurs du système, et d'autres sont attachés à une norme en particulier, elle-même parfois malaisée à identifier. Il apparaît également que tous les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne n'écartent pas

---

<sup>1277</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, n° de pourvoi : 03-18624, *Bull. civ.* 2005 III n° 143 p. 131 ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, n° de pourvoi : 01-02924, *RJDA* 2003, n° 8, inédit ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, n° de pourvoi : 99-20597, *Bull. civ.* 2001 I n° 133 p. 87.

<sup>1278</sup> Sur la généralité du champ d'application du principe comme critère de distinction entre règle et principe cf. *supra* § n°152.

<sup>1279</sup> M-A. RAKOTOVAHINY, « Entre confusion et résolution », *D.* 2005. 3003 ; J-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », préc. ; N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001, *Bull. civ.* V, n° 237, p. 186 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n° 249, p. 163 ; Soc. 20 juin 2000, *Bull. civ.* V, n° 237, p. 186) », préc.

<sup>1280</sup> P. DIDIER, « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 187 et s. ; *La relativité des contrats*, *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. IV, 1999, LGDJ, 2000 ; C. JAMIN, « une restauration de l'effet relatif du contrat (à propos de l'arrêt Cass. Ass. Plén. 12 juillet 1991, Besse) », *D.* 1991. Chron. 257 ; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, LGDJ, 1981 ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTDciv.* 1934. 525.

<sup>1281</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°4 ; P.-Y. GAUTIER, « Doux revirement : l'action directe du sous-mandataire à l'encontre du mandant n'est plus parfaite (Com. 3 déc. 2002, *Bull. civ.* IV n° 188) », *RTDciv.* 2003. 312.

<sup>1282</sup> Par exemple : Monsieur Jean-Louis Goutal semble employer indifféremment l'une ou l'autre des dénomination mais utilise le qualificatif de principe dans le titre de son ouvrage (J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, préc., notamment n°8, p. 21).



nécessairement que des règles au sens strict mais sont susceptibles de mettre également à l'écart des principes. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne fonctionnent ainsi comme une réaction du système juridique face à une application mécanique de normes générales pouvant entraîner des conséquences excessives.

L'utilisation d'un mécanisme correcteur d'origine prétorienne nécessite avant tout d'identifier une norme compétente pour régler un litige. Cependant, le mécanisme correcteur intervenant au moment de l'application de la norme en question, il convient de s'intéresser à ce qui déclenche l'action correctrice, c'est-à-dire le critère d'utilisation du mécanisme correcteur, révélateur d'une démarche particulière du juge recourant à cette technique.

## **Section 2 : Le déclenchement de l'utilisation du mécanisme correcteur par le juge**

**192. Plan** – Dans le système de droits dits romano-germaniques, le droit est traditionnellement conçu comme un ensemble de règles générales et abstraites qui se veulent loin des faits<sup>1283</sup>. Ainsi, en principe, les règles de droit reçoivent application dès que la situation de fait visée est réalisée. Cependant, « les règles légales, parce qu'elles sont écrites pour la généralité des cas, sont inadaptées aux cas marginaux qui n'entrent pas dans cette généralité. Il arrive même alors que leur enchaînement mécanique aboutisse, dans tel ou tel cas particulier, à une injustice évidente »<sup>1284</sup>. Il est donc des hypothèses dans lesquelles « la rigueur logique de la combinaison des règles de droit révèle les failles du système »<sup>1285</sup>. Ces failles sont autant de raisons de recourir à un mécanisme correcteur. L'utilisation de cette technique n'est cependant pas due au hasard, ou au bon vouloir du juge, sinon la sécurité juridique en souffrirait. Elle nécessite que la norme qui, en théorie, devait normalement régir la situation, ne le puisse pas, en pratique, du fait de la situation à laquelle elle aboutirait. Ici, il s'agit d'exposer les différentes hypothèses dans lesquelles une norme s'avère inadéquate à régler un litige et de les classer. Dans cette étude, ont été recensés un certain nombre de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Ils sont multiples et ont chacun leurs propres critères d'utilisation. N'ayant pas, jusqu'ici, été réunis au sein d'un concept autonome, il est logique que leurs critères propres n'aient pas encore été étudiés en confrontation les uns avec les autres de manière à en faire ressortir ce qui les rassemble. Là est l'objet de ce développement. Cette réflexion va permettre de faire émerger l'hypothèse d'utilisation des mécanismes correcteurs (§ 1) et de mettre en évidence la démarche casuelle adoptée par le juge (§ 2).

### § 1 – L'hypothèse d'utilisation des mécanismes correcteurs

**193. Plan** – L'étude de l'utilisation des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne par le juge révèle qu'il y est recouru pour plusieurs raisons fort diverses et différant selon l'instrument mobilisé. Ces motifs, aussi nombreux soient-ils, peuvent toutefois être réunis en un seul et même cas, propre aux mécanismes correcteurs et cohérent avec la

---

<sup>1283</sup> A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011, n°88, p. 200, n°105, p. 232-233 ; R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, Une approche comparative*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2008, n°133, p. 80 ; « La règle de droit, élaborée par la doctrine avant la Révolution a été envisagée comme une règle de conduite de portée générale. Contrairement aux pays de *common law*, elle n'est pas établie pour rendre la justice dans un cas concret. Il n'est pas question de casuistique » (C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », préc., spéc. p. 271).

<sup>1284</sup> A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 481, p. 341, à propos de l'enrichissement sans cause.

<sup>1285</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, préc., n°760, p. 746.

logique de l'instrument : l'atteinte portée aux valeurs du système juridique (B). Cependant, cette hypothèse est large et peu précise ; « la notion de valeur souffre d'un vice consubstantiel : son indétermination, concept mou à usage multiple »<sup>1286</sup>. Cette imprécision est nécessaire au concept même de mécanisme correcteur qui est un outil requérant une souplesse d'utilisation de par sa nature<sup>1287</sup> mais il est possible de détailler cette hypothèse et de dégager en son sein différents cas d'utilisation des mécanismes correcteurs comme autant de valeurs protégées (A).

#### A. Les cas d'utilisation des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne

**194. Plan** – L'intervention d'un mécanisme correcteur est caractérisée par la nécessité d'éviter que l'application mécanique d'une norme générale n'aboutisse à des conséquences inadéquates dans l'espèce en cause. Ces conséquences commandant l'intervention de l'action corrective du juge sont nombreuses et doivent être détaillées. Pour ce faire, il est nécessaire de prendre pour point de départ les critères d'utilisation propres à chaque mécanisme. Il doit d'ores et déjà être précisé que cette question peut prêter à discussion pour certains d'entre eux. Il ne s'agira pas ici de trancher les débats sur ces points, là n'est pas l'objet de l'étude, mais d'exposer les différents cas envisageables. Cette étape est indispensable car le juge, avant d'utiliser un mécanisme correcteur, recherche si ses critères sont remplis et non une hypothèse propre à la technique autonome. Ainsi, il convient de commencer par étudier les critères des différents mécanismes correcteurs. Cependant, ces éléments ne seront qu'un point de départ. En effet, puisque l'objet de l'étude est justement de mettre en évidence et de construire le régime de la technique autonome de mécanisme correcteur, ils seront envisagés dans une approche globale de recherche de similitudes les uns avec les autres afin de faire émerger les cas d'utilisation du mécanisme correcteur. L'analyse de ces différents critères va permettre de mettre en évidence le fait que les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont mobilisés pour éviter que l'application de la norme compétente porte atteinte aux valeurs du système juridique. Divers types d'atteintes déclenchant le recours à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne peuvent être mis en évidence et classés. Au sein des valeurs protégées par le système juridique, sont parfois distinguées les valeurs constitutives du système et celles pouvant être considérées comme plus contingentes<sup>1288</sup>. Cette distinction permet de classer les cas de recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne selon qu'ils interviennent s'il est porté atteinte à des valeurs pouvant être qualifiées de traditionnelles (1) ou à des valeurs contingentes (2).

##### 1. Les valeurs traditionnelles

**195. Plan** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, au vu des cas où il y est recouru, semblent constituer des instruments entre les mains du juge lui permettant d'éviter que l'application mécanique du droit ne porte atteinte aux valeurs du système juridique. La plupart des mécanismes identifiés dans ces pages sont appelés à intervenir

---

<sup>1286</sup> *Le juge, gardien des valeurs ?*, dir. V. FORTIER, CNRS éd., 2007, p. 14.

<sup>1287</sup> *Cf. infra* § n°300.

<sup>1288</sup> Par exemple, à propos de l'exception d'ordre public : M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°356, p. 326-328 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°200 et s., p. 150 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°254 et s., p. 341 et s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°311 et s., p. 277 et s. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 1, préc., n°359, p. 416-418.

lorsqu'un risque de contradiction aux valeurs traditionnelles que sont la morale (a), l'équité (b) et, dans une certaine mesure, la sécurité juridique (c) survient. Il convient de préciser que des recoupements peuvent exister entre ces différents cas. Un même mécanisme correcteur peut intervenir dans plusieurs hypothèses. Ces cas ne sont pas des catégories absolues et rigides mais des hypothèses souples qui ont davantage pour but de recenser que de classer hermétiquement les cas dans lesquels un mécanisme correcteur peut être mobilisé.

#### a. La morale

**196. Droit et morale**<sup>1289</sup> – L'étude des critères propres à l'utilisation de chaque mécanisme correcteur révèle que certains d'entre eux interviennent lorsque l'application de la norme compétente pourrait laisser subsister ou engendrer une situation contraire à la morale.

La morale<sup>1290</sup> est généralement considérée comme une « science du bien et du mal ; théorie de l'action humaine en tant qu'elle est soumise au devoir et a pour but le bien »<sup>1291</sup> et l'« ensemble des règles de conduite considérées comme bonnes de façon absolue »<sup>1292</sup>. Si la règle de droit doit bien sûr être distinguée de la règle morale<sup>1293</sup> en ce que l'une a pour but le maintien de l'ordre social et l'autre le « perfectionnement intérieur de l'homme »<sup>1294</sup>, il serait excessif de les considérer comme totalement étrangères l'une à l'autre<sup>1295</sup>. Roubier relevait, dans son ouvrage de *Théorie générale du droit*, qu'« il n'y a pas opposition de principe entre le droit et la morale. Il n'y aurait opposition que si le droit commandait de faire des choses que la morale défend ; mais cela n'arrive jamais parce que la règle morale et la règle juridique sont toutes deux des règles de conduites édictées en fonction du bien », celui de la personne

---

<sup>1289</sup> *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, Dalloz, 2011 ; P. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983. 334 ; C. PERELMAN, *Ethique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2012, § 17, p. 364 et s. ; P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTDciv.* 1990. 625 ; J. HABERMAS, *Droit et morale*, éd. du Seuil, 1997 ; « Le droit ne peut aller aussi loin que la morale, parce que la morale est une règle qui est établie en fonction de l'individu, pour lui fixer les règles de la perfection qu'on attend de lui ; au contraire le droit est une règle qui est établie en fonction de la société, et qui, faite pour les rapports entre les hommes, ne peut tendre à un idéal de perfection aussi poussé que celui que la morale présente aux individus. Il ne peut pas dépasser les possibilités du monde des vivants dans les rapports de la vie en société » (P. ROUBIER, « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », préc., spéc. p. 10).

<sup>1290</sup> « La morale peut se définir comme l'art de diriger les comportements humains du point de vue de la conscience individuelle et sans souci de l'organisation sociale » (P. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », préc.).

<sup>1291</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Morale », sens I. 1, p. 1634.

<sup>1292</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Morale », sens I. 2, p. 1634.

<sup>1293</sup> Il est également généralement considéré que morale et droit ont des sources, des domaines, des objets, des sanctions et des finalités différentes (D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, préc., p. 1 et s.).

<sup>1294</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°16, p. 38. De même, selon Portalis : « les lois s'occupent plus du bien politique de la société que de la perfection morale de l'homme » (PORTALIS, *Sur le Code civil, Discours et rapports sur le Code civil*, PU de Caen, coll. « Bibliothèque de philosophie politique et juridique », 1990, p. 17).

<sup>1295</sup> « La doctrine considère le plus souvent qu'il n'y a ni confusion pure et simple, ni séparation radicale : droit et morale seraient séparées, ce qui n'exclurait ni le chevauchement ni l'inspiration. En somme une séparation, mais une séparation tempérée » (D. FENOUILLET, « Propos introductifs », préc.) ; « Ce que l'on sait : la morale et le droit entretiennent nécessairement un lien. Ce que l'on sait moins : la nature de ce lien » (M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », in *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, préc., p. 27 et s.) ; « D'emblée ces deux définitions accusent la différence et presque une opposition entre le droit et a morale. Du coup elles laisseraient croire à une absence totale de frontière commune. Mais ce n'est pas si simple car j'ai volontairement oublié l'essentiel, à savoir que droit et morale se réfèrent tous deux à un système de valeurs, pas exactement le même, mais enfin à des valeurs assez voisines » (P. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », préc., spéc. 335).

pour la première et de la société pour la seconde<sup>1296</sup>. La morale relève de la conscience, individuelle ou collective et elle peut donc s'entendre non seulement de la morale au sens strict, qui concerne principalement l'individu, mais également de la morale sociale qui tend à répondre aux besoins du groupe dans lequel vit l'individu<sup>1297</sup>. Les liens entre la morale et le droit sont nets. En effet, de nombreuses règles de droit sont empruntées à la morale<sup>1298</sup>. Certains préceptes comme la piété filiale<sup>1299</sup>, le respect de la parole donnée<sup>1300</sup> sont à la fois juridiques et moraux. La conformité aux bonnes mœurs, même si sa substance est aujourd'hui réduite à peau de chagrin<sup>1301</sup>, est une condition de validité du contrat et une référence morale. De même, faut-il le rappeler, la bonne foi est exigée dans la négociation, la formation et l'exécution du contrat<sup>1302</sup>. De plus, il arrive que le droit prenne en considération des états de conscience tels que des attitudes psychologiques, la loyauté, la mauvaise foi, l'esprit de fraude, l'intention de nuire ou celle de rendre service<sup>1303</sup>.

Il est intéressant de noter que, depuis une trentaine d'années, la morale semble être une préoccupation plus présente. En effet, le Doyen Carbonnier soulignait « depuis 1980, un retour offensif de la morale »<sup>1304</sup>. Monsieur Nicolas Dupont note, dans un article consacré à l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>1305</sup>, une tendance à la moralisation du procès. Un devoir de loyauté s'insinuerait désormais à différents niveaux de la procédure civile, pour s'imposer aussi bien à propos de la recherche des preuves que durant le déroulement du procès. De même, Monsieur Denis Mazeaud et Monsieur le Conseiller Boval notent une moralisation des relations contractuelles<sup>1306</sup> avec l'avancée du solidarisme contractuel<sup>1307</sup>. De plus, l'éthique<sup>1308</sup> prend une place importante<sup>1309</sup>, elle est la morale, « avec

<sup>1296</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°6, p. 47.

<sup>1297</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°30, p. 27.

<sup>1298</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°11 et s., p. 10 et s.

<sup>1299</sup> Article 371 du Code civil : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. ».

<sup>1300</sup> Article 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. ».

<sup>1301</sup> La jurisprudence annulait traditionnellement les libéralités consenties à un(e) concubin(e), dès lors qu'il était établi qu'elles avaient pour but d'inciter le bénéficiaire à la poursuite des relations hors mariage. Cette solution désuète a été abandonnée par la première Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 3 février 1999 (n° de pourvoi : 96-11946, *Bull. civ.* 1999 I n° 43, *D.* 1999. J. 267, rapp. SAVATIER ; note LANGLADE-O'SUGHRUE ; *D.* 1999. somm. 377, obs. LEMOULAND ; *D.* 1999. 307, obs. GRIMALDI ; *D.* 1999. Chron. 351, obs. C. LARROUMET ; *RTDciv.* 1999. 364 obs. J. HAUSER ), dont la solution a été confirmée par un arrêt d'Assemblée plénière en date du 29 octobre 2004 (n° de pourvoi : 03-11238, *Bull. AP*, 2004 n° 12 p. 27, *D.* 2004. 3175, note VIGNEAU ; *Defrénois* 2004, 12-30, n° 24, art. 38073, p. 1732-1738, obs. LIBCHABER ; *Defrénois* 2005, 02-15, n° 3, art. 38096, p. 234-238, obs. PIEDELIÈVRE ; *RTDciv.* 2005. 104, obs. J. HAUSER).

<sup>1302</sup> Article 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. ».

<sup>1303</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°24-25, p. 23-24 ; « De façon générale, le droit accorde sa protection conformément à la morale et à la logique » (C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.).

<sup>1304</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°18, p. 45.

<sup>1305</sup> N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc.

<sup>1306</sup> D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », préc. ; Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841) Rapport de M. BOVAL, préc.

<sup>1307</sup> « il ne s'agit pas de faire preuve d'angélisme contractuel en négligeant la fonction économique du contrat et en privilégiant la plainte du débiteur malheureux sur la contrainte du créancier victime de l'inexécution ! Simplement, il apparaît que la force du lien contractuel ne doit pas pouvoir aller jusqu'à occulter les légitimes intérêts d'un des partenaires contractuels. La vigueur juridique du lien ne saurait en aucun cas justifier l'anéantissement économique d'un des contractants » (D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à F. Terré*, 1999, Dalloz, p. 603 et s.) ; C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 45 et s. ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préc. et « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 et s. ; T. REVET, « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix :*

peut-être quelque chose de plus sublime, de moins terre à terre »<sup>1310</sup>. Ce type de morale, qui conduit par exemple à la construction de morales professionnelles<sup>1311</sup>, n'est pas ignoré du droit, il peut en être tenu compte dans l'appréciation de la responsabilité professionnelle, disciplinaire ou civile<sup>1312</sup>.

Ainsi, s'ils doivent être distingués, le droit n'est pas étranger à la morale, il ne doit pas, dans une certaine mesure, lui être contraire. Ricœur expliquait qu'il est difficile de définir le juste mais que l'injustice, ressentie dès l'enfance est plus aisée à identifier<sup>1313</sup>. De même, le comportement contraire à la morale est plus facile à identifier que la morale à définir. Il convient de préciser ici qu'il ne s'agit pas d'envisager la morale comme le fondement de mécanismes correcteurs mais de considérer l'aboutissement à une situation immorale comme pouvant déclencher le recours à certains de ces instruments. Plusieurs d'entre eux répondent à cette hypothèse. Seront cités l'abus de droit, la fraude, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

**197. L'abus de droit** – Il existe, sur la question du critère d'application de l'abus de droit, une controverse doctrinale<sup>1314</sup> que la jurisprudence n'a semble-t-il par véritablement tranchée, préférant une position intermédiaire<sup>1315</sup>. Pour Ripert<sup>1316</sup> notamment, l'abus n'existe

---

*nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1997, p. 37 et s. ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 1998, n°55, p. 229-231 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.* 1997. 357.

<sup>1308</sup> Sur la différence entre morale et éthique : « La morale se rapporte à une pensée universelle dont l'objet est de faire la part du bien et du mal au moyen d'impératifs et d'interdictions. L'éthique se définit, pour sa part, par référence au bon et au mauvais et se rapporte à un individu ou un groupe. L'éthique serait dans l'action. L'éthique est particulière, individuelle ou collective, alors que la morale est générale, nationale ou universelle. La morale renvoie à un ensemble de valeurs transcendantes alors qu'il existe une multitude d'éthiques particulières. [...] Certains observent que l'éthique est un discours, une science sur la morale. L'éthique serait une philosophie de la morale » (M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », préc.). S'ils sont différents, ils sont néanmoins tous deux régulateurs des comportements. Voir également : « là où la morale juge l'action des hommes et des sociétés à l'aune d'un système de valeurs transcendantes, l'éthique ne prétend à aucune vérité absolue » (B. OPPÉTI, « Ethique et vie des affaires », *Mélanges A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 319 et s., spéc. p. 320) ; J. DELGA, « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D.* 2004. 3126 ; « même si l'éthique s'est distancée de la morale, elle n'en conserve pas moins des liens avec elle, mais une morale laïcisée » (P. AONZO, « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *LPA*, 14 septembre 2001, n° 184. 4) ; P. DIENER, « Ethique et droit des affaires », préc. ; Monsieur Bruno Oppéti s'étonne d'« assister actuellement au retour en force de la morale au premier plan des préoccupations de l'époque sous la forme de l'éthique » (B. OPPÉTI, « Ethique et vie des affaires », préc., spéc. p. 319).

<sup>1309</sup> D. FENOUILLET, « Propos introductifs », préc. ; En 1983, le Comité consultatif d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a été créé.

<sup>1310</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°18, p. 45.

<sup>1311</sup> G. FARGAT, « Réflexions sur les codes de conduites privés », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 47 et s. ; « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privés », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998, p. 151 et s. ; J.-B. RACINE, « La valeur juridique des codes de conduites privés dans le domaine de l'environnement », *RJE* 1996. 409.

<sup>1312</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°16, p. 39.

<sup>1313</sup> « C'est à dessein qu'évoquant des souvenirs d'enfance je nomme l'injuste avant le juste – comme le font d'ailleurs bien souvent, de façon visiblement intentionnelle, Platon et Aristote. Notre première entrée dans la région du droit n'a-t-elle pas été marquée par le cri : C'est injuste ! Ce cri est celui de l'indignation, dont la perspicacité est parfois confondante mesurée à l'aune de nos hésitations d'adultes sommés de se prononcer sur le juste en termes positifs » (P. RICOEUR, *Le juste*, éd. Esprit, 1995, p. 11).

<sup>1314</sup> Voir notamment pour une analyse de l'abus de droit en doctrine : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n° 361 et s., p. 175 et s. Voir également : M. DESSERTAUX, « Abus de droit et conflits de droits », préc.

<sup>1315</sup> P. ANCEL ET G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc.

que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire révélée lorsque la prétention de son titulaire est à la fois inutile pour lui-même et préjudiciable au défendeur<sup>1317</sup>. Ce critère restrictif correspond à de nombreux cas d'abus de droit mais, seul, il est, pour d'autres, inadéquat<sup>1318</sup>. La jurisprudence considère l'abus de droit comme caractérisé lorsqu'une telle intention est relevée mais cette condition n'est pas nécessaire. À l'opposé de cette conception, Josserand a proposé un autre critère qui, dans cette étude, sera envisagé dans un développement suivant<sup>1319</sup>. Pour Dabin, le véritable critère de l'abus de droit est l'usage immoral du droit. Ce mécanisme est ainsi, le « correctif de moralité que postule la légalité »<sup>1320</sup>. Ne s'agissant pas ici de déterminer avec certitude le critère absolu de l'abus de droit et l'intention de nuire emportant le déclenchement de la technique, celle-ci peut ainsi être considérée comme l'un des cas d'utilisation de la théorie de l'abus de droit. De la même manière, le juge peut rechercher si le sujet de droit ne s'est pas conduit de manière déloyale<sup>1321</sup>, s'il n'a pas menti, fait preuve de légèreté blâmable<sup>1322</sup>, de désinvolture<sup>1323</sup>... L'immoralité de la situation n'est pas une condition expressément posée par le juge, cependant, cette préoccupation ressort de l'utilisation de l'abus de droit. L'intention de nuire est caractérisée par exemple dans le cas du propriétaire construisant une fausse cheminée sur son toit dans l'unique but de masquer la vue à ses voisins<sup>1324</sup>. Ainsi, l'abus de droit a pu être envisagé comme un tempérament d'ordre moral à l'exercice absolu des droits<sup>1325</sup>. La morale pouvant être considérée comme une « science du bien et du mal »<sup>1326</sup>, l'action réalisée dans le seul but de nuire à autrui ne peut que lui être étrangère. Si la morale et ses relations avec le droit sont malaisées à définir, la conduite contraire à la morale ne manque pas d'être identifiée. Il est intéressant de remarquer d'ores et déjà

<sup>1316</sup> G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », préc. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°89 et s., p. 157 et s.

<sup>1317</sup> L. CADIEU et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°24-28 ; P. ANCEL ET G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°782 et s., p. 766 et s.

<sup>1318</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°784, p. 767-768 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°364 et s., p. 177 et s. : Selon ces auteurs le critère est « trop étroit » : par exemple : « Le bailleur qui refuse de louer à une personne ayant des enfants n'a pas l'intention de nuire à cette famille ; il désire éviter les dégradations, les bruits et les désordres que peuvent causer des enfants turbulents », (n°365, p. 177). Parfois, il peut au contraire être « trop large, en ce sens que tout dommage causé intentionnellement n'entre pas dans le cadre de la théorie de l'abus des droits. Causer volontairement des dommages matériels aux biens d'autrui, des blessures ou la mort d'autrui, relève de la théorie ordinaire de la responsabilité civile pour faute » (n°366, p. 178).

<sup>1319</sup> Cf. *infra* § n°209.

<sup>1320</sup> J. DABIN, *Le droit subjectif*, préc., p. 293 et s. ; Voir également : l'abus de droit est « un correctif, révélateur parmi d'autres de l'influence de la règle morale sur les règles juridiques » (A. SÉRIAUX, « Abus de droit », préc.) ; « L'abus de droit n'est pas le seul cas de réaction ou de limitation de l'utilisation du droit subjectif à cause d'une opposition d'ordre éthique. Il y a d'autres cas qui mettent en évidence la même préoccupation d'éviter que le droit puisse se prêter à réaliser des finalités qui puissent paraître contraires à l'éthique » (M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », préc.).

<sup>1321</sup> Par exemple : Soc. 18 février 1970, n° de pourvoi : 69-40018, *Bull. civ.* n° 124 p. 95.

<sup>1322</sup> Par exemple : Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juillet 1983, n° de pourvoi : 82-13682, *Bull. civ.* n°166.

<sup>1323</sup> Par exemple : Soc. 3 novembre 1998, n° de pourvoi : 96-42906, inédit.

<sup>1324</sup> Colmar, 2 mai 1855, préc. ; également : « qu'elle en conclut que ces actes, qui ne se justifient par aucune utilité appréciable en vue de satisfaire un intérêt sérieux, ont été inspirés par une intention malveillante » (Civ 3 30 octobre 1972 n° de pourvoi : 71-13473, *Bull. civ.* 3 n°576 p. 422) ; sur l'abus du droit d'ester en justice : « vu l'article 1382 du code civil ; attendu que le droit d'agir en justice ne dégénère en abus et ne peut donner lieu à dommages-intérêts que s'il est exercé de mauvaise foi, avec malice ou intention de nuire » (Civ, 2<sup>ème</sup>, 19 mai 1960, *Bull. civ.* n°334).

<sup>1325</sup> Présentant cette thèse : J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°782, p. 766 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°90 et s.

<sup>1326</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Morale », sens I. 1, p. 1634.

qu'envisager l'abus de droit comme un mécanisme correcteur et donc comme un instrument permettant d'éviter les atteintes portées à la morale par l'application mécanique de la norme confirme que le droit peut être considéré comme un système dans lequel les valeurs ont toute leur place<sup>1327</sup>. Le droit n'est pas une mécanique purement objective et aveugle mais plie le cas échéant devant la nécessité de réaliser certaines valeurs. Il ne s'agit pas ici d'un combat entre le droit et les valeurs mais d'une collaboration, le droit, imprégné des valeurs, recherchant leur réalisation et celles-ci le sublimant, une relation illustrée également par le recours au mécanisme correcteur de la fraude.

**198. La fraude** – Le mécanisme correcteur de la fraude intervient également pour éviter que ne se constitue une situation immorale<sup>1328</sup>. Le démontre un des critères de recours à la théorie de la fraude : l'intention frauduleuse<sup>1329</sup>. En effet, l'examen de la psychologie du fraudeur tend à démontrer la subjectivité du critère et l'intérêt porté à la morale puisque, selon Ripert, « la morale nous enseigne qu'il faut s'inquiéter des sentiments qui font agir les sujets de droit, protéger ceux qui sont de bonne foi, frapper ceux qui agissent par malice ou par dol, poursuivre la fraude et même la pensée frauduleuse »<sup>1330</sup>. De plus, ce même auteur assimilait la fraude à la violation de la morale. Il est en effet considéré comme contraire à la morale<sup>1331</sup> qu'un individu puisse ainsi détourner le droit de ses fonctions, se servir des failles du système pour faire prévaloir la ruse sur le droit<sup>1332</sup>. Selon Jossierand, « la fraude est située au confluent de la morale et du droit »<sup>1333</sup> et est constituée par une violation de la morale juridique. La maxime *fraus omnia corrumpit* traduirait ainsi une règle morale venant entraver l'application des règles et des institutions juridiques<sup>1334</sup>. Ici, au contraire de l'abus de droit, il ne s'agit pas de sanctionner l'intention de nuire car, le plus souvent, l'auteur de l'acte frauduleux ne veut pas causer un préjudice à autrui mais sauvegarder ses intérêts personnels<sup>1335</sup>. Pour lui, l'élément constitutif et caractéristique de la fraude est la volonté d'évincer la loi au sens large<sup>1336</sup>. Cette volonté doit néanmoins être coupable, contraire à la morale juridique<sup>1337</sup>. Cette expression de « morale juridique » permet de concrétiser l'imbrication des deux phénomènes

---

<sup>1327</sup> Cf. *supra* § n°163.

<sup>1328</sup> G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle « *Fraus omnia corrumpit* », préc. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957, p. 212 et s. : il précise que cette vue est exacte mais incomplète car la sanction de la fraude tend surtout à assurer l'efficacité de la règle juridique.

<sup>1329</sup> Par exemple : « Mais attendu que la fraude corrompt tout ; que si la signature d'un contrat écrit, imposée par la loi dans les rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié afin de garantir qu'ont été observées les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'œuvre est interdite, a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne à la demande du salarié la requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée, il en va autrement lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de mission dans une intention frauduleuse » (Soc. 24 mars 2010, n° de pourvoi : 08-45552, *Bull. civ.* 2010 V n°74, c'est nous qui soulignons) ; « Mais attendu qu'après avoir exactement constaté que le CMNE n'établissait pas que la banque Delubac ait connu la différence de rémunération et ait consenti, de façon occulte, à rémunérer, pour la procédure de conciliation, M. X... pour un montant plus important, ce dont son coarbitre avait connaissance sans opposition ni réserve de sa part, la cour d'appel a retenu, par une appréciation souveraine, que le CMNE ne démontrait ni intention ni agissements frauduleux de sorte qu'elle n'avait pas à procéder à la recherche prétendument omise ; que le moyen qui manque en fait en sa seconde branche et est mal fondé en sa première ne peut être accueilli » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 janvier 2007, n° de pourvoi : 05-10098, *Bull. civ.* 2007 I n°10 p. 8, c'est nous qui soulignons).

<sup>1330</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°3, p. 6.

<sup>1331</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°160 et s.

<sup>1332</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°828, p. 820.

<sup>1333</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 2006, n°189.

<sup>1334</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°171, p. 215.

<sup>1335</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°172, p. 215.

<sup>1336</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°176, p. 217.

<sup>1337</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°187 et s., p. 229 et s.

que sont la morale et le droit, ni étrangers, ni adversaires, ils se rejoignent. À l'instar de la fraude et de l'abus de droit, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* intervient pour éviter la constitution d'une situation contraire à la morale.

**199. L'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*** – L'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* intervient également pour permettre au juge de refuser certaines actions en justice en raison de l'immoralité<sup>1338</sup> du demandeur. Il s'agit de l'hypothèse où la restitution résultant d'une annulation est demandée par celui à l'origine de la raison pour laquelle il est justement annulable. L'immoralité peut intervenir de deux manières. D'une part, le refus d'action intervient lorsque le contrat est immoral<sup>1339</sup> et non s'il est seulement illicite par exemple. Ainsi, la cause de l'annulabilité du contrat doit être l'immoralité, c'est-à-dire la cause immorale, l'objet immoral<sup>1340</sup> ou la contravention aux bonnes mœurs<sup>1341</sup>. D'autre part, il peut être considéré comme immoral que cette personne, à cause de laquelle l'acte est annulable et étant donc dans l'illégalité, puisse se prévaloir de sa propre violation de la règle et obtenir la restitution demandée<sup>1342</sup>. Il en est de même si les deux parties connaissaient cette cause de nullité, aucune n'aura droit à restitution grâce à la combinaison de cet adage avec celui prévoyant que *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* c'est-à-dire qu'« en égale turpitude, pas de répétition »<sup>1343</sup>. L'atteinte portée au système juridique est causée par le fait d'invoquer sa propre turpitude devant une juridiction pour en faire jaillir un droit. Dans ce type de situations le juge utilise l'adage pour écarter le principe selon lequel « ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé »<sup>1344</sup> et frapper l'action d'une fin de non-recevoir. Cette action est expliquée ici par la morale, la justice contractuelle<sup>1345</sup>. Ainsi, ce qui différencie le traitement des titulaires de droits semblables ce n'est pas l'essence objective des droits mais les qualités morales de celui l'exerçant<sup>1346</sup>. Pour Ripert, le fait que ce soit l'allégation de sa propre turpitude pour obtenir un droit qui déclenche le recours au mécanisme correcteur *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* témoigne de cet objectif de protection du système juridique<sup>1347</sup>, un objectif présent également dans le dernier exemple de la protection de la morale par l'action des mécanismes correcteurs : l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui.

---

<sup>1338</sup> M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », préc. ; P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur... »*, préc., n°236 et s., p. 253 et s. ; G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 9 et s. 105 et s.

<sup>1339</sup> A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°233, p. 179 ; G. TZARANO, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, préc., p. 8.

<sup>1340</sup> Il sera davantage question aujourd'hui de contenu immoral, la cause et l'objet ayant été réunis par l'Ordonnance du 10 février 2016 au sein d'une même notion : le contenu du contrat prévu aux articles 1162 et s.

<sup>1341</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°246, p. 490 ; « le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'a vocation qu'à faire échec aux restitutions après nullité d'un contrat pour immoralité de l'objet ou de la cause » (Civ 2, 4 février 2010 n° de pourvoi : 09-11464, inédit) ; « qu'en ne relevant aucune circonstance de nature à caractériser l'illicéité ou l'immoralité de la conduite de la société SCS à l'égard de la société Michel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de cette règle » (Com. 4 janvier 2000, n° de pourvoi : 96-18494, inédit).

<sup>1342</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°107, p. 190.

<sup>1343</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°409, p. 317.

<sup>1344</sup> Civ., 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, n° de pourvoi : 03-18624, *Bull. civ.* 2005 III n° 143 p. 131 ; Civ., 3<sup>ème</sup>, 2 octobre 2002, n° de pourvoi : 01-02924, inédit ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, n° de pourvoi : 99-20597, *Bull. civ.* 2001 I n° 133 p. 87.

<sup>1345</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°234, p. 206-207 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°246, p. 485 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°104 et s., p. 183 et s.

<sup>1346</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°104, p. 184.

<sup>1347</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°107, p. 190.



**200. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui** – L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui peut être considérée comme un mécanisme correcteur<sup>1348</sup> puisqu'alors qu'en principe l'action est recevable, il permet au juge d'opposer une fin de non-recevoir à celui qui se contredit au détriment de l'autre partie. Ainsi, il écarte l'application de la norme inadaptée à régler de manière satisfaisante le litige et la remplace.

Un des critères d'utilisation de ce mécanisme, s'il n'est pas suffisant, semble résider dans la contradiction<sup>1349</sup> de celui qui fait l'action et la confiance de l'autre<sup>1350</sup>. Ainsi, en établissant en condition pour la recevabilité de l'action un devoir de cohérence envers soi-même et de loyauté envers les autres<sup>1351</sup>, ce mécanisme est déclenché par le risque de survenue d'une situation immorale<sup>1352</sup>.

La situation contraire à la morale provoquée ou confirmée par l'application de la norme compétente à un litige est un cas d'utilisation de plusieurs mécanismes correcteurs. Il est un autre cas, plus restreint dans son champ : la contradiction à l'équité.

#### b. L'équité

**201. L'équité** – L'équité et le mystère entourant cette notion ont déjà fait l'objet d'un développement dans cette étude<sup>1353</sup>. Ici, il convient de préciser que deux conceptions peuvent être retenues et qu'un choix doit être opéré entre elles. En effet, il est, d'un côté, possible de concevoir l'équité de manière large. Ainsi entendue, elle obéit à certains critères : le juste et le bon, le juste correspondant au droit, le bon à la morale<sup>1354</sup>. En revanche, selon, d'un autre côté, une vision plus traditionnelle, l'équité est davantage une répartition équitable, dépassant l'égal. Cette conception stricte sera retenue, la première se confondant avec la morale. Ce choix est d'autant plus justifié dans ce développement que le critère de l'aboutissement à une situation immorale du fait de l'application de la règle compétente vient d'être étudié.

Il convient de préciser également qu'il n'est pas question d'appréhender l'équité comme fondement. Le juge qui recourt à un mécanisme correcteur pour éviter la survenue d'une situation inéquitable du fait du jeu des règles compétentes ne statue pas en équité, c'est-à-dire en dehors du droit<sup>1355</sup>. L'équité, telle qu'envisagée dans ce développement, est un des cas d'application des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, l'une des préoccupations des juges les incitant à y recourir, démontrant là encore que les valeurs, loin d'être étrangères au droit, en font partie, l'illustrent l'enrichissement injustifié et l'action directe.

**202. L'enrichissement injustifié**<sup>1356</sup> – L'exemple s'imposant en priorité lorsqu'il

<sup>1348</sup> Cf. *supra* § n°89.

<sup>1349</sup> D. HOUTCIEFF, « La demi-consécration de l'interdiction de se contredire au préjudice d'autrui », préc.

<sup>1350</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005 », préc.

<sup>1351</sup> N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel, concept étrange et pénétrant, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005 », préc.

<sup>1352</sup> N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc. ; D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », préc., p. 249 et 267.

<sup>1353</sup> Cf. *supra* § n°43.

<sup>1354</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°20, p.24

<sup>1355</sup> Sur la différence entre utilisation d'un mécanisme correcteur et jugement d'espèce rendu en équité cf. *supra* § n°148.

<sup>1356</sup> Témoin des recoupements pouvant exister entre les différentes valeurs protégées, l'enrichissement injustifié (jusqu'ici nommé enrichissement sans cause) peut également être envisagé sous l'angle de la morale. En effet, Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°133, p. 245) avait mis l'accent sur le caractère injuste de l'enrichissement, la théorie étant la mise en œuvre d'un devoir de morale. L'effort de moralisation

s'agit d'envisager la situation inéquitable comme déclenchant l'utilisation d'un mécanisme correcteur est sans nul doute l'ouverture de l'action dite de *in rem verso*<sup>1357</sup>. Elle a été introduite en jurisprudence dès 1892 et, chose remarquable, l'a été, à lire les motifs de l'arrêt de la Cour de cassation, explicitement au nom de l'équité<sup>1358</sup>. En effet, il est exprimé que cette action dérive « du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui »<sup>1359</sup>. S'il est possible de considérer que les juges ont alors fondé leur décision sur l'équité, l'enrichissement sans cause a depuis quitté le champ de l'équité subjective<sup>1360</sup>. L'équité n'intervient plus que comme déclencheur de son application. Ce souci ressort des critères d'utilisation de ce mécanisme correcteur. Il est en effet nécessaire qu'apparaissent un enrichissement et un appauvrissement corrélatif et que ceux-ci soient dénués de cause, ou autrement dit pour l'enrichissement, qu'il « ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale. »<sup>1361</sup>. Ainsi, la nécessité d'un déséquilibre injustifié entre les patrimoines témoigne de ce que ce mécanisme intervient pour éviter une situation inéquitable. L'enrichissement sans cause est une « soupape, un moyen créé par les tribunaux d'éviter l'injustice »<sup>1362</sup>, il en est de même de l'action directe.

**203. L'action directe** – La construction historique de l'action directe témoigne de ce que son admission sous ses différentes formes a été motivée par un souci d'équité<sup>1363</sup>. En effet, si les autres créanciers étaient payés sur une valeur présente dans le patrimoine de leur débiteur commun grâce au créancier bénéficiaire de l'action directe, les premiers s'enrichiraient au dépend du second du fait d'une application rigide des principes de l'effet relatif des conventions et d'égalité des créanciers. L'action directe « constitue incontestablement un facteur d'équilibre des patrimoines entre les membres de l'opération juridique au moins triangulaire qu'elle intéresse »<sup>1364</sup>, son admission « répond à un souci de justice commutative »<sup>1365</sup>. Le souci d'éviter une situation inéquitable va ainsi déclencher le recours aux différentes actions directes.

---

s'est concentré sur un examen de la conduite de l'appauvri dont la faute peut être une exception à l'action. Voir également : F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, n°1069, p. 1064 et C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 353.

<sup>1357</sup> A-M. ROMANI, « enrichissement sans cause », préc., n°2 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, préc., n°36, p.35-36 ; « Finalement, on peut bien convenir que l'enrichissement sans cause n'est ni « une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis », ni un mécanisme correcteur des imprudences, maladresses et autres négligences. Pour autant, il est difficile de croire que la notion de mérite qui semble justifier cette analyse respecte la fonction de l'enrichissement sans cause qui tend à remédier à certaines injustices. L'aspect moral de cette conception paraît négliger la justice et l'équité qui caractérisent l'action de *in rem verso*. Une saine analyse passe peut-être par un retour à la conception originelle de l'enrichissement sans cause. » (J. DJOUDI, « La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause, (à propos de Cass. com., 18 mai 1999, Crédit du Nord c/ TP Trouville-sur-Mer) », *D. 2000. 609*).

<sup>1358</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 777, p. 605 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc., n°1065, p. 1059 ; C. P. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français : analyse interne et vues comparatives*, Bruylant, 1999, n°93, p. 91 et 138 et ., p. 124 et s. ; C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 353.

<sup>1359</sup> Cass. Req. 16 juin 1892 : *D. 1892, 1, 596*, H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2008, n°239, p. 553 et s.

<sup>1360</sup> Sur ce point *cf. infra* § n°279 et s.

<sup>1361</sup> Article 1303-1 du Code civil.

<sup>1362</sup> A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 481, p. 341.

<sup>1363</sup> F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°5,19, 44, 45, 46 ; C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°21, p. 14, n°31, p. 20-21, n°37, p. 27, n°69, p. 50-51, n°76, p. 57-58, n°81, p. 63, n°299, p. 268-269.

<sup>1364</sup> C. JAMIN, *La notion d'action directe*, préc., n°327, p. 289.

<sup>1365</sup> J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTDciv.* 1994. 777.

Les mécanismes correcteurs peuvent intervenir pour rétablir un déséquilibre confirmé par le jeu de la réglementation applicable. Ils peuvent également être mobilisés pour protéger la sécurité juridique.

### c. La sécurité juridique

**204. La sécurité juridique** – Qualifiée, au gré des écrits et décisions, de valeur<sup>1366</sup>, de principe<sup>1367</sup>, d'objectif<sup>1368</sup>, d'exigence<sup>1369</sup>, d'intérêt<sup>1370</sup> ou d'impératif<sup>1371</sup>, la sécurité juridique est une figure énigmatique de notre système juridique. En effet, sa nature n'est pas clairement établie ce qui ne l'empêche pas d'être, depuis une période relativement récente, une notion incontournable sur la scène juridique<sup>1372</sup> tant elle « irrigue l'ensemble du Droit »<sup>1373</sup>. Dans son Rapport public annuel de 2006, le Conseil d'État la qualifie même de « fondement de l'État de droit »<sup>1374</sup>. S'il est difficile de se positionner quant à sa nature, il ne fait pas de doute qu'elle est une préoccupation majeure des juridictions et ce, d'autant plus, lorsqu'est en cause l'application des normes. Malgré l'essor de cette notion, il n'est pas évident de l'envisager comme une valeur traditionnelle, justement du fait de l'apparente

<sup>1366</sup> P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* », préc., p. 9 ; Elle est « la première valeur à atteindre » pour Monsieur Paul Roubier (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°37, p. 323). G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n°51, p. 155.

<sup>1367</sup> Elle est même un « principe supérieur » pour MOULY (« Le revirement pour l'avenir », *JCP*, 1994, I, 3776) ; Cass., civ. 1<sup>ère</sup>, 11 mai 2012, n° de pourvoi : 11-11440, inédit ; Cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 28 juin 2011, n° de pourvoi : 10-16828, inédit ; CE, Ass., 24 mars 2006, *KPMG et autres*, *Lebon* 154 ; *AJDA* 2006. 841, tribune B. MATHIEU et 897, tribune F. MELLERAY, 1028, Chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RFDA* 2006. 463, concl. Y. AGUILA et 483, note F. MODERNE ; *D.* 2006. 1224, Chron. P. CASSIA ; *RTDciv.* 2006. 527, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI ; *GAJA*, 16<sup>e</sup> éd. 2007, p. 920 ; Rapport public du Conseil d'Etat 2006 - *Sécurité juridique et complexité du droit* ; *Les Cahiers du Conseil constitutionnel* n°11, 2001, p. 66 et s.

<sup>1368</sup> F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTDciv.* 2001. 487.

<sup>1369</sup> A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002. 2814. Dans cet article, il qualifie même la sécurité juridique d'« exigence fondamentale » (p. 2814).

<sup>1370</sup> « la question posée ne présente pas un caractère sérieux dès lors que le régime de prescription biennale des actions dérivant du statut des baux commerciaux, justifié par un intérêt général de sécurité juridique, n'introduit aucune distinction injustifiée de nature à priver les justiciables de garanties égales et que, compte tenu des garanties procédurales établies, il ne porte pas d'atteintes substantielles aux droits de la défense et au droit au recours effectif devant une juridiction » (Cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 6 janvier 2012, n° de pourvoi : 11-40083, inédit) ; « la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le droit de repentir, qui permet au bailleur, condamné au paiement d'une indemnité d'éviction, d'offrir le renouvellement du bail après l'avoir refusé, ne le prive pas de son droit de propriété dès lors qu'il conserve le droit de percevoir un loyer ou de vendre son bien, que le fait d'enfermer l'exercice de ce droit dans un certain délai et de lui conférer un caractère irrévocable répond à un objectif d'intérêt général de sécurité juridique et de pérennité du fonds de commerce et que le bailleur a bénéficié d'un recours juridictionnel effectif devant un juge compétent » (Cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 13 décembre 2011, n° de pourvoi : 11-19043, Publié au bulletin).

<sup>1371</sup> CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux signalisation*, n° 291545, *Lebon* ; *AJDA* 2007. 1577, Chron. F. LENICA et J. BOUCHER ; *ibid.* 1497, tribune S. BRACONNIER ; *ibid.* 1777, tribune J.-M. WOEHLING ; *D.* 2007. 2500, note D. CAPITANT ; *RFDA* 2007. 696, concl. D. CASAS ; *ibid.* 917, étude F. MODERNE ; *ibid.* 923, note D. POUYAUD ; *ibid.* 935, étude M. CANEDO-PARIS ; *RTDciv.* 2007. 531, obs. P. DEUMIER ; *RTDeur.* 2008. 835, Chron. D. RITLENG, A. BOUVERESSE et J.-P. KOVAR ; *JCP A* 2007, n° 2212, note F. LINDITCH ; *ibid.* n° 2221, note M.-C. ROUAULT ; *JCP G* 2007, n° 10156, note M. UBAUD-BERGERON ; *ibid.* n° 10160, note B. SEILLER.

<sup>1372</sup> À propos de l'adage *error communis facit jus* : « la maxime est portée par les valeurs les plus tendances du moment : sécurité juridique [...] » (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* », préc., p. 9) ; « il est vrai que le principe de sécurité juridique a pris une importance considérable dans la société contemporaine » (P.-Y. GAUTIER, « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », préc.).

<sup>1373</sup> A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », préc.

<sup>1374</sup> Rapport du Conseil d'Etat 2006, - *Sécurité juridique et complexité du droit*, p. 280.

nouveauté de l'intérêt lui étant porté. Cependant, la sécurité juridique fait partie intégrante du droit sans pouvoir lui être détachée<sup>1375</sup>. Pour le Doyen Carbonnier, il s'agit d'un « besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »<sup>1376</sup>. Elle est le pendant indispensable à l'affirmation selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi »<sup>1377</sup>. En effet, il est nécessaire que le droit puisse au moins être connu. Il n'est pas nié que l'existence et le fonctionnement des mécanismes correcteurs puissent être considérés comme heurtant la sécurité juridique en écartant l'application normale de la norme<sup>1378</sup>, cependant, cette technique, par différents aspects, minimise ce risque et le justifie par la nécessité absolue d'y recourir<sup>1379</sup>. L'application de la norme est, certes sécurisante, mais peut aussi porter atteinte au système juridique. Ainsi, certains mécanismes correcteurs sont mobilisés pour éviter une insécurité juridique, la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence par la Cour de cassation et l'apparence en sont des illustrations.

**205. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence** – La Cour de cassation tient sans nul doute compte de la sécurité juridique au regard de sa propre jurisprudence et, notamment, quand il s'agit d'en moduler dans le temps les effets. La prévisibilité du droit est une des facettes de la notion de sécurité juridique ; or, lorsqu'une personne perd un procès pour s'être conformée à une interprétation d'un texte balayée par un revirement, il semble que le droit ait été imprévisible<sup>1380</sup>. La Cour de cassation a précisé que

---

<sup>1375</sup> B. MATHIEU, « La norme, le juge et la sécurité juridique », préc. ; « *la sécurité est de l'essence même du droit* » (V. A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 257, spéc. 258) ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, n°103, p. 129-130 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*. 1996. 178 ; « l'objet même de toute entreprise juridique, qu'elle soit législative, administrative ou juridictionnelle, est d'introduire dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité ». Pour l'auteur, l'usage de l'expression « principe de sécurité juridique » peut revêtir un caractère tautologique (J.-P. PUISSOCHET et H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n°11, p. 98) ; « De par sa nature, le droit civil repose sur la sécurité induisant la confiance dans les rapports juridiques » (C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.).

<sup>1376</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., p.172.

<sup>1377</sup> V. DEREUX, « Étude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », *RTDciv.* 1907. 513 ; R. GUILLIEN, « Nul n'est censé ignorer la loi », *Mélanges Roubier*, 1961, t. I, p. 253 et s. ; F. TERRÉ, « Le rôle actuel de la maxime Nul n'est censé ignorer la loi », *Trav. et recherches de l'Institut de droit comparé*, t. XXX, 1966, p. 91 et s. ; C. PUIGELIER, « Nul n'est censé ignorer la loi », in *La loi, Bilan et perspectives*, éd. Economica, 2005, p. 309 et s. ; A. AKAM, « Libres propos sur l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi » », *RRJ* 2007-1, p. 31 et s.

<sup>1378</sup> À propos de l'adage *Error communis facit jus* : « À la réflexion, l'extension, si ce n'est l'existence même de la maxime, se heurte à des mouvements tout aussi puissants que ceux qui la portent : sécurité juridique (cette fois attachée à l'application générale d'une règle de droit publiée) [...] » (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* », préc., p. 10).

<sup>1379</sup> Cf. *infra* § n°236.

<sup>1380</sup> X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », préc. ; « parce qu'il consiste à retenir d'un même texte de référence une interprétation nouvelle et incompatible avec celle qui avait pu être dégagée jusque-là, le revirement de jurisprudence respire, en effet, l'illégitimité. Il prend toutes les apparences de l'opération arbitraire. Il semble faire du juge le maître du sens du droit. Il paraît mettre en péril la sécurité juridique à laquelle chacun aspire en venant brouiller les évidences et les certitudes établies au fil du temps. Bref, le revirement est de nature à ébranler la crédibilité du juge » (T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, Présentation », *Cah. Cons. const.* 20/2006. 101) ; A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », préc., p. 2815 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », préc., p. 500 ; C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc. ; P. SARGOS, « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001. 3470 ; N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTDciv.* 2000. 666 ; « Lorsque, par son interprétation créatrice, il (le juge) fait naître une règle nouvelle, celle-ci s'applique à des faits qui lui sont antérieurs ; elle a donc effet rétroactif de qui est source d'une certaine insécurité » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, préc., n°516, p. 480) ; V.

la sécurité juridique ne pouvait pas faire obstacle à un revirement de jurisprudence, puisqu'elle « ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »<sup>1381</sup>. De même, tous les revirements ne déjouent pas les prévisions des parties et ne nécessitent pas que les effets de la jurisprudence soient modulés<sup>1382</sup>. Cependant, dans plusieurs arrêts<sup>1383</sup>, la Cour de cassation a dérogé à la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence. Si la sécurité juridique ne fonde pas expressément cette décision, il est possible de considérer que cet impératif a fait partie des préoccupations de la Cour. En effet, tout d'abord, un revirement modifiant l'état du droit, l'appliquer rétroactivement peut déjouer les prévisions des parties et porter atteinte à la sécurité juridique. Ainsi, déroger à la rétroactivité d'un revirement permet d'éviter cet inconvénient<sup>1384</sup>. Ensuite, le rapport sur *Les revirements de jurisprudence*<sup>1385</sup>, qui proposait ce procédé, justifiait son emploi par l'atteinte que certains revirements pouvaient porter à la sécurité juridique. Il convient de préciser ici que, selon le communiqué officiel<sup>1386</sup> ayant accompagné l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 21 décembre 2006<sup>1387</sup>, ce document a constitué un élément précieux d'information et une source de réflexion pour ces juges. En effet, il est intéressant de noter qu'y est clairement revendiqué le lien existant entre la solution adoptée et la proposition du rapport sur les revirements de jurisprudence. Enfin, et ce point corrobore le précédent, le communiqué en question<sup>1388</sup> précisa également expressément que la sécurité juridique avait été une des préoccupations de la Cour de cassation dans sa décision de moduler dans le temps les effets du revirement, de même que pour le Conseiller rapporteur et l'Avocat général dans leurs rapport<sup>1389</sup> et avis<sup>1390</sup>. Il est intéressant ici de préciser que dans l'arrêt Société Tropic travaux signalisation du 16 juillet 2007<sup>1391</sup>, le Conseil d'État justifia expressément sa décision de moduler dans le temps les effets de son revirement de jurisprudence par l'« impératif de sécurité juridique ». Les deux hautes juridictions semblent ainsi habitées par les mêmes préoccupations dans leur utilisation du procédé de modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence, l'une le reconnaissant expressément, l'autre pas. Ce souci est présent

---

A. HERVIEU, « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », préc. ; P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467. Voir cependant : X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *La création du droit par le juge*, *APD*, 2007, n°50, p. 77 et s. : « Le propos est ici de montrer que les revirements créent assez peu d'insécurité juridique » (p. 78). Il est intéressant de noter qu'il a été proposé de justifier la paralysie de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence par le jeu de l'adage *error communis facit jus* : « il est inadmissible qu'une longue série d'arrêts ne permette pas toujours d'invoquer l'adage *Error communis*, lorsqu'un revirement se produit dans la jurisprudence » (H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », préc.).

<sup>1381</sup> Par exemple : Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 03-14717, préc.

<sup>1382</sup> Par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 2008, *D.* 2008. 1448, note A. AYNES ; *JCP E* 2008. 1742, note F. BUY ; *RTDciv.* 2008. 442, obs. P. DEUMIER.

<sup>1383</sup> Com. 26 octobre 2010, pourvoi n°09-68928, préc. ; Com. 13 novembre 2007, pourvoi n°05-13248, préc. ; Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n°00-20493, préc. ; Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, pourvoi n°01-10426, préc.

<sup>1384</sup> « La modulation dans le temps d'un revirement de jurisprudence se justifie par d'impérieux motifs de prévisibilité de la règle de droit. » (N. MORELLI, « L'article 1859 du code civil : du revirement prospectif à l'illusion rétrospective, Note sous Cour de cassation (com.) 26 octobre 2010, F-P+B, n° 09-68.928, *Hofnung c/ S<sup>té</sup> Mabel* », préc.).

<sup>1385</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 32 et s.

<sup>1386</sup> Communiqué, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1387</sup> Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n°00-20493, préc.

<sup>1388</sup> Communiqué, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1389</sup> Rapport de M. LACABARATS, Conseiller rapporteur, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1390</sup> Avis de M. LEGOUX, Avocat général, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1391</sup> CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux signalisation*, préc.

également au sein des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>1392</sup>, qui en a fait un principe général du droit communautaire dès 1962<sup>1393</sup>, et de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1394</sup>.

Si la sécurité juridique est sans doute une préoccupation de la Cour de cassation lorsqu'elle module dans le temps les effets de sa jurisprudence, elle doit néanmoins être précisée car toute insécurité juridique ne semble pas pouvoir déclencher le recours à ce mécanisme correcteur. Elle doit, pour l'instant<sup>1395</sup>, être caractérisée par la privation du justiciable de l'accès au juge<sup>1396</sup>, précision apportée par l'Assemblée plénière dans son arrêt du 21 décembre 2006 et confirmée dans les arrêts rendus par la première Chambre civile le 11 juin 2009<sup>1397</sup>.

Ainsi, à lire la jurisprudence de la Cour de cassation et la doctrine, le critère déclenchant la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est l'insécurité juridique à laquelle aboutirait l'application de la règle compétente, une insécurité caractérisée par la privation du justiciable de l'accès au juge. Un autre mécanisme correcteur intervient pour éviter que l'application des normes compétentes n'aboutisse à une insécurité juridique, il s'agit de la théorie de l'apparence.

**206. L'apparence** – La théorie de l'apparence est elle aussi un mécanisme correcteur auquel il est recouru lorsqu'une insécurité juridique est engendrée par l'application des normes destinées à régler le litige<sup>1398</sup>. Il convient de rappeler que, grâce à cet outil, des droits apparents produisent des conséquences juridiques en dépit de l'inefficacité à laquelle il faudrait conclure en vertu des règles applicables. Tous les actes passés sous un statut illusoire devraient être inefficaces. Une telle solution peut être injuste, contraire à la sécurité juridique pour ceux ayant cru à cette apparence. Ainsi, le juge recourt à la théorie de l'apparence pour rendre efficace les actes concernés. Il n'exprime cependant pas expressément dans ses arrêts qu'il recourt à la théorie de l'apparence car la situation présente une insécurité juridique. Cette préoccupation peut néanmoins être déduite des critères d'utilisation de ce mécanisme. Ces derniers sont de deux ordres : ils tiennent à l'objet de l'apparence et à la foi des sujets. La source de l'apparence se situe concrètement dans des instruments ou des comportements. Ainsi, quant à l'objet, les instruments<sup>1399</sup>, tels qu'un contrat désignant un contractant ou le

<sup>1392</sup> CJCE, Defrenne/Dabena, Aff. C-43/75, pt. 74.

<sup>1393</sup> CJCE, 6 avril 1962, aff. 13/61, Bosch ; CJCE, 27 mars 1980, Denkavit Italiana, aff. 61/79, Rec. 1205.

<sup>1394</sup> CEDH, 13 juin 1979, n° 6833/74, Marckx c/Belgique, série A, n°31, § n°58.

<sup>1395</sup> Il est possible d'envisager qu'il ne s'agit pas du critère exclusif d'utilisation de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence. Ainsi, l'atteinte aux prévisions des parties provoquée par un revirement de jurisprudence pourrait permettre au juge de déroger à la rétroactivité de principe de la jurisprudence dans le cas notamment d'obligations renforcées du professionnel (P. DEUMIER, « Application de la jurisprudence dans le temps : retour vers le passé (à propos de Civ. 1re, 11 juin 2009, deux arrêts, pourvois n° 07-14.932 et 08-16.914, P+B+I) », *RTDciv.* 2009. 495 ; N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », préc. ; A. AYNES, « Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence », *D.* 2008. 1448).

<sup>1396</sup> Sur ce point *cf. infra* § n°212.

<sup>1397</sup> « La sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge » (Civ., 1ère, 11 juin 2009, pourvois n°07-14932 et n°08-16914, préc.).

<sup>1398</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°8 ; T. PIAZZON, « La sécurité juridique », préc. ; P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* », préc., p. 9 ; « Des motifs de sécurité juridique inclinent parfois à déduire des conséquences juridiques d'une situation apparente » (*Lexique des termes juridiques*, préc., « Apparence », p. 62) ; A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, préc., n°20, p. 18, n°636 et s., p. 387 et s. et p. 33 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », préc., spéc. p. 76 ; C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.

<sup>1399</sup> Par exemple : Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 décembre 1976, n° de pourvoi : 75-12426, *Bull. civ.* 1 n°403 p. 316.

mandat conférant un pouvoir, et le comportement des acteurs, doivent rendre vraisemblable la croyance du tiers. L'élément matériel de l'apparence est rarement constitué par un fait unique mais résulte généralement d'un faisceau de circonstances<sup>1400</sup>. Quant à la foi des sujets, la bonne foi est exigée<sup>1401</sup>, elle est établie, et l'apparence constituée, par la démonstration d'une erreur commune ou d'une croyance légitime<sup>1402</sup>. Ainsi, le but de l'apparence est de protéger les tiers qui, de bonne foi, se sont fiés à ce qu'ils ont pu voir. Sans cette correction, le tiers serait placé dans une situation d'insécurité juridique. En effet, tous les actes passés par le titulaire seulement apparent d'un droit ou d'un pouvoir tomberaient à la découverte de la vérité juridique. Cette insécurité entamerait la confiance en le système juridique<sup>1403</sup>. Ce mécanisme répond ainsi à un besoin de sécurité dans les relations juridiques<sup>1404</sup> et plus précisément à un « impératif de « sécurité dynamique » favorisant les relations juridiques. Ceux qui sont protégés sont ceux qui agissent pour acquérir des droits, non ceux qui prétendent tirer profit de la situation existante sans effort personnel »<sup>1405</sup>. Le mécanisme correcteur de l'apparence est donc utilisé en cas d'insécurité juridique. Celle-ci est caractérisée par l'atteinte à la croyance légitime d'une personne quant à la réalité d'une situation juridique.

L'insécurité juridique est un des cas d'utilisation des mécanismes correcteurs et donc la sécurité juridique une des valeurs protégées par ces instruments. Le respect d'autres valeurs, plus contingentes, est assuré par les mécanismes correcteurs.

## 2. La protection de valeurs contingentes

**207. Plan** – « L'articulation du judiciaire et des valeurs se présente comme un processus essentiellement dynamique. Cette dynamique tient sans doute et au premier chef à la contingence qui s'attache à certaines valeurs »<sup>1406</sup>. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne n'interviennent pas seulement pour permettre au juge d'assurer la protection de valeurs traditionnelles mais également dans des situations moins attendues. En effet, d'une part, certains mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont appelés à corriger les atteintes portées non pas seulement aux individus mais au droit lui-même (a). D'autre part, ont émergé de nouvelles valeurs, que la technique du mécanisme correcteur, adaptable grâce à sa souplesse, a prises en compte (b).

### a. L'atteinte portée au droit lui-même

---

<sup>1400</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°862, p. 852-853.

<sup>1401</sup> Par exemple : Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 février 2002, n° de pourvoi : 99-16521, inédit ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 juin 1992, n° de pourvoi : 90-13875, inédit ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 11 juin 1980, n° de pourvoi : 79-11449, *Bull. civ.* 3 n°115.

<sup>1402</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°113 et s. Voir également : W. DROSS, « L'apparence : erreur invincible et commune ou simple absence de faute ? (Civ. 3e, 20 mai 2014, n° 10-10.293, non publié, AJDI 2014. 633) », *RTDCiv.* 2014. 913.

<sup>1403</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°116 : « error communis facit jus », p. 229 et s.

<sup>1404</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°44 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°849, p. 839 ; L. LEVENEUR, *Les situations de fait en droit privé*, préc., n° 127, p. 148 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>ème</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 579, p. 327 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 1, n°279, p. 456-459.

<sup>1405</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°869, p. 861. Dans le même sens : R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 1, n°279, p. 456-459.

<sup>1406</sup> *Le juge, gardien des valeurs ?*, dir. V. FORTIER, CNRS éd., 2007, p. 18.

**208. La protection du droit par le recours aux mécanismes correcteurs** – Si certains cas précédemment étudiés laissent apparaître que les mécanismes correcteurs interviennent dans un souci de protection des justiciables, ce n'est qu'une partie de la vérité. Ils sont, en effet, également, et surtout plus largement, mobilisés pour protéger le droit lui-même. Ils permettent notamment au juge d'éviter, d'une part, que l'application de la règle compétente n'aboutisse à ce que le droit soit détourné de sa fonction (il en est ainsi, par exemple, de l'abus de droit et de la fraude) et, d'autre part, qu'il soit porté atteinte à un besoin de politique juridique. Si la protection du droit en tant que tel à travers les choix de politique juridique opérés et le respect de ses fonctions cadre de manière moins évidente avec le concept de « valeur », il peut néanmoins être affirmé qu'elle en fait pleinement partie. En effet, considérer que le droit est un système tourné vers la réalisation de valeurs revient à envisager ces dernières comme donnant du sens aux règles de droit, les liant dans un ensemble cohérent<sup>1407</sup>. Quels seraient la cohérence et le sens d'un système juridique dont les règles pourraient être détournées de leurs fonctions et les choix de politique juridique désavoués ? Il est donc possible de rattacher ce souci du système juridique au concept de « valeur ». Il convient au surplus de noter que, finalement, tous les mécanismes correcteurs tendent à assurer la protection du système juridique en lui-même, même si c'est parfois de manière indirecte. En effet, en évitant qu'une injustice frappe le justiciable, le droit tout entier est protégé<sup>1408</sup>. Un système qui laisserait subsister des situations contraires à la morale ou l'équité ne manquerait pas d'être atteint dans sa légitimité et, son acceptabilité par les citoyens, ébranlée<sup>1409</sup>.

**209. L'abus de droit et la fraude, des recours pour éviter que le droit soit détourné de ses fonctions** – Lors d'un précédent développement, il est apparu que le mécanisme correcteur de l'abus de droit pouvait intervenir pour éviter que ne soit constituée une situation contraire à la morale à travers la recherche d'une intention de nuire. Ce critère a pu être jugé trop restrictif<sup>1410</sup> et un autre lui a été ajouté. Ainsi, ce mécanisme interviendrait également lorsque le droit, de propriété par exemple s'il est envisagé sous un aspect subjectif, mais également au sens objectif du terme<sup>1411</sup>, est détourné de sa fonction<sup>1412</sup>. Jossierand, défendant une vision socialisante des droits, définissait l'abus de droit comme « l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité »<sup>1413</sup>. Les droits ont des fonctions qu'il n'est pas permis de détourner de leur destination sociale. Selon cette thèse, peu importe l'intention de nuire. Il suffit de rechercher si l'activité entrait bien dans les prévisions du législateur. Les décisions de justice condamnent rarement ceux qui exercent leur droit de manière abusive au motif explicite qu'ils ont détourné leur droit de sa finalité<sup>1414</sup> mais il y a néanmoins des exceptions. La Cour d'appel de Paris, par exemple, a considéré qu'« en détournant à d'autres fins les règles régissant de contrat de travail et le licenciement, l'employeur s'est rendu coupable d'un abus de droit »<sup>1415</sup>. Il est intéressant de relever que cette conception de l'abus de droit est notamment retenue par le *Lexique des termes juridiques* des éditions Dalloz puisqu'il y est défini comme le « fait, pour le titulaire d'un droit, de le mettre en œuvre [...] en dehors de sa finalité »<sup>1416</sup>.

---

<sup>1407</sup> Cf. *supra* § n°163.

<sup>1408</sup> Cf. *infra* § n°276.

<sup>1409</sup> Cf. *infra* § n°267.

<sup>1410</sup> Cf. *supra* § n°197.

<sup>1411</sup> Sur les liens entre droit subjectif et droit objectif, cf. *supra* n°127.

<sup>1412</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°24-28.

<sup>1413</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°292.

<sup>1414</sup> P. ANCEL et G. AUBERT, « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », préc.

<sup>1415</sup> Paris, 24 mars 1999, *D.* 1999. IR. 141.

<sup>1416</sup> *Lexique des termes juridiques*, préc., « Abus de droit », p. 5.



Le mécanisme de la fraude tend lui aussi à intervenir pour éviter que le droit soit détourné de ses fonctions. Le critère tiré de la contrariété de l'acte frauduleux à la morale peut être considéré comme insuffisant et cet autre critère utilement le compléter<sup>1417</sup>. En effet, il s'agit d'éviter qu'un individu tire parti des règles juridiques afin de bénéficier d'un avantage dont il ne devrait pas profiter<sup>1418</sup>. La fraude prospère par des procédés licites grâce auxquels l'ordre juridique produit et valide un résultat qui en constitue pourtant la négation<sup>1419</sup>. Elle est « un agissement illicite par emploi de moyens réguliers »<sup>1420</sup>. Selon une conception stricte de la fraude<sup>1421</sup>, trois éléments doivent être réunis : une règle obligatoire, l'intention de l'éluder<sup>1422</sup> et l'emploi à cette fin d'un procédé adéquat. Ainsi, le sujet est placé dans une situation dont les conséquences juridiques s'imposent à lui, par exemple, un médecin soignant un malade, il ne peut recevoir de ce patient une libéralité<sup>1423</sup>. Pour échapper à ces contraintes, la fraude est mise en œuvre, le médecin épouse son patient pour bénéficier de donations, par exemple. Le droit est détourné de ses fonctions, alors même que les règles sont respectées dans leur lettre. Le droit ne peut alors tolérer le mépris de l'esprit de la règle. L'effet recherché par les époux sera supprimé et le mariage maintenu, les donations ainsi faites seront donc annulées si l'intention était d'éluder la prohibition légale<sup>1424</sup>. Le mécanisme correcteur de la fraude est un précieux instrument de défense de l'ordre juridique<sup>1425</sup>.

Des mécanismes correcteurs peuvent intervenir pour éviter que, par le jeu des normes en vigueur, le droit soit détourné de ses fonctions mais également, de manière plus prosaïque, pour sauvegarder certaines politiques juridiques.

**210. L'exception d'ordre public, un recours en cas d'atteinte portée à une politique juridique** – Le recours par le juge à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne est parfois déclenché, de manière pragmatique, pour sauvegarder la politique juridique du moment. Le mécanisme correcteur pouvant illustrer ce phénomène est l'exception d'ordre public.

<sup>1417</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°379 et s., p. 366 et s.

<sup>1418</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°808, p. 796.

<sup>1419</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°1, p. 1.

<sup>1420</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Fraude », sens 3, p.478.

<sup>1421</sup> Conception de José Vidal (*Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 208).

<sup>1422</sup> Par exemple : Cass., civ. 3<sup>ème</sup>, 8 avril 2010, n° de pourvoi : 08-70338, *Bull. civ.* 2010 III n°76.

<sup>1423</sup> Article 909 du Code civil : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci.

Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité.

Sont exceptées :

1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ;

2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers.

Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte. »

<sup>1424</sup> Paris, 23 févr. 1817, *S.* 1817. 2. 354, *S.* 1815-1818. 2. 241 ; Civ. 11 janv. 1820, *S.* 1819-1821. 1. 164 ; Civ. 21 août 1822, *S.* 1822-1824. 1. 129 ; M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Mariage (2° conditions de formation) », janvier 2010 (dernière mise à jour : mars 2012), n°73.

<sup>1425</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809 et s., p. 796 et s.

Il n'est pas aisé de dégager des critères d'utilisation de l'exception d'ordre public en droit international privé du fait de son approche casuelle<sup>1426</sup> et de son étendue<sup>1427</sup>. Sont généralement retenus, l'atteinte portée par le droit étranger aux valeurs communes<sup>1428</sup> voire au droit naturel<sup>1429</sup> et, le cas nous intéressant ici, la contradiction avec la politique juridique du pays du for<sup>1430</sup>.

Au sein d'un ordre juridique, différentes valeurs peuvent entrer en conflit nécessitant le sacrifice de certaines d'entre elles. De nombreuses dispositions traduisent ainsi un choix de politique juridique. Par exemple, à une certaine époque, la défense de la famille fondée sur le mariage était préférée à l'égalité entre les filiations. Ainsi, dans ce type d'hypothèses, le résultat auquel aboutirait l'application de la règle étrangère ne soulève pas la réprobation commune mais est simplement contraire à la politique suivie dans l'État du for. Le recours à l'exception d'ordre public tient ainsi à la préservation de cette politique, d'autant que le choix opéré par la règle étrangère peut compter des partisans dans l'État du for. Selon Batiffol et Monsieur Paul Lagarde, « les juges peuvent estimer que tout échec à ces règles, même pour des étrangers, contribuerait dangereusement à entretenir l'opinion que la politique contraire a ses avantages »<sup>1431</sup>.

L'exception d'ordre public en droit international privé intervient parfois pour préserver les choix de politique juridique opérés à un moment donné, se départissant de la protection des valeurs traditionnelles. Il en est de même d'autres mécanismes correcteurs déclenchés lorsque pourraient être heurtées des valeurs nouvelles.

#### b. De nouvelles valeurs

**211. Des mécanismes récents adaptés à la protection de valeurs nouvelles** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont des techniques utilisées par le juge pour éviter d'appliquer la règle compétente lorsque cette opération aboutirait à heurter les valeurs du système juridique. L'émergence de nouvelles valeurs a engendré le besoin de créer de nouveaux mécanismes correcteurs. L'une d'entre elles est l'accès à la justice, assurée par la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence et le recours-nullité.

**212. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence** – La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est sans doute l'un des mécanismes correcteurs les plus récents du système juridique<sup>1432</sup>. Il intervient pour éviter l'insécurité juridique particulièrement néfaste engendrée par la rétroactivité de certaines évolutions de la jurisprudence. En effet, ce mécanisme permet d'écarter l'application du principe de la rétroactivité de la nouvelle jurisprudence car elle est inadaptée à régler le litige de manière satisfaisante en risquant de contrevenir aux prévisions des parties ayant réglé leur action sur la

---

<sup>1426</sup> Sur ce point *cf. infra* § n°218.

<sup>1427</sup> *Cf. supra* § n°183.

<sup>1428</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t1, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1993, n°363, p. 584-585 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°311 et s., p. 277 et s.

<sup>1429</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°200, p. 150.

<sup>1430</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°200, p. 150 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 1970, n°379, p. 499-502 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t1, préc., n°364, p. 585-586 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°311 et s., p. 277 et s.

<sup>1431</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t1, préc., n°359, p. 417.

<sup>1432</sup> Sur l'origine de ce mécanisme correcteur *cf. infra* § n°305.

base de la règle alors en vigueur<sup>1433</sup>. Cependant, pour l'instant<sup>1434</sup>, le critère retenu par la jurisprudence est très restrictif. Il n'est pas suffisant que le revirement provoque une insécurité juridique, il faut que le justiciable soit privé de l'accès au juge<sup>1435</sup>. C'est ainsi plus particulièrement cet aspect qui justifie le recours à ce mécanisme correcteur. Dans l'arrêt rendu le 21 décembre 2006<sup>1436</sup>, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a précisé la portée des décisions de la deuxième Chambre civile du 8 juillet 2004<sup>1437</sup> et de la Chambre commerciale du 26 octobre 2010<sup>1438</sup> en considérant qu'appliquer immédiatement la règle nouvelle à l'instance en cours aboutirait à « priver la victime d'un procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». De même, dans les décisions rendues par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 11 juin 2009, celle-ci ne retient pas la modulation du revirement en expliquant que « la sécurité juridique [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge »<sup>1439</sup>. Ainsi, si la modulation n'est pas retenue ici, elle est néanmoins admise dans une hypothèse limitée : lorsque que le justiciable est privé de l'accès au juge du fait de l'application rétroactive du revirement. Il est intéressant de noter que le Conseil d'État retient, de son côté, deux critères de déclenchement de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence : d'une part, la protection du droit au recours<sup>1440</sup> et, d'autre part, « l'impératif de sécurité juridique s'attachant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours »<sup>1441</sup>. Le droit au recours est donc retenu comme critère devant cette juridiction également et ce de manière peut-être prépondérante puisque l'arrêt Assistance publique de Marseille du 2 septembre 2009<sup>1442</sup>, n'admet expressément un pouvoir de modulation du juge qu'en vue d'éviter une atteinte au droit au recours.

L'émergence de ce nouveau mécanisme correcteur et ses critères d'utilisation témoignent de la prise en compte croissante de l'accès à la justice, pouvant aujourd'hui et de manière récente être considérée comme une valeur à réaliser par le système juridique. Cette émergence est essentiellement le fait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1443</sup>

---

<sup>1433</sup> P. VOIRIN, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », préc. ; J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc. ; C. MOULY, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 ; « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n° 33.

<sup>1434</sup> Cf. *supra* § n°205 nbp n°1368.

<sup>1435</sup> N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », préc.

<sup>1436</sup> Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n° 00-20493, préc.

<sup>1437</sup> Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 01-10426, préc.

<sup>1438</sup> Com. 26 octobre 2010, pourvoi n°09-68928, préc.

<sup>1439</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvois : 07-14932, 08-16914, préc.

<sup>1440</sup> CE sect. 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris, Req. n° 283141, *AJDA* 2008. 1316, Chron. E. GEFFRAY et B. BOURGEOIS-MACHUREAU ; *RFDA* 2008. 689, concl. J.-P. THIELLAY et 964, note B. PACTEAU.

<sup>1441</sup> CE, 16 juillet. 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, préc.

<sup>1442</sup> « si cette règle de réparation résulte d'une jurisprudence postérieure à l'arrêt attaqué, il appartient en principe au juge administratif de faire application de la règle jurisprudentielle nouvelle à l'ensemble des litiges, quelle que soit la date des faits qui leur ont donné naissance, sauf si cette application a pour effet de porter rétroactivement atteinte au droit au recours ; que, par suite et contrairement à ce qui est soutenu en défense, la circonstance que ladite règle, qui n'affecte pas le droit au respect d'un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n°1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soit postérieure à l'arrêt de la cour, ne saurait faire obstacle à son application au litige dont le Conseil d'État est saisi, dès lors qu'il n'en résulte aucune atteinte au droit au recours des intéressés » (CE 2 sept. 2009, Req. n° 297013, *Lebon* 2010 ; *AJDA* 2009. 1584).

<sup>1443</sup> S. GUINCHARD, « Le droit à un procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, 1998. 191.

qui elle-même occupe une place croissante au sein de l'ordre juridique. L'accès au juge<sup>1444</sup> ne ressort pas textuellement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme mais en a été dégagé par la Cour de Strasbourg dans un arrêt Golder contre Royaume-Uni du 21 février 1975<sup>1445</sup>, impliquant une exigence d'effectivité<sup>1446</sup>. Il a été reconnu comme étant une garantie fondamentale accordée aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques en 1972<sup>1447</sup> par le Conseil d'État et a acquis valeur constitutionnelle en 1993<sup>1448</sup>. La Cour de cassation a proclamé plusieurs fois son caractère de droit fondamental<sup>1449</sup>. Par exemple, la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans l'arrêt dit « NIOC », rendu le 1<sup>er</sup> février 2005<sup>1450</sup>, a considéré que :

l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du Tribunal de grande instance de Paris.

Pour Monsieur Bruno Potier de la Varde, le droit au juge est « au dessus de toute autre garantie »<sup>1451</sup>. L'accès au juge peut être considéré comme une valeur du système juridique, défendue également à travers le mécanisme du recours-nullité.

**213. Le recours nullité** – Le recours-nullité semble également être utilisé lorsqu'il est porté atteinte aux valeurs du système juridique et plus précisément en cas d'excès de pouvoir<sup>1452</sup>. La jurisprudence admettait ce recours dans deux cas, si les premiers juges s'étaient rendus coupables d'une méconnaissance grave d'une règle procédurale, ou d'un dépassement ou d'un excès de pouvoir. Cependant, par un arrêt du 28 janvier 2005, la Chambre mixte de la Cour de cassation<sup>1453</sup> a restreint le champ du recours-nullité à la commission d'un excès de pouvoir par les juges et précisé que celui-ci ne comprenait pas la violation du principe de la contradiction<sup>1454</sup>, ou de celle de l'obligation de motivation<sup>1455</sup> ou encore la méconnaissance du droit à un procès équitable et à un recours effectif<sup>1456</sup>. Le juge

---

<sup>1444</sup> *L'accès au juge* : Justice & Cassation, Dalloz, 2008 ; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011, n° 230 s., p. 507 s.

<sup>1445</sup> « on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès » (CEDH, Golder c/ Royaume-Uni, 21 février 1975, requête n° 4451/70, § 26 et s., spéc. § 35) ; N. FRICERO, « L'accès au juge », in *L'accès au juge* : Justice & Cassation, Dalloz, 2008, p. 15 et s. ; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, préc., n° 242 et s., p. 521 s.

<sup>1446</sup> N. FRICERO, « L'accès au juge », préc., spéc. p. 15.

<sup>1447</sup> CE, 7 janvier 1972, *Leb.* p. 26.

<sup>1448</sup> Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *RFDA* 1993. 871. Le Conseil constitutionnel l'a ensuite rattaché à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (décision n°93-335 DC, 21 janvier 1994, *JCP* 1994. I. 3761) puis définitivement consacré en 1996 (décision n°96-373 DC, 9 avril 1996, *AJDA* 1996. 371).

<sup>1449</sup> Cass. crim., 26 juin 1991, *Gaz. Pal.* 1992, 1. 16 ; Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, *D.* 1995, Jur. 513, concl. M. JÉOL et note R. DRAGO.

<sup>1450</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *État d'Israël c. National Iranian Oil Company*, T. CLAY, « Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 1<sup>er</sup> février 2005, *État d'Israël c. National Iranian Oil Company* », *Rev. Crit. DIP* 2006. 140 ; *D.* 2005. 2727, note S. HOTTE, *RTDcom.* 2005. 266, obs. E. LOQUIN.

<sup>1451</sup> B. POTIER DE LA VARDE, « Le droit d'accès au juge est au dessus de toute autre garantie », Editorial, in *L'accès au juge* : Justice & Cassation, Dalloz, 2008, p. 8.

<sup>1452</sup> C. CHARRUAULT, « L'excès de pouvoir du juge civil », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz Litec, 2006, p. 857.

<sup>1453</sup> Cass. Ch. Mixte, 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-19.153, *BICC* n° 617 du 15 avr. 2005.

<sup>1454</sup> Com. 28 janvier 2014, n° 12-25.008 (n° 116 F-P+B), *D.* 2014. 368 ; Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 novembre 2005, n° de pourvoi : 03-20815, *Bull. civ.* II, n°293 p. 260, *D.* 2005. AJ 3085, obs. A. LIENHARD.

<sup>1455</sup> Com. 26 janvier 2010, n° de pourvoi : 08-21330, *Bull. civ.* IV, n°19, *D.* 2010. AJ 380.

<sup>1456</sup> Com. 19 juin 2012, n°11-20066, publié au Bulletin, *D.* 2012. AJ 1670.

excède son pouvoir s'il se place en dehors de la loi. Dans son rapport en vue de l'arrêt de Chambre mixte du 28 janvier 2005<sup>1457</sup>, Monsieur le Conseiller Charruault classe les hypothèses d'excès de pouvoir en différentes catégories : d'abord l'atteinte au principe de la séparation des pouvoirs<sup>1458</sup> lorsque le juge empiète sur le domaine de compétence du législateur ou de l'exécutif<sup>1459</sup>. La méconnaissance, par le juge judiciaire, du principe de séparation des autorités judiciaires et administratives constitue également, aux yeux de la Cour de cassation, un excès de pouvoir<sup>1460</sup>. Constitue, ensuite, une autre catégorie d'excès de pouvoir, l'excès de pouvoir positif, lorsque le juge use de prérogatives que la loi ne lui a pas attribuées<sup>1461</sup>. L'excès de pouvoir peut enfin être négatif<sup>1462</sup> lorsque le juge entend ne pas user d'un pouvoir que la loi lui attribue ou ne pas statuer. Ainsi, l'intervention d'un mécanisme correcteur en cas d'excès de pouvoir du juge revient à écarter la règle compétente si elle aboutit à heurter les valeurs du système juridique. L'excès de pouvoir n'est pas en lui-même très récent mais il a contribué à l'émergence d'un droit fondamental à un recours<sup>1463</sup> et donc, à l'accès à la justice<sup>1464</sup>.

Plusieurs conséquences de l'application de la norme compétente à un litige déclenchent le recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Si ces hypothèses d'utilisations sont multiples et restent ouvertes, elles peuvent être réunies au sein d'une même logique. En effet, toutes témoignent de ce que le juge recourt à un mécanisme correcteur pour éviter, de manière plus générale, une atteinte portée aux valeurs du système juridique.

## B. La logique commune de l'utilisation des mécanismes correcteurs : l'atteinte portée aux valeurs du système juridique

### 214. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, un instrument de protection des valeurs du système juridique – L'étude des critères propres à déclencher

<sup>1457</sup> M. CHARRUAULT, Rapport du Conseiller rapporteur, site internet de la Cour de cassation ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)).

<sup>1458</sup> F. KERNALEGUEN, *Dictionnaire de la justice*, dir. L. CADIET, 2004, « Excès de pouvoir », p. 487 et s.

<sup>1459</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 1967, *Bull. civ. I*, n° 188 : le juge se livra dans les motifs de son jugement, à une critique d'un décret en contestant l'opportunité et l'efficacité des règles nouvelles de la procédure édictées par ce texte ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 janvier 1980, n° de pourvoi : 79-16124, *Bull. civ. I*, n° 25.

<sup>1460</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1985, n° de pourvoi : 84-12869, *Bull. civ. I*, n° 143 ; mais n'est pas susceptible de pourvoi immédiat la décision en dernier ressort par laquelle le juge se borne à rejeter l'exception d'incompétence (Soc. 4 mars 1992, n° de pourvoi : 89-40276, *Bull. civ. V*, n° 145) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 1990, n° de pourvoi : 87-20239, *Bull. I*, n° 55, sans doute parce que seul le jugement sur le fond sera susceptible de réaliser concrètement l'excès de pouvoir affectant la décision rejetant à tort l'exception d'incompétence ; en ce sens, M. CHARRUAULT, rapport préc. ; pour d'autres exemples, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994, n° de pourvoi : 92-18084, *Bull. civ. I*, n° 224 : juge des référés statuant alors que le juge de l'exécution était seul compétent .

<sup>1461</sup> V. par ex., Soc. 3 octobre 1985, n° de pourvoi : 83-41084, *Bull. civ. V*, n° 439 : la décision du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes allouant des provisions d'un montant total supérieur au plafond prévu par l'art. R. 516-9 C. trav. est entachée d'excès de pouvoir et l'appel immédiat est donc recevable. Il ne s'agit dans ce cas ni d'atteinte à la séparation des pouvoirs, ni de méconnaissance d'une règle de compétence, mais d'un usage abusif et excessif d'un pouvoir conféré par la loi ; pour d'autres exemples : Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 juin 2002, n° de pourvoi : 01-13935, *Bull. civ. II*, n° 146 : l'arrêt qui, en présence d'une convention d'arbitrage, rejette l'exception d'incompétence de la juridiction étatique, est entaché d'excès de pouvoir, dès lors qu'il appartient à l'arbitre de statuer sur sa compétence.

<sup>1462</sup> Com. 3 mars 1992, n° de pourvoi : 90-12602, *Bull. civ. IV*, n° 103 : la cour d'appel qui refuse d'écarter la règle fermant au débiteur la voie de l'appel commet un excès de pouvoir ; F. KERNALEGUEN, *Dictionnaire de la justice*, dir. L. CADIET, 2004, « Excès de pouvoir », préc.

<sup>1463</sup> *Dictionnaire de la justice*, dir. L. CADIET, 2004, « Excès de pouvoir », p. 487 et s. ; S. GUINCHARD, « Le droit à un procès équitable, droit fondamental? », préc.

<sup>1464</sup> A. MARLANGE, « Le pourvoi-nullité, Note de jurisprudence », in *L'accès au juge : Justice & Cassation*, Dalloz, 2008, p. 237 et s. ; S. GUINCHARD *et alii*, *Droit processuel*, préc., n° 256, p. 562 et s.

chacun des mécanismes correcteurs étudiés a permis de les regrouper pour mettre en évidence des convergences et ainsi les cas où il est recouru à cette technique. Cette dernière est mobilisée lorsque l'application de la norme compétente au litige entraînerait ou permettrait qu'il soit porté atteinte à une ou plusieurs valeurs, traditionnelles ou plus contingentes, du système juridique. Cette protection des valeurs du système juridique ne se limite cependant pas aux cas énumérés mais peut être entendue plus largement, de nouveaux mécanismes correcteurs émergents pour assurer le respect de nouvelles valeurs. Ainsi, les cas déclenchant l'utilisation de mécanismes correcteurs peuvent être réunis au sein d'une logique commune : la protection des valeurs du système juridique. Le mécanisme correcteur apparaît donc comme une technique protectrice appelée à intervenir lorsque le système pourrait être mis en péril par l'application sans nuance d'une norme. La technique autonome s'insère de manière cohérente dans l'appréhension du droit comme un système tourné vers la réalisation de certains objectifs dont fait partie la protection de valeurs<sup>1465</sup>. La mise en évidence de l'existence de mécanismes correcteurs en droit positif démontre la place véritable laissée aux valeurs au sein de l'ordre juridique. Celles-ci déclenchent le recours à cette technique particulière et donc, loin d'être étrangères au système, participent pleinement de la réalisation du droit.

L'exception d'ordre public témoigne du lien entre l'utilisation d'un mécanisme correcteur et les valeurs du système juridique car il n'intervient pas pour en protéger une en particulier mais pour assurer le respect de toutes<sup>1466</sup>. Monsieur David Sindres, dans sa thèse, l'envisage comme une des « limites au jeu de la règle de conflit de lois fondées sur la protection des ordres juridiques »<sup>1467</sup>. La protection des valeurs du système juridique par ce mécanisme est mise en évidence également par Monsieur Benjamin Rémy, elle lui permet d'opposer l'exception d'ordre public au phénomène des lois de police reposant, lui, sur des objectifs<sup>1468</sup>. Comme cela a été vu précédemment<sup>1469</sup>, il est considéré, qu'en plus de la sauvegarde d'une politique juridique, l'exception d'ordre public intervient en cas de défaut de communauté juridique et donc que les valeurs soient considérées comme naturelles et communes aux nations ou propre à l'État concerné. Batiffol et Monsieur Paul Lagarde ont identifié l'aspect protecteur du système juridique du mécanisme de l'ordre public international. Selon eux, il est « une nécessité inéluctable ; en admettant l'application des lois étrangères le législateur ne peut donner un blanc-seing à l'ensemble des législateurs de l'univers, et quelle que soit l'évolution ultérieure de leurs civilisations respectives »<sup>1470</sup>.

Cette logique commune dans l'utilisation des mécanismes correcteurs, ce dessein de protection du système juridique a été identifié par des auteurs. En effet, Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux avaient pressenti l'autonomie de la technique juridique que constituent les mécanismes correcteurs, démontrée par leur critère commun d'utilisation. En effet, dans leur ouvrage d'introduction au droit civil<sup>1471</sup> ils traitent de l'abus de droit, de l'apparence<sup>1472</sup> et de la fraude dans un même titre intitulé : « le respect des finalités du

---

<sup>1465</sup> Cf. *supra* § n°163.

<sup>1466</sup> D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, préc., p. 486 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n° 248, p. 333.

<sup>1467</sup> D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, th., Paris, 2007, n°289 et s., p. 223 et s.

<sup>1468</sup> B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°319 et s., p. 176 et s.

<sup>1469</sup> Cf. *supra* § n°210.

<sup>1470</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409.

<sup>1471</sup> Dès la première édition : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°692 et s., p. 574, et s. Jusqu'à la plus récente : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°761 et s., p. 747 et s.

<sup>1472</sup> Dans le même sens : « Les mécanismes correcteurs ne sont pas destructeurs ou négateurs des principes juridiques : ils permettent au contraire leur maintien en gérant au cas par cas leurs effets les plus pervers et inadaptés, neutralisant la remise en cause générale du principe » (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* »,

système juridique ». Pour ces auteurs, et plus particulièrement concernant la fraude, celle-ci « apparaît comme un moyen de garder le contrôle de l'application des normes juridiques en permettant d'y déroger au nom de la sauvegarde du droit tout entier »<sup>1473</sup>. En effet, en évitant que subsiste une situation immorale ou contraire à l'équité, le droit entier est protégé dans son acceptabilité et donc sa force.

L'étude des différents critères d'utilisation propres à chaque mécanisme correcteur a permis d'identifier l'hypothèse de déclenchement de la catégorie autonome de mécanisme correcteur : l'atteinte portée aux valeurs du système juridique. Celle-ci n'est pas utilisée expressément par le juge lorsqu'il recourt à un mécanisme correcteur puisque cette catégorie autonome n'est pas reconnue. Cependant, une certaine cohérence de méthode peut être relevée puisque le juge, lorsqu'il utilise un mécanisme correcteur, semble adopter une démarche casuelle, un procédé en adéquation avec la logique de cet instrument protecteur.

## § 2 - Les mécanismes correcteurs témoins d'une approche casuelle du juge

**215. Plan** – Pour déclencher l'utilisation d'un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, le juge doit déterminer si l'application de la norme porterait, dans l'espèce considérée et seulement dans celle-ci, atteinte aux valeurs du système juridique. Il doit donc adopter une démarche casuelle, c'est-à-dire proche des faits. Ce n'est pas ainsi la norme en elle-même qui est étudiée au regard d'une éventuelle atteinte au système juridique mais bien le résultat de son application à une espèce considérée.

Cette approche casuelle se traduit par différentes manifestations (A) et se révèle être également l'une des caractéristique des mécanismes correcteurs, un caractère permettant d'inclure ou d'exclure des objets juridiques de cette catégorie (B).

### A. Les manifestations de la démarche casuelle du juge

**216. Plan** – Le juge, lorsqu'il recourt à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, adopte une démarche casuelle, c'est-à-dire qu'il discerne, dans les faits, si les conséquences de l'application de la norme générale sont acceptables. L'approche ainsi adoptée n'est donc pas constante mais dépend du cas<sup>1474</sup>. De celle-ci découlent certaines attitudes du juge dans son utilisation des mécanismes correcteurs. En effet, cette démarche connaît différentes manifestations plus ou moins directement liées les unes aux autres. Tout d'abord, le juge recourt à une appréciation *in concreto* de l'atteinte (1), ensuite, il emploie le mécanisme correcteur de manière exceptionnelle (2) et, enfin, il y recourt de manière subsidiaire (3).

---

préc., p. 18) ; « une large utilisation de la théorie de l'apparence [...] a permis [...] à la jurisprudence, et cette fois au mépris de la loi ou de principes incontestables, d'écarter l'application de textes du droit positif qui ne correspondent plus aux nécessités pratiques de l'heure présente, comme aussi de maintenir des situations de fait dont l'anéantissement risquerait de troubler l'ordre public » (P. LESCOT, « Les tribunaux face à la carence du législateur », préc.).

<sup>1473</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°813, p. 802.

<sup>1474</sup> F.-X. TESTU, « Casuistique », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 169 et s. Il est expliqué dans cet ouvrage que le terme « casuistique » provient de la théologie morale et semble ne pas appartenir pleinement au langage du droit, contrairement à l'adjectif « casuel », c'est pourquoi il sera fait référence dans ces pages à une approche casuelle du juge plutôt qu'à une casuistique.

## 1. L'appréciation *in concreto* de l'atteinte portée au système juridique

**217. L'appréciation *in concreto*** – L'utilisation par le juge d'un mécanisme correcteur est déclenchée par l'atteinte portée par l'application de la norme à un litige aux valeurs du système juridique. Cette notion est suffisamment large pour laisser au juge une marge importante d'appréciation mais celle-ci est nécessairement *in concreto*. En effet, le mécanisme correcteur intervient pour écarter l'application de la norme compétente si, dans les faits de l'espèce considérée, elle aboutit à créer ou admettre une atteinte portée au système juridique.

L'appréciation est un mode de décision fondé sur la prise en compte de critères objectifs dont la pesée laisse nécessairement à celui qui apprécie une certaine latitude. Cette opération peut être abstraite ou concrète, il est alors généralement parlé d'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* du critère<sup>1475</sup>. L'appréciation *in abstracto* est générale, objective, inhérente à un type de concept ou de relation, un « type humain général »<sup>1476</sup>. À l'inverse, l'appréciation *in concreto* s'attache à la seule considération de l'espèce en cause, d'un individu singulier. En principe, ce type de questionnement intervient pour apprécier si le comportement d'un individu entre dans le champ d'une catégorie juridique, pour déterminer par exemple s'il a commis une faute. Dans cette hypothèse, une appréciation *in abstracto* conduit à comparer le comportement de la personne en cause avec celui qu'aurait « le bon père de famille » c'est-à-dire une personne *lambda*. L'appréciation *in concreto*, elle, commande de prendre en compte les caractéristiques propres de l'individu pour décider s'il a commis une faute<sup>1477</sup>.

Il convient de préciser que la question de l'appréciation *in concreto* du critère d'utilisation des mécanismes correcteurs se pose nécessairement en termes différents. Il s'agit, certes, parfois d'apprécier le comportement des protagonistes dans l'étude de certains critères propres à des mécanismes correcteurs mais pas quant au point de savoir si une atteinte est portée au système juridique. L'appréciation *in concreto* de cette hypothèse revient ici à déterminer si, en l'espèce et non de manière abstraite, l'application de la norme compétente porterait atteinte au système juridique. L'exception d'ordre public et le contrôle concret de conventionnalité illustrent ce type de questionnement.

## **218. L'exemple de l'exception d'ordre public** – Les auteurs<sup>1478</sup> s'accordent pour

---

<sup>1475</sup> N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965 ; V. MALABAT, *Appréciation "in abstracto" et appréciation "in concreto" en droit pénal*, 1999.

<sup>1476</sup> N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, préc., n°5, p. 3.

<sup>1477</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°593, p. 470 ; A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°544, p. 386 ; P. CONTE, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Responsabilité du fait personnel », mai 2002, (dernière mise à jour : janvier 2012), n°10 et s.

<sup>1478</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°357, p. 414 ; P. LAGARDE, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°139 et s., p. 162 et s. ; M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°359, p. 329-331 et n°729, p. 638 ; « En tant qu'exception à l'application d'une norme étrangère, intervenant au terme d'une confrontation des effets de celle-ci aux valeurs protégées par l'ordre public du for dont il dessine le seuil de tolérance dans chaque cas, l'ordre public s'oppose conceptuellement à l'impérativité ( et à l'illicéité), qui emprunte un raisonnement exclusif et a-prioristique. Il a été démontré (par D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*. (Recherches sur le pluralisme juridique, thèse, Paris I, 2002), n°400 et s.) que chacune de ces deux démarches s'inscrivait méthodologiquement et épistémologiquement au sein de deux pensées théoriques différentes. Selon cet auteur, en tant qu'elle est avant tout respectueuse de l'altérité, l'exception d'ordre public prend place dans une pensée pluraliste, dont l'expression la plus fidèle en droit international privé serait l'unilatéralisme » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t1, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2010, n°457, p. 488 et n°469, p. 498) ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°205-1, p. 153-154 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°308, p. 273-274 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n° 252, p. 338 ; N. JOUBERT, « Une loi étrangère qui ne prévoit



considérer que la confrontation du contenu de la règle étrangère aux exigences de l'ordre public international ne s'effectue pas d'une manière abstraite à moins de porter un jugement de valeur sur le contenu général des règles étrangères. Ce n'est pas, en soi, le contenu de la règle étrangère qui déclenche l'exception d'ordre public mais le résultat inadmissible auquel conduirait son application à l'espèce. Le déclenchement de l'exception implique donc un examen des conséquences concrètes de l'application du droit étranger au cas d'espèce. Un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 28 novembre 2006<sup>1479</sup> permet d'illustrer l'appréciation *in concreto* de la contrariété d'une règle étrangère à l'ordre public international français. En l'espèce, la Cour d'appel de Douai a fait application des dispositions françaises sur la prestation compensatoire car la loi marocaine, considérée comme compétente, était, selon cette juridiction, contraire à l'ordre public français en matière internationale en ne prévoyant pas de véritable compensation financière à la suite du prononcé du divorce pour celui des époux souffrant le plus financièrement de la rupture du lien matrimonial, une décision approuvée par la Cour de cassation. Il s'agit ici d'une appréciation *in concreto* car la loi marocaine prévoyait bien une certaine forme de compensation pécuniaire<sup>1480</sup>. Cependant, c'est en l'espèce que l'application de cette loi ne permettait pas d'allouer une compensation suffisante à l'épouse. Ainsi, l'appréciation *in concreto* des conséquences de l'application de la règle étrangère sur l'espèce considérée entraîne la mobilisation du mécanisme correcteur de l'ordre public international. Une méthode similaire est expressément employée par la Cour de cassation lorsqu'elle procède à un contrôle concret de conventionnalité.

**219. L'exemple du contrôle concret de conventionnalité** – Le contrôle de conventionnalité n'est pas nouveau. Ce qui l'est, en revanche, dans le cas du contrôle concret de conventionnalité et qui permet de le qualifier de mécanisme correcteur, c'est l'objet de ce contrôle. Ce n'est pas la loi elle-même, abstraitement envisagée, qui est en cause mais son application concrète à une espèce. Comme l'a souligné M. Hugues Fulchiron, la Cour de cassation jusqu'ici « n'avait jamais utilisé aussi clairement l'article 8 pour prendre une décision dans un cas particulier, sans remettre en cause la règle elle-même »<sup>1481</sup>. Cela a précédemment été exposé<sup>1482</sup>, l'attention portée aux faits ressort nettement : les motifs ne sont pas formulés de manière générale mais cantonnés à l'affaire en cause et, dans le communiqué sur l'arrêt rendu par la première Chambre civile le 4 décembre 2013<sup>1483</sup> il est précisé que « Les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant » et surtout que « En raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». Ce dédoublement du contrôle de conventionnalité, qui peut être opéré abstraitement et concrètement, est particulièrement visible dans un arrêt rendu par le Conseil d'Etat<sup>1484</sup> le 31 mai 2016<sup>1485</sup>. Dans

---

pas d'allocation financière suffisante après divorce est contraire à l'ordre public international ; Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) - 28 novembre 2006, *M. Larbi S. c. M<sup>me</sup> Fatima H.*, », *Rev. Crit. DIP*, 2007. 584.

<sup>1479</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2006, *M. Larbi S. c. M<sup>me</sup> Fatima H.*, n° 04-11520 (n° 1674 (FS-P+B)), *Bull. civ.* 2006 I n° 524 p. 463, *D.* 2007. 280, note A. DEVERS.

<sup>1480</sup> N. JOUBERT, « Une loi étrangère qui ne prévoit pas d'allocation financière suffisante après divorce est contraire à l'ordre public international ; Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.) - 28 novembre 2006, *M. Larbi S. c. M<sup>me</sup> Fatima H.* », préc.

<sup>1481</sup> H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », préc.

<sup>1482</sup> *Cf. supra* § n°185.

<sup>1483</sup> Communiqué, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1484</sup> Le Conseil d'Etat avait déjà utilisé cette méthode, voir notamment : CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449, Communes de Palavas-les-Flots et de Lattes, au *Lebon* ; *AJDA* 2010. 2183 ; *ibid.* 2416, chron. D. BOTTEGHI et A. LALLET ; *D.* 2010. 2842, obs. R. GRAND ; *AJCT* 2010. 163, obs. J.-D. DREYFUS ; *RFDA* 2011. 124, concl. N. BOULOUIS ; *Constitutions* 2011. 81, obs. P. DE BAECKE ; *RTDciv.* 2011. 501, obs. P. DEUMIER ; *JCP* 2011. 131, chron. G. EVEILLARD, n° 2.

cette décision, la requérante contestait la compatibilité de l'interdiction par la loi française de l'exportation de gamètes à fin d'insémination *post mortem* avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Haute juridiction administrative, réunie en Assemblée, se prononce en dédoublant son contrôle. Elle vérifie, dans un premier temps, la conformité abstraite de la loi et conclut à l'absence de violation de la Convention. Dans un second temps, elle affirme que :

Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en oeuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

Elle apprécie ainsi la compatibilité de l'application de la règle à l'espèce en cause et retient que celle-ci porterait une atteinte manifestement excessive au droit au respect à la vie privée et familiale de la requérante et, en conséquence, écarte l'interdiction<sup>1486</sup>. Il est important de noter que Le Conseil d'État « maintient le contrôle concret dans un rôle secondaire par rapport au contrôle abstrait, qui reste premier »<sup>1487</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle la règle passerait sans encombre le contrôle abstrait de conventionnalité que la conformité de son application à l'espèce serait vérifiée. Dans un arrêt du 8 décembre 2016<sup>1488</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation semble avoir retenu une méthode similaire. En effet, dans ses motifs, elle s'est attachée à vérifier, dans un premier temps, la conventionnalité abstraite de l'article 161 du Code civil :

l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale.

Dans un second temps seulement, elle a vérifié la conformité de l'application de la loi à l'espèce :

Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en oeuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi.

Les exemples de l'exception d'ordre public en droit international privé et du contrôle concret de conventionnalité illustrent assez nettement l'appréciation *in concreto* dans le recours aux mécanismes correcteurs en général. La norme normalement compétente est expressément appréciée et écartée si, dans le cas d'espèce, elle n'est pas appropriée. Pour les autres mécanismes, la démarche du juge n'est pas toujours clairement identifiée comme étant une appréciation des conséquences de l'application de la norme compétente.

**220. L'appréciation concrète des critères propres à chaque mécanisme correcteur** – Pour les autres mécanismes correcteurs, la démarche casuelle du juge est mise en évidence de manière plus indirecte par une appréciation concrète de leurs critères propres. En effet, la plupart d'entre eux sont appréciés *in concreto*. C'est le cas notamment de l'abus

---

<sup>1485</sup> CE, 31 mai 2016, n° 396848, au *Lebon* ; *RTDciv.* 2016. 600, obs. J. HAUSER ; *AJDA* 2016. 1092 ; *ibid.* 1398, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET ; *D.* 2016. 1470, obs. M.-C. DE MONTECLER ; *ibid.* 1472, note H. FULCHIRON ; *ibid.* 1477, note B. HAFTEL ; *AJ fam.* 2016. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *ibid.* 360, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RFDA* 2016. 740, concl. A. BRETONNEAU ; *ibid.* 754, note P. DELVOLVE ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 24, note M. AFROUKH, n° 27, p. 16, note P. LE MAIGAT et n° 28, p. 29, note M. GUYOMAR ; *JCP* 2016. 864, note J.-P. VAUTHIER et F. VIALLA ; *Dr. adm.* 2016. Repère 7, obs. J.-H. STAHL ; *Dr. fam.* sept. 2016. Étude 15, J.-R. BINET et Comm. 178, note R. VESSAUD.

<sup>1486</sup> P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTDCiv.* 2016. 578.

<sup>1487</sup> *Ibid.*

<sup>1488</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 8 décembre 2016, préc.

de droit<sup>1489</sup> puisque, par exemple, l'utilité ou l'inutilité que présente l'opération pour le titulaire du droit s'apprécie *in concreto*<sup>1490</sup>, de même que la détermination d'une position dominante<sup>1491</sup>. Il n'est également recouru à la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence que si les faits de l'espèce le commandent. En effet, dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 11 juin 2009<sup>1492</sup>, alors même qu'un revirement de jurisprudence était intervenu, la Cour de cassation n'a pas utilisé ce mécanisme correcteur car, en l'espèce, le revirement n'aboutissait pas à priver le justiciable de l'accès au juge. De plus, dans un arrêt rendu le 6 avril 2016<sup>1493</sup>, la première Chambre civile a affirmé que « le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe, entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste »<sup>1494</sup>.

La nécessité de recourir à un mécanisme correcteur est ainsi appréciée *in concreto* par le juge, c'est-à-dire qu'il ne le mobilise que si, dans les faits de l'espèce considérée, l'application de la norme compétente aboutit à porter atteinte au système juridique. Il découle de cette nécessité qu'il est recouru à un mécanisme correcteur de manière exceptionnelle.

## 2. Le recours exceptionnel aux mécanismes correcteurs

**221. Le mécanisme correcteur, une dérogation** – Le risque qu'une atteinte soit portée au système juridique par l'application d'une norme à un litige doit être apprécié non pas abstraitement, c'est-à-dire en considérant, par exemple, que la règle, en elle-même, est immorale, mais doit être constaté concrètement dans l'affaire considérée. Ainsi, l'utilisation d'un mécanisme correcteur est nécessairement exceptionnelle puisque le recours à ce qui n'est qu'un correctif est justifié par les faits de l'espèce en cause. L'application de la norme doit rester le principe et l'utilisation d'un mécanisme correcteur l'exception<sup>1495</sup>. Ce dernier terme, confronté à certains mécanismes, ne paraît pas toujours adapté et il semble en conséquence nécessaire d'en déterminer le sens à retenir dans cette étude. Est exceptionnel ce « qui constitue une exception »<sup>1496</sup>, selon un premier sens, ou « qui est hors de l'ordinaire »<sup>1497</sup>, selon un autre. Il semble qu'au regard des différents mécanismes correcteurs il faille retenir le premier sens. En effet, il peut être difficile de considérer que le recours à l'abus de droit sort de l'ordinaire tant il est présent et son champ d'action étendu. Ainsi, le recours à un mécanisme correcteur est exceptionnel, selon le premier sens, en ce qu'il constitue une dérogation<sup>1498</sup>. Le terme d'« exception » doit donc être ici entendu comme un synonyme de

<sup>1489</sup> L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°24 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Responsabilité délictuelle*, préc., n°368, p. 178.

<sup>1490</sup> Pau, 15 févr. 1973, *JCP* 1973. II. 17584, note J. B., *RTDciv.* 1974. 152, obs. G. DURRY.

<sup>1491</sup> Elle s'opère, *in concreto*, au regard du marché en cause, en fonction de trois critères : le produit, la zone géographique et l'achalandage : L. CADIET et P. LE TOURNEAU, « abus de droit », préc., n°102.

<sup>1492</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvoi : 07-14932, 08-16914, préc.

<sup>1493</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2016, FS-P+B+R+I, n° 15-10552.

<sup>1494</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>1495</sup> « la figure du revirement pour l'avenir est, demeure, et n'a pas vocation à être autre chose, qu'une exception et que la rétroactivité de la jurisprudence reste le principe » (P. DEUMIER, « Effet rétroactif de la jurisprudence : le retour (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2008) », préc.).

<sup>1496</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « exceptionnel », sens 1, p. 968.

<sup>1497</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « exceptionnel », sens 2, p. 968.

<sup>1498</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française* 2007, « exception », p. 968 ; Madame Pascale Deumier parle à propos des mécanismes correcteurs d'« exception concrète » à l'application générale de la règle (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus ?* », préc., p. 18). La maxime *Error communis facit jus* est, selon

« dérogation », un terme correspondant de manière plus précise à l'action des mécanismes correcteurs. La différence entre les deux termes est importante et a déjà été traitée dans un précédent développement<sup>1499</sup>. Il faut simplement rappeler ici que le mécanisme est une exception concrètement déterminée, et ainsi en cela une dérogation. Le caractère exceptionnel de l'utilisation du mécanisme correcteur d'origine prétorienne doit, pour pouvoir être compris, être combiné avec le précédent, c'est-à-dire son appréciation *in concreto*. Il y est recouru si l'espèce le commande. L'application de la norme compétente reste le principe, elle est confirmée par le caractère dérogatoire du recours aux mécanismes correcteurs puisqu'elle est reconnue opérante hors ces cas. La Cour de cassation semble d'ailleurs veiller à ce caractère exceptionnel puisqu'elle n'admet pas son utilisation dès que, dans les faits, le critère justifiant son utilisation n'est pas rempli ou suffisamment démontré<sup>1500</sup>. La logique de la correction opérée par l'emploi de mécanismes correcteurs réside toute entière dans ce respect de l'application de la norme et de la limitation de sa mise à l'écart à l'atteinte concrète portée au système juridique<sup>1501</sup>. Si cette restriction n'était pas respectée, serait sans doute portée une plus grande atteinte au système juridique par l'utilisation des mécanismes correcteurs, que par les maux qu'ils avaient pour objectif de combattre. Cette technique juridique opère une mise à l'écart de la norme qui ne peut se justifier que par l'intérêt supérieur en cause : les valeurs du système juridique.

L'exception d'ordre public, par exemple, est qualifiée de « correctif exceptionnel » par la doctrine<sup>1502</sup>. De même l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio* n'a vocation

---

Monsieur Henri Mazeaud, une « dérogation exceptionnelle au principe de la force des lois impératives » (H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », préc., spéc. p. 931).

<sup>1499</sup> Cf. *supra* § n°48.

<sup>1500</sup> Par exemple : « Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que, pour condamner les sociétés Prosperity et Tridiamond à payer à la société Allaire la somme de 30 000 francs à titre de dommages-intérêts pour résistance abusive, l'arrêt retient, par motifs propres, qu'elles ont manifesté une telle résistance et, par motifs adoptés, que les comptes d'escala sont habituellement crédités par provision ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir la faute de nature à faire dégénérer en abus leur droit de se défendre en justice qu'auraient commise les sociétés Prosperity et Tridiamond, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (Com. 14 octobre 1997, n° de pourvoi : 95-19237, *Bull. civ.* 1997 IV n° 268 p. 232, c'est nous qui soulignons) ; « vu l'article 1382 du code civil ; attendu que le droit d'agir en justice ne dégénère en abus et ne peut donner lieu à dommages-intérêts que s'il est exercé de mauvaise foi, avec malice ou intention de nuire ou tout au moins à la suite d'une erreur grossière équivalente au dol ; Attendu que pour justifier la condamnation de serfaty au paiement à c... De la somme de 2 millions de dommages-intérêts, la cour d'appel, après avoir dans ses motifs fait état de ce que la procédure engagée par serfaty avait privé c... D'une partie de son indemnité de dommages de guerre et empêche sa nomination à un poste administratif, indique dans son dispositif que la condamnation est prononcée en raison de l'action, sinon malicieuse, du moins injustifiée, qu'il avait intentée ; Attendu qu'à défaut de toute indication propre à justifier un abus de droit et alors que serfaty, qui avait obtenu entière satisfaction sur sa demande devant les premiers juges, n'avait qu'interjeté appel incident devant l'appel principal de ses adversaires, l'arrêt attaque n'a pas légalement justifié sa décision » (Civ, 2<sup>ème</sup>, 19 mai 1960, *Bull. civ.* n° 334, c'est nous qui soulignons) ; « mais attendu, d'une part, que le bail de la chose indivise passe par un coindivisaire seul est inopposable aux autres indivisaires et que le jugement attaqué en déduit exactement que le bail consenti à Z... Par le bureau agissant pour le compte des fils A... Est inopposable à dame y... Qui n'y avait jamais consenti ni par elle-même ni par Me B..., son notaire, pourtant en correspondance constante avec Me Bureau, notaire des autres membres de la famille A..., et que l'erreur prétendue d'Z... Sur la qualité du notaire ne pouvait, en l'absence d'erreur commune non invoquée en l'espèce, faire échec à cette règle » (Soc., 26 octobre 1960, *Bull. civ.* n° 946, c'est nous qui soulignons).

<sup>1501</sup> À propos de l'adage *error communis facit jus* : « l'intervention de l'adage a toujours une portée d'espèce et non une portée générale. Il s'agit d'éviter que, dans une situation de faits donnée, la bonne foi d'un ou de quelques individus, s'appuyant sur une erreur commune, soit la victime de l'application d'une règle de droit. On ne modifiera pas pour autant cette règle, mais l'application à l'espèce dont il s'agit sera paralysée » (A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers droit des obligations*, préc., p. 200).

<sup>1502</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n° 246, p. 332 et n°252, p. 338 ; voir H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en*

qu'à être utilisé de manière exceptionnelle<sup>1503</sup>. Le recours-nullité est également qualifié de voie de recours « dérogatoire et exceptionnelle »<sup>1504</sup>. Il est intéressant de noter que la qualification de mécanisme correcteur emporte nécessairement une application exceptionnelle pour les auteurs utilisant cette qualification<sup>1505</sup>.

Le recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne étant déclenché par la constatation concrète d'une atteinte portée au système juridique par l'application de la norme compétente, il est donc nécessairement exceptionnel. La démarche casuelle du juge transparaît grâce à ces éléments et également à la subsidiarité du recours aux mécanismes correcteurs.

### 3. La subsidiarité du recours aux mécanismes correcteurs

**222. Intervention de la subsidiarité** – La démarche casuelle du juge devant déterminer la nécessité d'une intervention corrective est également mise en évidence par la subsidiarité<sup>1506</sup> du recours aux mécanismes correcteurs. En effet, ces derniers ne sont utilisés que si aucune autre solution n'est envisageable, en dernier recours. Selon la définition proposée par le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, ce qui est subsidiaire a vocation à intervenir à titre « secondaire, accessoire, auxiliaire (à titre de renfort) »<sup>1507</sup> et l'action subsidiaire est notamment « celle qui ne s'ouvre qu'en l'absence de toute autre action »<sup>1508</sup>. La subsidiarité de l'utilisation des mécanismes correcteurs corrobore le caractère exceptionnel de l'emploi de ces techniques et la primauté laissée à la norme compétente<sup>1509</sup>. En effet, la subsidiarité participe de l'existence d'une hiérarchie entre les éléments concernés en affirmant la primauté de l'élément premier sur l'élément subsidiaire, qui est une solution de secours<sup>1510</sup>. Ce sont les faits de l'espèce qui vont justifier le recours au mécanisme, par exemple, de l'enrichissement injustifié.

### **223. L'exemple caractéristique de l'enrichissement injustifié** – L'enrichissement

---

*Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, préc., n°398, p. 412 ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE et Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, préc., n°378, p. 495.

<sup>1503</sup> Voir : A. HONTEBEYRIE, « L'adage Contra non valentem... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », préc. ; B. GRIMONPREZ, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Prescription acquisitive », janvier 2010 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°101.

<sup>1504</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°710, p. 589.

<sup>1505</sup> « En matière processuelle, comme en matière contractuelle, la question du champ d'application, des conditions et des sanctions de l'interdiction de se contredire suscite la méfiance lorsqu'il s'agit d'y voir un principe et non pas un simple mécanisme correcteur et exceptionnel, comparable à la théorie de l'abus ou à la fraude : malgré les divers arguments qui militent en sa faveur, le principe de l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui reste discuté en l'état actuel du droit positif et ne mérite pas d'être introduit en droit interne du procès civil » (N. DUPONT, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », préc.) ; « l'abus de minorité ne peut se concevoir que comme un mécanisme correcteur qui ne doit jouer que dans des hypothèses limitées » (P. MERLE, « Définition et sanction de l'abus de minorité, Cour de cassation (Ch. com.), 15 juillet 1992, Six c. SA Tapisseries de France », préc.).

<sup>1506</sup> P. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001. 143 ; J. RAYNARD, « A propos de la subsidiarité en droit privé », *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 1, p. 131 et s.

<sup>1507</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Subsidiaire », sens n°2, p. 984.

<sup>1508</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Subsidiaire », sens n°2 – action b), p. 984.

<sup>1509</sup> « comme les autres mécanismes correctifs apportant une certaine souplesse dans le fonctionnement des règles de droit, la prise en considération de l'apparence comporte un risque de subversion de l'ordre juridique. Elle ne saurait donc prévaloir sur des solutions précises de la loi exactement adaptées à la situation » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°856, p. 846).

<sup>1510</sup> J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », préc. ; P. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », préc.

injustifié, nommé jusqu'à il y a peu enrichissement sans cause<sup>1511</sup>, illustre le caractère subsidiaire de l'action découlant du recours au mécanisme correcteur. Ce mécanisme a été créé par la jurisprudence<sup>1512</sup> dans le but d'ouvrir une action contre l'enrichi à l'appauvri sans cause et dépourvu d'un autre moyen de rétablir l'équilibre. Son action n'est ainsi ouverte qu'à titre subsidiaire<sup>1513</sup>, c'est-à-dire si l'appauvri ne jouit « pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune autre action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit »<sup>1514</sup>. Ainsi, elle est limitée aux hypothèses dans lesquelles aucune autre possibilité d'agir n'est ou n'a été ouverte<sup>1515</sup> en excluant les cas où une action existe mais les conditions n'en sont pas réunies<sup>1516</sup>, comme par exemple pour celui bénéficiant d'une action en vertu d'un contrat mais l'ayant laissée prescrire. Cette subsidiarité dans le recours au mécanisme de l'enrichissement injustifié ressort nettement des nouveaux textes le consacrant. En effet, selon l'article 1303 du Code civil, « celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité » et ce « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu ». De plus et surtout, selon cette fois l'article 1303-3 : « L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription. ». Il va ainsi sans dire que pour déterminer si une autre action est ouverte au profit de celui qui s'est appauvri sans cause il convient de se pencher sur les faits de l'espèce. Selon Monsieur Régis Froger, la subsidiarité est la condition de l'admissibilité de l'enrichissement sans cause dans un système qui rejette en principe l'équité<sup>1517</sup>. Avant lui, Rouast expliquait le caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause par l'origine coutumière de ce dernier, cette source ne pouvant supplanter le droit positif<sup>1518</sup>. La logique du recours à la subsidiarité est ici constante, elle permet de préserver l'ordre juridique établi en interdisant le recours à l'action de *in rem verso* lorsqu'il existe, pour le cas envisagé, une solution de principe légalement organisée et « dont le contournement risquerait d'être une trahison (des) vues (du législateur) »<sup>1519</sup>. La subsidiarité permet d'éviter l'envahissement du système par l'enrichissement injustifié<sup>1520</sup> et témoigne du recours exceptionnel à cette technique. Ce caractère subsidiaire est présent également dans le fonctionnement d'autres mécanismes.

<sup>1511</sup> L'enrichissement injustifié a été consacré aux articles 1303 et s. du Code civil.

<sup>1512</sup> Cf. *supra* § n°202.

<sup>1513</sup> A-M. ROMANI, « enrichissement sans cause », préc., n°203 et s. ; L. CHAKIRIAN, « Vers une redéfinition du principe de subsidiarité de l'action de *in rem verso* », *RRJ*. 2000-4/1. 1407 ; A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTDciv.* 1922. 33, spéc. 35 ; J. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., 1954, avec le concours de P. ESMEIN, LGDJ, n° 763, p. 71 et s. ; P. DRAKIDIS, La « subsidiarité », caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause, *RTDciv.* 1961. 577 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *Les sources*, préc., n° 398, p. 416.

<sup>1514</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1997, n° de pourvoi : 95-17442, inédit ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mai 1969, *Bull. civ.* n°366.

<sup>1515</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n° 781, p. 608.

<sup>1516</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, vol. II, préc., n°1224, p. 2437.

<sup>1517</sup> R. FROGER, « L'enrichissement sans cause dans les jurisprudences administrative et judiciaire convergences et divergences, note de jurisprudence », in *L'office du juge*, Justice et cassation 2010, p. 389 et s.

<sup>1518</sup> A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, préc., p. 61 et s.. De même, Bonnetcase aboutit à la même solution, selon lui, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut se substituer au législateur et se doit d'appliquer d'abord le droit positif et ne peut recourir à l'enrichissement sans cause qu'en cas de lacune de celui-ci (in P. DRAKIDIS, « La « subsidiarité », caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTDciv.* 1961. 577). Pour Monsieur Jacques Chevallier, cette explication est « peut-être trop belle pour être vraie. Rarement la jurisprudence se décide pour de semblables considérations de méthode » (J. CHEVALLIER, « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », *Etudes Ripert*, t. 2, 1950, p. 237 et s., spéc. p. 247).

<sup>1519</sup> J. MESTRE, obs. *RTDciv.* 1988. 745, n° 8, spéc. p. 747, et 1996. 160.

<sup>1520</sup> « Ce grand courant d'équité qui traverserait le droit abattrait comme un château de cartes les institutions qui abritent les intérêts » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, préc., n°133, p. 346) ; P. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », préc.

**224. Subsidiarité du fonctionnement des autres mécanismes correcteurs** – Le mécanisme du recours-nullité a pour objet de permettre l'ouverture d'un recours contre une décision alors même que cette possibilité est normalement fermée. Cette action n'est utilisée, elle aussi, que de manière subsidiaire<sup>1521</sup>. En effet, elle est ouverte à toute partie à l'instance ne bénéficiant d'aucune autre voie de recours<sup>1522</sup>. L'appel-nullité ne saurait par exemple être interjeté si l'appel classique est ouvert ou si un autre recours tel que la tierce opposition est recevable<sup>1523</sup>.

La correction des apparences a, elle aussi, un caractère subsidiaire<sup>1524</sup>. Les juridictions ne doivent y avoir recours que si elles ne trouvent pas un moyen adéquat de justifier la solution leur paraissant nécessaire. Selon Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux et Madame Muriel Fabre-Magnan, comme les autres « mécanismes correctifs apportant une certaine souplesse dans le fonctionnement des règles de droit », la mise en œuvre de ce mécanisme comporte un « risque de subversion de l'ordre juridique »<sup>1525</sup> et ne peut donc prévaloir sur des solutions précises déjà existantes et adaptées à la situation.

L'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* aurait lui aussi vocation à n'intervenir que de manière subsidiaire<sup>1526</sup>. Monsieur Philippe le Tourneau relie ce caractère à la qualité d'adage *praeter legem* du mécanisme. Selon lui, « l'emploi d'une maxime n'est recevable dans notre système juridique, que si elle est réellement *praeter legem* : ce qui signifie, qu'à côté de la loi, elle vient la nuancer, la compléter ou, ce qui plus est, combler une de ses lacunes »<sup>1527</sup>. Il ne saurait être invoqué par un sujet de droit qu'à défaut d'une autre norme légale ou jurisprudentielle réglant la question en cause.

Dans ces hypothèses, l'utilisation des mécanismes correcteurs ne peut être que subsidiaire, ce qui est logique puisqu'il s'agit d'un correctif appelé à intervenir exceptionnellement si les faits de l'espèce le commandent. Ce caractère, souvent expliqué par l'infériorité de la nature des principes tels que l'enrichissement sans cause ou l'adage *nemo auditur*, envisagé sous l'angle du mécanisme correcteur, peut être autrement considéré comme découlant de leur nature de correctifs, pas nécessairement inférieurs mais simplement secondaires, destinés à n'intervenir que si les faits l'exigent, pour protéger le système juridique. Le fonctionnement des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne démontre ainsi que le juge, loin de l'image qu'il en est parfois donné, adopte volontiers une démarche casuelle.

## B. L'approche casuelle du juge, mise en lumière par le recours aux mécanismes correcteurs

---

<sup>1521</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°706, p. 585 ; M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétoriennes en procédure civile », préc. ; G. BOLARD, « Les recours-nullité en procédure civile », préc. ; P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc. ; O. BARRET, « L'appel-nullité dans le droit commun de la procédure civile », préc.

<sup>1522</sup> F. FERRAND, « L'appel », préc., n°236. Civ. 2<sup>ème</sup>, 27 juin 1984, n°83-10743, *Bull. civ.* n°122, p. 85, *RTDciv.* 1984. 775 et 779, obs. PERROT.

<sup>1523</sup> CA Paris, 21 juin 1994, *Juris-Data*, n° 021862, en l'occurrence, l'appel-réformation n'était pas prohibé.

<sup>1524</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°21-22 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°856, p. 846 ; J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, préc., n°258 et s., p. 605 et s.

<sup>1525</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°858, p. 846.

<sup>1526</sup> P. LE TOURNEAU, « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *D.* 1994, Chron. 298 ; P. SAVEY-CASARD, *Le refus d'action pour cause d'indignité. Étude sur la maxime nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, préc.

<sup>1527</sup> P. LE TOURNEAU, *J.-Cl. Civil*, app. art. 1131 à 1333, fasc. unique, préc., n°27.

**225. L'approche casuelle du juge, témoin de l'importance des faits** – Lorsque le juge recourt à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il adopte un positionnement proche des faits caractérisé par une appréciation *in concreto* et le caractère exceptionnel et subsidiaire de l'utilisation de cette technique. Ainsi, point d'automatisme, les faits doivent commander une correction et ce sont donc eux qui déterminent véritablement l'issue du litige. Cette démarche du juge est en adéquation avec la logique et la nature de cette technique que constitue le mécanisme correcteur. Le juge, une fois la norme considérée et son inapplicabilité constatée, doit s'en départir pour apprécier ce qui, dans l'espèce en cause, nécessite de mobiliser un tel instrument. Monsieur Sébastien Pellé envisage ce type de questionnement au travers des notions de dogmatisme et de pragmatisme<sup>1528</sup>, selon lui :

par sa nature, le droit est nécessairement tendu entre ces deux impératifs contraires. Dogmatique, il l'est assurément par sa méthode et sa rigueur qui reposent sur les concepts et les classifications juridiques. Pragmatique, le droit l'est aussi par nécessité, puisqu'il est d'abord saisi de faits.

C'est donc proche des faits que le juge apprécie la nécessité du recours à un mécanisme correcteur.

La tradition française, attachée à la règle générale sur laquelle l'attention se focalise, laisse souvent dans l'ombre l'importance des faits et des appréciations casuelles<sup>1529</sup>. Le droit français, pourtant présenté comme fondamentalement différent des droits casuels de type *common law*<sup>1530</sup> où, comme en droit romain<sup>1531</sup>, les règles sont dégagées à partir des situations, s'en rapproche par la création et l'utilisation de mécanismes correcteurs. Ils émanent des cas, de la multiplication d'un même type de limites de la norme. Ainsi, les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ramènent le système juridique à ce qu'il est

---

<sup>1528</sup> S. PELLÉ, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », préc.

<sup>1529</sup> « La détermination des conditions de la règle de droit a pour conséquence de dispenser le juriste d'examiner un pan de la réalité et, à supposer qu'il soit venu à sa connaissance, de lui interdire de s'en faire un guide dans la recherche délicate de la solution de droit à mettre en œuvre. Le parti d'en ignorer radicalement certains aspects ne peut être pris ainsi, a priori et par voie générale, dans l'ignorance des multiples particularités de chaque espèce. L'attitude est-elle propre au monde du droit et des juristes ? » (C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°48, p. 194 et s. et n°59, p. 253 et s. et surtout n°79, p. 376 et s., spéc. p. 382).

<sup>1530</sup> « Les juristes anglais ne croient pas au mythe d'un droit rationnel, complet et ordonné anticipant les solutions à toutes les questions, puisque le législateur (pas plus que quiconque) ne peut en réalité tout prévoir à l'avance. Le droit a donc plus concrètement pour fonction de donner une solution à un litige : il est l'instrument d'une bonne justice avant d'être celui d'une réforme politique de la société. [...] Là où le juriste français, pour résoudre un cas, partira de la recherche de la règle, prioritairement dans la loi, puis tentera par un raisonnement parfaitement logique, procédant étape par étape, d'en déduire la solution du cas, le juriste anglais s'attachera à la discussion des faits et au rapprochement de ces faits à ceux des précédents judiciaires pour en suggérer la transposition » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°187, p. 153) ; « La distance est grande qui sépare la *common law* et le droit romano-germanique. L'un de ces systèmes est fondé sur le cas, le juge et le procès, l'autre l'est sur la norme, la loi et le droit substantiel. L'esprit de la *common law* est en entier contenu dans le principe du précédent. Le droit n'y procède pas d'une norme qui transcende les faits et qu'il convient d'appliquer par subsomption, mais, au contraire, du fait lui-même, qui confère un rôle central à l'instance juridictionnelle. Le juge est perçu, au moins depuis Blackstone, comme le révélateur d'un droit sous-jacent que le législateur est inapte à percevoir. Dans les systèmes de droit civil, le juge est l'exécutant d'une règle supérieure et l'interprète de la loi aux côtés de la doctrine, l'édition du droit revenant au codificateur et au législateur. En forçant à peine le trait, on tend à y considérer que la loi est la seule source du droit et que les autorités - terme par lequel on désigne, depuis Gény, la jurisprudence et la doctrine - constituent une anomalie et ne peuvent jouer qu'un rôle secondaire dans la production du droit. » (F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », préc.).

<sup>1531</sup> Pour les romains la règle n'était pas un *a priori*, une norme préétablie qu'il s'agit d'imposer. Au contraire, il s'agit de partir de situations juridiques réelles pour en dégager, *a posteriori*, un principe que les jurisconsultes appellent « règle ». Elle est tirée du droit « tel qu'il est » et pas l'inverse (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°34, p. 63).



vraiment, c'est-à-dire un système dans lequel les situations de fait sont souvent déterminantes de l'issue du litige. Pour Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson :

l'époque n'est plus où chacun défendait ses positions : aux systèmes de common law fidèles à la méthode casuistique, la flexibilité, mais aussi l'insécurité ; aux systèmes romano-germaniques, enclins aux raisonnements conceptuels et déductifs, la certitude, mais également la rigidité. Le dogmatisme est désormais tempéré par un souci permanent de réalisme<sup>1532</sup>.

Cette démarche casuelle du juge dans l'utilisation des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est caractéristique et permet d'exclure certains objets de cette catégorie.

**226. L'approche casuelle, un élément d'exclusion de la catégorie de mécanisme correcteur** – L'approche casuelle est déterminante de l'utilisation d'un mécanisme correcteur au point qu'il soit possible d'exclure un objet juridique de cette catégorie si elle fait défaut. En témoigne l'adage « aliments ne s'arrangent pas »<sup>1533</sup>. Celui-ci énonce la règle selon laquelle les versements périodiques de sommes d'argent au titre d'une pension alimentaire cessent d'être dus quand ils n'ont pas été réclamés à l'échéance, opérant une prescription instantanée évitant au débiteur d'aliments d'être condamné à payer une pension pour la période antérieure à l'assignation en justice<sup>1534</sup>. Cet adage n'est pas un mécanisme correcteur mais une règle et plus précisément une exception à une règle. Il peut être considéré qu'il répond au premier critère car il a pour but d'éviter une atteinte aux valeurs du système juridique. En effet, la raison d'être de cette règle est d'éviter que le débiteur doive effectuer des paiements accumulés. Par ses manifestations également, cet adage peut sembler correspondre à la catégorie de mécanisme correcteur puisqu'il permet l'éviction des lois de prescription<sup>1535</sup>. Cependant, il n'en est pas un car il est utilisé de manière automatique sans considération des circonstances particulières de l'espèce en cause. Le prouve la prescription dite « instantanée »<sup>1536</sup> s'opérant grâce à lui. Ainsi, la protection des valeurs du système juridiques en est un objectif mais pas une hypothèse de déclenchement.

Il en est de même pour l'adage *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*<sup>1537</sup>. Selon celui-ci, si l'action est temporaire, l'exception, elle, est perpétuelle. Pour éviter que le créancier d'une obligation issue d'un contrat annulable n'attende l'acquisition de la prescription de l'action en nullité pour exiger son exécution en toute quiétude, cet adage permet toujours au débiteur de faire valoir la nullité de la convention. Il correspond au premier critère du mécanisme, puisqu'il veut éviter une atteinte à la morale, une des valeurs protégées par le système juridique<sup>1538</sup>. De même, ses manifestations correspondent à cet outil puisqu'il permet lui aussi l'éviction des lois de prescription<sup>1539</sup>. Cependant, il ne s'agit pas d'un mécanisme correcteur car il n'est pas appliqué en considération des particularités de l'espèce en cause mais de manière automatique.

---

<sup>1532</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préc., n°543, p. 319. Dans le même sens : « Les pays de culture juridique anglaise n'ont pas échappé à l'emballement de l'activité législative et réglementaire qui s'est emparée des États modernes au XXe siècle. Par ailleurs, probablement sous l'influence de la réception par les États-Unis au XIXe siècle du droit romano-germanique, ils ont vu apparaître, de façon atténuée, une certaine activité doctrinale. À l'inverse, les pays d'Europe continentale ont fini par relativiser l'importance de la loi et par faire une large part à la jurisprudence, de même qu'ils tendent à affranchir le juge du joug de la loi comme de la tutelle de la doctrine. » (F. ZÉNATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », préc.).

<sup>1533</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Aliments n'arrangent pas », n°17, p. 24-25.

<sup>1534</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Aliments n'arrangent pas », n°17, p. 24.

<sup>1535</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 594, p. 554.

<sup>1536</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Aliments n'arrangent pas », n°17, p. 24.

<sup>1537</sup> J.-L. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ, p. 24 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 594, p. 553 ; M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987. Chron. 67.

<sup>1538</sup> Cf. *supra* § n°196 et s.

<sup>1539</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 594, p. 553.

L'approche casuelle du juge dans l'utilisation d'un mécanisme correcteur d'origine prétorienne connaît différentes manifestations et est un des caractères de cette catégorie juridique permettant d'y inclure ou exclure certains objets.

**227. Conclusion de la section** – La construction du régime de la catégorie autonome de mécanisme correcteur d'origine prétorienne commande de déterminer précisément quand ils sont utilisés, en d'autres termes, de proposer une condition de déclenchement de ces outils. L'étude des critères propres à chacun d'entre eux en confrontation les uns avec les autres a permis d'énumérer un certain nombre de cas permettant qu'il y soit recouru comme autant de valeurs protégées. Certaines sont traditionnelles telles que la morale, l'équité et la sécurité juridique, et d'autres moins attendues, telles que l'accès au juge, la politique juridique et le détournement du droit. Toutes peuvent cependant être réunies au sein d'une même logique : les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne sont appelés à intervenir en cas d'atteinte portée aux valeurs du système juridique par l'application d'une norme à un litige. Cette condition est large car elle doit laisser une marge de manœuvre suffisante. Il est apparu que, le juge, dans l'utilisation des différents mécanismes correcteurs avait une démarche casuelle, c'est-à-dire proche des faits. En effet, il apprécie, au travers des critères propres à chacun d'entre eux, si une atteinte concrète serait portée au système juridique. Il en découle que le mécanisme correcteur est utilisé de manière nécessairement exceptionnelle et que les actions ouvertes par certains d'entre eux sont subsidiaires. Cette approche casuelle permet ainsi d'exclure certains objets juridiques pour l'application desquels la particularité de l'espèce n'est pas prise en compte. Surtout, les cas dans lesquels le juge recourt à un mécanisme correcteur d'origine prétorienne et la démarche qu'il adopte alors sont cohérents avec sa justification et sa nature. D'une part, le juge utilise les mécanismes correcteurs à l'aune des faits de l'espèce parce qu'ils ont une action correctrice et interviennent donc au moment du passage du général au particulier. D'autre part, cette technique est une manifestation d'un rôle fondamental du juge grâce auquel il écarte la norme applicable et n'est justifiée que par l'intérêt supérieur en cause, c'est-à-dire la protection des valeurs du système juridique.

**228. Conclusion du Chapitre 1** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique juridique caractérisée par son action au sein du système. Cependant, si l'action correctrice est l'étape visible voire perturbatrice de l'ordre juridique, la question s'est posée de savoir dans quelles hypothèses elle était utilisée. Il n'est question de corriger le jeu normal des normes que si celles-ci ne sont pas à même de régler de manière satisfaisante un litige. Ainsi, en premier lieu, une norme compétente doit être identifiée. Cette étape pouvait paraître au premier abord nécessiter peu d'attention mais l'observation des différents mécanismes correcteurs a démontré le contraire. L'appréhension des objets ainsi qualifiés en tant que mécanisme correcteur a permis de porter un regard nouveau sur leur fonctionnement, de l'expliquer autrement et, parfois, de le décomposer. Il est apparu que l'identification de la norme écartée par le jeu du mécanisme n'est pas toujours évidente car certains mécanismes interviennent dans de nombreuses matières et ainsi agissent sur le jeu d'un nombre important de normes ; elles peuvent être difficiles à identifier ou même sembler ne pas exister ou encore être, non pas des règles au sens strict, mais des principes. De plus, l'attention portée aux normes évincées par les mécanismes correcteurs a amorcé la construction du régime de la technique autonome en définissant deux catégories : les mécanismes correcteurs du système et les mécanismes correcteurs particuliers. En second lieu, si les raisons de l'inefficacité de l'application de la norme à l'espèce en cause sont nécessairement multiples, une condition de l'utilisation du mécanisme correcteur en tant que technique autonome doit être proposée :

l'atteinte portée aux valeurs du système juridique, une hypothèse peu précise permettant d'englober plusieurs cas. Cette atteinte ne doit pas être appréciée de manière abstraite mais à travers les particularités de l'espèce. Ce sont celles-ci qui déclenchent le recours à un mécanisme correcteur. Cette proximité du juge avec les faits est une autre des caractéristiques de l'utilisation d'un mécanisme correcteur permettant d'exclure ou d'inclure un objet juridique de cette catégorie.

L'hypothèse d'utilisation d'un mécanisme correcteur en général est l'atteinte concrète potentielle portée au système juridique par l'application d'une norme à un cas d'espèce. Une fois cette condition préalable réalisée, l'intervention d'un mécanisme correcteur peut être envisagée, une intervention consistant en une correction c'est-à-dire la mise à l'écart de la norme et la proposition d'une solution de remplacement.

## CHAPITRE 2 : L'ACTION CORRECTIVE

**229. Plan** – Le qualificatif de « mécanisme correcteur d'origine prétorienne » peut être attribué à différents objets opérant parfois dans des sphères distinctes et s'étant tous construits de manière indépendante les uns par rapport aux autres. La construction du régime de la technique autonome nécessite de déterminer ce qui, dans leur fonctionnement, les rassemble, de faire émerger des traits communs. Leurs différents critères d'utilisation ont pu être réunis sous une même logique, permettant de déterminer une hypothèse de déclenchement commune : l'atteinte portée aux valeurs du système juridique. Une fois ce besoin de correction constaté, une réaction s'ensuit. Selon le type de valeur atteinte et le mécanisme correcteur utilisé, le juge adoptera des solutions parfois si différentes qu'elles semblent n'avoir rien de commun. L'observation des régimes propres aux différents mécanismes correcteurs révèle pourtant que le juge, lorsqu'il les utilise, suit un même cheminement. La réaction du juge confronté au besoin de correction peut être nommée l'action corrective. Cette seconde étape du régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne témoigne du dynamisme de cette technique, justifiant les termes employés. Cette action est complexe et, pour mieux comprendre le fonctionnement du mécanisme correcteur d'origine prétorienne, doit être détaillée. Elle semble se dérouler en deux étapes successives. Dans un premier temps, le juge ayant constaté l'atteinte portée par l'application d'une norme aux valeurs du système juridique écarte celle-ci du règlement du litige. Cette étape est incontournable, elle est la réaction immédiate du système juridique, mais elle n'est pas suffisante. Dans un second temps, après l'éviction de la norme compétente, le juge doit remplir son office : régler le litige. La seconde étape du régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne peut ainsi être considérée comme composée d'une action négative (Section 1) suivie d'une action positive<sup>1540</sup> (Section 2).

### Section 1 : L'aspect négatif de la correction : la mise à l'écart de la norme

**230. Plan** – L'action corrective est l'aspect le plus visible de la mise en œuvre des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne et, en son sein, la mise à l'écart de l'application de la norme est peut être la plus attendue. En effet, elle découle directement du critère d'utilisation du mécanisme correcteur. Il y est recouru car une norme, si elle était appliquée, porterait atteinte aux valeurs système juridique. La première étape de la correction consiste donc en son éviction du règlement du litige. Il convient de s'intéresser, dans un premier temps, à la présentation de cette mise à l'écart (§ 1) pour, dans un second temps, analyser cette étonnante action (§ 2).

§ 1 – La mise à l'écart de la norme par les mécanismes correcteurs, de la pleine admission à la méfiance

**231. Plan** – Du fait de la création autonome par le juge de chacun des objets

---

<sup>1540</sup> Cette dualité d'actions, l'une négative et l'autre positive a notamment été identifiée et ainsi qualifiée à propos du fonctionnement de l'exception d'ordre public (M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°364, p. 335 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°468, p. 496 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255-1, p. 353 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°210, p. 157).

qualifiés ici de mécanismes correcteurs, il n'y a pas nécessairement d'harmonie dans leur fonctionnement, du moins en apparence. La mise à l'écart de l'application de la norme n'est pas acceptée de manière uniforme pour tous les mécanismes correcteurs. En effet, elle est clairement admise dans certaines hypothèses (A) et juste tolérée voire décriée dans d'autres cas (B).

#### A. La mise à l'écart assumée de la norme

**232. La reconnaissance de la mise à l'écart de la norme étrangère par l'exception d'ordre public** – L'exception d'ordre public est peut-être le mécanisme correcteur dont le fonctionnement propre se rapproche de la manière la plus explicite de celui proposé plus globalement pour la catégorie autonome. Cette proximité avait déjà pu être notée<sup>1541</sup>. Elle se manifeste à nouveau à ce stade de l'étude de manière tout aussi éclatante puisque la mise à l'écart de la norme fait expressément partie de l'action de ce mécanisme correcteur sur le droit. L'aspect négatif de la correction opérée est en effet clairement identifié dans les différentes sphères du monde juridique puisqu'il est reconnu par la doctrine, exprimé par la Cour de cassation dans ses décisions et prévu par les textes internationaux.

La mise à l'écart de la norme compétente par l'action de l'exception d'ordre public est, tout d'abord, clairement mise en évidence par les auteurs<sup>1542</sup> qui qualifient la technique de « mécanisme d'éviction »<sup>1543</sup> permettant au juge d'évincer la loi étrangère<sup>1544</sup>. Ce mécanisme correcteur est, dans l'ensemble, bien accepté lorsqu'il est dicté par la nécessité mais regardé parfois avec une relative défaveur<sup>1545</sup>, qualifié de « paragraphe de caoutchouc », « enfant terrible du droit international privé »<sup>1546</sup>, « louche formule »<sup>1547</sup>. Il est cependant reconnu qu'il n'est pas envisageable de s'en passer<sup>1548</sup>, par cette « soupape de sécurité »<sup>1549</sup>, le juge se

---

<sup>1541</sup> Cf. *supra* § n°214.

<sup>1542</sup> Cf. *supra* § n°40.

<sup>1543</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°310, p. 275.

<sup>1544</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°310, p. 276 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°199, p. 149 et n°210 et s., p. 157 et s. ; M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°354, p. 326 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°455, p. 486 et n°468, p. 496 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255, p. 353 ; P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préc., n°2, p. 3 ; A. CHAPPELLE, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, préc., n° 252 et s., p. 274 et s. ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, préc.

<sup>1545</sup> « De manière symbolique [...], ces mécanismes sont généralement rattachés à l'idée d'impureté. [...] Impurs, ces mécanismes portent en eux la potentialité de la négation, de la mort, de la discipline. Mise en œuvre sans retenue, l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police risqueraient d'entraîner l'application systématique de la loi du for et, partant, la disparition du droit international privé » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°1, p. 1) ; « On voit aussitôt qu'il s'introduit ici un élément "perturbateur" dans la solution des conflits, puisqu'il fait échec, de manière imprévue, au jeu normal des règles reçues » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409) ; « Ce principe, qui appartient au droit le plus nécessaire et le plus certain, tend, par les abus auquel il prête à devenir un agent destructeur du droit international privé » (T. H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI*, 1925, IV, t. 9, p. 412 et s., spéc. p. 429).

<sup>1546</sup> C. N. FRAGISTAS, « La compétence internationale en droit privé », *RCADI*, 1961, III, t. 104, p. 173 et s.

<sup>1547</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°201, p. 150-151.

<sup>1548</sup> « il correspond à une nécessité inéluctable ; en admettant l'application des lois étrangères le législateur ne peut donner un blanc-seing à l'ensemble des législateurs de l'univers, et quelle que soit l'évolution ultérieure de leurs civilisations respectives [...] Sans aucun doute la notion introduit un élément perturbateur dans le jeu des règles de conflit, et il est hautement souhaitable que les juges n'en usent qu'avec discernement, mais cet accident est inévitable » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409) ; T. H. HEALY, « Théorie générale de l'ordre public », préc., p. 412.

prémunit contre « le saut dans l'inconnu »<sup>1550</sup> que constitue la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit. Il convient de préciser d'ailleurs que ce n'est pas tant la mise à l'écart de la loi étrangère en elle-même qui est remise en cause que l'impossibilité de prévoir, dans un cas donné, s'il sera recouru au mécanisme correcteur et donc l'insécurité relative pouvant résulter de son utilisation<sup>1551</sup>. Le principe même de l'éviction de la loi étrangère n'est pas contesté<sup>1552</sup>.

L'aspect négatif de la correction opérée par le jeu de l'ordre public international, c'est-à-dire la mise à l'écart de la norme étrangère, est ensuite identifié par la Cour de cassation. Par exemple, la Chambre commerciale, à l'occasion d'un arrêt rendu le 11 juin 2002, énonce que : loin de méconnaître le principe d'actualité de l'ordre public au sens du droit international et abstraction faite du motif surabondant critiqué par le moyen, la cour d'appel a retenu que l'ordre public international français, s'il permettait à une juridiction française d'écarter une loi étrangère qui normalement régirait le litige mais qui contreviendrait à cet ordre, n'autorisait pas d'écarter la compétence territoriale d'une juridiction étrangère au profit d'un tribunal français<sup>1553</sup>.

La loi étrangère est donc officiellement considérée comme étant écartée par le juge.

Enfin, la désignation de la loi étrangère ou la reconnaissance du jugement étranger peut être le fait du droit international privé français ou d'une convention internationale. Dans cette dernière hypothèse, la fonction d'éviction de ce mécanisme est, de la même manière, prévue. Par exemple, l'article 10 de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 précise que « l'application d'une des lois déclarées compétentes par la présente Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public »<sup>1554</sup>. Malgré l'action, pouvant être perturbante, d'éviction de la norme de l'exception d'ordre public, elle est pleinement acceptée, il en est de même pour la fraude.

**233. La fraude fait exception à toutes les règles** – L'action d'éviction du mécanisme de la fraude est bien connue des auteurs grâce au célèbre adage selon lequel *fraus omnia corrumpit*. Elle corrompt tout y compris l'application normale des règles de droit. De plus, ce mécanisme intervenant si une règle est utilisée de manière frauduleuse, il est de son essence d'avoir pour effet de l'écarter.

La fraude est un principe traditionnel non écrit tendant à corriger les imperfections du système puisqu'il permet d'éviter qu'une faille soit exploitée pour aboutir à un résultat contraire au droit. Elle fait exception à toutes les règles<sup>1555</sup>. Pour les auteurs, il s'agit d'un moyen de

---

<sup>1549</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°201, p. 150-151.

<sup>1550</sup> Cette expression est attribuée au juriste allemand Raape (« Sprung ins Dunkle », H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 410 ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°201, p. 150-151).

<sup>1551</sup> M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°356, p. 326-328 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°467, p. 495-496 ; « La nature des fonctions remplies par l'ordre public exclut que l'on puisse dresser une liste exhaustive des règles françaises dont l'application s'imposerait absolument. Ce sont des principes généraux, voire des sentiments, plus souvent que des règles, qui appellent l'éviction de la loi étrangère. De plus, les conceptions et les règles du for se modifient continuellement. Prohibée un jour et considérée comme contraire à l'ordre public, la reconnaissance des enfants adultérins est autorisée le lendemain, avec les effets les plus larges. Aussi n'est-il pas facile de prévoir, dans un cas donné, quelle sera la réaction du juge saisi. Pour cette raison, l'exception d'ordre public est souvent regardée avec défaveur. » (P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°201, p. 150-151).

<sup>1552</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255-1, p. 353.

<sup>1553</sup> Com., 11 juin 2002, n° de pourvoi : 00-13470, inédit.

<sup>1554</sup> Application : Civ., 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1991, n° de pourvoi : 89-15064, *Bull. civ.* 1991 I n° 113 p. 76

<sup>1555</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°499, p. 424-426 ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°22 ; « La condamnation de la fraude a pour effet de paralyser la norme juridique qui validait une opération » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le*

« déroger au jeu normal des règles de droit »<sup>1556</sup>, d' « éluder une règle obligatoire »<sup>1557</sup>. La sanction du comportement frauduleux consiste alors en le « refus d'appliquer la règle dont les conditions ont été réunies par fraude »<sup>1558</sup>, elle « doit avoir pour effet sa propre inefficacité »<sup>1559</sup>.

La Cour de cassation reconnaît, elle aussi, l'effet d'éviction de la norme du mécanisme correcteur de la fraude. Cependant, cette reconnaissance est mise en évidence de manière moins explicite que pour l'exception d'ordre public, par les expressions employées. La jurisprudence fait, en effet, appel à la théorie de la fraude en énonçant que « la fraude fait exception à toutes les règles », formule utilisée très tôt puisqu'il est possible de citer un arrêt rendu le 3 juillet 1817<sup>1560</sup>. L'emploi de cette formule laisse entendre que la Cour de cassation reconnaît la fonction d'éviction, de dérogation du mécanisme de la fraude. Néanmoins, la formule la plus usitée par cette juridiction est l'adage selon lequel *fraus omnia corrumpit*<sup>1561</sup>. Il convient de remarquer que la Cour peut être encore plus explicite dans ses décisions et exprimer clairement que le texte compétent ne sera pas appliqué. En effet, par exemple, dans l'arrêt dit « Époux Taleb »<sup>1562</sup> rendu en 1981 par la première Chambre civile, celle-ci a décidé que l'article accordant la nationalité française au conjoint étranger du français « ne peut être appliqué lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie du mariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale ». Différentes expressions sont ainsi employées pour rendre compte de l'action du mécanisme correcteur de la fraude. Peu importe celle utilisée, toutes traduisent l'effet d'éviction de la règle compétente de la fraude.

Cependant, le mécanisme correcteur de la fraude est parfois, lui aussi, perçu comme un élément perturbateur<sup>1563</sup>, au point que le Doyen Carbonnier dise à son propos que « la condamnation de la fraude a pour effet de paralyser la norme juridique qui validait une opération, de refouler l'État de droit lui-même »<sup>1564</sup>, mais il est surtout envisagé comme salvateur, la nécessité semblant prendre le pas sur une méfiance restant anecdotique<sup>1565</sup>.

---

*couple*, vol. I, préc., n°136, p. 250) ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°811, p. 799.

<sup>1556</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798. Dans le même sens, Monsieur Patrick Morvan, dans la thèse qu'il consacre au principe de droit privé, considère qu'elle a pour effet l'éviction de toutes les dispositions légales, toute règle étant susceptible d'être inhibée dès lors qu'elle est le support d'une fraude (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 607, p. 568-570).

<sup>1557</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 391.

<sup>1558</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°827, p. 817.

<sup>1559</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 372, 390, 440, 446.

<sup>1560</sup> Cass. Req., 3 juillet 1817, S. 1818. 1. 342.

<sup>1561</sup> La recherche, à partir du site internet Légifrance de l'expression « la fraude fait exception à toutes les règles » dans les arrêts de la Cour de cassation aboutit à 11 résultats alors que celle de « *fraus omnia corrumpit* » en donne 294 dont 95 arrêts ont été publiés au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* et 151 dont 40 publiés pour la version traduite.

<sup>1562</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1981, n° de pourvoi : 80-11498, *Bull. civ.* n° 338, D. 1982, 573, note P. GUIHO.

<sup>1563</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°22, p. 24.

<sup>1564</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°136, p. 250.

<sup>1565</sup> « Il est remarquable que ce qui n'est, en définitive, qu'une coutume puisse, sans souffrir la moindre contestation de son autorité positive, s'opposer à l'application normale des lois dont les conditions d'application sont pourtant dûment réunies » (F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°22, p. 24) ; « le principe d'un correctif apporté au fonctionnement ordinaire des règles juridiques en cas de fraude est indiscutable » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798) ; « La fraude appartient à la famille assez nombreuse de ces notions dont la réalité et l'importance sont reconnues par tous » (L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, préc., n°171, p. 214).

La mise à l'écart de la norme compétente pour régler le litige en cause, opérée à travers le recours aux mécanismes correcteurs que sont l'exception d'ordre public et la correction de la fraude, loin d'être passée sous silence, est clairement exposée, reconnue et quasi unanimement acceptée. Cette harmonie entre l'action du mécanisme correcteur et son image relève plus de l'exception que de la règle. Pour la plupart de ces techniques, la méfiance décelée dans la perception des deux premiers mécanismes correcteurs étudiés se manifeste avec plus de force, l'action d'éviction de la norme étant, certes, identifiée, mais tout juste tolérée voire décriée.

## B. La mise à l'écart tolérée de la norme

### **234. L'éviction de la norme par l'action du recours-nullité, reconnue et tolérée**

– Le recours-nullité est, selon Monsieur Philippe Gerbay, « une sorte de mécanisme correcteur destiné à lutter contre les excès de la fermeture des voies de recours en cas d'abus manifestes »<sup>1566</sup>. En effet, alors, qu'en vertu de la loi, aucun recours n'est ouvert au justiciable contre la décision en question, celle-ci étant entachée d'excès de pouvoir, le recours-nullité est ouvert pour corriger cette difficulté. La norme fermant les voies de recours est donc écartée pour permettre l'ouverture d'un recours<sup>1567</sup>. Cette mise à l'écart de la norme par le jeu du recours-nullité est identifiée et exprimée<sup>1568</sup>. Monsieur Domingo, dans l'avis<sup>1569</sup> qu'il proposait quant au pourvoi ayant finalement donné lieu à l'arrêt rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 28 janvier 2005<sup>1570</sup>, expose la règle applicable ayant pour résultat de fermer l'accès au pourvoi, pour envisager une possible dérogation à cette règle par le jeu de l'excès de pouvoir. Il explique que les règles évinçant ou restreignant l'exercice d'une voie de recours se trouvent écartées. Monsieur Charruault, dans le rapport<sup>1571</sup> qu'il consacre à ce même litige, admet lui aussi explicitement la mise à l'écart de la règle par le mécanisme du recours-nullité puisqu'il propose une « typologie des cas d'éviction » des règles fermant ou différant les voies de recours.

La Cour de cassation reconnaît de manière explicite cette action négative du mécanisme correcteur. Dans ce même arrêt rendu le 28 janvier 2005 par la Chambre mixte, dans lequel il était question de circonscrire le domaine du recours-nullité, cette formation a décidé, à propos de la règle selon laquelle « les jugements en dernier ressort qui ne mettent pas fin à l'instance ne peuvent être frappés de pourvoi en cassation indépendamment des jugements sur le fond que s'ils tranchent dans leur dispositif tout ou partie du principal », qu'« il n'est dérogé à cette règle, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir »<sup>1572</sup>. Nul besoin ici de s'appesantir sur le fond de la décision, il faut noter que la Cour expose clairement les différentes étapes du raisonnement. Elle commence par citer la règle compétente pour ensuite affirmer lorsqu'il est possible d'y déroger. Elle exprime ainsi explicitement que ce mécanisme correcteur aboutit, pour le juge y recourant, à déroger aux règles occultant les voies de recours. Cette dernière formule est celle utilisée de manière

---

<sup>1566</sup> P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », préc.

<sup>1567</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°707, p. 586-587.

<sup>1568</sup> Pour Madame Mireille Marteau-Petit, le recours nullité permet de « faire échec aux dispositions légales », il constitue une « dérogation aux dispositions législatives » (M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétorienne en procédure civile », préc.).

<sup>1569</sup> M. DOMINGO, Avis de l'Avocat général, site internet de la Cour de cassation ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr))

<sup>1570</sup> Cass. Mixte, 28 janvier 2005, n° de pourvoi : 02-19153, *Bull.* 2005 MIXT. n° 1 p. 1.

<sup>1571</sup> M. CHARRUAULT, rapport préc.

<sup>1572</sup> Cass. Mixte, 28 janvier 2005, n° de pourvoi : 02-19153, *Bull.* 2005 MIXT. n° 1 p. 1.



constante par la Haute juridiction<sup>1573</sup>, témoignant de la reconnaissance de cet aspect négatif de la correction réalisée par le jeu du recours-nullité.

L'effet d'éviction du recours-nullité est reconnu mais pas véritablement accepté. En effet, à lire les termes parfois employés, il semble être envisagé avec une certaine défaveur. Selon Monsieur Patrick Morvan, par exemple, il fait partie des principes ayant pour effet l'éviction de la loi occultant les voies de recours, oblitérant « sans nuances un interdit législatif »<sup>1574</sup>. De même pour Monsieur Roger Perrot, ce mécanisme permet « d'échapper aux dispositions restrictives qui entravent l'accès à la cour », « permet d'enjamber gaillardement un bon nombre de règles restrictives dont beaucoup sont d'ordre public »<sup>1575</sup>. Il peut même être considéré « qu'admettre un recours-nullité autonome c'est, par hypothèse, violer la loi qui interdisait tout recours »<sup>1576</sup>. L'action négative d'éviction de la norme est parfois envisagée de manière péjorative, elle semble heurter les conceptions de certains auteurs quant au respect de la règle par le juge.

Dans l'hypothèse du recours-nullité, contrairement à celle de l'exception d'ordre public ou du mécanisme de la fraude, la mise à l'écart de la norme est reconnue mais plus tolérée qu'admise. Elle peut être contestée comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une modulation dans le temps des effets de la jurisprudence et du contrôle concret de conventionnalité.

**235. La mise à l'écart contestée de la règle** – La modulation dans les temps des effets de la jurisprudence permet au juge, comme cela a été vu précédemment<sup>1577</sup>, d'écartier l'application du principe de la rétroactivité de la jurisprudence car il est inadapté à régler le litige de manière satisfaisante. Cette affirmation n'est pas toujours présente sous cette forme dans les écrits de la doctrine du fait, sans doute, de la difficulté déjà évoquée<sup>1578</sup> de ne serait-ce qu'identifier la norme écartée. Elle peut cependant y être décelée. Monsieur Nicolas Molfessis, par exemple, l'évoque dans un article qu'il consacre aux arrêts rendus par la première Chambre civile le 11 juin 2009<sup>1579</sup>. Selon lui, les différentes décisions rendues, depuis 2004, par la Cour de cassation, « ont précisément [...] consisté à dégager des critères spécifiques qui permettent d'admettre ou d'écartier "l'application immédiate" des solutions issues de ses revirements »<sup>1580</sup>. De même, Monsieur Xavier Bachellier et Madame Marie-Noëlle Jobard-Bachellier considèrent que la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 juillet 2004, a écarté « l'effet rétroactif du revirement »<sup>1581</sup>. Ainsi, ces arrêts, en écartant l'effet rétroactif des revirements, aboutissent à évincer le principe de l'application rétroactive ou immédiate<sup>1582</sup> des solutions jurisprudentielles. La jurisprudence, quant à elle, évoque également, dans les rares arrêts où il en est question, de manière subtile, cet effet d'éviction.

---

<sup>1573</sup> Par exemple : Civ., 2<sup>ème</sup>, 26 mai 2011, n° de pourvoi : 10-17727, inédit ; Com. 17 mai 2011, n° de pourvoi : 10-13821, inédit.

<sup>1574</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 598, p. 559.

<sup>1575</sup> R. PERROT, note sous Civ. 1, 28 avril 1998, *Procédures* 1998. 6.

<sup>1576</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, préc., n° 1155, p. 803.

<sup>1577</sup> Cf. *supra* § n° 188.

<sup>1578</sup> Cf. *supra* § n° 188.

<sup>1579</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvois : 07-14932, 08-16914, préc.

<sup>1580</sup> N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », préc.

<sup>1581</sup> X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc.

<sup>1582</sup> Sur la distinction : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'État exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique (CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*) », *RTDciv.* 2006. 527 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », préc.

Dans un des arrêts rendus le 11 juin 2009, elle expose, en effet, que la sécurité juridique est invoquée pour « contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence »<sup>1583</sup>.

L'action de ce mécanisme correcteur n'est cependant pas véritablement admise et sa mise à l'écart de la rétroactivité de la jurisprudence parfois rejetée<sup>1584</sup>. Aubert, par exemple, n'était « pas sûr que la jurisprudence, en général, et la Cour de cassation, en particulier, ait le pouvoir de déroger à la rétroactivité naturelle de la décision judiciaire »<sup>1585</sup>. Cependant, est-ce la faculté générale pour le juge d'écarter une norme qui est remise en cause ou, plus particulièrement, celle de déroger à la rétroactivité de la jurisprudence, impliquant inéluctablement la reconnaissance de sa capacité à créer des règles de droit ? La question se pose.

Dans l'hypothèse du recours au contrôle concret de conventionnalité la mise à l'écart de la norme a été nettement identifiée. La Cour de cassation elle-même dans le communiqué<sup>1586</sup> accompagnant l'arrêt du 4 décembre 2013<sup>1587</sup> en précisant que « En raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné » et que « Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question » met en évidence la mise à l'écart de la règle dans la seule espèce. Du côté des auteurs, l'opération n'est bien sûr pas passée inaperçue<sup>1588</sup> et elle a suscité nombre de réactions parfois hostiles. La révolution qu'elle impliquerait dans l'office de la Cour de cassation est jugée « inquiétante »<sup>1589</sup>, entamant « un processus d'émiettement, voire d'atomisation du droit »<sup>1590</sup>,

---

<sup>1583</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 11 juin 2009, n° de pourvois : 07-14932, 08-16914, préc.

<sup>1584</sup> X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc. ; « Il ne s'agit pas, bien entendu, de soutenir que le juge ne doit pas tenir compte des répercussions économiques de ses décisions. Il doit au contraire le faire. Mais il doit le faire en gardant raison, c'est-à-dire en faisant prévaloir les impératifs supérieurs de défense des libertés fondamentales de la personne humaine, qui sont de nature à imposer l'effet rétroactif » (P. SARGOS, « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence » », préc.) ; « si la Cour de cassation découvre dans le contenu du contrat médical que les médecins doivent informer les patients des risques exceptionnels qu'ils encourent, il n'y a pas de raison qu'elle modifie son point de vue selon l'époque où l'information a été omise. Le faisant, elle traiterai sa pratique de la loi non seulement comme une norme, mais surtout comme une norme indépendante de la loi séminale, comme une norme pourvue d'une autonomie propre qui lui permettrait d'être soumise au principe de non-rétroactivité. C'est précisément l'infériorité technique de la jurisprudence, son caractère d'être subordonné par essence à la loi, qui l'empêche de fonctionner ainsi » (R. LIBCHABER, « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, *Bull. civ.* I, n°249, p 157) », *RTDciv.* 2002. 176) ; T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », préc., spéc. n°5 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI : « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », préc.

<sup>1585</sup> J-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », préc.

<sup>1586</sup> Communiqué, site internet de la Cour de cassation.

<sup>1587</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 2013, préc.

<sup>1588</sup> Notamment : « Au seul visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Convention EDH), la Cour de cassation écarte l'application dans un cas particulier d'une disposition claire et précise du code civil français » (H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », préc.) ; « En l'espèce, il s'agit tout de même, bel et bien, d'écarter un texte clair » (J. HAUSER, « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », préc.) ; « il écarte l'application d'un texte interne, l'article 161 du code civil qui prohibe le mariage entre alliés, sans pour autant juger ce texte in conventionnel en lui-même : seule son application au cas d'espèce est écartée comme apparaissant incompatible avec le respect dû à un droit garanti par la Convention européenne » (C. FATTACCINI, « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), Le point de vue d'un avocat aux Conseils », *D.* 2015. 1734).

<sup>1589</sup> P. PUIG, « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes), *RTDciv.* 2016. 70 ; Également : J. HAUSER, « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l'article 5 du code civil », préc.

<sup>1590</sup> *Ibid.*

provoquant inéluctablement une « profonde dévalorisation de la loi »<sup>1591</sup>. Elle constituerait une « régression pour le droit français »<sup>1592</sup>.

Ces différentes illustrations démontrent que la mise à l'écart de la norme opérée par le jeu des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne est reconnue, de manière plus ou moins explicite, la vraie discordance se situant dans la faveur accordée à cette action. En effet, alors que dans certains cas, elle est admise sans ambages, dans d'autres elle suscite la méfiance et cette opération est tout juste tolérée<sup>1593</sup>. Il est donc nécessaire d'analyser cette action tendant à l'éviction de l'application de la norme et de tenter de mieux comprendre les disparités existant sur son admission.

## § 2 – Analyse de la mise à l'écart de la norme opérée par le mécanisme correcteur

**236. Étonnante mise à l'écart de la norme** – La défiance constatée face à la mise à l'écart de la norme opérée par l'action des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne n'est pas réellement étonnante. En effet, celle-ci va à l'encontre de la conception traditionnelle des sources du droit selon laquelle le juge est censé appliquer la règle de droit et ne retenir qu'un raisonnement purement syllogistique<sup>1594</sup> ; une théorie toute entière construite autour du droit envisagé comme ensemble de règles<sup>1595</sup>. La mise à l'écart par le juge de la norme compétente lors de la résolution d'un litige est donc loin de correspondre aux rassurants schémas de

---

<sup>1591</sup> *Ibid.*

<sup>1592</sup> F. CHÉNEDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », préc.

<sup>1593</sup> Pour un autre exemple, l'enrichissement sans cause a été qualifié de « machine à faire sauter le droit » (A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°484, p. 344 ; J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Deffrénois* 1975, art. 30854). De même, à propos de la maxime *Error communis facit jus*, il a pu être considéré qu'elle vient « heurter le droit écrit », « que l'erreur commise soit une erreur de droit ou une simple erreur de fait, appliquer la maxime c'est toujours valider une violation de la règle de droit » (H. MAZEAUD, « La maxime « error communis facit jus », préc.). Voir également : C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.) et qu'elle ne doit pas permettre de « bafouer la loi à la légère » (C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.) ; « Une large utilisation de la théorie de l'apparence [...] a permis [...] à la jurisprudence, et cette fois pour parler franc, au mépris de la loi ou de principes incontestables, d'écarter l'application de textes du droit positif » (P. LESCOT, « Les tribunaux face à la carence du législateur », préc.). Dans le même sens, à propos de l'abus de droit « En voulant réprimer des actes que jusqu'alors on avait cru prudent de tolérer, ne va-t-on pas ruiner le droit lui-même, le dépouiller de ses avantages essentiels, en en soumettant l'exercice au bon vouloir du juge ? » (CHARMONT, « L'abus du droit », préc.) ; « C'est qu'à l'instar de l'enrichissement sans cause ou de l'obligation naturelle, l'abus appartient à la catégorie des notions juridiques subversives : il s'agit, toutes proportions gardées, d'un véritable explosif juridique qui ne doit être manipulé qu'avec d'innombrables précautions. » (J.-P. SORTAIS, « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », préc., n°2). L'action directe est qualifiée de son côté de « mécanisme perturbateur » (F. GRÉAU, « Action directe », préc., n°15).

<sup>1594</sup> Présentant cette position sans nécessairement la partager, par exemple : « Dans la conception traditionnelle, le rôle du juge est essentiellement d'appliquer fidèlement la loi et de sanctionner sa violation. Soumis à l'ordre légal, il n'est qu'agent d'exécution de la volonté du législateur » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°81, p. 73). Le juge « n'est pas et ne peut être un législateur, faute de légitimité démocratique. Sa soumission se manifeste aussi face à la législation existante. Inapte à faire la loi, il est inapte à considérer qu'elle n'a pas rempli son rôle lorsqu'il lui est demandé de l'appliquer » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°350, p. 286). « Ces deux conceptions de la motivation correspondent à deux conceptions de la justice. L'une confie au juge le soin de découvrir le juste à partir du discours des parties, l'autre consiste à faire application de la loi. La motivation des jugements en France correspond à la deuxième de ces conceptions, mais il serait simpliste de considérer que la motivation y est purement normative. L'idée conçue par Montesquieu d'un juge qui n'est que la bouche de la loi est une utopie qui n'a jamais pu se réaliser vraiment et dont on s'est seulement efforcé de rapprocher la réalité. Les juges ont bien d'autres raisons de juger que la stricte application de la loi, ce qui rend difficile la motivation et en fait souvent un exercice formel » (F. ZENATI-CASTAING, « La motivation des décisions de justice », préc.).

<sup>1595</sup> Cf. *supra* § n°74.

fonctionnement de la justice. Monsieur Christian Brunet expliquait dans sa thèse consacrée au pouvoir modérateur du juge que :

malgré ce développement de la jurisprudence comme source du droit, le principe demeure que le juge doit appliquer et respecter la loi, quelque rigoureuse que puisse être la solution à laquelle elle conduit, car il n'est que "diseur de droit", serviteur de la loi : *Dura lex, sed lex*. Il n'est pas permis au juge de refuser l'application d'une règle de droit sous prétexte qu'elle serait injuste ou inéquitable, et la Cour de cassation sanctionne de telles violations de la loi<sup>1596</sup>.

Finalement ce n'est pas tant le peu de faveur accordée à l'effet d'éviction de certains mécanismes correcteurs qui étonne que le regard majoritairement indifférent voire bienveillant se posant sur leur action.

Pour analyser le regard porté sur cette action négative des mécanismes correcteurs, il est intéressant de se pencher sur le traitement de cette question concernant les principes de droit privé. Leur effet d'éviction a en effet trouvé diverses justifications, tantôt leur rang prééminent dans la hiérarchie des normes<sup>1597</sup>, tantôt leur fonction de maintien de la cohérence et de l'harmonie du système juridique<sup>1598</sup>. Monsieur Patrick Morvan le justifie par ce qu'il nomme la thèse conflictuelle<sup>1599</sup>, selon laquelle le principe a pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme, « sa nature de principe le porte à instituer une antinomie qui se résout par le refoulement de la norme concurrente, quelle qu'en soit la valeur »<sup>1600</sup>.

Concernant les mécanismes correcteurs, la justification de cette action d'éviction de la norme réside dans la condition préalable à leur utilisation<sup>1601</sup> : l'atteinte portée, dans l'espèce en cause, par l'application de la norme applicable, aux valeurs du système juridiques<sup>1602</sup>. Une fois le droit envisagé comme devant réaliser certaines valeurs<sup>1603</sup>, l'éviction de la norme y portant atteinte dans un cas d'espèce est justifiée par son caractère indispensable. La nécessité absolue des mécanismes correcteurs est d'ailleurs fréquemment mise en avant par les auteurs, tempérant parfois une défaveur originelle. Par exemple, l'exception d'ordre public est considérée comme une « nécessité inéluctable »<sup>1604</sup> par Batiffol et Monsieur Paul Lagarde. De même, pour Messieurs Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux et Madame Muriel Fabre-Magnan, « appuyé sur une longue tradition, fréquemment appliqué par les tribunaux, le principe d'un correctif au fonctionnement ordinaire des règles juridiques en cas de fraude est

---

<sup>1596</sup> C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 4-5.

<sup>1597</sup> « Les principes affirmés contra legem ne peuvent occuper par définition qu'une place supérieure à la loi dans l'ordre juridique ; ils apportent la preuve qu'à l'intérieur du système juridique existe une supra-légalité, comportant elle-même plusieurs niveaux hiérarchiques, et c'est à l'un d'entre eux, inférieur à ceux représentés par les principes de valeur universelle et les principes constitutionnels, qu'ils se situent » (B. OPPETIT, « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », préc., spéc. p. 16). Pour Monsieur Patrick Morvan, cependant, cette action négatrice existe alors même que le rang du principe est indéterminable (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°641, p. 599).

<sup>1598</sup> F. MODERNE, « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », préc. ; S. CAUDAL, « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, préc., p. 1, spéc. p. 14 et s. ; J-M. MAILLOT, *Le théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., p. 11- 12 ; « *Les principes rassurent, maintiennent la cohérence et comblent les lacunes du système juridique* » (D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préc., n°56, p. 54) ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », préc., spéc. p. 64.

<sup>1599</sup> Cf. *supra* § n°153.

<sup>1600</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°674, p. 644.

<sup>1601</sup> Cf. *supra* § n°193 et s.

<sup>1602</sup> « La justification de la règle *error communis facit jus* se trouve dans les nécessités des affaires, dans la sécurité dynamique » (R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 1, n°279, p. 456-459, spéc. p. 457).

<sup>1603</sup> Cf. *supra* § n°163.

<sup>1604</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°354, p. 409. Voir également : M-L. NIBOYET ET G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°728, p. 636-637.

indiscutable »<sup>1605</sup> et pour Madame Christine Pagnon, « la notion d'apparence apparaît comme indispensable à la vie juridique »<sup>1606</sup>. L'éviction de la norme est envisagée comme un mal nécessaire. Ainsi, l'admission de leur action est expliquée par l'assise dont bénéficient la plupart des mécanismes correcteurs, reconnus comme utiles voire indispensables. De plus, il faut noter que ceux-ci ont, jusqu'ici, été étudiés de manière autonome. Il est ainsi possible, qu'envisagé isolément, leur effet d'éviction de la norme suscite moins de controverses que ne le pourrait la reconnaissance d'une technique propre ayant cette action comme mode de fonctionnement. Cependant, cette mise à l'écart pourrait d'autant mieux être acceptée aujourd'hui que ce procédé s'est banalisé au travers du développement du contrôle de conventionnalité<sup>1607</sup> aboutissant à ce que le juge, face à des considérations supérieures, ici la contrariété d'une règle à un texte européen, écarte la norme applicable du litige en cause, démontrant un « renversement complet du rapport entre la loi et le juge »<sup>1608</sup>. Il est nécessaire de préciser que, si l'effet d'éviction de la loi du contrôle de conventionnalité a pu être critiqué ce n'est pas véritablement en tant que tel mais car il peut être considéré comme aboutissant à une appréciation objective de la validité de la loi<sup>1609</sup>, ce qui ne correspond pas à l'action du mécanisme correcteur. Pourtant la méfiance parfois rencontrée face au contrôle concret de conventionnalité interroge alors et il est possible de se demander, comme le fait Madame Pascale Deumier :

Quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale ?<sup>1610</sup>.

La différence de traitement selon le mécanisme correcteur considéré reste cependant surprenante s'agissant d'une même action et amène à s'interroger sur le véritable objet de la méfiance parfois constatée.

La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence voit son effet d'éviction du principe de la rétroactivité de la jurisprudence contesté. Deux explications, pouvant être

---

<sup>1605</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798. Voir également : « On ne peut guère contester la légitimité de la règle « *Fraus omnia corrumpit* » » (G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle "*Fraus omnia corrumpit*" », préc.) ; « Aucun ordre juridique ne peut tolérer la fraude qui sape l'autorité du droit et rompt l'égalité entre les assujettis à la loi » (F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°7, p. 7).

<sup>1606</sup> C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc. Voir également : « Cette quasi-unanimité de la doctrine en faveur d'une reconnaissance des effets de l'apparence erronée s'inscrivant dans une « théorie générale de l'apparence » cache, en réalité des positions extrêmement diverses » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », préc.) ; « On approuve généralement l'ensemble des solutions pratiques que les tribunaux ont adoptées dans ces hypothèses, mais au point de vue théorique l'accord est loin d'être fait » (M. DESSERTAUX, « Abus de droit et conflits de droits », préc.).

<sup>1607</sup> La Cour de cassation opère ce contrôle depuis le célèbre arrêt Jacques Vabres (Cass. Mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975. 497, concl. TOUFFAIT, *GAJ civ.*, n°3) et le Conseil d'Etat depuis l'arrêt Nicolo (CE, 20 octobre 1989, *Rec.* 190, concl. FRYDMAN, *GAJA*, n°95) ; L. BACH, *Rép. Civ. Dalloz*, rubrique « Jurisprudence », septembre 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°200 ; F. SUDRE, « A propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », in *Mél. J.-C. GAUTRON*, A. Pedone, 2004, p. 207 et s. ; P. CATALA, « Turbulences dans les sources du droit », *Mélanges Sassi Ben Halima*, Centre de publication universitaire, 2005, p. 79 et s. ; K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », *RFDA* 2003. 23 ; D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998. 225.

<sup>1608</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°105, p. 93.

<sup>1609</sup> « si le juge écarte l'application de la loi, c'est bien en définitive, et quels que soient les méandres du raisonnement suivi, parce qu'il considère que celle-ci ne saurait trouver application du fait de sa contrariété à la Constitution. Il est donc à tout le moins difficile de ne pas voir dans une telle démarche un contrôle exercé sur la validité de la loi » (Concl. s/CE Ass. 13 oct. 1989 *Nicolo*, *Rec.* p. 190). Dans le même sens : « *tandis que dans notre système de légalité issu de la Révolution, la loi peut casser la jurisprudence, ici c'est la jurisprudence qui casse la loi* ». (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n° 141, p. 263).

<sup>1610</sup> P. DEUMIER, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », préc.

cumulatives, peuvent être proposées. D'une part, si ce procédé novateur a fait sans conteste couler beaucoup d'encre, manque encore un certain recul pour mettre en évidence ses bienfaits. Il est récent et souvent contesté dans son principe<sup>1611</sup> et n'a ainsi pas l'assise de mécanismes tels que l'apparence ou l'exception d'ordre public. D'autre part, il apparaît que c'est moins la mise à l'écart d'une règle ou d'un principe qui est remise en cause que ses conséquences, c'est-à-dire, en l'occurrence, l'admission du pouvoir créateur de règles de droit du juge.

Au contraire, certains mécanismes correcteurs voient leur action d'éviction de la norme parfaitement admise, c'est particulièrement le cas de l'exception d'ordre public. L'éviction est bien acceptée car elle est justifiée par la nécessité caractérisée par l'emploi de termes forts pour la désigner. En effet, il est recouru à l'exception d'ordre public car, parfois, l'application de la loi étrangère consacre une « solution si choquante<sup>1612</sup> au regard des conceptions du *for* que le juge doit refuser de l'appliquer »<sup>1613</sup>, cette action du mécanisme correcteur est également acceptée car elle est présentée comme exceptionnelle<sup>1614</sup> et dictée presque par l'évidence<sup>1615</sup>. De plus, la norme en cause étant d'origine étrangère, sa mise à l'écart peut sans doute être acceptée plus facilement. Au surplus, le droit international privé est, plus que les autres<sup>1616</sup>, considéré comme un droit d'origine savante<sup>1617</sup>. Il en porte d'ailleurs encore la

---

<sup>1611</sup> Par exemple : V. HEUZÉ, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc. ; J-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », préc. ; X. BACHELLIER et M-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les revirements de jurisprudence », préc. ; T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », préc., spéc. n°5 ; P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI : « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », préc.

<sup>1612</sup> Le qualificatif de « choquant » est régulièrement employé, également celui d'« inadmissible », par exemple : D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°468, p. 496 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°252, p. 338 et 339.

<sup>1613</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°199, p. 149-150 ; Dans le même sens : « La loi étrangère désignée par la règle de conflit du *for* peut contenir des dispositions qui heurtent des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du juge saisi, au point que celui-ci se refusera à les appliquer » (D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°455, p. 486) ; « il arrive parfois que la loi étrangère ainsi désignée contienne des dispositions qui semblent incompatibles avec les principes fondamentaux du droit français et ce à un point tel que le juge français est allergique au résultat en découlant » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°248, p. 333).

<sup>1614</sup> Cf. *supra* § n°221.

<sup>1615</sup> C'est le cas notamment lorsque l'exception d'ordre public est présentée comme servant à éliminer les lois étrangères qui commanderaient une « solution injuste, contraire au « droit naturel » [...] Le sentiment du juste et de l'injuste, bien que relatif, s'impose à celui qui l'éprouve avec la force d'une vérité absolue » (P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°200, p. 150). Cette évidence n'est pas présente cependant pour toutes les applications de ce mécanisme correcteur, notamment lorsqu'il évince l'application de lois étrangères aboutissant à contrecarrer la politique législative du moment (voir H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°358, p. 414-416).

<sup>1616</sup> « Ce qui caractérise le droit romano-germanique, on le sait depuis René David, c'est qu'il constitue un droit de juristes, voire un droit de professeurs, pour reprendre la parabole des pandectistes allemands. Ce droit n'a pas pour objet, comme l'avaient les droits antiques et comme l'ont encore certains systèmes juridiques, de définir les actions et les procédures permettant à des profanes d'administrer la justice mais d'organiser un savoir ayant la dimension d'une science sociale. Il n'est pas une méthodologie d'approche des litiges mais une science des normes basée sur l'interprétation ; il est davantage un savoir académique enseigné par des docteurs qu'un savoir-faire pratique et transmis par des professionnels. » (F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », préc.).

<sup>1617</sup> B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc. : « le qualificatif de savant sera employé dans ce cours non seulement au sens technique qu'il a pu revêtir à certaines périodes de l'histoire, et ce en particulier au Moyen Âge, mais dans la signification plus générale qui désigne ce qui a sa source non dans des pratiques ou aspirations populaires, mais dans les travaux et réflexions d'initiés (jurisconsultes, spécialistes), tels

marque puisque la Cour de cassation<sup>1618</sup> y fait souvent des attendus très doctrinaux, plus que dans d'autres matières. Le droit international privé est également appréhendé comme une méthode<sup>1619</sup>. Ainsi, la particularité de la matière permet d'expliquer la grande tolérance régnant face à la mise à l'écart de la norme opérée par le jeu de l'exception d'ordre public, le juge ne pouvant, dans cette matière moins que dans d'autres, se laisser enfermer dans un carcan rigide.

À nouveau, l'étude du fonctionnement des mécanismes correcteurs permet de mettre en évidence une pratique du droit plus réaliste que dogmatique où le principe demeure celui de l'application de la norme, mais dans lequel celle-ci peut être écartée lorsqu'interviennent de très hautes considérations, en l'occurrence l'atteinte portée aux valeurs du système juridique.

**237. Conclusion de la section** – Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne voient leur action déclenchée lorsqu'une norme, si elle était appliquée, porterait atteinte aux valeurs du système juridique. Leur action correctrice se manifeste par deux étapes successives. La première, objet de cette section, est l'aspect négatif de la correction consistant en la mise à l'écart, par le mécanisme correcteur, de la norme compétente. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ayant tous connu une naissance et une construction indépendantes les unes des autres, il n'y a pas nécessairement d'harmonie visible dans leurs différents fonctionnements. Certains voient en effet cet aspect négatif de leur action clairement admis et exprimé par la doctrine et la jurisprudence, alors que, pour d'autres, l'éviction de la norme est plus implicite, ignorée ou considérée avec méfiance. Cette complexité due aux créations autonomes des différents mécanismes correcteurs est présente de manière encore plus significative dans la seconde étape de la correction : le règlement du litige par le juge une fois la norme écartée, l'aspect positif de la correction.

---

que le droit savant ou la coutume savante, ou encore ce qui possède un caractère doctrinal, théorique (œuvres de théoriciens) ou scientifique systématique », « en raison du caractère savant de la matière » (p. 343). Son *hypothèse* sera donc « celle de la persistance en droit international privé [...] de l'élément doctrinal et scientifique comme facteur prépondérant de son élaboration » (p. 343), sa *vérification* étant « conduite à travers les diverses sources, formelles ou informelles, de la matière, dont une analyse substantielle s'attachera à révéler la véritable nature » (p. 343). « si le positivisme légaliste s'y manifeste avec plus ou moins de force selon les époques et les esprits, sa nature de droit savant apparaît tout de même comme une constante » (p. 364). Sur un plan historique, ses règles sont issues d'un « processus essentiellement scientifique et collectif » (p. 364). L'histoire des conflits de lois et de juridictions doit ainsi tout à un mouvement des idées dans lequel la doctrine a été partie prenante. Bien plus, le droit international privé contemporain paraît devoir réserver une place importante à la doctrine en raison de la permanence du caractère savant de cette branche du droit. C'est ici l'occasion pour l'auteur de dénoncer nombre de juristes qui prétendent réduire la fonction créatrice de la doctrine au nom d'un positivisme exacerbé, alors que le droit international privé, « droit savant par nature, [...] ne pouvait devenir qu'un droit de savants » (p. 375). ; C. KESSEDJIAN, « Les effets pervers du caractère savant du droit international privé », *Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, p. 379 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°31, p. 22-23.

<sup>1618</sup> « Bruno Oppetit avait montré que le droit international privé est un droit savant, la motivation des arrêts en la matière emprunte parfois directement à la doctrine, ce qui n'est pas réservé exclusivement au droit international privé, mais y est plus marqué qu'ailleurs. » (Comité français de droit international privé, Compte rendu des travaux de l'année 2000-2001 par D. Hascher et des membres de la rédaction, *Rev. Crit. DIP.* 2002. 175) ; Pour Monsieur Bruno Oppetit, la jurisprudence participe du caractère savant du droit international privé (B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », préc., p. 407).

<sup>1619</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°5 et s., p. 17 et s. ; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°15 et s., p. 9 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°62, p. 62 et s.

## Section 2 : L'aspect positif de la correction, le règlement du litige

**238. Plan** – Une fois la norme écartée par le juge grâce au versant négatif de l'action correctrice des mécanismes correcteurs, le litige n'est pas réglé. Même si la seconde étape découle forcément de la première – par exemple, le recours-nullité permet l'ouverture d'un recours car la règle le fermant a été écartée – elles sont bien indépendantes l'une de l'autre. En effet, la seule mise à l'écart de la norme ne suffit pas à régler le litige. Dans le cas de l'exception d'ordre public, par exemple, une fois la règle étrangère désignée par la règle de conflit écartée, le litige subsiste ; il faut alors déterminer quelle règle, la loi du for ou une autre, permettra d'y mettre fin. Une action positive du juge complète ainsi la correction.

La question a cela de complexe que, dépendant du mécanisme correcteur en question et du contexte dans lequel il intervient, la réponse est loin d'être unique. En effet, chaque mécanisme correcteur connaît sa propre action positive qui elle-même peut revêtir différentes formes. Ainsi, de nombreuses manières de régler le litige existent. Cela ne dépend pas du bon vouloir du juge mais du mécanisme actionné et de l'atteinte portée au système juridique. En effet, le recours au mécanisme correcteur étant déclenché par l'atteinte potentiellement portée au système juridique par l'application de la norme compétente, il est logique que, cette technique agissant comme un remède à ce dysfonctionnement, la solution positive réponde au type d'atteinte à éviter. Deux formes d'actions positives peuvent être recensées à l'issue de l'observation des différents mécanismes correcteurs. D'une part, lorsque le droit est utilisé à mauvais escient, victime directe d'un justiciable, il se défend par l'inefficacité des actes ou moyens employés (§ 1). D'autre part, si, au contraire, le droit, du fait de ses limites, porte atteinte à un justiciable et au système juridique lui-même, il y remédie en s'assouplissant (§ 2).

§ 1 - La réaction défensive du droit face à l'atteinte portée au droit par un justiciable : l'inefficacité

**239. L'inefficacité** – L'efficacité<sup>1620</sup> est une notion qui n'est définie que par peu de dictionnaires<sup>1621</sup>. Si ce concept est en vogue, il n'en est pas moins « empreint d'obscurité »<sup>1622</sup>. Est efficace la règle ou l'acte permettant d'atteindre le ou les objectifs visés<sup>1623</sup>. La notion s'articule donc autour d'une attente, d'un effet et d'une relation entre les deux<sup>1624</sup>. Le droit est ainsi inefficace lorsqu'il « n'atteint pas la cible qui lui était

<sup>1620</sup> *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* dir. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, Bruylant, 2012.

<sup>1621</sup> R. BETTINI, « Efficacité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., p. 219 et s.

<sup>1622</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, n°4, p. 7.

<sup>1623</sup> « qualité d'une chose ou d'une action qui produit l'effet attendu » (M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préc., n°7, p. 8) ; « Mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent. [...] aptitude réelle des normes à réaliser leur but » (R. BETTINI, « Efficacité », préc.) ; « degré de réalisation de l'objectif » (J.-F. PERRIN, *Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme ? Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979, p. 91 et s.) ; A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, « Evaluer le droit », *D.* 1992. 263, spéc. n°8 ; « caractère d'un acte ou d'une décisions qui produit l'effet recherché par son auteur » (F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126 et s.).

<sup>1624</sup> « L'adjectif "efficace" provient du latin "*efficax, - acis*" (agissant, efficace). Selon la définition habituelle que l'on retrouve dans les divers dictionnaires généralistes, efficace signifie "qui produit l'effet attendu", "qui réussit" » (L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* dir. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, Bruylant, 2012, p. 27 et s., spéc. p. 49). Sur



destinée »<sup>1625</sup>, ne produit pas l'effet escompté. Ce terme est suffisamment large pour englober différentes réactions du droit face à une atteinte portée au système juridique consistant toutes en un repli, une paralysie de certains procédés.

**240. La fin de non-recevoir** – Certains mécanismes correcteurs ont pour effet, une fois l'application de la norme compétente écartée, d'opposer une fin de non-recevoir à une action engagée. Il est possible de considérer que le droit répond à l'atteinte portée au système juridique par l'inefficacité de l'action en justice dévoyée ; il en est ainsi notamment par le jeu de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Alors même que l'acte immoral étant annulable rétroactivement, une action en restitution en résultant est possible, l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* permet au juge de frapper cette dernière demande d'une fin de non-recevoir dans l'hypothèse où elle est demandée par celui à l'origine de la nullité car il allègue alors de sa propre turpitude<sup>1626</sup>. Le principe fondant les restitutions est donc écarté<sup>1627</sup> et l'action paralysée<sup>1628</sup> par la fin de non-recevoir<sup>1629</sup>. La jurisprudence expose de manière constante<sup>1630</sup> cet effet correcteur, puisque, par exemple, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 17 juillet 1996<sup>1631</sup>, il est précisé que « l'adage invoqué ne s'oppos(e) pas à l'action en nullité mais seulement, le cas échéant, à l'exercice des actions en restitution consécutives à la nullité du contrat ». Il est possible de considérer qu'il s'agit d'une manière, pour le système juridique, de se protéger en paralysant le procédé utilisé à mauvais escient par le justiciable. Cette opération peut être rapprochée de la notion d'efficacité puisque le but de l'action en annulation étant notamment les restitutions en résultant, celui-ci n'est pas atteint.

La réaction de repli du système juridique face à l'attaque d'un justiciable se produit également en cas de fraude et d'abus de droit grâce aux mécanismes correcteurs rendant les actes inefficaces.

**241. L'inefficacité des actes** – Le mécanisme correcteur de la fraude permet d'éviter qu'un individu tire parti des règles juridiques afin de bénéficier d'un avantage

---

la différence avec l'effectivité : L. HEUSCHLING, « Effectivité », « efficacité », « efficience » et « qualité » d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », préc., spéc., p. 49 et s. Egalement : J.-F. PERRIN, « Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme juridique ? », préc., p. 91 et s.

<sup>1625</sup> P. LASCOUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société* 1986. 101, spéc. 119. Cette définition peut être rapprochée de la méthode d'interprétation selon un « principe d'efficacité », pratiquée surtout en droit international public et en droit de l'Union européenne consistant à interpréter les dispositions d'un traité en choisissant l'interprétation la plus favorable à l'objectif du traité (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°554, p. 472-474).

<sup>1626</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°409, p. 317 ; A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°233, p. 179.

<sup>1627</sup> Cf. *supra* § n°190.

<sup>1628</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans », n°246, p. 483 et s.

<sup>1629</sup> Il convient de rappeler, sans pour autant entrer dans le débat, qu'elle peut être qualifiée de « fausse fin de non-recevoir ». En effet, la fin de non-recevoir au sens propre de l'expression, s'entend comme un moyen de défense procédurale or ici il semble que le point de savoir si celui qui invoque la nullité de l'acte immoral allègue de sa propre turpitude est une question relevant du droit substantiel. Cette qualification artificielle est sans doute retenue pour que le juge s'interroge d'abord sur ce point avant de s'intéresser aux restitutions en elles-mêmes. Sur les « fausses » fins de non-recevoir voir : J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°140, p. 120-122. Sur l'affirmation que l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* n'aboutit pas à une fin de non-recevoir au sens propre du terme mais une défense au fond voir : P. LE TOURNEAU, *La règle « nemo auditur.. »*, préc., n°223-226, p. 239-242.

<sup>1630</sup> Par exemple : Com. 14 décembre 2004, n° de pourvoi : 00-18366, inédit.

<sup>1631</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 17 juillet 1996, pourvoi n°94-14662, *Bull. civ.* 1996 I n° 331 p. 231.

indu<sup>1632</sup>. Différentes sanctions d'un tel comportement existent et il peut être considéré que, de manière générale, la fraude « doit avoir pour effet sa propre inefficacité »<sup>1633</sup>. En d'autres termes, la règle rendue applicable par ruse ne produira pas le résultat escompté. Pour cela, le juge recourt à ce mécanisme pour écarter la norme utilisée et agir de manière négative sur les actes obtenus grâce à elle. La sanction de l'acte frauduleux peut être plus ou moins étendue selon la nécessité de la situation.

De manière restreinte, la mise en œuvre de ce mécanisme correcteur peut permettre de rendre les actes obtenus par ruse inefficaces, ceux-ci étant privés de l'effet frauduleusement recherché<sup>1634</sup>. Par exemple, le mariage conclu uniquement pour obtenir une nationalité, tout en restant valable, ne pourra produire « l'effet acquisitif de nationalité frauduleusement recherché »<sup>1635</sup>. L'acte peut également être rendu inopposable aux tiers<sup>1636</sup>. Il s'agit donc, dans ces hypothèses, d'une inefficacité limitée de l'acte, cantonnée à ce qui est nécessaire. En effet, dans la plupart des cas « l'acte frauduleux n'est frappé d'inefficacité que dans la mesure seulement où il aboutit à un résultat jugé contraire au droit : l'éviction par la ruse d'une règle obligatoire »<sup>1637</sup>.

Si la sanction de la fraude doit se limiter au strict nécessaire, l'inopposabilité de l'acte n'est parfois pas suffisante. Ainsi, de manière plus étendue, l'acte frauduleux est parfois purement et simplement annulé lorsqu'il n'a pas d'autre effet que de produire le résultat prohibé par la règle frauduleusement éludée ou s'il apparaît comme un tout indivisible, de sorte qu'une fois privé de l'effet frauduleusement recherché il ne correspond plus à la volonté des parties<sup>1638</sup>. Par exemple, dans un arrêt rendu le 17 mars 1992 par sa première Chambre civile<sup>1639</sup>, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'une cour d'appel déclarant irrecevable l'action en nullité de la société civile et du bail destinés à faire échec aux droits successoraux d'un enfant du premier lit.

La sanction de la fraude peut également aboutir au rétablissement de la règle éludée par ruse<sup>1640</sup>. Il s'agit là d'une sanction d'une logique imparable et pourquoi pas porteuse d'une certaine ironie. En effet, le but de la fraude étant justement d'éviter de se voir appliquer une règle pourtant obligatoire, y a-t-il meilleur retournement de situation que l'opposition au fraudeur de la règle fuie ? De plus, il est nécessaire de maintenir et réaffirmer son caractère impératif<sup>1641</sup>. Peut illustrer ce procédé l'exemple classique du médecin épousant un patient pour contourner l'interdiction de recevoir à titre gratuit et qui se la verra néanmoins opposée alors que le mariage sera épargné<sup>1642</sup>.

Le mécanisme correcteur de la fraude rend, de manière générale, la règle utilisée frauduleusement inefficace, et plus particulièrement, les actes frauduleux sans effet de manière limitée ou nuls. Il s'agit d'une réaction du système juridique se protégeant de la

---

<sup>1632</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 796.

<sup>1633</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 372, 390, 440, 446.

<sup>1634</sup> A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°163, p. 125.

<sup>1635</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1981, n° de pourvoi : 80-11498, *Bull. civ. I*, n° 338.

<sup>1636</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 390.

<sup>1637</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 391.

<sup>1638</sup> A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°163, p. 125.

<sup>1639</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1992, n°90-16606, *Bull. civ. I*, n°86, J. PATARIN, « Annulation d'une société civile immobilière et d'un bail d'immeuble pour fraude aux droits de l'un des héritiers d'un associé », *RTDciv.* 1993, 390, P. DELEBECQUE, « La fraude corrompt tout et permet à un indivisaire d'agir seul », *D.* 1992, somm. 401

<sup>1640</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 390 et s. ; « Fraude en général », *Lamy droit du contrat*, mai 2010, n°241-3 et s.

<sup>1641</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préc., p. 390.

<sup>1642</sup> Cf. *supra* § n°210.

fraude « qui sape l'autorité du droit »<sup>1643</sup>. L'abus de droit connaît également diverses sanctions dont certaines aboutissent à priver d'effets les actes concernés.

L'abus de droit est un mécanisme correcteur d'origine prétorienne dont l'ampleur du champ d'application a été évoquée<sup>1644</sup>. Il n'est donc pas anormal que l'aspect positif de sa correction, c'est-à-dire la façon dont le juge va résoudre le litige une fois la norme écartée, connaisse de nombreuses manifestations. Certaines d'entre elles peuvent être regroupées dans ce développement du fait de leurs répercussions sur les actes. Ce mécanisme correcteur peut, en effet, aboutir à l'annulation d'un acte en cas, par exemple d'abus de majorité ou de minorité dans les sociétés<sup>1645</sup>. Il peut également conduire à son inopposabilité, à la privation totale ou partielle du droit exercé abusivement<sup>1646</sup>, à la suppression de la force obligatoire d'une clause contractuelle<sup>1647</sup> ou remettre en question la chose jugée<sup>1648</sup>. L'abus de droit connaît ainsi de nombreuses sanctions aux conséquences plus ou moins étendues sur les actes juridiques en cause les privant en tous les cas d'efficacité puisqu'ils ne produisent pas les effets escomptés. Il assure ainsi « le respect des finalités du système juridiques »<sup>1649</sup>, constitue un instrument de contrôle de l'exercice des droits<sup>1650</sup>.

L'inefficacité est un remède utilisé par le juge pour pallier l'atteinte portée au système juridique par le justiciable utilisant le droit à mauvais escient. Il est cependant des cas où nul n'est à blâmer hormis le droit lui-même, victime de ses limites originelles ; la réaction de celui-ci doit alors, au contraire, être guidée par un esprit d'ouverture.

## § 2 - La souplesse, un remède à l'atteinte portée au système juridique par le droit lui-même

**242. Le droit face à ses propres limites contraint à l'assouplissement** – Loin d'être malmené par un justiciable mal intentionné, parfois, le droit seul est responsable de l'atteinte portée au système juridique. Celle-ci est alors le fruit des limites inhérentes à la norme, nécessairement générale, parfois inadaptée à régir certains cas particuliers, et de la mécanique parfois aveugle du système devant, dans quelques hypothèses, être corrigée. Pour remédier à ces inconvénients, la rigidité et la généralité doivent céder la place à un esprit

---

<sup>1643</sup> F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, préc., n°7, p. 7. Pour cet auteur, « le correctif de fraude est un principe salvateur [...] (qui) [...] préserve l'autorité d'ensemble (de l'ordre juridique) » (n°22, p. 24). Pour Jhering, la sanction de la *fraus* du droit romain avait pour but de « protéger la loi » (R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, préc., n°67, p. 255).

<sup>1644</sup> Cf. *supra* § n°184.

<sup>1645</sup> Par exemple : « Attendu que par ces motifs dépourvus d'ambiguïté la Cour d'appel a établi les abus de droit commis par les membres de la majorité et qu'elle a pu dès lors annuler les décisions ainsi prises » (Com., 6 février 1957, n° de pourvoi : 57-02531, *Bull. civ.* n° 48 p. 40).

<sup>1646</sup> Par exemple : « qu'en prononçant l'extinction du droit d'usage et d'habitation, la cour d'appel a souverainement appréciée les conséquences des abus de jouissance commis par m x... » (Civ. 3<sup>ème</sup>, 12 juillet 1983, n° de pourvoi : 82-13682, *Bull. civ.* n°166).

<sup>1647</sup> Com. 22 oct. 1996, *Chronopost*, *D.* 1997. 121, note A. SÉRIAUX, et *Somm.* 175, obs. P. DELEBECQUE, *Deffrénois* 1997. 333, obs. D. MAZEAUD, *RTDciv.* 1997. 418, obs. J. MESTRE ; 13 févr. 2007, n° 05-17.407, *Bull. civ.* IV, no 43, *D.* 2007. IR. 654, obs. X. DELPECH ; 5 juin 2007, n° 06-14.832, *Bull. civ.* IV, no 104, *D.* 2007. AJ. 1720, obs. X. DELPECH, *RDC* 2007. 1121, note D. MAZEAUD, et p. 1144, note S. CARVAL

<sup>1648</sup> « l'appel remettant en question la chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit, la cour d'appel a pu, sans encourir les griefs du moyen, retenir comme abusive une opposition à commandement que le premier juge avait accueillie » (Civ., 2<sup>ème</sup>, 25 octobre 1995, n° de pourvoi : 94-10747, *Bull. civ.* 1995 II N° 254 p. 148).

<sup>1649</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760, p. 746.

<sup>1650</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°761, p. 747.

d'ouverture et d'assouplissement pour rétablir la justice.

**243. Plan** – Des mécanismes correcteurs tels que l'exception d'ordre public, l'apparence, l'enrichissement injustifié et le recours-nullité permettent d'illustrer cette réaction d'ouverture (A). La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est un mécanisme correcteur d'origine prétorienne récent dont le régime demande encore à être construit ; l'action corrective du juge, une fois le principe de la rétroactivité de la jurisprudence écartée, devrait aboutir, lui aussi, à un assouplissement du fonctionnement du système juridique (B).

A. L'assouplissement du fonctionnement du système juridique

**244. L'exception d'ordre public** – La mise en œuvre du mécanisme correcteur de l'ordre public international aboutit à mettre à l'écart du règlement du litige la norme étrangère désignée par la règle de conflit. Une fois celle-ci évincée du fait des conséquences concrètes inacceptables auxquelles conduirait son application à l'espèce en cause, le juge doit appliquer une autre règle. Avant tout, il convient de rappeler que l'exception d'ordre public n'aboutit pas à priver d'efficacité la règle de conflit puisque celle-ci joue pleinement, une règle applicable ayant été désignée<sup>1651</sup>. La réaction du système juridique face à une atteinte potentielle est ici l'application d'une autre règle que celle initialement désignée. Le système du droit international privé se voit ainsi assoupli, celui-ci reposant fondamentalement sur la neutralité<sup>1652</sup> et le caractère indirect<sup>1653</sup> de la règle de conflit désignant la loi applicable uniquement en fonction de ses liens avec le rapport de droit. Se pose alors la question de savoir si la règle de substitution est nécessairement celle du for et donc, en l'occurrence, le droit français. Les auteurs s'accordent pour considérer que, si la règle étrangère désignée par la règle de conflit ne peut pas être appliquée, « la compétence subsidiaire de la loi du for s'offre naturellement »<sup>1654</sup>. Il s'agit, sans doute, de la solution la plus simple. En effet, le droit du for offre l'avantage d'être connu du juge devant l'appliquer et ne risque pas d'être en contrariété avec l'ordre public international et de voir ainsi son application écartée. Il s'agit en tout cas de la solution adoptée par la jurisprudence française. La Cour de cassation exprime, en effet, clairement dans ses arrêts que l'opération réalisée consiste en une « substitution de la loi française à la loi normalement compétente »<sup>1655</sup> et l'approuve lorsqu'elle est réalisée<sup>1656</sup>.

---

<sup>1651</sup> Cf. *supra* § n°183.

<sup>1652</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°105, p. 93 ; Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Travaux comité fr. droit international privé, Journée du cinquantenaire*, 1988, p. 79 et s. ; P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n°2, p. 129 et s. ; H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, th., Paris, 1985 ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », préc., p. 43, 60.

<sup>1653</sup> M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°181, p. 174 ; « Ce caractère indirect de la règle de conflits de lois résulte du fait que la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit s'opère sans que le juge ne soit informé du contenu de cette loi. Afin de se protéger contre de "mauvaises surprises" lors de la découverte de ce contenu, l'ordre juridique se doterait d'un mécanisme permettant le contrôle de cette substance » (B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préc., n°24, p. 15).

<sup>1654</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, préc., n°212, p. 158-159 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, préc., n°318, p. 284 ; D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t1, Partie générale, préc., n°468, p. 496 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, préc., n°255, p. 353 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t1, préc., n°355, p. 411 et n°364, p. 420-422 ; M-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, préc., n°364, p. 335.

<sup>1655</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 11 mai 1999, n° de pourvoi : 97-13972, *Bull. civ.* 1999 I n° 153 p. 101, B. AUDIT, « Application

La correction opérée par le recours à l'ordre public international a pour effet positif de substituer la loi française à celle désignée par la règle de conflit puis écartée par le juge et donc d'assouplir le système originel. Le mécanisme correcteur de l'apparence connaît également cet effet d'ouverture du système.

**245. L'apparence** – Le mécanisme correcteur des apparences connaît de multiples actions correctrices du fait des diverses situations pouvant être concernées. Celles-ci diffèrent en effet, notamment, selon la personne étant victime du titulaire apparent. Pour protéger le tiers, le procédé utilisé par le juge consiste généralement en la validation des actes apparents<sup>1657</sup>. Pour le véritable titulaire en revanche, la situation est délicate puisque les droits acquis par les tiers grâce au jeu de la théorie de l'apparence lui sont opposables<sup>1658</sup>. Si, dans un premier temps, les intérêts du tiers prévalent sur les siens, dans un second temps, il faudra l'indemniser pour la perte de ses droits ou la charge qu'il supporte<sup>1659</sup>. La doctrine lui accorde un double recours en restitution et/ou en indemnité<sup>1660</sup>. Le recours en restitution lui permet d'obtenir ce que le titulaire apparent a pu recevoir à l'occasion du contrat comme, par exemple, le prix de la chose qu'il a vendue. Le recours en indemnité, quant à lui, a pour vocation de permettre la réparation du préjudice causé par l'acte du titulaire apparent et non déjà couvert par la restitution, comme la perte d'un bien d'une valeur non couverte par le prix. Cette action trouvant son fondement dans la responsabilité civile extracontractuelle, il convient de démontrer une faute du titulaire apparent qui a, par exemple, négligé de vérifier sa qualité pour agir.

L'apparence est un mécanisme correcteur en ce que, grâce à son utilisation par le juge, des droits apparents produisent des conséquences juridiques en dépit de l'inefficacité à laquelle il faudrait conclure en vertu des règles applicables. L'effet, ici positif, produit sur les actes est clairement identifiable. Une fois, les règles compétentes écartées, les actes émanant de l'apparent deviennent efficaces de manière à ce que la réalité corrigée puisse coïncider avec l'apparence<sup>1661</sup>. Du fait de l'étendue du champ d'action de la théorie de l'apparence, tout type d'actes peut être concerné. Par exemple, le domicile apparent, la capacité apparente, la qualité d'associé apparente, la qualité apparente d'époux, la qualité apparente de mandant, produiront leurs effets au profit de celui qui a été victime de l'illusion en faisant en sorte que l'apparence soit traitée juridiquement comme la réalité<sup>1662</sup> et en évitant que les actes soient annulés<sup>1663</sup>.

---

de la loi du lieu du dommage malgré la localisation en dehors de ce lieu de certains éléments du fait générateur », *D.* 1999. 295 ; J.-M. BISCHOFF, « Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 11 mai 1999, *Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres* », *Rev. Crit. DIP* 2000. 199 ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 juillet 1963, *Bull. civ.* n° 392, R. 1964. 732 ; 30 mai 1967, R. 1967. 728 note BOUREL.

<sup>1656</sup> Par exemple : Civ., 1<sup>ère</sup>, 10 février 1993, n° de pourvoi : 89-21997, *Bull. civ.* 1993 I n° 64 p. 42 ; J. FOYER, « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 10 février 1993. », *Rev. Crit. DIP* 1993. 620.

<sup>1657</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « *Error communis facit jus* », n°116, p. 229 et s., spéc. p. 232 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°867, p. 858-859.

<sup>1658</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°868, p. 860.

<sup>1659</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°158.

<sup>1660</sup> A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n° 510, p. 361-362.

<sup>1661</sup> M. BOUDOT, « apparence », préc., n°15.

<sup>1662</sup> *Ibid.*

<sup>1663</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°867, p. 858-859.

Une des manifestations positives de la correction opérée grâce au mécanisme de l'apparence permet ainsi d'assouplir la réglementation<sup>1664</sup> selon laquelle les actes apparents ne devraient produire aucun effet<sup>1665</sup>. L'enrichissement injustifié aboutit également à adoucir le sort des justiciables concernés.

**246. L'enrichissement injustifié** – L'enrichissement injustifié ou sans cause est un mécanisme correcteur d'origine prétorienne permettant à l'appauvri d'exercer un recours contre l'enrichi corrélatif pour rétablir l'équilibre rompu. Du fait, sans doute, des analogies existant entre cette théorie et celle de la responsabilité civile<sup>1666</sup>, Planiol<sup>1667</sup> a prôné une assimilation entre l'action de *in rem verso* et l'action délictuelle, en soutenant qu'en voulant conserver l'enrichissement sans cause l'enrichi commettrait un acte illicite, un délit ou, à tout le moins, un quasi-délit. Ripert et Teisseire<sup>1668</sup> ont soutenu la théorie d'une action en enrichissement sans cause qui correspondrait à la théorie du profit créé ou «...du contre-risque, contrepartie de la théorie du risque imaginée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle pour expliquer la responsabilité civile»<sup>1669</sup> : si l'auteur d'un acte répréhensible a le devoir, fondé sur le risque, d'en assumer les conséquences, l'appauvri, dont l'activité a profité à autrui, a le droit, quant à lui, d'obtenir la restitution de l'avantage ainsi procuré sans cause<sup>1670</sup>. Ces théories ont été abandonnées aujourd'hui. Il est admis que l'indemnité accordée à l'appauvri ne correspond pas à l'engagement de la responsabilité civile car il ne s'agit pas de la réparation d'un préjudice. En effet, en vertu de la règle dite du « double-plafond »<sup>1671</sup>, l'indemnité ne dépassera pas l'appauvrissement ou l'enrichissement<sup>1672</sup> et aucune faute de l'enrichi ne sera à

---

<sup>1664</sup> « l'adage *Error communis facit jus*, tel qu'il est appliqué par nos tribunaux, leur permet de protéger contre la loi elle-même celui qui n'a commis aucune faute » (H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », préc., spéc. 932.)

<sup>1665</sup> « *Error communis* a pour principale raison d'être de tempérer les effets absurdes d'une application sans nuance d'une règle générale et donc aveugle en incarnant dans une technique spécifique des considérations d'équité » (P. DEUMIER, « *Error communis facit jus* ? », préc., p. 18) ; « Cette théorie, de portée générale, joue donc le rôle d'un correctif au fonctionnement mécanique des règles juridiques. [...] Elle constitue un des éléments importants de l'ensemble des procédés gardant le droit de ses propres excès » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°838, p. 830) ; « c'est une règle protectrice de la sécurité sociale » (H. MAZEAUD, « La maxime "*error communis facit jus*" », préc., spéc. p. 931).

<sup>1666</sup> F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, essai d'une construction technique*, th., Dalloz, 1949, n° 39, p. 34-35.

<sup>1667</sup> M. PLANIOL, « Classification des causes des obligations », *Rev. Crit. lég. et jurispr.* 1904. 224.

<sup>1668</sup> G. RIPERT et M. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTDciv.* 1904. 727.

<sup>1669</sup> X. PIN, *J.Cl. Civ.*, art. 1370 à 1381, fasc. 10 : Quasi-contrats. – Enrichissement sans cause. II. A. n°27, 03, 2007.

<sup>1670</sup> Pour un exposé de ces théories, aujourd'hui abandonnées : J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, vol. II, préc., n°1227, p. 2440-2241 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, préc., n° 1064, p. 1058.

<sup>1671</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, préc., n° 57, p. 55 et s. Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1953, *D.* 1953. 234 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mars 1967, *Bull. civ.* I, n°102 ; Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 mai 1982, *Bull. civ.* III, n°122, *D.* 1983. IR 14, obs. A. ROBERT.

<sup>1672</sup> « L'enrichissement du défendeur peut ne pas coïncider avec l'appauvrissement du demandeur » (J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, vol. II, préc., n° 1224, p. 2437). Il est traditionnellement admis (X. PIN, *J.Cl. Civ.*, art. 1370 à 1381, fasc. 10 : Quasi-contrats. – Enrichissement sans cause III, n°23), par application de la règle dite du « double plafond », que l'indemnité due à l'appauvri ne saurait dépasser la plus faible des deux sommes représentatives, l'une de l'enrichissement, l'autre de l'appauvrissement. La Cour de cassation a fait application de cette règle à plusieurs reprises : Civ., 1<sup>ère</sup>, 15 février 1973, n° de pourvoi : 68-13698, *Bull. civ.* I, n°. 61, p. 56 ; Civ. 1<sup>ère</sup>. 15 décembre 1976, n° de pourvoi : 75-12290, *Bull. civ.* I, n° 408, qui a cassé l'arrêt ayant décidé, dans une hypothèse d'améliorations apportées à un immeuble par des travaux de restauration, de condamner l'enrichi au remboursement de ces travaux, sans rechercher si ces derniers avaient procuré une plus-value à l'immeuble, alors que l'enrichissement consistait précisément en cette plus-value ;

démontrer<sup>1673</sup>.

Le mécanisme correcteur de l'enrichissement injustifié permet ainsi au juge de mettre à l'écart la réglementation aboutissant à interdire tout recours à l'appauvri contre l'enrichi sans cause et donc d'ouvrir une action. Elle est nommée action de *in rem verso*<sup>1674</sup> ou d'enrichissement sans cause<sup>1675</sup>. Elle a été créée dans sa forme actuelle par la jurisprudence qui, petit à petit, l'a règlementée. Ouverte très largement à l'origine, elle a été encadrée plus précisément par la suite et joue ainsi par exemple de manière clairement subsidiaire<sup>1676</sup>. Le juge, dans son action correctrice, ne se contente pas de mettre à l'écart la réglementation inadéquate mais ouvre une action particulière au justiciable. Celle-ci permet à l'appauvri d'obtenir une indemnité qui n'excèdera pas l'appauvrissement ou l'enrichissement<sup>1677</sup>. Ce mécanisme correcteur permet ainsi, lui aussi, d'assouplir le jeu normal de la réglementation au bénéfice du justiciable, de même que le recours-nullité.

**247. Le recours-nullité** – Le recours-nullité est appelé à intervenir lorsqu'aucun recours contre une décision n'est ouvert, ou s'il est différé dans le temps, alors même que celle-ci est entachée d'un excès de pouvoir. La règle fermant l'action est, en premier lieu, écartée pour, en second lieu, permettre l'ouverture d'un recours. Il s'agit d'un type de recours particulier connaissant de multiples formes de manière à répondre aux différents cas de figures pouvant se présenter. Ce peut être un appel-nullité, un pourvoi-nullité, une tierce opposition-nullité ou un recours en révision-nullité<sup>1678</sup>. Cette action ainsi exceptionnellement restaurée suscite une interrogation particulière. Se pose, en effet, la question de savoir si le recours fermé est ouvert à l'identique ou si le recours-nullité est un recours à part entière détaché de celui dont il pallie l'absence. Il semble que la réalité soit entre les deux. Sur le principe, l'action restaurée est la même que celle qui était fermée. En effet, Messieurs Jacques Héron et Thierry le Bars, dans leur manuel de *Droit judiciaire privé*<sup>1679</sup> semblent considérer que « les données de la situation n'imposent pas que la voie de recours ainsi exercée présente, dans son fonctionnement et dans ses effets, un visage différent de celui qu'elle présente en temps ordinaire », les règles du droit commun doivent donc en principe être appliquées. De même, pour Monsieur Serge Guinchard et Madame Frédérique Ferrand, les recours restaurés sont de « véritables "clones" des recours supprimés »<sup>1680</sup>. Cependant, ces derniers auteurs ajoutent que l'application du droit commun ne peut être intégrale<sup>1681</sup>. Ce type de recours répond à un régime juridique fixé par la jurisprudence et échappe à des règles conçues pour les recours ouverts par la loi. Par exemple, ils ne sont pas soumis à l'obligation d'indiquer

---

25 mai 1992, n° de pourvoi : 90-18222, 90-18634 et 90-18814, *Bull. civ.* 1992 I n° 165 p. 113, à propos de l'annulation de la vente d'un tableau pour erreur sur la substance : les juges, en estimant que l'enrichissement du vendeur provenait de l'authenticité du tableau établie par l'acquéreur, ont « par là même retenu qu'il était égal à la différence existant entre la valeur marchande initiale du tableau et celle révélée » par le prix de revente ; quant à l'appauvrissement, les juges l'ont déterminé dans l'exercice de leur « pouvoir souverain d'appréciation ». La règle a été consacrée à l'article 1303 du Code civil.

<sup>1673</sup> A.-M. ROMANI, « enrichissement sans cause », préc., n°8.

<sup>1674</sup> Sur l'origine de cette action : F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, essai d'une construction technique*, préc., n°16-22, p. 14-19.

<sup>1675</sup> A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°482, p. 343.

<sup>1676</sup> Cf. *supra* § n°223.

<sup>1677</sup> P. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, préc., n°782, p. 609 ; A. BENABENT, *Droit civil Les obligations*, préc., n°496, p. 352

<sup>1678</sup> M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétorienne en procédure civile », préc.

<sup>1679</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°710, p. 589 et s.

<sup>1680</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, préc., n°1155, p. 803.

<sup>1681</sup> *Ibid.*

dans l'acte de notification du jugement<sup>1682</sup> le délai du recours et les modalités d'exercice de celui-ci puisque celui qui notifie pense qu'aucun recours n'est ouvert. Madame Mireille Marteau-Petit va même jusqu'à écrire que le juge ne se contente pas de restaurer *contra legem* un recours existant mais fermé ; le recours-nullité est un recours particulier, *sui generis*<sup>1683</sup>. Il est ainsi possible de considérer que le recours-nullité ne peut être exactement le même que celui qui a été supprimé puisque, par exemple, ce ne sera nécessairement qu'un recours ayant vocation à annuler la décision et du fait de la spécificité de son régime. Cependant, il ne sera pas non plus totalement différent puisque ce régime n'est pas entièrement dérogatoire de celui encadrant le recours supprimé.

Il convient de remarquer ici que ce mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une bonne illustration du rôle du juge dans l'utilisation d'un tel outil. En effet, le recours-nullité présentant une certaine spécificité, il est clair que le juge ne se contente pas d'écarter la règle dont l'application aurait des conséquences portant atteinte au système juridique. S'il le faisait ce serait l'exact recours fermé qui serait exceptionnellement ouvert. Le pouvoir correcteur du juge est ici illustré dans sa positivité et sa créativité comme il l'a été dans son aspect négatif.

Le recours-nullité permet au juge, dans son rôle de correction, d'ouvrir une action pour le justiciable et ainsi d'assouplir la réglementation trop rigide, un résultat auquel conduit également la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence mais de manière moins aboutie.

B. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence, vers un assouplissement ?

**248. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence et l'instauration d'un droit transitoire ?** – La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est un mécanisme correcteur écartant l'application rétroactive de la règle jurisprudentielle lorsqu'elle aboutirait à priver le justiciable de l'accès au juge. Évincer le principe de la rétroactivité de la jurisprudence n'est néanmoins pas suffisant pour régler le litige. La récente création de cette technique conduit à constater que son régime doit encore être construit, la Cour de cassation ne l'ayant pas détaillé. Son appréhension en tant que mécanisme correcteur permet de proposer que l'action du juge soit complétée par un aspect positif plus abouti. Il est, en effet, nécessaire de déterminer comment l'ancienne règle jurisprudentielle et la nouvelle vont s'articuler dans leur application dans le temps<sup>1684</sup>. En d'autres termes, le juge doit instaurer un droit transitoire, assouplir son fonctionnement, la rétroactivité naturelle de la jurisprudence ayant révélé ses limites. La théorie des conflits de lois peut être proposée comme comparaison<sup>1685</sup> mais ne semble pas pouvoir être utilisée comme modèle, l'application dans le temps de la norme légale et de la norme jurisprudentielle ne se posant pas dans les mêmes termes, la rétroactivité, est, pour la première, exceptionnelle et relève d'un choix du législateur alors que, pour la seconde, elle est naturelle<sup>1686</sup>.

---

<sup>1682</sup> Article 680 du Code de procédure civile : « L'acte de notification d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le délai d'opposition, d'appel ou de pourvoi en cassation dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que les modalités selon lesquelles le recours peut être exercé ; il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une amende civile et au paiement d'une indemnité à l'autre partie. ».

<sup>1683</sup> M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétoriennes en procédure civile », préc.

<sup>1684</sup> E. DREYER, « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », préc. ; X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », préc.

<sup>1685</sup> P. DEUMIER et R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », préc.

<sup>1686</sup> « L'assimilation de la jurisprudence à la loi ne serait pas justifiée. N'entrons même pas dans la distinction



Une fois le principe de la rétroactivité de la nouvelle jurisprudence écarté, la mise en place d'un droit transitoire pose trois questions : celle de l'application aux instances en cours de la nouvelle jurisprudence, celle de son entrée en vigueur et celle du sort particulier du plaideur sollicitant le revirement.

Tout d'abord, lors d'une modulation dans le temps des effets d'une nouvelle jurisprudence, la question se pose de savoir si la nouvelle règle va pouvoir s'appliquer aux instances en cours au jour où l'arrêt a été rendu. Cette question est particulière car les parties ont adapté leur comportement à l'ancienne règle mais peuvent, pour certains, s'attendre à se voir appliquer la nouvelle règle et ainsi agir en conséquence. Pour Monsieur Xavier Lagarde<sup>1687</sup>, la nouvelle règle pourrait être appliquée aux instances en cours mais, pour être juste il faudrait admettre un léger décalage, au moins le temps requis pour une diffusion significative de la décision afin que les justiciables puissent prendre connaissance de la nouvelle règle. Il est possible de déduire un commencement de réponse à cette question de l'arrêt du 21 décembre 2006<sup>1688</sup> qui était une instance en cours au moment où l'arrêt de 2004 a été rendu. En effet, la Cour de cassation n'a pas appliqué la règle dégagée par le revirement de 2004 à l'affaire de 2006. Ainsi, il est possible d'en déduire qu'elle ne s'appliquera qu'aux faits intervenus à partir de l'« entrée en vigueur » de la règle dégagée par l'arrêt du 8 juillet 2004<sup>1689</sup>. Ici, il est intéressant de faire un parallèle avec l'arrêt « Société Tropic travaux signalisation » rendu par le Conseil d'État le 16 juillet 2007<sup>1690</sup>. En effet, dans cette décision, la Haute juridiction administrative ne retient pas la même solution que la Cour de cassation quant aux affaires en cours à la date de l'arrêt et ayant le même objet. Par son revirement de jurisprudence, le Conseil d'État ouvre un nouveau recours à des personnes évincées d'un marché et prévoit qu'il ne sera ouvert que pour des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à la date de l'arrêt, mais également aux litiges en cours et qui auraient le même objet. Ainsi, cette juridiction, contrairement à la Cour de cassation, a fait le choix d'appliquer la nouvelle règle aux instances en cours. Il convient de remarquer qu'elle a pris le soin de préciser l'entrée en vigueur de son revirement de jurisprudence. Il semble que cette précision évite certaines incertitudes et assure une plus grande sécurité juridique que la solution réservée retenue par la Cour de cassation. Il faut néanmoins noter que, le revirement du Conseil d'État ouvrant un recours et celui de la Cour de cassation, au contraire, en réduisant l'accès, il est plus aisé pour la Haute juridiction de l'ordre administratif d'appliquer la nouvelle règle aux instances en cours. D'ailleurs, à l'instar de la Cour de cassation, le Conseil d'État, dans l'arrêt « Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes » rendu, en sa Section du contentieux, le 6 juin 2008<sup>1691</sup>, pour ne pas méconnaître son droit au

---

entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire. Il suffit de relever que la rétroactivité législative se comprend de façon spécifique : elle est exceptionnelle - la non-rétroactivité est le principe ; elle est le fruit d'un acte volontaire du législateur ; elle est légitime par principe sauf en matière pénale ou lorsqu'elle manifeste une ingérence dans l'administration de la justice. A l'inverse, la rétroactivité est inhérente à tout changement de solution ; elle n'exprime pas un choix ; elle n'est pas l'instrument d'un conflit entre l'autorité judiciaire et le pouvoir législatif. Dès lors, l'application de l'article 2 du code civil à la jurisprudence ne serait ni justifié ni praticable. » (N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », préc. ; « le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle » (Crim. 30 janvier 2002, *Bull. crim.*, n° 16, préc. ; Egalement : Crim. 5 mai 2004, pourvoi n° 03-82801, *RSC* 2005. 313, obs. D. REBUT.) *Cf. supra* § n°188.

<sup>1687</sup> X. LAGARDE, « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », préc.

<sup>1688</sup> Ass. Pl. 21 décembre 2006, pourvoi n°00-20493, préc.

<sup>1689</sup> Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 01-10426, préc.

<sup>1690</sup> CE, 16 juillet 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, préc.

<sup>1691</sup> CE, sect., 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes, préc., J.-P. THIELLAY, « Dommages-intérêts pour citation abusive : demande reconventionnelle relevant de la compétence du juge de l'action, Conclusions sur Conseil d'Etat, section, 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-

recours, n'applique pas la nouvelle règle au plaideur et ne précise pas ce qu'il en est des instances en cours.

Ensuite, se pose la question de savoir quand la nouvelle règle doit entrer en vigueur, l'exemple des arrêts de 2004 et 2006<sup>1692</sup> sera utilisé pour tenter d'y répondre. Il convient de préciser d'ores et déjà que la règle dégagée en 2004 et confirmée en 2006, prévoyant que l'action fondée sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence est soumise au régime de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 disposant que l'action se prescrit par trois mois révolus à compter du jour du dernier acte de poursuite s'il en a été fait, devrait être appliquée à partir de ce premier arrêt, le revirement ayant été opéré par celui-ci. Dans cette hypothèse, la question se pose de savoir s'il faut retenir la date où l'arrêt a été rendu, celle à laquelle il a été publié au bulletin, ou encore celle où il était consultable sur le site internet de la Cour de cassation. Sur cette question, la Cour européenne des Droits de l'homme propose des éléments de réponse. En effet, dans un arrêt Broca et Texier-Micault contre France du 21 octobre 2003<sup>1693</sup> la Cour de Strasbourg précise ce qui doit déterminer la date d'entrée en vigueur d'une évolution jurisprudentielle instituant un nouveau recours. Selon elle, il ne peut pas être attendu des requérants qu'ils utilisent une voie de recours nouvelle avant qu'ils n'en aient eu connaissance de manière effective. Il est précisé que cette prise de connaissance est incertaine lorsque, comme en la présente cause, le recours interne est le fruit d'une évolution jurisprudentielle<sup>1694</sup>. Dans cette hypothèse, il convient de « prendre en compte un laps de temps raisonnable, nécessaire aux justiciables pour avoir effectivement connaissance de la décision interne qui la consacre. La durée de ce délai varie en fonction des circonstances, en particulier de la publicité dont la dite décision a fait l'objet ». Dans ce litige soumis à la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt en question avait acquis un degré suffisant de certitude juridique environ six mois après sa lecture, soit après avoir été publié et plusieurs fois commenté. Ces considérations peuvent éclairer sur ce qui pourrait être la date d'entrée en vigueur de la nouvelle solution jurisprudentielle. L'arrêt de 2004 a été publié au *Bulletin civil*, figuré sur le site internet de la Cour de cassation, sur Légifrance, été abondamment commenté<sup>1695</sup> et évoqué dans le « rapport Molfessis » qui, lui-même, fut loin de passer inaperçu. Ainsi, il semble que cette nouvelle solution ait pu être connue des justiciables<sup>1696</sup> à la fin de l'année 2004, voire au plus tard au début de l'année suivante. La solution nouvelle ne devrait plus être inconnue et ainsi pourrait s'appliquer à des faits réalisés à partir de cette date. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts<sup>1697</sup>, a appliqué la nouvelle règle car les faits de publication dataient des 20 et 23 décembre 2004.

Enfin, en cas de recours au mécanisme correcteur qu'est la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence, il est une situation méritant particulièrement l'attention : celle du

---

dentistes de Paris c/ Banon, Req. n° 283141 », *RFDA* 2008. 689 ; B. PACTEAU, « La citation abusive devant les juridictions administratives spéciales. Un apport jurisprudentiel et... son report, Note sous Conseil d'Etat, sect., 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes, Req. n° 283141 », *RFDA* 2008. 964.

<sup>1692</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 2004, n° de pourvoi : 01-10426, préc. ; Cass., Ass. plén., 21 déc. 2006, préc.

<sup>1693</sup> CEDH, BROCA et TEXIER-MICAULT c. France, 21 octobre 2003, § 20, *LPA* 15 septembre 2005, n° 184, p. 15, note E. MAULEON ; J.-P. MARGUENAUD, « De l'utilité européenne du commentaire de la jurisprudence nationale (Cour EDH, 2<sup>e</sup> section, Broca et Texier-Micaul c/ France, 21 oct. 2003) », *RTDciv.* 2004. 365 ; *JCP G* 2004. I. 107, n° 7 obs. F. SUDRE.

<sup>1694</sup> En l'espèce, le nouveau recours était issu d'un arrêt du Conseil d'État français du 28 juin 2002.

<sup>1695</sup> Cf. *supra* § n°46.

<sup>1696</sup> Il faut noter également qu'un article sur le sujet a été publié dans le journal *Le Monde* le 2 décembre 2004 : N. GUIBERT, « La jurisprudence de la Cour de cassation pourrait ne plus être rétroactive ».

<sup>1697</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 2008, pourvoi n° 07-11.479, S. LAVRIC, « Action en défense de la présomption d'innocence : obligation d'interrompre la prescription trimestrielle », *Dalloz actualité* 13 février 2008 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 30 avril 2009, pourvoi n° 07-10.879, S. LAVRIC, « Atteinte à la présomption d'innocence : application de la prescription trimestrielle », *Dalloz actualité* 11 mai 2009.

justiciable ayant pris le risque de solliciter, et ce, avec raison, un revirement de jurisprudence devant la Cour de cassation. En effet, se pose la question de savoir s'il convient de lui appliquer le changement de règle. Ce traitement particulier se justifierait, d'une part, par le risque d'épuisement des pourvois du fait de l'inapplication de la solution nouvelle à l'espèce jugée. Ainsi, il conviendrait de « récompenser » ce justiciable ayant contribué à l'avènement de la solution nouvelle. D'autre part, l'équité commanderait ce traitement particulier. En effet, il peut être considéré comme injuste de ne pas appliquer la règle nouvelle au justiciable l'ayant sollicitée et ayant pris le risque de poursuivre la procédure devant la Cour de cassation malgré une jurisprudence lui étant défavorable mais que d'autres en bénéficieront grâce à lui. Le risque en n'appliquant pas la solution nouvelle à l'espèce jugée est donc de « substituer une injustice à une autre »<sup>1698</sup>. Cependant, les auteurs du rapport sur *Les revirements de jurisprudence*<sup>1699</sup> refusent de préconiser un tel traitement particulier<sup>1700</sup>. Selon eux, une telle situation contreviendrait à la prohibition des arrêts de réglemens prévue par l'article 5 du Code civil. En effet, le juge aurait alors un pouvoir supérieur à la loi puisqu'il « mettrait en œuvre une solution nouvelle avant de la paralyser ». Monsieur Fabrice Melleray<sup>1701</sup> semble estimer, au contraire, qu'il conviendrait d'appliquer au justiciable ayant sollicité le revirement la nouvelle solution sans aboutir à une violation l'article 5 du Code civil. Monsieur Joël Monéger<sup>1702</sup> considère de son côté que la question est une difficulté majeure : « Celui qui gagne, perd ». Selon lui, la solution devra être fondée au regard d'un impérieux motif d'intérêt général dépassant celui des parties en cause. Dans les affaires ayant abouti aux arrêts du 8 juillet 2004<sup>1703</sup> et du 21 décembre 2006<sup>1704</sup>, la société de radiodiffusion a réussi à convaincre par son argumentation la Cour de cassation et ainsi à obtenir qu'elle procède à un revirement de jurisprudence. Elle avait donc raison sur la correcte application à retenir des textes en question dans cette affaire. Pourtant, ce plaideur ne s'est pas vu appliquer la nouvelle règle au profit de l'ancienne, pourtant réputée être la mauvaise interprétation des textes. Cette application de l'ancienne règle est justifiée, par la Cour de cassation, par la privation de l'accès au juge que constituerait l'application rétroactive de la nouvelle règle. Ainsi, la Cour de cassation a fait le choix de ne pas appliquer la nouvelle règle au plaideur qui l'avait sollicitée avec raison. Ici, il est intéressant de comparer à nouveau cette solution avec l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 16 juillet 2007<sup>1705</sup>. Cette juridiction, tout en acceptant elle aussi de moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, ne retient pas la même solution que la Haute juridiction de l'ordre judiciaire. En effet, le revirement de jurisprudence qu'elle opère ouvre un nouveau recours à l'encontre d'un contrat aux personnes évincées de sa conclusion. Avant cet arrêt, ce recours n'était ouvert qu'aux parties au contrat. Le Conseil d'État applique cette nouvelle règle à l'espèce qu'il juge puisqu'il admet l'ouverture de ce recours aux plaideurs le sollicitant. Il précise ensuite que l'impératif de sécurité juridique commande de n'ouvrir le recours qu'à l'encontre des contrats négociés à partir de la date de sa décision, sous réserve des instances en cours. Ainsi, le Conseil d'État fait le choix d'appliquer la nouvelle règle au plaideur l'ayant sollicitée, évitant ainsi une injustice<sup>1706</sup>. Il s'agit également de la position des juridictions européennes<sup>1707</sup>.

---

<sup>1698</sup> *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, préc., p. 42-44.

<sup>1699</sup> *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, préc.

<sup>1700</sup> *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, préc., p. 42-44.

<sup>1701</sup> F. MELLERAY, « Réjouissant mais déroutant », préc.

<sup>1702</sup> J. MONEGER, « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », préc.

<sup>1703</sup> Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 01-10426, préc.

<sup>1704</sup> Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n°00-20493, préc.

<sup>1705</sup> CE, 16 juillet. 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, préc.

<sup>1706</sup> « Il nous semble, en réalité, qu'on ne peut justifier autrement que par des considérations d'équité la solution consistant à appliquer le revirement prospectif aux litiges déjà pendants : il serait injuste, à l'égard du justiciable

Néanmoins, il faut préciser que cette question n'appelle pas de réponse systématique. En effet, il convient d'apprécier les différents intérêts en présence et de choisir l'application la plus juste. Dans les affaires jugées par la Cour de cassation, les juges, s'ils appliquaient la nouvelle règle au plaideur l'ayant sollicitée, privaient l'autre partie de l'accès au juge, mais protégeaient la liberté de la presse. Ici la Cour de cassation a fait prévaloir l'accès au juge sur la liberté de la presse. Le Conseil d'État, quant à lui, en appliquant la nouvelle règle au plaideur l'ayant sollicitée lui permet de former un recours contre un contrat mais atteint la stabilité de cette convention pouvant alors plus facilement être remise en question. Néanmoins, cette juridiction ne prenait pas beaucoup de risques puisqu'elle ouvrit le recours au plaideur pour finalement rejeter sa prétention. Il convient surtout de préciser à nouveau que le revirement du Conseil d'État ouvre un recours alors que la Cour de cassation en réduit l'accès. Ces deux situations sont donc différentes, d'autant que le Conseil d'État précise dans son arrêt qu'il appartient au juge d'appliquer la nouvelle règle car elle n'apporte pas de limitation au « droit fondamental qu'est le droit au recours ». Ainsi, si le revirement du Conseil d'État avait abouti à limiter l'accès au recours, son application dans le temps n'aurait pas été la même. En témoigne l'arrêt « Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes » rendu par le Conseil d'État, en sa Section du contentieux, le 6 juin 2008<sup>1708</sup> dans lequel la Haute juridiction considère que :

la cour administrative d'appel aurait dû, en application de ces règles, annuler le jugement par lequel le tribunal administratif de Paris s'est prononcé au fond sur la demande indemnitaire de M. A, laquelle avait été portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, puis constater elle-même, en application de l'article R. 351-4 du code de justice administrative, qu'il n'y avait plus lieu d'y statuer, dès lors que le conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes, saisi de la plainte du CONSEIL DEPARTEMENTAL DE L'ORDRE DES CHIRURGIENS-DENTISTES DE PARIS à l'encontre de M. A, s'était déjà prononcé et que cette demande ne pouvait donc plus lui être renvoyée ; qu'il lui appartenait toutefois de relever que les règles ainsi dégagées, qui ne sont pas édictées par un texte et qui ne résultaient d'aucune jurisprudence antérieure, ne pouvaient être opposées à M. A sans méconnaître son droit au recours ; qu'en l'espèce, par suite, la cour aurait dû, après avoir annulé le jugement du tribunal administratif, renvoyer la demande indemnitaire de M. A devant le conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes ; qu'en ne procédant pas de la sorte, la cour administrative d'appel de Paris a entaché son arrêt d'erreur de droit.

Ainsi, de la même manière que pour la Cour de cassation, l'application immédiate de la nouvelle jurisprudence méconnaissant le droit au recours du plaideur, elle ne lui est pas appliquée.

Lorsqu'il module dans le temps les effets d'une jurisprudence, le juge, une fois la règle de la rétroactivité de la jurisprudence écartée, doit achever l'action corrective en instaurant un droit transitoire, assouplissant la rigueur du principe de la rétroactivité de la jurisprudence.

**249. Conclusion de la section** – Une fois la norme compétente écartée par le jeu du mécanisme, la correction est réalisée de manière incomplète et le litige toujours existant.

---

qui a provoqué, voire sollicité, le revirement, de lui donner raison sur le principe avant de refuser, dans le même mouvement, de lui appliquer la solution nouvelle. Mais ce raisonnement ne vaut qu'autant que la règle nouvelle est favorable à l'intéressé ; dans le cas inverse, l'équité commande au contraire de ne pas la lui appliquer. Il n'est guère douteux, en effet, que la position de l'Assemblée sur ce point aurait été différente si l'application rétroactive de la règle nouvelle avait conduit, par exemple, à rendre purement et simplement irrecevable, dans son entier, le recours formé par la société Tropic travaux signalisation. On peut donc penser que l'application ou non de la règle nouvelle aux procès en cours résultera, non d'une position de principe, mais d'une appréciation au cas par cas, dictée essentiellement par des considérations d'opportunité. » (F. LENICA et J. BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : « Never say never » », *AJDA* 2007. 1577).

<sup>1707</sup> CJCE *Defrenne*, 8 avr. 1976, 43/75, p. 455, point 75 ; *Société des produits du maïs SA c/ Administration des douanes et droits indirects*, 27 févr. 1985, 112/83, p. 719, points 16-18.

<sup>1708</sup> CE, sect., 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes, préc.

Chaque mécanisme correcteur dispose de ses propres moyens à substituer à la norme compétente, ils peuvent être nombreux ou uniques, cumulatifs ou alternatifs. Malgré cette effrayante pléthore d'hypothèses correctrices, il est possible de les regrouper en fonction du type d'atteinte portée au système juridique. Certains rendent les procédés utilisés contre le droit inefficaces et d'autres, au contraire, aboutissent à assouplir le fonctionnement du système.

**250. Conclusion du Chapitre 2** – La construction du régime de la technique autonome de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a nécessité de mettre en évidence un schéma commun entre les différentes techniques pouvant être ainsi qualifiées. Il est apparu que, une fois le principe de l'utilisation d'un mécanisme correcteur admis, l'action correctrice à proprement parler est mise en œuvre. Elle varie, certes, selon le mécanisme auquel il est recouru, les mécanismes étant fort divers et certains ayant un champ d'action très étendu, mais ses diverses formes laissent percevoir un fonctionnement relativement uniforme. Dans un premier temps, la norme compétente est mise à l'écart du règlement du litige. Cette étape n'est pas sans soulever des hésitations malgré son apparente facilité et met en évidence l'existence de mécanismes correcteurs du système et de mécanismes correcteurs particuliers. Les premiers interviennent de manière très étendue pour évincer l'application de nombreuses normes, et ainsi pallier les éventuelles conséquences excessives d'une méthode, et les seconds voient leur champ d'action restreint à une norme. La mise à l'écart de la règle ne mettant pas elle-même fin au litige, elle doit être complétée par une seconde étape : le versant positif de la correction opérée grâce aux mécanismes correcteurs. Le juge, selon le mécanisme utilisé, dispose de différents moyens pour parfaire la correction et régler le litige par un autre biais que l'application de la norme compétente. Ces dispositifs, aussi divers soient-ils, peuvent être réunis. En effet, le mécanisme correcteur d'origine prétorienne étant mobilisé pour éviter que l'application de la norme ne porte atteinte aux valeurs du système juridique, le type de réponse va dépendre du dysfonctionnement constaté. D'une part, si le mécanisme correcteur est utilisé parce qu'un justiciable, par son comportement, profite des failles du système pour lui porter atteinte, une réaction protectrice est adoptée par le juge consistant en une inefficacité des moyens utilisés. D'autre part, si le fonctionnement mécanique du système juridique est en cause et aboutit dans certains cas particuliers à une méconnaissance des valeurs protégées, il doit être assoupli.

**251. Conclusion du Titre 1** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique créée par le juge lui permettant de mettre à l'écart l'application d'une norme. Le concept construit et une définition proposée, le régime de cette technique a dû être façonné. Il est né de l'observation et de la confrontation du fonctionnement des différents objets qualifiés de mécanismes correcteurs. Malgré leur diversité, un schéma commun a pu être dégagé. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique à l'action pouvant être jugée perturbatrice puisqu'aboutissant à mettre à l'écart du règlement du litige l'application de la norme compétente. Ainsi, avant que soit envisagée sa mise en œuvre, il doit être admis à agir. Les différents critères d'utilisation des objets étudiés ont permis de mettre en évidence une hypothèse unique de recours au mécanisme correcteur en général : l'atteinte potentiellement portée par l'application de la norme aux valeurs du système juridique. Ce cas est suffisamment large pour englober les nombreuses conséquences excessives possiblement engendrées par la généralité d'une norme. Une fois la condition de déclenchement de l'utilisation du mécanisme correcteur remplie, l'action corrective elle-même peut être mise en mouvement. La confrontation des différents mécanismes correcteurs

a permis de constater que le juge adoptait, pour chacun d'entre eux, un cheminement similaire. Dans un premier temps, l'inaptitude de la norme à régler le litige ayant préalablement été constatée, cette dernière est écartée. Ce versant négatif de la correction étant, certes, indispensable mais insuffisant, il doit être parachévé. Dans un second temps, le juge doit régler le litige. Là également, la multiplicité des solutions utilisées par le juge peut être constatée. Cependant, celles-ci peuvent être rassemblées en fonction du type de défaillance du fonctionnement système juridique à l'origine du besoin de correction. D'une part, lorsque la mécanique du système est exploitée par un justiciable, l'action correctrice du juge aboutit à rendre inefficace les procédés utilisés. D'autre part, si l'atteinte est la résultante du seul fonctionnement du système juridique, le mécanisme correcteur permet au juge de l'assouplir.

L'observation du fonctionnement des différents objets qualifiés de mécanismes correcteurs a permis de faire émerger un fonctionnement commun et ainsi de proposer le régime de la technique autonome. La constatation de l'existence de la possibilité, pour le juge, de mettre à l'écart du règlement du litige l'application de la norme compétente lorsque celle-ci aboutirait à porter atteinte aux valeurs du système juridique est une chose, en est une autre sa justification. De quel droit le juge s'abstrait-il ainsi de l'application des normes compétentes sans permission du législateur ? De nombreuses théories et propositions ont été élaborées pour justifier chacun des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, le plus souvent sans parvenir à emporter une adhésion unanime. Le parachèvement de l'étude de la technique autonome du mécanisme correcteur d'origine prétorienne nécessite de déterminer le fondement de son existence. Au vu de l'assise et du fonctionnement des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, se pose la question de l'existence d'un pouvoir correcteur du juge.

## TITRE 2 : LE FONDEMENT DE L'EXISTENCE DES MÉCANISMES CORRECTEURS D'ORIGINE PRÉTORIENNE : LE POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE

**252. Un pouvoir correcteur du juge** – Une fois la nature et le régime des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne étudiés, se pose la question, plus théorique, du fondement de leur existence. Comment, dans un système où le droit écrit qui, s'il ne peut plus réellement prétendre à l'exclusivité<sup>1709</sup>, reste assez nettement dans une position de supériorité<sup>1710</sup>, le juge peut-il utiliser et même créer des instruments lui permettant d'écarter du règlement d'un litige l'application d'une norme compétente ? Cette question révèle l'existence d'un paradoxe. En effet, d'un côté, les objets qualifiés de mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, alors même que leur effet d'éviction de l'application de la norme est reconnu, pour la grande majorité d'entre eux<sup>1711</sup>, bénéficient d'une assise certaine au sein du système juridique. Certains sont très anciens<sup>1712</sup>, présents dans d'autres droits<sup>1713</sup> et la plupart sont unanimement acceptés et leur existence est même généralement considérée comme indispensable<sup>1714</sup>. D'un autre côté, un silence presque total<sup>1715</sup> est fait sur une faculté qui détonne avec la conception généralement retenue du rôle du juge. Si le juge utilise et surtout crée des mécanismes correcteurs lui permettant de mettre à l'écart du règlement du litige l'application de la norme compétente et cela généralement avec l'aval

<sup>1709</sup> « La tradition légaliste héritée de la Révolution française continue de marquer puissamment le droit français et le privilège reconnu à la loi comme mode d'expression de la norme. Sans aucunement la renier, un élargissement de l'horizon conduit à tenir compte aussi de sources moins formelles que la loi ou le traité international et même de toutes ces pratiques qui, le cas échéant qualifiées de sources réelles, concourent puissamment, mais à leur manière qui utilise le temps, à la genèse du droit » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°241, p. 196) ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°390, p. 373 ; « les pays d'Europe continentale ont fini par relativiser l'importance de la loi et par faire une large part à la jurisprudence, de même qu'ils tendent à affranchir le juge du joug de la loi comme de la tutelle de la doctrine. » (F. ZENATI, « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », préc.) ; « tout le droit n'est pas enfermé dans la légalité » (F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources*, t. II, n°146, p. 35 et s., n°147, p. 39 et s.) ; « autour de la règle formelle, autour du droit écrit, vit et bouillonne tout un monde de principes, de directives, de standards [...] » (L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n° 1, p. 2).

<sup>1710</sup> Une supériorité qui n'est d'ailleurs pas réellement discutée : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°241, p. 196 ; Pour le Doyen Carbonnier la loi est la principale source du droit (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°106, p. 193) ; M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », préc. : « Dans un pays de droit écrit, l'espace juridique est normalement occupé par le législateur. "La" source du droit, c'est lui » ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°237, p. 196 : « Tout le monde [...] s'accorde à situer la loi au premier rang de ces sources ». *Contra* : C. ATIAS, « La distinction du Droit et de la Loi en droit privé français contemporain », in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi*, Vème colloque de l'association française de philosophie du droit, PUAM, 1987, p. 57-74.

<sup>1711</sup> Peut faire exception la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence du fait de sa nouveauté et de la résistance dont elle fait l'objet. Voir par exemple : V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc.

<sup>1712</sup> Cf. notamment *supra* § n°88, 95, 96.

<sup>1713</sup> Cf. *supra* § n° 89 et *infra* § n°205, 293, 294, 296 et 297.

<sup>1714</sup> R. DRAGO, « La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste » in *De l'injuste au juste*, dir. M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, Dalloz, 1997, p. 69 et s. ; T. REVET, « La jurisprudence », préc. ; « Appuyé sur une longue tradition, fréquemment appliqué par les tribunaux, le principe d'un correctif au fonctionnement ordinaire des règles juridiques en cas de fraude est indiscutable » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798).

<sup>1715</sup> Ce n'est que depuis la mise en œuvre d'un contrôle concret de conventionnalité que cette opération est interrogée.

implicite du législateur et souvent explicite de la doctrine, peut-être faut-il revoir la conception de l'office du juge. Il est sans doute de son devoir d'appliquer la norme compétente mais il doit le faire avec sagesse, avec mesure. Ce rôle primordial de relai entre la norme à appliquer et les espèces à juger, entre le droit et le fait, est plus étendu, plus complexe, il dépasse l'application et l'interprétation de la norme. La mise en action des règles de droit n'a de sens que si elle sert une certaine idée de la justice. Le juge doit savoir écarter la norme compétente si son application aboutit à porter une atteinte au système juridique. Il semble ainsi détenir entre ses mains un pouvoir, non pas nouveau mais originel, et surtout étrangement dissimulé : le pouvoir correcteur. Le silence paradoxal l'entourant suscite des interrogations mais peut trouver des explications. Une attention plus grande étant cependant aujourd'hui portée au juge<sup>1716</sup> et son pouvoir créateur déclenchant moins de discussions, les perspectives de son pouvoir correcteur peuvent être envisagées plus favorablement. De plus, une fois constatée l'existence d'un pouvoir correcteur du juge, la question de sa reconnaissance doit être posée. Si les pouvoirs détenus par le juge peuvent effrayer, les dissimuler ou les ignorer ne les rend que plus redoutables car ils sont alors susceptibles d'être exercés sans cadre ni contrôle. Au surplus, la mise en lumière du pouvoir correcteur du juge permettrait qu'il soit plus consciemment utilisé.

**253. Plan** – Seront ainsi étudiés, en premier lieu, la correction, un pouvoir occulté, (Chapitre 1), et en second lieu, l'avenir du pouvoir correcteur du juge (Chapitre 2).

---

<sup>1716</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°69, p. 65-66 ; *L'office du juge*, Dalloz, Justice et cassation 2010 ; « le point commun de bien des réformes depuis une trentaine d'années, notamment en France, a été de lui confier des fonctions nouvelles. Son rôle classique d'application de la loi aux litiges est doublement débordé : d'abord par le bas, en raison d'un engagement accru dans la vie de la cité qui démultiplie sa sphère d'influence ; ensuite par le haut, à la faveur d'un droit européen et mondial qui, en élargissant son pouvoir normatif, complexifie sa tâche » (D. SALAS, *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., « Juge », p. 862 et s. ).



## CHAPITRE 1 : LA CORRECTION, UN POUVOIR OCCULTÉ

**254. Plan** – L'étude de la notion de correction et du régime des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne a mis en évidence l'existence d'une action correctrice du juge. Elle est exercée à travers l'utilisation et la création de mécanismes correcteurs. Il peut cependant être considéré qu'elle a un champ plus vaste que le seul mécanisme correcteur. En effet, ce dernier n'est qu'une des manifestations de la correction opérée par le juge. Lors de l'étude du concept de correction, de grandes similitudes avec le pouvoir modérateur, consistant, pour le juge, en la faculté de s'écarter de l'application de la norme compétente pour juger en équité, ont été mises en évidence<sup>1717</sup>. Elles sont telles qu'il est possible de considérer que cette faculté fait partie, à côté des mécanismes correcteurs, d'un pouvoir correcteur du juge. Ce dernier désigne ainsi la possibilité pour le juge de mettre à l'écart l'application de la norme du règlement du litige et d'y mettre fin autrement. Il se manifeste, d'une part, par l'utilisation et la création de mécanismes correcteurs et, d'autre part, par la décision d'espèce rendue en équité.

Ce pouvoir est exercé mais il est le plus souvent ignoré. Pourtant, le juge est régulièrement, et parfois à ses dépens, au cœur de discussions animées et de débats enflammés ; ses pouvoirs sont étudiés, analysés, auscultés, critiqués... Peut-être une explication du silence entourant le pouvoir correcteur du juge réside-t-elle dans cette attention portée au juge. Il n'est pas impossible que ce pouvoir soit occulté par les autres prérogatives du juge monopolisant l'attention, sans doute du fait des controverses qu'elles suscitent. Le pouvoir correcteur est principalement et, nous le verrons, paradoxalement, occulté par l'interprétation (Section 1). Il est possible également que, la très controversée décision d'espèce rendue en équité étant une des manifestations du pouvoir correcteur, et celle sans doute la plus reconnue, la défaveur dont elle fait l'objet emporte un rejet général de la correction et ne laisse ainsi aucune place au mécanisme correcteur d'origine prétorienne (Section 2).

### Section 1 : La correction paradoxalement occultée par l'interprétation

**255. Plan** – Il relève de l'office du juge d'assurer le passage du général au particulier, de la règle à l'espèce, dans le respect du droit et de la justice. En cas de difficulté, le juge peut, selon les hypothèses, recourir à l'interprétation ou à la correction. De ces deux solutions, la première retient toute l'attention (§ 1) alors même qu'il s'agit de deux pouvoirs distincts, plus alternatifs que cumulatifs (§ 2).

#### § 1 - L'omniprésence de l'interprétation par rapport à la correction

**256. Plan** – En droit privé français, le juge, lorsqu'il doit régler un litige et que la norme compétente se révèle inadaptée, dispose de deux pouvoirs. Il peut recourir à l'interprétation de la norme ou à sa correction. Dans cette dernière hypothèse, il ne modifie pas la norme mais en écarte seulement l'application pour l'espèce en cause. Malgré cette dualité de solutions, seule l'interprétation semble faire expressément partie des pouvoirs reconnus au juge (A). Il est possible, sur ce point, de se pencher sur la manière dont la question est envisagée au sein du droit administratif. Le rôle du juge y est envisagé différemment, son pouvoir créateur étant plus volontiers reconnu. Il est donc intéressant de

---

<sup>1717</sup> Cf. *supra* § n°63 et s.

rechercher si le pouvoir correcteur du juge bénéfice de la même faveur que son pouvoir créateur ou si, au contraire, il est d'autant plus occulté (B).

#### A. L'interprétation et la correction en droit privé français

**257. Pouvoir ? Mission ? Fonction ?...** – Pour situer le phénomène de correction, il convient de déterminer les différents pouvoirs, obligations et missions du juge, ce qui n'est pas chose aisée. En effet, de nombreuses expressions sont utilisées sans qu'il soit évident de faire le tri entre elles. Sont évoquées l'office du juge<sup>1718</sup>, son rôle<sup>1719</sup>, ses pouvoirs<sup>1720</sup>, la fonction de juger<sup>1721</sup>, etc.

Il convient, à l'occasion de ce développement, de faire une proposition de détermination des différentes attributions du juge, ayant pour prétention, non pas de détenir la vérité sur ces questions, mais d'au moins les ordonner pour mieux situer le pouvoir correcteur parmi elles<sup>1722</sup>.

Monsieur Didier le Prado, dans l'éditorial ouvrant le dossier consacré à *l'Office du juge* dans la revue *Justice et cassation*<sup>1723</sup>, explique que le concept de l'office du juge ne fait pas l'objet d'une véritable définition. Ce terme, issu du latin *officium* signifiant « fonction », est, rapporté au juge, polysémique. L'auteur cite Monsieur Jacques Normand qui, dans le développement qu'il consacre à cette question dans le *Dictionnaire de la justice*, en retient deux acceptions se complétant. Selon lui :

l'office du juge, au sens le plus large du terme, désigne la, ou plus exactement les fonctions, la ou les missions, dont le juge est investi, les divers aspects du rôle qui est le sien dans l'ordonnancement juridique. En un sens plus technique, l'office du juge concerne les pouvoirs et les obligations qu'il exerce ou doit respecter dans l'accomplissement des obligations qui lui sont dévolues. Pouvoirs et obligations qui, en pratique, se déterminent par rapport aux prérogatives et aux charges qui bénéficient ou incombent aux parties<sup>1724</sup>.

L'office du juge<sup>1725</sup> constitue ainsi l'expression la plus générale, regroupant à la fois ses fonctions<sup>1726</sup> et missions<sup>1727</sup>, c'est-à-dire tout ce qui a trait à son rôle, ses obligations<sup>1728</sup> et pouvoirs<sup>1729</sup>, ce qu'il doit et a le pouvoir de faire pour le remplir.

---

<sup>1718</sup> *L'office du juge*, Dalloz, Justice et cassation 2010 ; M. DOUCHY-OU DOT, « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 99 et s. ; T. REVET, « La jurisprudence », préc. ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°151, p. 123 ; *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. CAYLA et M-F. RENOUX-ZAGAME, préc. ; S. RIALS, « L'office du juge », La fonction de juger, *Droits*, 9, 1989, p. 3 et s.

<sup>1719</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Étude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°1, p. 13 ; L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., « Juge », p. 862 et s. ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°277 et s., p. 347 et s. ; R. PERROT, « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.* 12 février 1977. 91.

<sup>1720</sup> P. DEUMIER, « Nouvelles évolutions des juges nationaux (encore) », préc. ; F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Étude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°1, p. 13 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.

<sup>1721</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°151, p. 123 ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc. ; La fonction de juger, *Droits*, 9, 1989.

<sup>1722</sup> Il convient de préciser ici que les questions procédurales telles que la répartition des rôles entre juges et parties (selon Monsieur le Professeur Jacques Normand, cette question est l'angle sous lequel la question de l'office du juge est le plus couramment abordée (J. NORMAND, *Dictionnaire de la justice*, sous la dir. de L. CADIET, « Office du juge », PUF, 2004, p. 925)) de même que les modes alternatifs de traitement des différends seront laissés de côté pour que l'attention soit entièrement portée sur le rôle fondamental du juge dans le règlement d'un litige.

<sup>1723</sup> D. LE PRADO, Editorial, in *L'office du juge*, Justice et cassation 2010, p. 8 et 9.

<sup>1724</sup> J. NORMAND, « Office du juge », préc.

<sup>1725</sup> « Ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Office », sens 1, p. 701).

**258. Plan** – Une fois ces précisions terminologiques opérées, il est possible de considérer que le juge dispose de différents pouvoirs pour l'aider à remplir sa mission. Cette dernière peut être ainsi définie : le juge doit régler le litige qui lui est soumis dans le respect du droit et de la justice (1). Pour assurer la concordance entre droit et justice, alors que le juge dispose de deux pouvoirs, l'interprétation et la correction, la considération du premier semble prendre le pas sur celle du second (2).

#### 1. La mission du juge, entre droit et justice

**259. Le règlement du litige dans le cadre du droit** – Le juge a pour mission principale de régler le litige<sup>1730</sup> et le droit est le cadre dans lequel il doit normalement la remplir<sup>1731</sup>. Selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, l'action de juger consiste en effet en l'examen d' « une affaire en vue de lui donner une solution »<sup>1732</sup>. L'accent est donc mis sur la solution à apporter au litige. Il ne fait d'ailleurs aucun doute que, pour le justiciable, l'application du droit est importante car elle évite l'arbitraire, mais le règlement du litige est primordial, le droit n'est qu'un moyen pour y parvenir. Ce moyen est cependant empreint d'impératif. En effet, l'article 12 du Code de procédure civile, selon lequel « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », pose le cadre dans lequel cette mission doit se réaliser et la jurisprudence rappelle d'ailleurs qu'appliquer les règles compétentes est, pour le juge, une obligation<sup>1733</sup>. L'application de la règle au sens large n'est donc pas une mission du juge<sup>1734</sup>, encore moins une fin en soi, mais une obligation, un cadre lui permettant de remplir sa mission : régler le litige<sup>1735</sup>. La lecture de l'article 4 du

---

<sup>1726</sup> « service d'un but supérieur et commun » et l'« ensemble des actes qu'un organe déterminé est appelé à faire pour ce service » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Fonction », sens I, 1 et 2, p. 461).

<sup>1727</sup> « ce qui appartient de droit à une autorité et dont l'accomplissement correspond pour celle-ci à un pouvoir et à un devoir » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Mission », sens 2, p. 658).

<sup>1728</sup> « syn. de devoir » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Obligation », sens 1, p. 695).

<sup>1729</sup> « prérogative juridique (pouvoir de droit, fondé en droit) » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Pouvoir », sens b/, p. 775), la « mesure de sa juridiction » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Pouvoir », sens III, 1, p. 776), c'est-à-dire, de sa « mission de juger ; pouvoir et devoir de rendre la justice par application du Droit » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Juridiction », sens 1, p. 584).

<sup>1730</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°71, p. 67 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, préc., p. 111 ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 342, p. 340.

<sup>1731</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, préc., p. 113-115 ; Pour le Doyen Jean Carbonnier, l'application des règles de droit est la « mission première » du juge selon l'article 12 du Code de procédure civile (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°8, p. 20) ; « La fonction essentielle du juge est de trancher les litiges qui lui sont soumis. Selon l'article 12 du nouveau Code de procédure civile français, il doit le faire « conformément aux règles de droit qui sont applicables » au litige » (J.-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », préc.) ; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préc., p. 262 et s.

<sup>1732</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « Jugement », sens 1, p. 582.

<sup>1733</sup> « Vu l'article 12, alinéa 1er, du code de procédure civile ;[...] Qu'en statuant ainsi, le premier président qui s'est référé à un principe d'équité et non à une règle de droit, a violé le texte susvisé » (Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 juillet 2011, n° de pourvoi : 10-25050, inédit).

<sup>1734</sup> Pour le Doyen Cornu, l'application du droit est une mission du juge, c'est-à-dire un pouvoir et un devoir (G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°172, p. 95).

<sup>1735</sup> « la fonction juridictionnelle ne se limite pas à la modeste tâche d'exécution des volontés du Pouvoir Législatif. En réalité, elle est beaucoup plus étendue. Elle consiste à régler, sur la base du Droit et suivant une procédure déterminée, les litiges qui peuvent surgir entre les sujets de droit » (S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préc., p. 262 et s.).

Code civil<sup>1736</sup>, pierre angulaire de l'office du juge, témoigne également de ce que l'application de la règle n'est pas la fin de l'action du juge. En effet, en l'absence de règle de droit à appliquer, il doit néanmoins juger en vertu de l'interdiction absolue de commettre un déni de justice<sup>1737</sup>.

Le juge a donc pour mission principale le règlement des litiges dans le cadre du droit. Cependant, une fois cette affirmation proposée, il faut immédiatement constater son insuffisance. En l'absence de règle propre à régler le litige de manière satisfaisante, dans quel sens le juge va-t-il statuer ? Quelles considérations vont guider sa réflexion ? Le droit applicable ne suffit pas à régler le litige, le juge doit s'assurer également qu'il réalise sa mission conformément à la justice.

**260. Le juge règle le litige conformément au droit et à la justice, données du problème** – Sous l'Ancien Régime, la justice était considérée comme la « première dette de la souveraineté »<sup>1738</sup>. À l'aube de l'avènement du Code civil, Portalis<sup>1739</sup> voyait la source de toutes les lois positives dans un droit universel et immuable fondé sur la raison, le législateur exerçant un sacerdoce au service de la justice<sup>1740</sup>. Ainsi, les lois « sont des actes de sagesse, de justice et de raison »<sup>1741</sup>.

Aujourd'hui, pour les auteurs, « le droit est d'abord justice »<sup>1742</sup>. Loin d'être ignorée, la justice est bien entendue également au cœur des préoccupations des professionnels. C'est, en

---

<sup>1736</sup> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURE et G. KOUBI (dir.), éd. Economica, 2003, p. 143 et s.

<sup>1737</sup> Le déni de justice est pénalement réprimé par le biais de l'article 434-7-1 du Code pénal (« Le fait, par un magistrat, toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle ou toute autorité administrative, de dénier de rendre la justice après en avoir été requis et de persévérer dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs est puni de 7500 euros d'amende et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques pour une durée de cinq à vingt ans. »). L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1965.

<sup>1738</sup> J.-L. HALPERIN, « Portalis », préc.

<sup>1739</sup> B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988, n°6, p. 77.

<sup>1740</sup> J.-L. HALPERIN, « Portalis », préc.

<sup>1741</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil, 1801*

<sup>1742</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°49, p. 46. Dans le même sens : il est « recherche de la justice » pour Monsieur Christian Atias (C. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », préc.). Pour Monsieur Jean-Denis Bredin, la loi est un des instruments mis à la disposition de la justice, pour aider au règne du juste (J.-D. BREDIN, « La loi du juge », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 15 et s., spéc. n°9, p. 19). Selon Messieurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan, « la mission principale qui incombe au droit est d'assurer la justice » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°27, p. 24). Monsieur Dominique Fenouillet considère que l'essentiel réside dans le fait que « le droit est un instrument ordonné à la recherche du bien social, à la justice et à la sécurité » (D. FENOUILLET, « Propos introductifs », préc.). Monsieur Jérôme Fischer en fait de même car, selon lui, « la finalité du juge, et plus généralement du droit, est de permettre et de rendre la justice. Tolérer que la règle provoque une iniquité manifeste, simplement parce-que c'est la règle, est nécessairement contraire au but poursuivi par le droit » (J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°387, p. 371). Monsieur Jean-Pierre Gridel dénonce les effets néfastes d'une application trop stricte des règles qui se retournerait directement, soit contre les objectifs du texte invoqué, soit le système juridique lui-même (J.-P. GRIDEL, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux en droit privé », préc., p. 151). « le droit a pour raison d'être de concrétiser le juste, de revêtir les faits de cette exigence de vertu, de faire barrière à la force en son nom. La justice est l'être du droit. Le droit ne peut être qu'une question d'ordre. Une simple réglementation subviendrait à ce besoin d'organisation, mais c'est au droit de faire vivre le juste » (M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, Avant-propos, in *De l'injuste au juste*, M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), préc.). Pour Monsieur Frédéric Zénati, l'expression dire le droit, « ce n'est pas par essence appliquer une règle, mais affirmer une valeur qui en

effet, ainsi que l'envisage Monsieur Oswald Baudot, dans la harangue qu'il adresse aux magistrats qui débute<sup>1743</sup>, où il les somme de faire prévaloir la justice :

Dans vos fonctions, ne faites pas un cas exagéré de la loi et méprisez généralement les coutumes, les circulaires, les décrets et la jurisprudence. Il vous appartient d'être plus sages que la Cour de cassation, si l'occasion s'en présente. La justice n'est pas une vérité arrêtée en 1810. C'est une création perpétuelle. Elle sera ce que vous la ferez. N'attendez pas le feu vert du ministre ou du législateur ou des réformes, toujours envisagées. Réformez vous-mêmes. Consultez le bon sens, l'équité, l'amour du prochain plutôt que l'autorité ou la tradition. La loi s'interprète. Elle dira ce que vous voulez qu'elle dise<sup>1744</sup>...

Historiquement le droit avait donc pour objet la justice<sup>1745</sup> et il semble qu'il en soit toujours de même aujourd'hui tant le lien entre eux est puissant et indéfectible<sup>1746</sup>; en témoigne, par exemple, l'expression « rendre la justice » caractérisant l'activité judiciaire<sup>1747</sup>. De même, la « sentence » du juge désigne historiquement et étymologiquement ce qu'il « sent » être juste<sup>1748</sup>. Pourtant, l'assimilation entre droit et justice n'est pas toujours évidente<sup>1749</sup>, les lois dites « infâmes »<sup>1750</sup> l'ont illustré. Que le juge doive régler le litige en appliquant les règles de droit est une conception positive de son office, alors que l'idée qu'il doive le faire en réalisant

---

l'espèce est la justice, c'est en somme dire ce qui est juste » (F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz préc., p. 132-133). Pour Monsieur René David, ensuite, « on reconnaît de plus en plus aujourd'hui que la loi constitue seulement des cadres, et qu'il faut laisser les juges, à l'intérieur de ces cadres, décider quelle solution est la plus conforme à la justice » (R. DAVID, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, p. 95). Gény faisait en effet une large place à la justice puisque, selon lui, la finalité ultime de l'acte de juger consiste à corriger les injustices (F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. IV, 1924, n° 302). « le droit n'est qu'un moyen, non un but, ce n'est pas une divinité, c'est un serviteur » (R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé*, préc., p. 258).

<sup>1743</sup> O, BAUDOT, « Harangue à tous les magistrats qui débute », 1974 cité par A. PEZARD « L'éthique du juge », *LPA*, n°113, 20 septembre 1995. 17.

<sup>1744</sup> Substitut du procureur de la République de Marseille, en 1974.

<sup>1745</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI et G. LHUILIER, *Introduction au droit*, éd. Flammarion, 2002, p. 15 : « Pour les romains, le droit a pour objet la justice. Selon la définition attribuée à Celse (II<sup>ème</sup> siècle après J.-C.), le droit est l'art du bon et du juste (*Jus est ars boni et aequi*) ». Les romains n'étaient cependant pas sans ignorer le conflit pouvant éclater entre le droit et la justice, une situation illustrée par la tragédie de Sophocle *Antigone* dans laquelle malgré l'interdiction prononcée par le roi, Antigone enterre son frère Polynice accusé d'avoir porté les armes contre sa patrie. Le sentiment de justice conduit Antigone à transgresser les règles de la cité. Voir également : A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°6, p. 39 et s.

<sup>1746</sup> « rien de plus banal que d'assigner au métier du droit pour fin la justice. Cette définition est traditionnelle. » (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, préc., n°25, p. 39) ; « Parmi toutes, une finalité s'impose naturellement à l'esprit pour le droit : il est intimement lié à la recherche de justice » (P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°34, p. 34).

<sup>1747</sup> « Ce langage procède de l'Antiquité, du droit romain, et par derrière déjà de la Grèce. Dès les premières lignes du Digeste est soulignée la connexion des mots *jus* et *justitia* (*est autem a justitia appellatum jus* – D.I.1.1 pr.). Ils sont en effet de la même racine. Dans le grec, c'est encore plus net : on y use du terme *To Dikaion* qui dans nos traductions françaises se trouve rendu tantôt par "droit", tantôt par "le juste", parce que ces deux notions se réduisent à une seule, dans la pensée grecque » (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, préc., n°25, p. 39).

<sup>1748</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°17, p. 38.

<sup>1749</sup> « Pour les uns, se ralliant en France sous la bannière d'auteurs aussi différents que Michel Villey ou Pierre Legendre, la technique juridique n'est pas du droit lorsqu'elle intervient au mépris de Dieu, de la nature de l'Homme, ou de ses fondements anthropologiques. Pour les autres, reprenant une tradition de Hobbes jusqu'à Kelsen, la technique juridique reste valable au sens formel du terme, indépendamment de toute considération morale, sociale ou politique. Par voie de conséquence, le droit peut conduire à des solutions justes mais aussi à des injustices, voire à la barbarie juridiquement organisée. » (R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », préc.) ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°21, p. 21 ; Monsieur Michel Villey, dans son manuel de *Philosophie du droit* (M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, préc., n°25, p. 39), parle de « crise de la justice » : « Mais, que le droit vise la justice, qu'il soit l'administration de la justice, cette formule manque aujourd'hui de sens. Elle est de ces phrases qu'on répète par la routine du langage, et qui à force d'avoir trop servi se sont émoussées, ont perdu leur suc ».

<sup>1750</sup> Sont ainsi généralement nommées les lois antisémites édictées sous le régime de Vichy.

la justice est une approche plus philosophique. Pourtant, le juge, par ses décisions, modérations, créations, interprétations, corrections démontre ce souci, ce lien invisible mais réel. Une définition de la justice permettrait d'affirmer de manière plus positive que le juge doit, lorsqu'il règle un litige, la réaliser.

**261. Quelle justice ?** – La justice, à l'instar du droit, se laisse peu volontiers cerner<sup>1751</sup>. Si « notre première entrée dans la région du droit » a « été marquée par le cri : C'est injuste ! »<sup>1752</sup> et qu'il ne fait pas de doute que l'injuste peut être ressenti de manière instinctive<sup>1753</sup>, il en est autrement du juste. Selon le dictionnaire de *Vocabulaire juridique* du Doyen Cornu, ce terme revêt deux sens. Le premier l'envisage comme un idéal. Est juste ce qui est « conforme aux exigences de l'équité et de la raison », la justice est en ce sens un sentiment, une valeur, une vertu<sup>1754</sup>. Le second l'assimile au droit. Est alors juste « ce à quoi chacun peut légitimement prétendre (en vertu du droit) »<sup>1755</sup>. Cette conception correspond à la vision d'Aristote selon laquelle, la justice consistant dans le premier sens du terme, dans le respect de la loi, « toutes les choses légales sont justes »<sup>1756</sup>. En effet, il distinguait entre ce qui est naturellement juste et ce qui ne l'est que conventionnellement. Ce qui est naturellement juste acquiert un véritable statut juridique grâce aux lois et ce qui ne l'est que conventionnellement n'en est pas moins essentiel à la justice. L'affirmation ici retenue selon laquelle le juge doit régler les litiges conformément au droit et à la justice emporte l'exclusion automatique du second sens puisqu'elle implique dans sa formulation la distinction entre ces deux notions. Le juge doit donc régler les litiges conformément à un idéal de justice<sup>1757</sup>.

Une fois cette délimitation opérée, tout reste encore à faire, la justice, en tant qu'idéal n'étant pas définie. Là également, l'exercice est ardu. À travers toutes les époques, la pensée religieuse, philosophique, juridique a recherché la clé du juste<sup>1758</sup>. La difficulté réside sans doute dans le fait que, lorsqu'il s'agit d'appréhender le juste comme idéal, il est plus question de sentiment personnel que d'objectivité ; or, il n'y a qu'un pas entre subjectivité et arbitraire, ce dernier ne pouvant être associé au droit. Là réside la clé du problème, la difficulté à contourner. En effet, ici, il n'est pas question de savoir, dans l'idéal, ce qu'est la justice, tant la réponse est subjective. Il ne faut pas ici entendre la justice comme un sentiment purement personnel dénué de toute objectivité<sup>1759</sup>. C'est d'ailleurs pour cela qu'est préféré un tiers impartial et désintéressé pour rendre la justice au lieu de laisser libre cours à la justice privée. Il s'agit, au contraire, de déterminer quelle est la justice que le juge doit réaliser lorsqu'il règle les litiges et surtout quelle est l'injustice à éviter. L'injuste est ici envisagé comme l'atteinte portée au système juridique telle qu'elle a pu être détaillée dans cette étude. Une atteinte à la morale ou à un besoin de politique juridique, alors même qu'une seule d'entre elles peut sembler être une injustice au sens le plus subjectif du terme, peuvent toutes deux en constituer une dans un sens plus objectif. Si la justice échappe aux prises de la science moderne, cette conception assimilant respect du système juridique et justice comporte une plus grande part

<sup>1751</sup> « Que faut-il donc entendre par ce nom mystérieux : la justice ? » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°23, p. 212) ; C. PERELMAN, « De la justice », in *Justice et raison*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 26 et s.

<sup>1752</sup> P. RICOEUR, *Le Juste*, préc., p. 11.

<sup>1753</sup> M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, Avant-propos, in *De l'injuste au juste*, M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), préc.

<sup>1754</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « justice », sens 1, p. 590.

<sup>1755</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., « justice », sens 2, p. 590.

<sup>1756</sup> P. KAYSER, « La justice selon Aristote », *RRJ* 1996-2. 314.

<sup>1757</sup> « Pour qu'une règle de droit positif aspire à gouverner les sociétés humaines, il est nécessaire qu'elle soit conforme à un certain idéal de justice, car elle ne serait ni respectable ni respectée si elle s'éloignait trop de cet idéal » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°23, p. 213).

<sup>1758</sup> N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc.

<sup>1759</sup> C. LEBEN, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, n°11, 1990. 35, spéc. 36.

d'objectivité qu'un pur sentiment de justice car la question n'est pas, au fond, de savoir si c'est injuste d'un point de vue personnel mais de celui du système juridique. Certes, il peut être recouru à un mécanisme correcteur en raison de la survenue d'une injustice personnelle, lors d'un enrichissement injustifié par exemple, mais la correction est véritablement utilisée car laisser perdurer ou consacrer cette injustice heurte le système juridique. Retenir une conception plus objective de la justice, tournée vers le système juridique<sup>1760</sup> plutôt que l'individu, permet d'admettre plus facilement que le juge, lorsqu'il règle un litige, doit, non seulement appliquer le droit, mais également et surtout, rendre la justice. Cette conception permet d'intégrer également l'utile que certains auteurs<sup>1761</sup> ajoutent aux finalités du droit et semblant se définir négativement comme répondant à une autre finalité que la justice au sens subjectif du terme.

Les normes générales applicables ne pouvant prétendre être toujours en adéquation avec la justice telle qu'entendue ici, du fait de leurs limites inhérentes, le juge doit éviter que l'application de la règle aboutisse, dans un cas, à une injustice. Régler le litige étant la mission du juge et appliquer le droit un moyen, un cadre seulement, des compléments peuvent aider le juge lorsque la norme révèle ses limites, il peut l'interpréter ou la corriger mais seul le premier de ces pouvoirs est véritablement reconnu.

## 2. L'interprétation, seul pouvoir du juge ?

**262. Entre la correction et l'interprétation : la reconnaissance** – Les manifestations d'un pouvoir correcteur du juge ont pu être détectées par les auteurs, de même que leurs liens avec la réalisation des valeurs telle que la justice. Le Doyen Cornu, par exemple, reconnaissait le caractère indispensable d'un pouvoir qu'il nommait modérateur<sup>1762</sup>, au travers de la nécessité de s'écarter parfois de la règle pour juger en équité. En effet, « en certains cas, le juge est appelé, non plus à appliquer les règles du droit mais à en corriger la rigueur excessive ». Le jugement d'équité est ainsi une illustration du rôle salutaire pouvant être assumé par le juge<sup>1763</sup> et un élément de la justice telle qu'entendue dans cette étude. Deux thèses ont même successivement été consacrées à ce pouvoir modérateur<sup>1764</sup>. La reconnaissance du pouvoir modérateur du juge est ainsi réelle mais pas générale, se limitant à certains auteurs, contrairement au pouvoir d'interprétation. Quant aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, une autre manifestation du pouvoir correcteur, même s'ils ne sont pas nommés ainsi par les auteurs, ils sont identifiés<sup>1765</sup> et généralement associés à la justice de la solution<sup>1766</sup>. Cependant, ils ne sont pas liés à un pouvoir correcteur du juge qui reste dans

---

<sup>1760</sup> « Quel que soit le système auquel il appartienne, *common law* ou droit civil, le juge a pour rôle essentiel, dans les litiges qui lui sont soumis, de placer le droit au plus près de la société, de rechercher la meilleure adéquation entre l'appareil normatif et les données économiques, sociales et culturelles caractéristiques du contexte dans lequel ses jugements sont reçus. De cette exacte coïncidence du droit et de la réalité naît le sentiment de justice. » (G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTDciv.* 2005. 33).

<sup>1761</sup> « Le droit est la science du juste et de l'utile » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°28, p. 25-27) ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°24-25, p. 32 et s. ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chron. 1. 1 ; *L'utile et le juste*, *APD.*, t. 26, Sirey, 1981.

<sup>1762</sup> Sur les liens entre la modération et la correction cf. *supra* § n°63 et s.

<sup>1763</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°179, p. 98.

<sup>1764</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc. ; C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc.

<sup>1765</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>1766</sup> Monsieur Jacques Normand, dans la contribution qu'il propose à la définition de l'office du juge, explique que la recherche de la solution juste a notamment permis la création de l'abus de droit, de l'apparence, de la fraude et de l'enrichissement sans cause (J. NORMAND, « Office du juge », préc.). De même, pour Monsieur

l'ombre<sup>1767</sup>, contrairement à l'interprétation dont il n'est pas un manuel d'introduction au droit qui ne lui consacre un développement.

L'interprétation<sup>1768</sup> est un terme issu du latin *interpres* signifiant « intermédiaire », « courtier » puis « celui qui explique ». Interpréter c'est décrypter le message de la règle, en dissiper l'ambiguïté, de manière à déterminer le sens d'un énoncé. L'interprétation est, en droit, une activité généralement associée à un texte<sup>1769</sup>, un trait sans doute hérité du « culte » de la loi qui, s'il n'est pas absolu<sup>1770</sup>, place néanmoins cette source en situation de primauté. Il est ici considéré qu'elle a en réalité pour support la règle en tant qu'énoncé et non le seul texte. La règle peut notamment être d'origine jurisprudentielle, elle ne réside pas dans un texte mais est formulée, cet énoncé est l'objet de l'interprétation. La doctrine et le juge lui-même interprètent les règles jurisprudentielles. L'application de la règle de droit suppose le plus souvent un processus d'interprétation dans le passage du général au particulier. L'interprétation est, parmi les différents pouvoirs détenus par le juge, celui le plus communément admis et surtout reconnu.

Bien peu de place est donc laissée au pouvoir correcteur pour être reconnu alors même que tous deux constituent des méthodes utilisées par le juge lorsque la généralité de la règle emporte son inadaptation à un cas d'espèce. Dans un premier temps, cette attention plus volontiers portée sur l'interprétation peut s'expliquer. Elle est une activité ancienne qui a pu s'insérer dans une conception légaliste du droit. En effet, les philosophies de l'interprétation vont sacrifier le texte, la doctrine civiliste du XIX<sup>ème</sup> siècle dite de l'Exégèse<sup>1771</sup> considérant que chaque texte n'a qu'un seul et unique sens<sup>1772</sup>. Elle est ainsi un acte de connaissance, l'opération peut être réussie ou non et la proposition vraie ou fautive. Cette conception est liée à l'idée selon laquelle le juge ne doit exercer aucun pouvoir. Si l'énoncé est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter et s'il ne l'est pas, le juge se borne à découvrir à l'aide de méthodes sûres, une signification cachée mais présente dans l'énoncé. Même si aujourd'hui, et depuis la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, cette méthode légicentriste a révélé ses limites<sup>1773</sup>, l'interprétation est toujours utilisée pour masquer les créations des juges. La correction, au contraire, ne peut s'adapter à ces conceptions, plaçant au cœur de son action le juge et la mise à l'écart de la norme

---

Jean-Louis Bergel, l'abus de droit et la fraude interviennent lorsque le respect de la lettre de la règle contredit son esprit (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°229 et s., p. 290 et s.). Pour Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, l'abus de droit, la fraude et l'apparence permettent au juge d'assurer « le respect du système juridique » (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760, p. 746).

<sup>1767</sup> Sur la notion de correction en droit Cf. *supra* § n°23 et s. Voir cependant : P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°102, p. 91-92.

<sup>1768</sup> B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, éd. Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 2007 ; J. CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, Economica, 2003, p. 125 et s. ; P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995 ; J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois, sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, th., Paris, 1979 ; *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, dir. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, 1978 340.1 Int ; *APD*, t. 17, 1972, *L'interprétation dans le droit*.

<sup>1769</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°395, p. 334-335 ; « Interpréter la loi est la fonction première du juge » (L. BACH, « jurisprudence », préc., n°105).

<sup>1770</sup> Monsieur Philippe Rémy estime que « la doctrine des sources, au XIX<sup>ème</sup> siècle, est infiniment plus large » (P. RÉMY, « Éloges de l'exégèse », *Droits*, n°1, 1985, 123).

<sup>1771</sup> P. RÉMY, « Éloges de l'exégèse », préc. ; J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, éd. de Boccard, 2<sup>ème</sup> éd., 1924 ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, 1935, rééd. 2002 ; J. CHARMONT et A. CHAUSSE, *Les interprètes du Code civil, Le Code civil*, Livre du Centenaire, t. I, p. 131 et s.

<sup>1772</sup> M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, Que sais-je ?, 2005, p. 98-99.

<sup>1773</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°222, p. 282 et s. ; J. BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, préc., p. 9 et s. ; E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, préc. ; L. HUSSON, « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTDciv.* 1976. 431.



applicable. Dans un second temps, cette omniprésence de l'interprétation face à la correction est paradoxale, la première portant sans doute une atteinte plus forte et définitive au texte que la seconde<sup>1774</sup>. Peut-être alors sont-ce les nombreuses controverses agitant la question de l'interprétation qui attirent et retiennent l'attention sur elle ? Ou est-ce la mise à l'écart bien peu dissimulée de la norme applicable opérée par le pouvoir correcteur qui, au contraire, empêche celui-ci d'être reconnu ? Avant de se pencher sur ces interrogations, il est intéressant de constater que l'interprétation semble prendre une place encore plus importante en droit administratif.

## B. Interprétation et correction en droit administratif

**263. Une comparaison intéressante** – L'étude du pouvoir correcteur du juge en droit administratif est intéressante car cette matière est tout à la fois proche et différente du droit privé. Elles sont proches, c'est évident, car elles font toutes deux partie du droit français. Les Hautes juridictions se réfèrent ainsi, sur la question de l'application de la règle, à des méthodes d'interprétation de la loi faisant appel à une même culture juridique<sup>1775</sup>. Elles sont différentes, ayant chacune des particularités propres, notamment sur la question, essentielle ici, du rôle du juge. En effet, le rôle créateur de règles de droit, alors qu'il est, certes, admis, mais parfois avec peine et presque contrition en droit privé<sup>1776</sup>, est accepté voire valorisé en droit administratif<sup>1777</sup>. Les règles posées par le juge y sont sans équivoques considérées comme des sources de la légalité<sup>1778</sup>. Même si le texte prend une place croissante dans le droit

---

<sup>1774</sup> Cf. *infra* § n°275.

<sup>1775</sup> B. GENEVOIS, « Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002. 877.

<sup>1776</sup> Par exemple : F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », préc. ; T. REVET, « La jurisprudence », préc. ; O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive du droit », *Mél. Maury*, 1960, t. 2, p. 349 et s.

<sup>1777</sup> Notamment à travers la création des principes généraux du droit : B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010 (dernière mise à jour : juin 2012), n°23 et s. ; J-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., n°812, p. 558 ; « plus personne ne conteste vraiment que la jurisprudence, surtout en droit administratif, soit une authentique source de droit » (D. CASAS, « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs, Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, *RFDA* 2007. 696) ; « pour l'observateur de la jurisprudence administrative plus encore que pour le juriste familier des tribunaux judiciaires, le constat du pouvoir créateur de la jurisprudence s'impose, indépendamment de tout présupposé théorique, avec la force de l'évidence. Sans même parler du cas particulier des principes généraux du droit, il est clair, en effet, que certains arrêts du Conseil d'Etat « font jurisprudence », c'est-à-dire que, même si, juridiquement, ils ne s'imposent ni au Conseil lui-même, ni aux autres juridictions administratives, le raisonnement qui constitue leur fondement et qui s'exprime de plus en plus souvent dans un « considérant de principe » parfois fort détaillé, a vocation, jusqu'à nouvel ordre (lequel ne peut émaner que de la cour régulatrice), à être réitéré en vue de donner une solution aux litiges futurs entrant dans les prévisions de ce raisonnement. Il existe donc, en ce sens, de véritables règles jurisprudentielles, c'est-à-dire des normes créées par le juge et ayant vocation à survivre au litige à l'occasion duquel elles ont été dégagées » (F. LENICA et J. BOUCHER, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : "Never say never" », préc.) ; « On n'entend pas rouvrir ici le débat classique qui porte sur l'existence même de la jurisprudence en tant que source du droit. Les privatistes auraient pu l'éviter, du fait que les créations du juge judiciaire, si audacieuse qu'elles soient, sauvent toujours les apparences, et se couvrent du voile de la simple interprétation de la règle écrite [...]. Les publicistes, par contre, face à la féconde liberté créatrice du Conseil d'Etat, ont dû affronter le problème du fondement de la nature, de l'autorité de la règle élaborée par le juge en dehors de toute référence, même purement formelle, à une disposition du droit écrit. Après de longs débats, l'accord est fait, aujourd'hui, sur l'existence du "pouvoir normatif de la jurisprudence". » (J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », préc.).

<sup>1778</sup> J. MORAND-DEVILLIER, *Droit administratif*, 12<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2011, p. 252 et s.

administratif<sup>1779</sup>, ce dernier est toujours envisagé comme un droit jurisprudentiel<sup>1780</sup>. S'il n'existe pas plus de règle du précédent<sup>1781</sup> qu'en droit privé, notamment du fait de la réticence traditionnelle du Conseil d'État à être lié de façon trop étroite par ses créations jurisprudentielles<sup>1782</sup>, il est clair que les précédents inspirent le juge<sup>1783</sup>. Le Conseil d'État lui-même conçoit son rôle de manière normative, se reconnaissant une marge de manœuvre dans l'élaboration du droit positif d'autant plus grande que les textes, par leur silence sur les notions de base du droit administratif, lui ont laissé une grande latitude<sup>1784</sup>.

**264. La correction, une notion peu connue du droit administratif** – Une recherche en droit administratif, telle qu'elle a été entreprise au début de cette étude au sein du droit privé<sup>1785</sup>, des termes « correction », « corriger », « correcteur » mais également « éviction » ou « mise à l'écart » a été effectuée dans différentes sources. Certaines cours administratives d'appel évoquent des « mécanismes correcteurs »<sup>1786</sup> mais pas dans le sens entendu dans cette étude. La recherche au sein du *Répertoire de contentieux administratif* Dalloz<sup>1787</sup> n'a pas été véritablement fructueuse. L'unique résultat utilisable<sup>1788</sup> est le fruit de la recherche du terme « correction » au sein de la rubrique « Arbitrage et conciliation »<sup>1789</sup>. Il y est expliqué que, selon la conception traditionnelle, l'arbitre a pour mission de régler le litige par application des règles du droit administratif sans pouvoir statuer en amiable compositeur. Cette thèse défendue par le Doyen Vedel et le commissaire du gouvernement Guillaume ne fait pas l'unanimité puisque, pour le Doyen Auby, si les arbitres reçoivent la qualité

---

<sup>1779</sup> F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005. 637.

<sup>1780</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd., 2010, n°12, p. 9-11.

<sup>1781</sup> A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°56 et s., p. 102 et s. ; R. LEGAIS, *Grands systèmes de droits contemporains, Une approche comparative*, préc., n°115, p. 70 ; J-Y. DE CARA, « Aspects contemporains des sources du droit anglais », in *Les sources du droit, aspects contemporains*, société de législation comparée, Colloque des 11 et 12 mai 2006, 2007, p. 83 et s., spéc. p. 91 ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2011, n°155, p. 96, n°166, p. 101 et n°285 et s., p. 171 et s.

<sup>1782</sup> B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°11.

<sup>1783</sup> « À défaut d'une solution d'équité, le juge doit donc fournir une solution rationnelle : il voudra se déterminer non pas au hasard, mais en se fondant sur des raisons solides, et, parmi celles-ci, il y a les décisions rendues antérieurement dans des cas identiques. Le juge s'appuiera sur les précédents judiciaires » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°352, p. 287) ; Le précédent a un effet « *persuasif* » (D. TALLON, « Précédent », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1185 et s.) ; V. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, Chron. 93.

<sup>1784</sup> B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°31.

<sup>1785</sup> Cf. *supra* § n°26 et s.

<sup>1786</sup> Recherche effectuée sur le site internet Légifrance pour « mécanisme correcteur » : 7 résultats. Par exemple : « Considérant qu'en application de ces dispositions, le conseil d'administration du Service départemental d'incendie et de secours de haute-corse a arrêté les cotisations communales au budget de l'année 2002 en recourant au critère tiré de l'importance de leur population et en fixant un tarif unique par habitant ; que toutefois, compte tenu des fortes variations entraînées par l'application de ce critère, le conseil d'administration l'a affecté d'un mécanisme correcteur consistant à limiter les contributions des communes de moins de cinq cents habitants au montant versé au titre de l'année 2001, et à compenser cette perte de recettes par une contribution de solidarité versée par les collectivités siège d'un centre de secours principal » (CAA Marseille, n° 02MA02525, Inédit au recueil Lebon).

<sup>1787</sup> « correction » (41 résultats) ; « corriger » (33 résultats) ; « correcteur » (7 résultats) ; « éviction » (42 résultats) ; « mise à l'écart » (18 résultats).

<sup>1788</sup> Le reste concerne une correction de type matériel ou d'examen, ou concerne les contrats administratifs (D. de BÉCHILLON et P. TERNEYRE, « Contrats administratifs (Contentieux des), *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, décembre 2000 (dernière mise à jour : juin 2012), n°162, 226 et 304).

<sup>1789</sup> L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, mars 2001 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°83.

d'amiabiles compositeurs, ils peuvent « se fonder uniquement sur des principes d'équité »<sup>1790</sup>. Selon cet auteur, « lorsque l'arbitrage repose sur une convention, il paraît normal d'admettre qu'une certaine liberté peut être reconnue à l'arbitre, un certain pouvoir de correction, dans le cadre des principes du droit administratif »<sup>1791</sup>. Ainsi, il semble que la possibilité pour l'arbitre de statuer en équité constitue une manifestation d'un pouvoir correcteur du juge, la possibilité de s'écarter, de prendre des libertés encadrées avec le droit administratif. S'il est passionnant de trouver ici cette minuscule trace d'un pouvoir correcteur du juge en droit administratif, elle est isolée. De plus, elle concerne l'arbitre et non le juge administratif. Cependant, s'il ne s'agit pas ici d'un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, il est bien question d'une manifestation d'un pouvoir correcteur du juge tel qu'entendu dans cette étude. En effet, la possibilité de statuer en équité fait partie du pouvoir correcteur dans l'hypothèse où la règle normalement applicable est écartée pour des raisons d'équité et non lorsqu'il est question de s'en abstraire. Pour résumer, l'hypothèse décrite dans cet article fait partie du pouvoir correcteur puisqu'il s'agit, pour l'arbitre, de s'écarter du droit administratif pour des raisons d'équité et non pas de s'en départir purement et simplement.

Au sein des différentes revues administrativistes<sup>1792</sup> en revanche, la recherche a donné de meilleurs résultats. Par exemple, dans une note consacrée à un arrêt du Conseil d'État du 2 novembre 2005 « Coopérative agricole Ax'ion », Monsieur Christophe Guettier évoque une volonté de la Haute juridiction administrative de corriger « ce que le principe d'immunité juridictionnelle de la loi a pu parfois avoir d'excessif »<sup>1793</sup>. De même, est évoquée une jurisprudence du Conseil d'État qui serait une correction des effets pervers de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics<sup>1794</sup>. Cette qualification est intéressante car elle semble correspondre au pouvoir correcteur tel qu'entendu dans cette étude. En effet, par deux décisions<sup>1795</sup>, le Conseil d'État aurait mis à l'écart cette règle<sup>1796</sup> pour des raisons d'équité dans une hypothèse particulière<sup>1797</sup>

---

<sup>1790</sup> J.-M. AUBY, « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955. I. 81.

<sup>1791</sup> L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », préc., n°83.

<sup>1792</sup> *RFDA* (366 documents), *AJDA* (764 documents), *Rev. dr. adm.* (84 documents), *JCP A* (341 documents).

<sup>1793</sup> « si la jurisprudence La Fleurette est venue en 1938 réduire la zone d'irresponsabilité de la puissance publique lorsque est en cause l'exercice du pouvoir législatif, c'est parce que le Conseil d'État a semble-t-il entendu dans une certaine mesure tenter de corriger ce que le principe d'immunité juridictionnelle de la loi a pu parfois avoir d'excessif » (C. GUETTIER, « La responsabilité du fait des lois : nouveaux développements, Note sous Conseil d'État, 2 novembre 2005, *Coopérative agricole Ax'ion* », *RFDA* 2006. 355).

<sup>1794</sup> M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Vers une correction des effets de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics », *AJDA* 2001. 158.

<sup>1795</sup> « Par deux décisions du 15 décembre 2000, il n'a pas remis en cause la règle du forfait. Il en a toutefois écarté l'application de manière fort circonscrite en jugeant que, dans le cas très particulier où le fonctionnaire subit, à la suite d'un accident de service, un traitement médical dans un hôpital relevant de la collectivité qui l'emploie, la circonstance que les conséquences dommageables des soins qui lui ont été dispensés à la suite de l'accident sont couvertes par la pension ne fait pas obstacle à ce que l'intéressé, s'il estime que ces soins ont été dispensés dans des conditions de nature à engager, selon les règles du droit commun, la responsabilité de l'administration, exerce une action tendant à l'obtention d'une indemnité complémentaire assurant la réparation intégrale de ce chef de préjudice. » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Vers une correction des effets de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics », préc.).

<sup>1796</sup> « La règle du "forfait de la pension", dégagée par le Conseil d'État dans un avis de ses sections réunies des finances et de la législation du 1<sup>er</sup> juillet 1905, puis, au contentieux, par une décision Paillotin du 12 janvier 1906 (Lebon p. 36), veut que, lorsqu'un dommage subi par un agent public à l'occasion du service est susceptible de donner lieu à réparation par application d'un régime de pension, ce mode de réparation s'oppose à ce que son employeur puisse être condamné à verser à cet agent une indemnité complémentaire par application des règles générales de la responsabilité de la puissance publique, et ce même si le montant de la pension n'assure pas une réparation intégrale du préjudice subi. » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Vers une correction des effets de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics », préc.).

tout en la maintenant dans son principe. Il est intéressant de noter que la correction est saluée mais considérée comme une solution imparfaite car « elle entame [...] la cohérence juridique du mode d’articulation entre le droit commun de la responsabilité et le droit des pensions, cohérence qui ne pourra être restaurée qu’au prix d’une remise en cause plus large de la règle de principe »<sup>1798</sup>. Pourtant, si la règle est jugée bonne dans son principe mais a des conséquences indésirables dans certaines situations d’espèce, la correction pourrait être plus adaptée que la création<sup>1799</sup>.

L’idée d’un pouvoir correcteur du juge n’est donc pas totalement étrangère au droit administratif, elle semble cependant y être moins répandue qu’en droit privé où des expressions telles que « mécanisme correcteur » ou « correctifs » sont plus fréquemment employées<sup>1800</sup>. Des manifestations de ce pouvoir correcteur peuvent être recherchées au sein des principes généraux du droit, figures emblématiques du droit administratif comptant des techniques communes aux deux branches du droit permettant de comparer l’acception qui en est faite.

**265. Les principes généraux du droit témoins d’une préférence du juge administratif pour l’interprétation** – Le juge administratif est soumis au principe de légalité selon lequel le droit s’impose à l’Administration<sup>1801</sup>. Ce droit est composé de règles textuelles, jurisprudentielles et de principes indépendants que le juge administratif a consacrés progressivement<sup>1802</sup>. Les sources du droit administratif sont donc multiples. Les principes généraux du droit<sup>1803</sup> sont ceux ne figurant pas nécessairement dans des textes mais que la jurisprudence administrative reconnaît comme devant être respectés par les autorités administratives<sup>1804</sup>. Le Conseil d’État fonde depuis très longtemps certaines de ses décisions contentieuses sur des principes non écrits puisque cet état de fait était déjà évoqué par Laferrière, dans son *Traité de la juridiction administrative*<sup>1805</sup> dès le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>1806</sup>. Le rôle

---

<sup>1797</sup> Le commissaire du gouvernement « optait pour une solution strictement circonscrite aux besoins de la cause. Les données de l’espèce permettaient en effet de corriger l’injustice faite aux requérants sans revirement de grande ampleur. C’est cette voie que la section a finalement suivie. » (M. GUYOMAR et P. COLLIN, « Vers une correction des effets de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics », préc.).

<sup>1798</sup> Sur les explications d’une préférence donnée à la création par rapport à la correction en droit administratif cf. § *infra* n°265.

<sup>1799</sup> Sur ce point cf. *infra* § n°274-275.

<sup>1800</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>1801</sup> J. MORAND-DEVILLIER, *Cours de droit administratif*, préc., p. 252 et s.

<sup>1802</sup> J-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., n°2, p. 2.

<sup>1803</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, préc., n°317 et s., p. 296 et s.

<sup>1804</sup> Selon Monsieur Benoît Jeanneau, ils sont « des règles fondamentales non écrites dégagées par le juge de toute une tradition juridique et s’imposant aux autorités administratives » (B. JEANNEAU, « La théorie des principes généraux du droit à l’épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, n°33, p. 33 et s., spéc. p. 46) Ils doivent être différenciés du droit jurisprudentiel, c’est à dire des règles dégagées par le juge pour résoudre un litige. Leur origine est la même, ils doivent tous deux leur naissance à l’intervention du juge mais au sein de l’œuvre jurisprudentielle la notion de principe général du droit doit être réservée à des normes dotées d’une certaine permanence, se situant à un niveau élevé de la hiérarchie des actes juridiques et correspondant à des valeurs jugées essentielles au sein du système juridique. Pour différencier la règle jurisprudentielle du principe général du droit le critère de généralité ne semble pas absolu à l’inverse du critère qualitatif demeurant indispensable (B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°89 et s.).

<sup>1805</sup> E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, LGDJ, 1989, p. 13 ; B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°6.

<sup>1806</sup> B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°6 ; J-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., n°3, p. 2. À l’origine, le Conseil d’État se rattachait généralement à un texte de loi interprété très largement (nombre de principes généraux du droit ont ainsi pu être rattachés par le juge administratif à des textes de portée générale et en particulier au Préambule de

premier des principes généraux du droit est d'assurer l'efficacité d'un système juridique et plus particulièrement de combler les lacunes d'un droit administratif largement non écrit<sup>1807</sup>.

En droit privé, la plupart des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne font partie de la catégorie juridique des principes. Il est possible d'imaginer qu'il en est de même en droit administratif et que, logiquement, des objets juridiques destinés à pallier les difficultés liées à la généralité de la règle sont à rechercher au sein de la catégorie des principes généraux du droit. Le résultat obtenu met en lumière une différence de conception entre le juge administratif et le juge judiciaire, comme l'illustrent les recours ouverts par le juge pour des actes dont la loi décide pourtant qu'ils ne sont susceptibles d'aucun recours<sup>1808</sup>.

Le Conseil d'État a affirmé que toute personne justifiant d'un intérêt a la faculté de saisir le juge de la légalité, même contre des décisions dont un texte législatif décide qu'elles ne sont normalement susceptibles d'aucun recours. Après avoir admis ce principe pour le recours en cassation<sup>1809</sup>, il l'a affirmé pour le recours pour excès de pouvoir<sup>1810</sup>. La lecture de l'arrêt concernant le recours pour excès de pouvoir ouvert en l'absence de texte, dit « Ministre de l'Agriculture contre Dame Lamotte » du 17 février 1950<sup>1811</sup> est riche d'enseignements quant à la manière dont cette dérogation est envisagée en droit administratif. Elle n'est en effet pas considérée comme une correction mais plutôt comme le résultat d'une méthode d'interprétation des lois et règlements. Dans l'exercice de cette dernière activité, le juge s'attache généralement à rechercher quelle a été l'intention du ou des auteurs<sup>1812</sup>. Selon le cas, cette volonté s'est clairement manifestée, indirectement exprimée ou peut être déduite du souci de l'auteur du texte de se conformer à la cohérence d'ensemble du droit positif. C'est à ce dernier titre qu'est susceptible d'intervenir la théorie des principes généraux du droit. Pour le juge administratif, le législateur est, sauf volonté formelle contraire<sup>1813</sup>, réputé vouloir se conformer aux principes généraux du droit. Lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs sens, la préférence doit être donnée à l'interprétation permettant d'assurer le respect des principes généraux du droit<sup>1814</sup>. Dans cette décision, le Conseil d'État considère qu'une disposition de

---

la Constitution du 27 octobre 1946 (in B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°36)). À la suite à la remise en cause des principes fondamentaux, sous le Régime de Vichy de 1940 à 1944, puis, à un degré moindre, dans la période qui a suivi immédiatement l'effondrement de ce régime, la juridiction administrative a affirmé l'existence de principes généraux applicables même sans texte (B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°13 et s.), la prudence qui avait autrefois caractérisé l'action du juge n'ayant alors plus lieu d'être. Cette utilisation détachée des textes s'est concrétisée au travers des célèbres arrêts « Dame Tromprier-Gravier » en 1944 (avec une référence au principe général du respect des droits de la défense ; *Lebon* 133, *D.* 1945. 110, concl. CHENOT, note J. DE SOTO, *RD publ.* 1944. 256, concl. CHENOT, note JÈZE, *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., n° 55) et « Aramu » en 1945 (se réfère aux « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » ; CE, Ass., 26 oct. 1945, Aramu, *Lebon* 213, *S.* 1946. 3.1, concl. R. ODENT, *D.* 1946. 158, note G. MORANGE, *EDCE* 1947. 48, concl. R. Odent).

<sup>1807</sup> K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., n° 781, p. 280 et n°806 et s., p. 287 et s.

<sup>1808</sup> B. GENEVOIS, « principes généraux du droit », préc., n°899.

<sup>1809</sup> CE, Ass., 7 févr. 1947, D'Aillières, *Lebon* 50, *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., n° 59.

<sup>1810</sup> CE, Ass., 17 févr. 1950, Min. Agriculture c/ Dame Lamotte, *Lebon* 110, *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., n° 62. - Ass., 17 avr. 1953, Falco et Vidailac, *Lebon* 175, *S.* 1953. 3.33, note A. MATHIOT, *D.* 1953. 683, note C. EISENMANN, *RD publ.* 1953. 448, concl., note M. WALINE, *JCP* 1953. II. 7598, note G. VEDEL, *Gaz. Pal.* 1953. 1.300, concl. J. DONNEDIEU DE VABRES, *Rev. adm.* 1953. 265, note G. LIET-VEAUX ; sect., 16 déc. 1955, Épx Deltel, *Lebon* 592, *D.* 1956. 44, concl. P. LAURENT, *RD publ.* 1956. 150, note M. WALINE, *AJDA* 1956. II. 243, note J.-C. R. ; sect., 17 mai 1957, Simonet, *Lebon* 314, concl. HEUMANN, *D.* 1957. 580, note B. JEANNEAU ; 3 juin 1959, Bellenand et autres, *Lebon* 335.

<sup>1811</sup> CE, Ass., 17 février 1950, Min. Agriculture c/ Dame Lamotte, *Lebon* 110, *GAJA*, 17<sup>e</sup> éd., n° 62.

<sup>1812</sup> Selon Monsieur Bruno Genevois la méthode d'interprétation du Conseil d'État tend généralement à rechercher cette volonté : B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », préc.

<sup>1813</sup> CE, Ass., 11 janv. 1963, Synd. national des administrateurs de la France d'outre-mer, *Lebon* 16, *AJDA* 1963. 289, note A. HOMONT.

<sup>1814</sup> B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », préc.

valeur législative<sup>1815</sup> disposant pourtant clairement que « l'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours », ne pouvait avoir pour effet d'exclure le recours pour excès de pouvoir. Ici, il n'est pas considéré que le texte est écarté mais qu'une interprétation du texte, conforme aux principes généraux du droit, est retenue plutôt qu'une autre. Cette nuance est fort intéressante et peut être mise en parallèle avec l'enseignement du président Odent selon lequel, dans l'interprétation de la loi, le Conseil d'État « peut aller plus loin que la Cour de cassation... Il est moins formaliste et sa jurisprudence essaie davantage de faire prévaloir l'esprit de la loi sur son texte littéral »<sup>1816</sup>. Peut-être est-il alors possible de considérer que la Cour de cassation, pouvant, ou voulant, aller moins loin dans l'interprétation des textes que le Conseil d'État, choisi d'écarter le texte plutôt que de l'interpréter trop largement. L'esprit du droit administratif semble préférer envisager la correction comme une interprétation.

Dans cet exemple, il apparaît que le pouvoir correcteur du juge administratif n'est pas identifié au sein des principes généraux du droit tel qu'il peut l'être en droit privé. Il est ainsi remarquable qu'alors même que, compte tenu de la facilité avec laquelle le pouvoir normatif du juge administratif est accepté, il était possible d'imaginer qu'un pouvoir correcteur, moins invasif, y serait au moins également identifié, il n'en est rien. La théorie de l'interprétation semble prendre trop de place pour laisser émerger un pouvoir correcteur. Il ne faut pas pour autant en conclure que le juge administratif n'a pas de pouvoir correcteur. Celui-ci n'est simplement pas identifié comme tel, les deux procédés ne différant ainsi que dans la manière dont ils sont envisagés.

L'interprétation est donc une notion tenant une place prépondérante au sein du discours sur les pouvoirs du juge face à la défaillance de la règle par rapport à la correction. Pourtant, il ne s'agit pas de pouvoirs concurrents dont l'un pourrait être préféré à l'autre, mais de prérogatives différentes répondant à des problématiques distinctes.

## § 2 – Deux pouvoirs distincts

**266. Plan** – L'interprétation est omniprésente en droit français, prenant assez largement le pas sur la considération de la correction, alors même que ces pouvoirs sont complémentaires et n'entrent pas en jeu de la même manière dans la problématique de l'application de la règle au cas. Ils ont des assises différentes (A) et n'apportent pas les mêmes réponses (B).

### A. Des assises différentes

**267. Plan** – L'interprétation est un pouvoir clairement reconnu au juge mais qui n'a de cesse de susciter la discussion (1). La correction, au contraire, a la particularité de pouvoir être justifiée par la plupart des conceptions philosophiques (2).

---

<sup>1815</sup> L'article 4 de la loi du 23 mai 1943.

<sup>1816</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1977-1978, p. 444 ; Dans le même sens : « En droit privé, les théories de l'interprétation se sont toujours doublées d'une théorie des sources, la doctrine française étant essentiellement préoccupée de démontrer que, contrairement à la célèbre affirmation de Savigny, la codification n'a pas tué en France la science du droit. En droit administratif la perspective est toute différente : les textes ne sont pas inexistantes mais au contraire trop nombreux, sans logique, fruits d'une stratification historique que l'on ne cherche plus à rationaliser. À l'opposé, les théories fondamentales de l'acte, des obligations, voire de la compétence font défaut. Soucieuse de construire un Droit administratif autonome, la doctrine repousse toute tradition exégétique qui conduirait à aligner les méthodes du Droit administratif sur celles du Droit privé » (J.-J. BIENVENU, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois, sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, préc., p. II).

## 1. L'interprétation, une notion discutée

**268. Quand interpréter ?** – L'interprétation est un pouvoir solidement ancré dans la culture juridique et indispensable. Elle suscite, cependant, de nombreuses questions. La première concerne l'objet de l'interprétation.

Il est généralement exposé que l'interprétation, pour être entreprise, doit être nécessaire. Il est considéré que l'article 4 du Code civil<sup>1817</sup> reconnaît, au moins implicitement, au juge le pouvoir d'interpréter la loi<sup>1818</sup>, mais en limite le champ d'action à l'obscurité de la loi. De cette idée est née une maxime classique selon laquelle l'interprétation cesse lorsque l'acte est clair<sup>1819</sup>. Les auteurs reconnaissent cependant que la notion de clarté n'est simple qu'en apparence, que pour distinguer l'acte clair de l'obscur, le juge est contraint de l'interpréter<sup>1820</sup>, et que la loi a un contenu indécis porteur de plusieurs sens<sup>1821</sup>. De plus, les tribunaux n'hésitent guère à interpréter des dispositions claires pouvant être dépassées, inadaptées, etc., et les auteurs des textes recourent régulièrement à l'utilisation de notions larges laissant une marge de liberté importante dans leur interprétation<sup>1822</sup>. Cette ouverture du recours à l'interprétation a permis un développement du pouvoir créateur des juges car, bien souvent, sous couvert d'interprétation, se profile une véritable création prétorienne.

**269. L'interprétation est une création** – Le juge détient un pouvoir d'interprétation de la règle de droit<sup>1823</sup> lui permettant de préciser son sens. Là se limitent les certitudes, le statut de l'interprétation étant au cœur de la controverse. Elle est, selon une conception traditionnelle<sup>1824</sup>, un acte de connaissance. Cette vision repose sur les présupposés selon lesquels l'interprétation porte sur des énoncés dotés d'une signification unique, c'est le « fantasme de l'interprétation conforme » selon Monsieur Denys de Béchillon<sup>1825</sup>. L'opération peut ainsi être réussie ou non et la proposition vraie ou fautive, il n'y a qu'une bonne interprétation. Cette conception est liée à l'idée selon laquelle le juge ne doit exercer aucun pouvoir. Si l'énoncé est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter et s'il ne l'est pas, le juge se borne à découvrir, à l'aide de méthodes, une signification dissimulée dans l'énoncé, il ne crée pas. Cette conception traditionnelle ayant atteint ses limites, la doctrine défendit au début du XX<sup>ème</sup> siècle la possibilité pour le juge d'interpréter en se détachant du texte et en s'inspirant des besoins et évolutions sociales, faisant de l'interprétation une libre recherche scientifique.

---

<sup>1817</sup> « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>1818</sup> J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », préc.

<sup>1819</sup> *Interpretatio cessat in claris*. Pour Messieurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan, « par hypothèse, l'interprétation d'un acte juridique n'est nécessaire qu'en cas d'obscurité ou d'ambiguïté » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°399, p. 337), un acte clair ne doit pas être interprété.

<sup>1820</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°546, p. 465-466 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°399, p. 337-338. Selon la thèse de Hans Kelsen, l'activité d'interprétation n'a pas lieu seulement lorsque le texte est obscur, mais à l'occasion de toute application. En effet, pour soutenir que le texte est clair, il faut en connaître la signification et donc l'avoir interprété (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc., p. 335 et s.). De même, pour le philosophe allemand Gadamer, toute application de la loi est déjà une interprétation en fonction de la situation concrète à laquelle le texte doit être appliqué (A. GARAPON, J. ALLARD et F. GROS, *Les vertus du juge*, préc., p. 116-117).

<sup>1821</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°110, p. 96 ; P. AMSELEK, « La teneur indécisive du droit », *RDJ* 1991. 1199.

<sup>1822</sup> Cf. *supra* § n°159.

<sup>1823</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, préc., n°173, p. 96 ; T. REVET, « La jurisprudence », préc.

<sup>1824</sup> Cf. *supra* § n°262.

<sup>1825</sup> D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », préc.

L'interprétation n'a alors pas seulement pour objectif la découverte de l'intention du législateur mais doit également tenir compte du contexte dans lequel le texte a été rédigé<sup>1826</sup>. La conception réaliste de l'interprétation s'oppose à ces dernières visions qui présupposent qu'un texte est doté d'un sens véritable. Selon elle, l'interprétation ne permet pas de découvrir le sens d'un texte, l'opération étant envisagée comme un acte de volonté<sup>1827</sup>. Elle reconnaît au juge la possibilité de « remodeler le droit positif, de le préciser, de l'affiner pour l'adapter au changement incessant, aux situations toujours différentes »<sup>1828</sup>. Le véritable sens de la règle ressortira de sa confrontation au cas, elle n'est avant ça qu'une « coquille », tout énoncé juridique comportant une série de significations possibles entre lesquelles il faut choisir. L'interprétation est un acte constitutif. La règle de droit s'identifie alors aux prévisions des tribunaux<sup>1829</sup>. En France, le tenant le plus célèbre sans doute d'une<sup>1830</sup> théorie réaliste de l'interprétation est Monsieur Michel Troper. Sa théorie est réaliste « au sens ordinaire du mot [...] par opposition à une représentation idéalisée ou embellie de la réalité »<sup>1831</sup>. Le réalisme a pour ambition de décrire le droit tel qu'il est réellement et non comme une représentation de la justice ou comme l'application de règles préexistantes par la logique<sup>1832</sup>. L'interprétation relève alors nécessairement du pragmatisme<sup>1833</sup>. Comme les réalistes américains, il considère qu'avant leur interprétation les textes n'ont aucun sens et que cette opération consiste justement en l'attribution d'un sens à un texte<sup>1834</sup>. L'ordre juridique attache à certaines interprétations l'effet selon lequel le texte doit être réputé avoir la signification qui lui a été attribuée. L'interprétation ne peut être neutre et donc descriptive, elle est ainsi un acte de volonté et non de connaissance<sup>1835</sup>, elle n'est ni vraie, ni fausse. L'interprète lui-même crée la norme et l'interprétation seule a véritablement des effets normatifs car les justiciables doivent appliquer un énoncé en lui donnant la signification que lui a donné l'interprète<sup>1836</sup>. Le sens de la loi est ainsi à trouver dans l'interprétation qui en est faite et seule peut être reconnue la norme déterminée par le juge.

Sans aller jusqu'à souscrire pleinement à ces conceptions, il est possible de considérer que reflète le droit positif la norme telle qu'interprétée par le juge ; elle est alors le droit vivant<sup>1837</sup>.

<sup>1826</sup> J. CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », préc.

<sup>1827</sup> M. TROPER, *La philosophie du droit*, préc., p. 99.

<sup>1828</sup> *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, préc., « Réalisme », I, p. 507-510.

<sup>1829</sup> O. W. HOLMES, « Le droit comme prédiction des décisions des tribunaux », in *Le positivisme juridique*, dir. C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, LGDJ, Coll. *La pensée juridique moderne*, 1992, p. 123 et s.

<sup>1830</sup> Cet auteur explique dans sa « Réplique à Otto Pfersmann » qu'il a adhéré à « une » théorie réaliste de l'interprétation et qu'il en existe d'autres : M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *Droits*, 2002, n°50, p. 335.

<sup>1831</sup> M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », préc., p. 338.

<sup>1832</sup> *Ibid.*

<sup>1833</sup> O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, n°37, p. 39.

<sup>1834</sup> M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », préc., p. 337.

<sup>1835</sup> M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », préc., p. 347.

<sup>1836</sup> M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », préc., p. 350.

<sup>1837</sup> « La doctrine du droit vivant a été forgée dans les années 1950 par la Cour constitutionnelle italienne pour répondre à la nécessité de trouver un modus operandi avec la Cour de cassation dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de contrôle incident de constitutionnalité. Elle implique que le juge constitutionnel puisse contrôler la loi telle qu'interprétée par le juge judiciaire et ne l'invalider que si elle n'est manifestement pas susceptible d'interprétation conforme à la Constitution » : N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité, retour sur l'expérience italienne et les possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011. 529 ; G. ZAGREBELSKY, « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010/1, p. 9 et s. ; « La doctrine du droit vivant s'appuie donc sur le fait que le juge constitutionnel italien est amené, dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité, à connaître de lois ayant déjà fait l'objet d'applications concrètes. En effet, de ces applications a pu se dégager une certaine convergence autour de la signification à donner à la loi. Le « droit vivant » désigne le résultat de ces



L'interprétation est un acte de connaissance aiguillé par les méthodes guidant cette opération, mais elle est également un acte de volonté en ce que ce cadre ne permet pas de découvrir un seul et véritable sens de la règle ; le sens donné est choisi pour être appliqué, les méthodes balisant la décision du juge. L'« interprétation combine la contrainte et la liberté »<sup>1838</sup>, elle contient toujours une part de création<sup>1839</sup>. Celle-ci n'étant généralement pas assumée, elle est le plus souvent dissimulée « sous le masque d'une simple interprétation judiciaire de la loi »<sup>1840</sup>. Témoigne de cette clandestinité<sup>1841</sup> l'habitude de la Cour de cassation de prendre appui sur des textes, parfois à l'encontre de leur lettre<sup>1842</sup>. Cependant, avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité<sup>1843</sup>, cette question a connu un regain d'actualité au point de bouleverser le statut de l'interprétation jurisprudentielle de la loi. Ce contrôle *a posteriori* des lois a posé la question de savoir si le texte doit être contrôlé seul ou tel qu'interprété. Dans un premier temps, la Cour de cassation refusait de transmettre les QPC portant sur sa jurisprudence<sup>1844</sup> aux motifs que l'interprétation est détachée du texte et ne peut donc faire l'objet d'aucun contrôle<sup>1845</sup>. Cette position discutable<sup>1846</sup> au regard de la logique du

---

applications, la loi dans son interprétation consolidée, notamment au sein de la jurisprudence des juridictions ordinaires » (C. SEVERINO, *La doctrine du droit vivant*, éd. Economica et PUAM, 2003, p. 13).

<sup>1838</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, préc., p. 445. Dans le même sens : J. CHEVALLIER, « L'Interprétation des lois », préc.

<sup>1839</sup> « Qui dit interprétation dit création » (M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », préc.).

<sup>1840</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°2, p. 10 ; dans le même sens : « le mot "interprétation" dissimule cette réalité, en faisant croire que le juge tout simplement, découvre, dégage, révèle le sens qu'attachait à des mots et à des phrases celui-là même qui les a écrits, alors qu'en réalité il décide et il crée » (C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », préc., spéc., p. 27) ; À propos de la jurisprudence et de l'interprétation : « Traditionnellement, si la première n'existe pas, c'est précisément parce que la seconde relie l'office du juge à la loi. » (N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP G* 2010. 1039).

<sup>1841</sup> Lorsque la Cour accepte de prendre part à ce débat, c'est plutôt pour conforter la « fiction d'absence de pouvoir créateur de droit de ses décisions » (N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra constitutionnem* », préc.).

<sup>1842</sup> Il est possible de prendre l'exemple de l'article 1142 du Code civil selon lequel « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur » et auquel la Cour de cassation fait dire le contraire par exemple dans l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile le 11 mai 2005 (pourvoi n°03-21136, *Bull. civ.* 2005 III n° 103 p. 96) où est même consacré un véritable droit pour le créancier à l'exécution forcée en nature des obligations de faire et de ne pas faire le juge devant la prononcer.

<sup>1843</sup> Ci-après la « QPC », introduite par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, en vigueur depuis le 1er mars 2010 et dont les conditions d'application ont été déterminées par la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

<sup>1844</sup> Un amendement précisant que la QPC porterait sur la disposition « le cas échéant interprétée par la jurisprudence » avait été rejeté par le Sénat, au motif avancé par le rapporteur que « nous ne nous intéressons pas ici au contrôle de constitutionnalité de la jurisprudence, qui est indépendante du texte de la loi » (V. LAMANDA, Rapport d'information de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, J.-L. Warsmann, 5 oct. 2010, n° 2838, p. 79). ; « qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée déduit une telle atteinte non du texte même d'une disposition législative mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité » (Cass. Ass. Pl. 19 mai 2010 n° 09-70.161, *D.* 2010. 1352).

<sup>1845</sup> « la position de la Cour de cassation ne soit pas un retour à la négation de son pouvoir normatif (V. au contraire la référence à sa « jurisprudence », Cass., 19 mai 2010, n° 09-70.161, *D.* 2010. 1352) mais plutôt une nouvelle disjonction de celui-ci : il y aurait à suivre la Cour de cassation, les dispositions législatives d'un côté et leur interprétation de l'autre ». (P. DEUMIER, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi), (not. Cass., 19 mai 2010, n° 09-82.582.) », *RTDciv.* 2010. 508 ; *RTDciv.* 2010. 810, obs. P. THÉRY).

<sup>1846</sup> D. DE BÉCHILLON, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP G* 2010. 676 ; P. DEUMIER, « QPC : la question

contrôle *a posteriori* et aboutissant à une jurisprudence « *supra-constitutionem* »<sup>1847</sup> a finalement été abandonnée. Par un arrêt du 5 octobre 2010, la Chambre criminelle a estimé une QPC dépourvue de caractère sérieux, « dès lors que les textes susvisés sont interprétés par la jurisprudence de telle sorte qu'ils ne portent pas atteinte à la Constitution »<sup>1848</sup>. Ainsi, le filtrage d'une QPC doit s'exercer sur le texte tel qu'il est interprété<sup>1849</sup>, l'interprétation fait partie intégrante du texte. Le Conseil constitutionnel a, de son côté, pris position en affirmant que « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »<sup>1850</sup>. Ainsi, le Conseil adopte une attitude réaliste puisqu'il considère le texte comme pouvant avoir plusieurs interprétations ; « la norme n'est qu'une abstraction théorique tant que sa portée effective ne lui a pas été donnée, par l'interprétation qui en sera faite par le juge au moment de son application »<sup>1851</sup>. La norme est donc la loi telle qu'interprétée, une conception directement inspirée de la doctrine du droit vivant<sup>1852</sup>. Cette position porte la reconnaissance de la portée normative de l'interprétation<sup>1853</sup>.

Pouvoir à la nécessité indiscutable, l'interprétation n'en est pas moins discutée, notamment quant à son statut. Il est ainsi étonnant de constater que toute l'attention se porte sur elle alors que le pouvoir correcteur, s'il est parfois regardé avec défaveur dans certaines de ses manifestations<sup>1854</sup>, se concilie avec la plupart des conceptions philosophiques du droit.

## 2. La correction, toujours justifiée

**270. Correction et philosophies** – La philosophie du droit est toute entière dirigée par l'idée de justice. En effet, elle « a toujours eu pour objet non seulement la question du droit, mais celle du droit juste »<sup>1855</sup>. La question de l'adéquation entre droit objectif et solution juste est donc centrale dans cette discipline. Ayant pour objet de pallier la généralité de la norme et donc le risque d'injustice provoquée par son application à un cas particulier, le pouvoir correcteur du juge ne peut être absent de la pensée des philosophes du droit. Il convient de se pencher sur les idées des auteurs de l'Antiquité, du Moyen Âge et de l'Ancien Régime et de l'époque contemporaine pour appréhender la place qui lui est réservée.

---

fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi), (not. Cass., 19 mai 2010, n° 09-82.582.) », préc. ; N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », préc.

<sup>1847</sup> N. MOLFESSIS, « La jurisprudence *supra-constitutionem* », préc.

<sup>1848</sup> Crim., 5 oct. 2010, *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2010, n° 348. 10, obs. A. BORZEIX.

<sup>1849</sup> C'est ce que fait le Conseil d'Etat depuis ses premières décisions (18 juin 2010, n° 338638 ; CE, 16 juill. 2010, n° 334665, *La Saulaie (SCI), Lebon* ; *AJDA* 2010. 1453).

<sup>1850</sup> DC. 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTDciv.* 2011. 90 ; *D.* 2010. 2744, obs. I. GALLMEISTER, note F. CHÉNEDÉ ; *ibid.* 2011. 529, Chron. N. MAZIAU ; *RTDciv.* 2010. 776, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2010. 1145, note A. GOUTTENOIRE et C. RADE - DC. 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, *D.* 2011. 529, Chron. N. MAZIAU, *Compagnie agricole de la Crau, Gaz. Pal.* 21 oct. 2010, n° 294, p. 12, note D. ROUSSEAU ; B. MATHIEU, « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP G* 2010. 1071 – DC., 4 février 2011, n° 2010-96 QPC, *AJDA* 2011. 246 ; DC. 11 février 2011, n°2010-101 QPC.

<sup>1851</sup> P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », préc.

<sup>1852</sup> *Cah. Cons. const.*, n° 30/ 2010 ; *D.* 2010. 2744, note. F. CHENEDE ; *RTDciv.* 2010. 776, obs. J. HAUSER ; N. MAZIAU, « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité, Retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », préc.

<sup>1853</sup> P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », préc.

<sup>1854</sup> *Cf. supra* § n°232 et s.

<sup>1855</sup> B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 9.

**271. Le pouvoir correcteur dans les idées de l'Antiquité** – La philosophie de l'Antiquité ne saurait être traitée sans qu'il soit fait référence à deux célèbres philosophes, Aristote et Platon, tous deux tenants d'un droit naturel<sup>1856</sup>, et ce, d'autant plus, qu'ils semblent traiter, même s'ils ne le nomment pas ainsi, du pouvoir correcteur du juge. Ils retiennent deux conceptions des relations entre le juge et la loi. Leurs positions sont en partie identiques puisque, pour tous deux, la loi a pour fonction propre d'aider la nature à réaliser ses fins et, en cela, elle permet d'atteindre la justice qui est indissolublement une vertu de l'individu et un caractère de l'ordre politique<sup>1857</sup>. Tous deux retiennent également que l'application rigoureuse des règles de droit n'est pas une fin en soi et que, dans certains cas, elle peut même aboutir à des résultats iniques.

Platon est sans doute un des plus importants philosophes grecs et peut même être considéré comme le fondateur de la philosophie<sup>1858</sup>. Dans *Le Politique*, il évoque l'imperfection essentielle de la loi<sup>1859</sup>, du fait de son incapacité à s'adapter à la diversité des circonstances singulières<sup>1860</sup>. Elle est cependant un substitut nécessaire de la sagesse pour fixer ce qu'il faut faire en général. Elle a l'avantage de maintenir une règle commune à l'ensemble de la société. Sa généralité la rend imparfaite mais, étant une expression de la raison, la loi contribue à la stabilité du gouvernement. Au dessus des lois il y a donc l'idée de Justice<sup>1861</sup>. Le « Politique » peut déroger à la loi. Il est intéressant de remarquer que ce système ne laisse cependant pas de place au juge, il ne peut qu'appliquer le droit sans jamais transgresser l'ordonnance des législateurs<sup>1862</sup>. En revanche, dans *Les lois*, le juge y est décrit comme le gardien des lois, mais qui, pour remplir cette importante fonction, peut en suppléer les lacunes pour mieux les consolider<sup>1863</sup>. Platon s'intéresse à l'équité dans ses écrits, elle permet selon lui de remédier aux imperfections des lois mais leur est néanmoins extérieure<sup>1864</sup>. La nécessité d'une correction dans l'application de la norme n'était donc pas étrangère à la pensée de Platon.

Aristote fait lui aussi partie de ces philosophes qu'il est impossible d'ignorer. En effet, Platon, dont il est le disciple<sup>1865</sup> le plus connu, est le fondateur de la philosophie mais s'intéresse plus à la politique qu'au droit. Il est possible de considérer qu'Aristote fut le fondateur de la philosophie du droit<sup>1866</sup> alors même que, dans *l'Éthique à Nicomaque*, par exemple, sa morale n'a pas pour objet principal le droit mais n'y touche qu'accidentellement. Pour ce philosophe

---

<sup>1856</sup> P. KAYSER, « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », préc., spéc. n°27. 32.

<sup>1857</sup> P. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. CAYLA et M-F. RENOUX-ZAGAME, préc., p. 5.

<sup>1858</sup> « Ce qui nous reste des auteurs dits présocratiques relève en effet habituellement plus de la profession de sagesse que de l'analyse conceptuelle ou de l'enquête définitionnelle à proprement parler. C'est Platon qui invente littérairement un discours de ce second type, spécifiquement voué à l'élucidation conceptuelle, en le mettant certes, au moins dans la première partie de son œuvre, dans la bouche de son maître Socrate, dont il ne reste rien d'écrit » (J. BENOIST, « Platon », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 453 et s.).

<sup>1859</sup> O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 43 ; P. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », préc.

<sup>1860</sup> La loi serait « comme un homme sûr de lui, ignare, qui ne permettrait à personne de rien faire contre la consigne qu'il a édictée et ne souffrirait aucune question, même en présence d'une situation nouvelle, meilleure, pour tel ou tel cas, que ne l'avaient prévu ses propres prescriptions » (Platon, *Le Politique*, 294c, trad. A. Diès, Paris, Les Belles Lettres, 1970, p. 60). J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 56.

<sup>1861</sup> J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 56.

<sup>1862</sup> P. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », préc., p. 9.

<sup>1863</sup> P. RAYNAUD, « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », préc., p. 9-10.

<sup>1864</sup> P. KAYSER, « La justice selon Aristote », préc.

<sup>1865</sup> Il est un disciple dissident de Platon (J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 62).

<sup>1866</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, préc., n°27, p. 43.

antique, ce qui est légal est juste<sup>1867</sup>, le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte l'égalité. Ainsi, toutes les actions prescrites par la loi sont, légalement parlant, justes. Il reconnaît cependant lui aussi l'imperfection de la loi<sup>1868</sup>. En effet, à côté de la généralité de la loi, « il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude »<sup>1869</sup>. Le règne de la loi pose ainsi un problème logique. La loi est universelle et la réalité humaine particulière. La généralité législative n'est néanmoins pas à reprocher à la loi, elle vient de la nature des choses de l'ordre pratique, qui revêt un caractère d'irrégularité. Loin d'être un défaut, elle ouvre la loi à l'application. Le juste légal diffère ainsi du juste absolu. Aristote conçoit le jugement comme une médiation entre le général et le particulier et la mission des juges suppose la possession de la vertu de prudence. Ainsi, le juge saura, notamment, tempérer la rigueur des termes de la loi pour tendre vers une solution juste par l'équité<sup>1870</sup>. Celle-ci intervient alors comme une amélioration, un correctif du juste légal, elle est l'art d'appliquer les lois<sup>1871</sup>. Elle adapte le juste légal aux circonstances de faits<sup>1872</sup>, elle estompe l'injustice à laquelle conduirait l'application littérale et rigoureuse de la loi du fait de sa généralité<sup>1873</sup>. L'équitable est lui-même juste, pas juste selon la loi mais un correctif de la justice légale. L'équité est une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte<sup>1874</sup>. La mise en action des règles de droit n'a de sens que si elle sert l'idée qu'il est possible d'avoir de la justice. Il n'y a ainsi pas d'opposition entre l'équité et le juste légal. Ils sont des émanations d'un même juste absolu. Là où Platon laissait l'équité hors de la loi, Aristote l'incorpore à la justice<sup>1875</sup>.

Aristote comme Platon n'ignoraient pas la correction dans l'application de la norme, ils exposaient même son absolue nécessité. Elle prenait alors la forme de l'équité, de même que dans les idées de la philosophie du Moyen Âge.

**272. Le pouvoir correcteur du juge dans la philosophie du Moyen Âge** – Saint Thomas d'Aquin<sup>1876</sup> est un bon exemple de l'assise du pouvoir correcteur du juge dans la pensée de cette période. Il reprend pour beaucoup la vision d'Aristote<sup>1877</sup> dont il a défendu l'étude à l'université<sup>1878</sup>. Selon lui, la loi humaine<sup>1879</sup>, dans sa généralité, ne peut pas

<sup>1867</sup> ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, préc., Livre V, 3, p. 234. Il ne faut cependant pas y voir un positivisme juridique tel que défendu par les sophistes avant Aristote car il faut reconnaître selon lui, une dimension naturelle à la loi (sur ce point J. BENOIST, « Aristote » in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 1 et s.).

<sup>1868</sup> C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°20, p. 71 et s.

<sup>1869</sup> ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, préc., Livre V, 14, p. 286.

<sup>1870</sup> C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°20, p. 71 et s. ; B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, préc., p. 71.

<sup>1871</sup> « Seule la délibération permettra de compenser les lacunes de la loi : la délibération sur les cas particuliers prolonge la loi et la parfait » (J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 68). « Le maître mot de la doctrine aristotélicienne demeure celui d'équité. Le droit n'est pas, dans le fond, dans la loi : il est déposé dans l'acte d'établissement ou de rétablissement de l'équité, autrement dit, dans la répartition égale, mais non égalitaire. Considérant à la suite de Platon la formalité abstraite des lois, Aristote énonce comme lieu du droit l'application des règles selon le critère de l'équité » (J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 68).

<sup>1872</sup> J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., 2001, p. 68.

<sup>1873</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°150, p. 136-137.

<sup>1874</sup> ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, préc., Livre V, 14, p. 284 et s.

<sup>1875</sup> P. KAYSER, « La justice selon Aristote », préc.

<sup>1876</sup> 1225-1274.

<sup>1877</sup> J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 92.

<sup>1878</sup> En 1268, il participe activement à la « querelle de l'aristotélisme » (1268-1272) qui permet l'entrée officielle de l'étude d'Aristote à l'université (O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 107).

<sup>1879</sup> Saint Thomas d'Aquin distingue trois types de lois. Tout d'abord, la loi éternelle ou divine est parfaite mais « inconnaissable en sa perfection : l'homme n'en peut se faire que des notions partielles au travers de ses manifestations ». Ensuite, la loi naturelle peut être connue directement par la raison. Enfin, la loi humaine est

embrasser la diversité des cas présentés dans la pratique. L'équité servira ainsi à pallier les inconvénients de la généralité de la loi, mais dans un cadre circonscrit, c'est-à-dire lorsque l'observation de ses termes :

va contre l'égalité de la justice, et contre le bien commun, visé par la loi. Ainsi la loi statue que les dépôts doivent être rendus, parce qu'elle est juste dans la plupart des cas. Il arrive pourtant parfois que ce soit dangereux, par exemple si un fou a mis une épée en dépôt et la réclame pendant une crise, ou encore si quelqu'un réclame une somme qui lui permettra de combattre sa patrie. En ces cas et d'autres semblables, le mal serait de suivre la loi établie ; le bien est, en négligeant la lettre de la loi, d'obéir aux exigences de la justice et du bien public. C'est à cela que sert l'épikie, que l'on appelle chez nous l'équité<sup>1880</sup>.

L'équité sert ainsi à prendre en compte les circonstances particulières, mais non dans un sens subjectif. Elle est encadrée par la recherche d'une justice objective et du bien public. Il arrive à la conclusion selon laquelle « l'épikie ne se détourne pas purement et simplement de ce qui est juste, mais de la justice déterminée par la loi ». La pensée de Saint Thomas d'Aquin inscrit le pouvoir d'équité dans la recherche de l'intention du législateur car son recours est encadré par la recherche du bien commun et de la justice, de laquelle il serait possible de s'éloigner par un effet pernicieux d'une application trop rigoureuse de la généralité de la loi. Le but de cette dernière est cependant toujours le bien commun. Ne pas recourir à l'équité irait contre l'intention même du législateur. Quant au pouvoir laissé au juge, il semble qu'il puisse recourir à l'équité de manière exceptionnelle si l'urgence le commande<sup>1881</sup>.

La pensée du Moyen Âge, illustrée par celle de Saint Thomas d'Aquin, connaît également la nécessité de corriger l'application du droit. Ce pouvoir correcteur a vu son assise philosophique perdurer dans les philosophies contemporaines.

**273. Le pouvoir correcteur du juge dans les philosophies contemporaines** – Les courants philosophiques contemporains sont nombreux et les conceptions qu'ils défendent souvent très différentes.

L'École du droit naturel<sup>1882</sup> peut être considérée aujourd'hui comme « une conception rigide, et d'ailleurs arbitraire, appartenant au passé, détrônée à l'époque moderne par l'esprit d'observation et par d'autres facteurs encore »<sup>1883</sup>. Un constat énoncé par Batiffol dont, selon lui, il est permis de douter de la réalité. Cette École se caractérise par sa grande diversité, voire sa dispersion<sup>1884</sup>. Les différentes conceptions du droit naturel reposent néanmoins sur le même point de départ : il y a un droit naturel qui justifie les règles positives<sup>1885</sup>. Celui-ci est un ensemble de règles supérieures aux lois positives et indispensables pour le fonctionnement harmonieux de la société, des valeurs impérieuses<sup>1886</sup>. Il reposait naguère sur une conception « cosmo-théologique »<sup>1887</sup> du droit et est aujourd'hui fondé sur la raison. Il est traditionnellement opposé au positivisme selon lequel les règles de droit ne seraient que le fruit de la volonté des gouvernants ou des gouvernés à travers la formation d'un consensus<sup>1888</sup>. L'admission de la possibilité pour le juge de statuer en équité relève du droit naturel<sup>1889</sup> puisque la loi positive est écartée au regard de valeurs, d'un souci de justice. Il a pu

---

une invention de l'homme à partir des principes de la loi naturelle (J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 95).

<sup>1880</sup> T. D'AQUIN, *Somme théologique*, éd. Cerf, 1996, t. III, q. 120, art. 1, 717.

<sup>1881</sup> D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1999, n°532, p. 281.

<sup>1882</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.

<sup>1883</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 8<sup>ème</sup> édition 1989, p. 53.

<sup>1884</sup> C. ATIAS, *Philosophie du droit*, préc., n°50, p. 203 et s.

<sup>1885</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, préc., p. 7.

<sup>1886</sup> J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 256.

<sup>1887</sup> S. GOYARD-FABRE, « Ecole du droit naturel moderne », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 564 et s.

<sup>1888</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, préc., p. 7.

<sup>1889</sup> A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, préc., p. 32.

être reproché à cette philosophie de prétendre que peut être construit, par voie déductive et sur la base de principes naturels ou rationnels, un système juridique valable de tout temps et pour tous les pays et qui serait supérieur aux volontés humaines et aux lois qu'elles promulguent<sup>1890</sup>. Un droit naturel, pouvant être qualifié de moderne, se présente au premier abord comme une transaction entre le droit naturel classique et sa négation. Le caractère utopique d'une législation modèle construite par déduction est concédé étant considéré que le droit naturel peut fournir des principes généraux dont les conséquences seront adaptées aux besoins des temps et des lieux<sup>1891</sup>. Gény voit dans le droit naturel un donné sur lequel se greffe le construit et dont la plasticité adapte les solutions aux exigences de la vie. Stammler considérait que le droit naturel a un contenu variable se réduisant à une simple forme, à une aspiration de la justice<sup>1892</sup>. Le droit naturel est alors envisagé comme une notion fonctionnelle à contenu variable<sup>1893</sup> et non préfixe, et ses exigences ne peuvent se manifester qu'à l'occasion du litige et de son règlement par le juge. Pour d'autres auteurs, cette doctrine est contraire à l'inspiration générale du droit naturel qui repose sur un ensemble de principes fondés sur la raison, de caractère immuable ou universel et qui dominant le droit positif<sup>1894</sup>. Quelle que soit la conception retenue, il est envisagé qu'un ordre idéal supérieur peut permettre de suppléer ou corriger le droit positif. Le droit naturel fournit au juge un ensemble de directives lui permettant d'individualiser le droit et la justice. Le droit naturel pourrait avoir inspiré le pouvoir correcteur. Il ne saurait en être un fondement car il n'est pas une source du droit. Il est, pour reprendre l'expression usitée par Monsieur Patrick Morvan, et avant lui par Gény<sup>1895</sup>, un « élément du donné idéal »<sup>1896</sup>, une source d'inspiration du droit à défaut d'une source du droit. Son rôle déterminant dans l'élaboration de mécanismes correcteurs n'est cependant pas à remettre en cause. Il peut, en effet, être considéré qu'un mécanisme correcteur créé dans un souci de justice, immuable ou variable, permettant de s'écarter de la règle compétente, a vu son créateur inspiré, consciemment ou non, par l'idée d'un droit naturel, de valeurs s'imposant à l'application du droit. Les lois positives doivent plier face à l'injustice d'une solution.

L'École dite du droit libre<sup>1897</sup> est issue en Europe continentale du grand mouvement d'idées que détermina la parution de l'ouvrage de Gény intitulé *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*<sup>1898</sup>. Y était remise en cause l'idée, alors couramment enseignée, que la loi était l'unique source de droit sans pour autant dénier au législateur la primauté de la volonté politique. Cette École se développa dans de nombreux pays, dépassant le mouvement initié par Gény qui s'attaquait seulement au fétichisme de la loi. L'École du droit libre envisage le droit comme étant avant tout le droit vivant et spontané. Les sources formelles du droit ne sont ainsi que des procédés de constatation du droit qui est en réalité antérieur, créé non pas par l'État mais la société. Les règles ne sont que des abstractions devant encore être appliquées dans chaque espèce. Le juge, avant de les appliquer, doit se prononcer sur leur

<sup>1890</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°115, p. 108-109 ; A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, préc., p. 41 et s. ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, « Droit naturel », préc., p. 198-200.

<sup>1891</sup> Sur ce point notamment : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°17, p. 26.

<sup>1892</sup> in S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préc., p. 330 et s., voir également : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°20, p. 190-191.

<sup>1893</sup> Stammler, in S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, préc., p. 334.

<sup>1894</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°20, p. 191 ; A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, préc., p. 43 et s.

<sup>1895</sup> F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. IV, préc., n°302, p. 147.

<sup>1896</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., p. 185, note n° 320.

<sup>1897</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°9, p. 73 et s. ; J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 189 et s. ; M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, préc., n°224, p. 288-289.

<sup>1898</sup> F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit positif*, préc.

mérite. Il est bien sûr considéré que, pour des raisons d'ordre et de sécurité, il est préférable en général que la loi soit appliquée mais des raisons supérieures d'équité peuvent condamner cette opération. Le juge est plus libre à l'égard des lois. Face à un litige, il a une intuition spontanée de la décision à prendre et cherche seulement ensuite les textes sur lesquels il pourra la fonder. Alors il convient de délier le juge de son devoir d'obéissance fictive à la règle et s'en remettre à sa conscience et son esprit d'équité.

Cette doctrine est assurément intéressante quant à l'étude du pouvoir correcteur du juge en ce qu'elle est une réaction à la fiction selon laquelle le juge n'est qu'un interprète astreint à respecter les sources formelles du droit. Cependant, elle considère comme faisant partie de son pouvoir normal ce qui doit en principe rester exceptionnel. Elle est conciliable avec l'existence d'un pouvoir correcteur en ce que le juge ne serait pas lié par les règles formelles et pourrait s'en écarter.

La recherche des valeurs<sup>1899</sup> désigne les orientations contemporaines visant à prendre en considération les fins à atteindre en droit<sup>1900</sup>. Cette attitude commanderait, pour guider le choix entre les solutions à un problème, l'examen exclusif de leurs résultats respectifs et prendrait ainsi le relai du positivisme volontariste selon lequel la loi étant la volonté du législateur, elle s'explique par l'objectif qu'il a voulu atteindre. Cette attitude face à la recherche de solutions en droit se retrouve dans différentes sensibilités philosophiques comprenant notamment les volontaristes<sup>1901</sup>, des sociologues américains<sup>1902</sup>, les juristes marxistes et les tenants du droit naturel. Finalement, le seul courant ne pouvant s'y rallier, est le formalisme kelsénien prônant une théorie pure du droit, autonome par rapport aux valeurs<sup>1903</sup>, et donc difficilement conciliable avec l'existence d'un pouvoir correcteur du juge. Les esprits se divisent sur la détermination des objectifs à atteindre par le droit<sup>1904</sup>; étant vain d'espérer aboutir à une finalité ultime, le pluralisme des valeurs doit être retenu<sup>1905</sup>. Sont notamment considérés comme des valeurs, des buts à atteindre par le droit : l'ordre, la justice, le progrès<sup>1906</sup> et la sécurité juridique<sup>1907</sup>. Cette attitude, également appelée « doctrine des valeurs »<sup>1908</sup>, est généralement opposée à la « doctrine de la neutralité » identifiant le droit à la règle et l'appréhendant de façon formelle, la première l'appréhendant de manière plus substantielle comme un outil au service des finalités de justice et de sécurité. L'opposition a été très nette entre les tenants de chacune de ces conceptions du droit lors de la célèbre affaire *Perruche*<sup>1909</sup> même s'il est possible de se demander s'ils ne s'opposaient pas plus sur les valeurs à défendre que sur le point de savoir si des valeurs doivent être défendues<sup>1910</sup>.

---

<sup>1899</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 77 et s.

<sup>1900</sup> Voir également : P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°36, p. 317 et s.

<sup>1901</sup> Jhering, l'auteur le plus illustre défendant le rôle de la volonté dans le droit aboutit à la conclusion que c'est la notion de but qui donne la clé de la formation du droit : H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 77-78.

<sup>1902</sup> C'est en particulier le cas des sociologues américains qui soulignent qu'il incombe à ceux qui décident de choisir entre des politiques divergentes et que ce choix ne peut être guidé que par une appréciation des résultats respectifs de ces politiques sur la vie sociale : H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 78.

<sup>1903</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, préc. ; J.-C. BILLIER et A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, préc., p. 143 et s.

<sup>1904</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 81 et s.

<sup>1905</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 86 et s.

<sup>1906</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°36, p. 322.

<sup>1907</sup> G. RADBRUCH in P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°37, p. 323-324.

<sup>1908</sup> D. FENOUILLET, « Propos introductifs », préc.

<sup>1909</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 156 (A.-M. LUCIANI, « La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital », *LPA*, 27 juin 1997. 17 ; *JCP G* 2000. II. 10438, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE-ROSE (pour ses concl. orales, cf. *D.* 2001.316), note F. CHABAS), Orléans, 5 févr. 1999, Ass. plén. 17 nov. 2000 (*D.* 2001. 332, notes D. MAZEAUD et P. JOURDAIN ; F. TERRÉ, « Le prix de la vie », *JCP G* 2000. actualité. 2267 ; G. MÉMETEAU, « L'action de vie dommageable », *JCP G* 2000. I. 279 ; G. VINEY, « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP G* 2001. I. 286 ; P.-Y.

Sur la question précise d'un éventuel pouvoir correcteur du juge, cette attitude est intéressante car elle évoque les problèmes posés par la généralité d'une règle<sup>1911</sup>. Celle-ci a un but à atteindre et si elle n'y parvient pas, il doit y être dérogé au regard des particularités de la situation. Il est cependant généralement considéré que la dérogation à un principe implique une délimitation dans un souci de sécurité juridique. Il s'agit d'écarter la règle générale en raison des particularités de l'espèce et de systématiser autant que possible ces dérogations. Les mécanismes correcteurs ont l'avantage sur la décision rendue en équité de répondre favorablement à ce souci de sécurité<sup>1912</sup> puisque chacun d'eux à un régime propre. Cette attitude s'en éloigne néanmoins lorsqu'il s'agit de déterminer quand corriger. Selon cette proposition, la correction interviendrait lorsque le but devant être atteint par la norme ne l'est pas, ce qui suppose de le déterminer et n'est pas nécessairement évident, car il peut être multiple, obscur ou évolutif. Les mécanismes correcteurs impliquent au contraire un raisonnement différent, il ne s'agit pas de déterminer le but à atteindre par la norme mais de se concentrer sur le résultat potentiel et de déterminer s'il est acceptable et ainsi s'il porte atteinte ou non au système juridique.

L'attitude de recherche des valeurs, telle que décrite par Batiffol, peut être une inspiration dans la considération du pouvoir correcteur du juge comme une incursion des valeurs dans le système juridique. Le pouvoir correcteur peut, enfin, être acceptable au sein d'une attitude réaliste.

---

GAUTIER, « Les distances du juge, à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP G* 2001. I. 287 ; C. LABRUSSE-RIOU et B. MATHIEU, « La vie humaine peut-elle être un préjudice ? », avec la signature de plusieurs professeurs et chercheurs des facultés de droit, *Le Monde*, Horizons-Débats, vendredi 24 nov. 2000, p. 20 ; pour une version plus détaillée, des mêmes auteurs, *D.* 2000, n° 44, p. III ; « Naissance, handicap et lien de causalité », interview de D. MAZEAUD, *D.* 2000, n° 44, p. V ; M. GOBERT, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *LPA*, 8 déc. 2000. 4 ; « Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001. 332, note D. MAZEAUD et 336, note P. JOURDAIN ; J.-L. AUBERT, « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.* 2001. Chron. 489 ; L. AYNES, « Malheur et préjudice », *Le Monde*, Horizons-Débats, mercredi 31 janv. 2001, p. 16 ; du même auteur, « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001. Chron. 492 ; C. RADE, « Etre ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt *Perruche*) », *Resp. civ. et assur.* janv. 2001. 4 ; F. LEDUC, « Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt *Perruche*) », *Resp. civ. et assur.* févr. 2001. 4 ; B. MARKESINIS, « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTDciv.* 2001. 77 ; *RTDciv.* 2001. 103, obs. J. HAUSER ; *ibid.* p. 226, obs. R. LIBCHABER ; D. DE BÉCHILLON, O. CAYLA, Y. THOMAS, « L'arrêt *Perruche*, le droit et la part de l'arbitraire », *Le Monde*, Horizons-Débats, jeudi 21 déc. 2000, p. 18 ; D. MOYSE, « Naissances coupables ? A propos de l'« affaire *Nicolas Perruche* » et d'autres du même genre », *Esprit*, janv. 2001. 6 et s. ; Cl. POISSON, « Vie digne et dignité de la vie », *Revue Laennec*, juin 2001 ; D. DE BÉCHILLON, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTDciv.* 2001. 47 ; « Parmi l'abondante doctrine qui s'est prononcée sur ce cas, et sur l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17 novembre 2000, un désaccord fondamental est apparu, non pas tant, comme on pourrait le croire *a priori*, entre les « pour » et les « contre » l'arrêt, mais entre deux conceptions du droit qui ont pour une fois éclaté au grand jour : il y a ceux pour qui le droit a une légitimité et une autorité particulières pour juger ce cas et ceux qui lui dénie ce rôle. Pour ces derniers, le droit, neutre par essence, n'aurait rien à dire sur le fond de l'affaire *Perruche*, car celle-ci relèverait de la "morale", de "la religion", de l'"éthique", de "l'équité", de la "philosophie", voire de la "métaphysique", toutes notions avec lesquelles le juriste devrait garder du "sang-froid", de la "distance", et demeurer en réponse purement "technique". L'histoire du XXe siècle a pourtant révélé les dangers d'un certain positivisme, selon lequel le droit n'aurait rien à dire sur les choix de valeur et le juriste ne pourrait donc être qu'un pur technicien » (M FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTDciv.* 2001. 285).

<sup>1910</sup> « Pour les uns, la dignité renvoie à la valeur essentielle de l'humain, qui empêche de considérer que la « non-vie » vaut mieux que la vie, et se définit objectivement ; pour les autres, la dignité se définit subjectivement, et par référence aux conditions matérielles d'existence du sujet » (D. FENOUILLET, « Propos introductifs », préc.).

<sup>1911</sup> H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, préc., p. 117 et s.

<sup>1912</sup> Sur ce point cf. *supra* § n°204 et s. et *infra* § n°299.



Alors qu'en Europe continentale se développait l'École du droit libre, une interrogation parallèle sur le droit mettant en cause son formalisme et le rôle reconnu au juge naissait aux États-Unis<sup>1913</sup> par le biais de la *sociological jurisprudence* puis du mouvement réaliste américain. Ces deux courants vont plaider pour la reconnaissance du rôle créateur du juge et justifier la décision judiciaire par la quête de la solution juste. Le droit est en perpétuelle évolution et le juge va jouer un rôle central dans cette actualisation au point qu'il sera considéré comme pouvant être réduit à ce qu'approuvent les juges<sup>1914</sup>. Le réalisme<sup>1915</sup> a déjà été rencontré dans cette étude en ce qu'il s'applique à l'interprétation<sup>1916</sup>, mais il peut plus généralement qualifier une multitude d'approches très différentes dont le principal point commun est de « s'opposer à toute conception métaphysique dans la définition du droit ou la description de son contenu »<sup>1917</sup>. C'est une manière d'appréhender le droit et le rôle du juge<sup>1918</sup> selon laquelle la confrontation à l'espèce donne son sens à la règle ; cette dernière est « considérée davantage comme ayant été dévoilée par la décision que comme ayant imposé celle-ci de manière impérative »<sup>1919</sup>. La science du droit décrit le droit positif, c'est-à-dire les normes en vigueur désignant uniquement les actes d'interprétation authentique<sup>1920</sup>. Il est ainsi possible de considérer que, malgré son champ d'application comprenant normalement le litige en cause, si à la lumière de la situation, la règle n'est pas adaptée, elle ne doit pas être appliquée. Le juge doit ainsi « modeler » le droit positif pour l'adapter aux faits, aux conséquences pratiques de l'application des normes. Recourir à la correction peut ainsi être considéré comme une attitude conciliable avec une certaine conception du réalisme.

Le pouvoir correcteur du juge semble compatible avec la plupart des philosophies et théories aussi bien anciennes que contemporaines sur le droit. Malgré les considérations les opposant, toutes peuvent être conciliées avec l'existence de ce pouvoir. Témoins de la pensée de l'Antiquité ou résolument contemporaines, les différentes conceptions du droit n'ignorent pas les limites de la généralité de la règle impliquant une intervention du juge lorsqu'une injustice se profile. La correction est un pouvoir originel du juge transcendant les visions du droit. Il peut ainsi sembler paradoxal que toute l'attention se porte sur l'interprétation, un pouvoir du juge moins naturel, d'autant qu'aucun ne devrait prendre le pas sur l'autre, ils sont complémentaires, répondent à des problématiques différentes.

## B. Des réponses différentes

**274. L'interprétation n'est pas la correction** – Le recours aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ne se confond pas avec l'interprétation car ces deux compléments de la norme répondent à des besoins différents. Dans cette étude, ont été distinguées la correction de la norme, qui aboutit à en créer une nouvelle, sous couvert le plus

<sup>1913</sup> F. MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'École de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC* 1987-2. 343.

<sup>1914</sup> A. D'ORS, « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits* 1989, n°10, p. 51 et s.

<sup>1915</sup> Il est sans doute plus question ici de théorie du droit que de philosophie du droit. Monsieur Jean-Louis Bergel considère que la première part du droit alors que la seconde de la philosophie et est plus préoccupée par ce que le droit devrait être plutôt que ce qu'il est : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°4, p. 5.

<sup>1916</sup> Cf. *supra* § n°269.

<sup>1917</sup> E. MILLARD, « Réalisme », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), préc., p. 1297 et s.

<sup>1918</sup> G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2005, p. 145 et s. ; O. JOUANJAN, « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », préc. ; M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », préc., p. 338.

<sup>1919</sup> F. MICHAUD, « Le rôle créateur du juge selon l'École de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », préc.

<sup>1920</sup> G. JUST, *Interpréter les théories de l'interprétation*, préc., p. 156.

souvent d'interprétation<sup>1921</sup>, et la correction de son application, qui la préserve<sup>1922</sup>. Corriger la norme elle-même revient à l'atteindre dans son essence, introduire une exception ; au contraire, en corriger la seule application à un cas d'espèce la laisse intacte en dehors de cette hypothèse exceptionnelle, il s'agit alors d'une dérogation<sup>1923</sup>. L'action résultant de l'interprétation est permanente ou du moins, dure jusqu'à une nouvelle modification. La correction a, au contraire, une action ponctuelle n'atteignant pas la norme dans son essence mais l'écartant lorsque c'est nécessaire.

**275. Corriger c'est confirmer** – Le sens communément admis<sup>1924</sup> du terme de « correction » revêt diverses significations tendant toutes néanmoins à la même idée : corriger c'est ramener à la règle, améliorer, rendre exact<sup>1925</sup>. Si elle ne peut être directement utilisée en droit, cette acception confirme cependant que la correction de la norme est à son service et non une atteinte qui lui est portée, elle ne l'affaiblie pas mais la renforce. Dans l'hypothèse des mécanismes correcteurs, la correction ne ramène pas à l'application de la norme mais permet au juge de l'écartier lorsque son application heurterait le système juridique. Par cette exclusion, la norme est, non pas trahie ou désavouée, mais respectée et protégée. En effet, sans pouvoir correcteur, qu'advierait-il d'une norme qui, certes, dans de rares cas, mais qui ne manqueraient sans doute pas d'être exposés<sup>1926</sup>, aboutit par son application à de criantes injustices ou des atteintes insupportables au système juridique ? Elle perdrait de son autorité et serait certainement remise en cause dans son existence même<sup>1927</sup>. Monsieur Jérôme Fischer va même plus loin quant aux conséquences pouvant être attribuées aux effets indésirables de l'application d'une norme puisque, selon lui, « qu'une règle conduite à la ruine, provoque des conséquences excessivement dures, tolère des comportements antisociaux d'un égoïsme démesuré, et c'est le droit tout entier qui est pris à parti par le corps social »<sup>1928</sup>. Sans pouvoir correcteur, la norme en cause, pourtant satisfaisante dans la majorité des cas, serait remise en question du fait d'exceptionnels effets et le droit en son entier pourrait perdre la confiance des justiciables. Écartier son application dans de rares hypothèses revient à la protéger<sup>1929</sup>, à

<sup>1921</sup> Sur le fait que l'interprétation contient toujours une part de création cf. *supra* § n°269.

<sup>1922</sup> Cf. *supra* § n°47-48.

<sup>1923</sup> Sur la distinction entre exception et dérogation cf. *supra* § n°48.

<sup>1924</sup> C'est-à-dire « l'usage ordinaire de la langue commune » in G. CORNU, *Linguistique juridique*, préc., n° 3, p. 11.

<sup>1925</sup> *Le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007*, « Correction », p. 548.

<sup>1926</sup> La rétroactivité de la jurisprudence est néfaste dans de rares cas qui ne manquent cependant pas d'être connus par la contestation qu'ils suscitent, c'est par exemple le cas du médecin condamné pour ne pas avoir respecté dans les années 1970 une obligation d'information à l'égard d'une patiente, obligation créée par la jurisprudence dans les années 1980 (Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 2001, préc.).

<sup>1927</sup> P. DEUMIER, « Error communis facit jus ? », préc., p. 18.

<sup>1928</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°403, p. 385. Dans le même sens à propos de l'apparence : « Loin d'être un phénomène de désagrégation du droit, le jeu de l'apparence favoriserait le bon fonctionnement de l'ordre juridique par la sauvegarde de la confiance sans laquelle ses mécanismes pourraient se paralyser » (M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Apparence », préc.).

<sup>1929</sup> « si l'on peut présumer que le législateur n'a pas pu vouloir poser, en général, une règle de droit heurtant gravement l'équité, de même on peut penser qu'il n'a pas voulu nécessairement qu'une loi juste en général soit injuste en particulier » (C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 372). À propos du contrôle concret de conventionnalité : « Plus généralement, on peut se demander si, sur des questions aussi discutées, il n'est pas opportun de donner à la règle une certaine flexibilité. Cette souplesse ne signifie pas que l'on abandonne les principes posés par le législateur au terme d'arbitrages souvent difficiles [...]. On éviterait au contraire de devoir les abandonner de façon générale, au motif que, dans des cas particuliers, la balance penche en faveur de tel ou tel intérêt individuel. A défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit non seulement à des solutions inhumaines [...], mais on risque surtout de casser la règle. Certes, la voie est pleine d'incertitudes, tant la flexibilité de la règle peut paraître difficile à concilier avec sa nécessaire prévisibilité, mais elle mérite assurément d'être explorée. » H. FULCHIRON, « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », préc.

garantir son autorité, sa crédibilité, à la maintenir et évite que l'opprobre soit jetée sur le droit tout entier. Grâce au pouvoir correcteur, elle est même confirmée, car le recours à la correction plutôt qu'à la création témoigne de ce que la norme aboutit à des résultats satisfaisants dans la majorité des cas et ne nécessite pas d'être modifiée. La création doit être utilisée par le juge lorsque la norme elle-même est insuffisante, dans l'hypothèse, par exemple, où elle est devenue obsolète et ne répond plus aux exigences contemporaines ou si, dans de trop nombreux cas, voire dans tous, elle aboutit à des résultats absurdes<sup>1930</sup>. La correction doit, elle, être actionnée par le juge lorsque la règle, bonne dans la majorité des cas, doit ainsi être maintenue, mais écartée dans des situations factuelles exceptionnelles. Le caractère absolu d'une norme est parfois important et doit être préservé malgré des dérogations exceptionnelles, de manière à garantir que ces dernières ne se multiplieront pas. Pour illustrer cette différence, il est possible de prendre l'exemple des outils permettant aux juges d'ouvrir des voies de recours normalement fermées par le législateur. En droit administratif, le juge recourt à la théorie de l'interprétation selon laquelle le législateur ne peut avoir souhaité que le texte soit interprété comme heurtant un principe général du droit. La règle n'est donc pas écartée, mais interprétée comme ne comprenant pas cette hypothèse, par exemple l'excès de pouvoir<sup>1931</sup>. La règle fermant la voie de recours perd ainsi son caractère absolu, une exception est introduite, il ne peut plus être considéré, comme le dit le texte, qu'aucun recours n'est ouvert dans l'hypothèse considérée. En droit privé, au contraire, la règle fermant les voies de recours subsiste, elle est écartée lorsque les faits le commandent, connaissant ainsi une dérogation<sup>1932</sup>. Dans cette hypothèse, il peut être considéré que le caractère absolu de la règle fermant les voies de recours est maintenu avec plus de fermeté s'il est recouru à la correction plutôt qu'à l'interprétation. Cette dernière laisse peut-être plus de place à la multiplication des hypothèses dérogatoires que la correction censée maintenir la règle. De plus, cette interprétation, en attribuant à la règle un sens contraire à la lettre du texte la portant, ne la respecte pas.

Cette vision envisageant le pouvoir correcteur comme l'allié de la norme et du droit est partagée par les auteurs. En effet, Ripert<sup>1933</sup>, affirmait qu'une dérogation exceptionnelle à une règle revient à la confirmer. De même, selon Monsieur Jean-Pierre Gridel, l'application automatique d'une règle se retournerait contre le texte lui-même ou le système juridique. C'est pourquoi sont nécessaires les correctifs tels que l'abus de droit, la fraude et l'apparence servant à « remettre la loi dans son axe »<sup>1934</sup>. Pour Monsieur Jérôme Fischer, lorsqu'il recourt au pouvoir modérateur, le juge déroge à la règle pour être fidèle au droit, il passe alors d'une conformité formelle à la règle à une conformité fondamentale au droit<sup>1935</sup>.

Corroboire également l'idée selon laquelle la correction est l'alliée et pas l'ennemi de la norme, la création par le législateur lui-même de mécanismes correcteurs<sup>1936</sup>. La méfiance

---

<sup>1930</sup> Messieurs Philippe Malaurie et Patrick Morvan donnent, dans leur ouvrage d'introduction au droit, l'exemple d'un décret du 11 novembre 1917 sur la police des chemins de fer interdisant textuellement aux voyageurs « de descendre ailleurs que dans les gares, et lorsque le train est complètement arrêté », les contraignant littéralement à descendre du train encore en marche. Pour ces auteurs, dans une telle hypothèse la règle claire ne doit pas être interprétée mais corrigée. (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°402, p. 340-341, nbp n°192) Il s'agit ici d'une conception de la correction différente de celle retenue dans cette étude. La règle claire est ici à remettre en cause en elle-même, le pouvoir normatif du juge doit être actionné pour la modifier et non pas le pouvoir correcteur.

<sup>1931</sup> Cf. *supra* § n°265.

<sup>1932</sup> Sur la distinction entre exception et dérogation cf. *supra* § n°48.

<sup>1933</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, préc., p. 27 et s., n°10.

<sup>1934</sup> J-P. GRIDEL, « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux en droit privé », préc., p. 151.

<sup>1935</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°395, p. 378-379.

<sup>1936</sup> Sur l'existence de mécanismes correcteurs d'origine légale cf. notamment *supra* § n°38.

envers les pouvoirs du juge n'a pas contaminé l'image du législateur puisqu'il détient toutes les justifications et légitimations à ses créations.

Le pouvoir correcteur confirme la règle, la maintient, protège le système en son entier et doit ainsi, dans certaines hypothèses, être préféré à d'autres procédés palliatifs des insuffisances de la norme.

**276. Conclusion de la section** – Le juge assure le passage du général au particulier. Il rencontre ainsi, dans l'accomplissement de cette mission indispensable, des difficultés liées à la généralité de son principal outil, la norme. Deux attitudes peuvent alors être adoptées, l'interprétation ou la correction. S'est posée la question de savoir ce qui guide le choix de l'une ou de l'autre et explique le peu d'intérêt porté à la correction. Le juge recourt à l'une ou l'autre en fonction de l'ampleur de la limite de la norme et l'interprétation, une notion très discutée, semble occulter la correction. Si parmi les pouvoirs du juge, l'interprétation est surexposée par rapport à la correction, au sein de cette dernière, c'est la décision d'espèce rendue en équité qui monopolise l'attention, laissant, à tort, dans l'ombre les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne.

## Section 2 : Les mécanismes correcteurs occultés par l'équité

**277. Plan** – La correction prend, dans le temps et l'espace, plusieurs formes. Le juge emprunte traditionnellement deux types de voies lorsqu'il l'utilise, toutes deux liées à l'équité (§ 1). Cette dernière monopolise ainsi l'attention portée sur le pouvoir correcteur du juge et, du fait de ses limites, le bride. Le mécanisme correcteur, détaché de l'équité, permet au pouvoir correcteur d'emprunter une troisième voie, plus favorable et moins controversée (§ 2).

### § 1 - Les voies traditionnelles de la correction et l'équité

**278. Plan** – Le pouvoir correcteur du juge doit être entendu de manière large et ainsi ne pas être circonscrit au seul mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Celui-ci n'en est qu'une des manifestations. La correction prend d'autres formes pouvant apparaître de manière successive et généralement nommées « équité objective » et « équité subjective »<sup>1937</sup>. L'équité subjective désigne la capacité offerte au juge de statuer en équité quand les circonstances l'exigent<sup>1938</sup> (A). Lorsque la récurrence du recours à ce procédé devient particulièrement importante dans les mêmes hypothèses, les solutions se systématisent et se développent un corps de règles parallèle au droit objectif, un phénomène nommé l'équité objective (B). Seul le premier existe véritablement en droit français mais de manière dissimulée, expliquant sans doute la quasi absence du second.

#### A. Le recours au jugement rendu en équité dans l'évolution du droit français

---

<sup>1937</sup> S. PELLÉ, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », préc. ; P. MORVAN, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », préc. ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°15, p. 11 ; J.-M. SOREL, « Equité », préc., n°4 et s. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 162, p. 146-147 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°14, p. 30-31 ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc.

<sup>1938</sup> Le jugement selon l'équité peut être défini comme « un jugement affranchi des règles du droit, qui donne une solution particulière pour chaque espèce » : E. LOQUIN, « équité », préc.

279. Plan – Le juge recourait, dans l’Ancien Droit, au jugement rendu en équité (1) une pratique finalement interdite dans le droit intermédiaire et la période de codification (2) sans pour autant que soit signée la fin du pouvoir correcteur du juge (3).

#### 1. Le recours à la décision rendue en équité dans l’Ancien Droit français

280. **L’équité subjective dans l’Ancien Droit**<sup>1939</sup> – Le Moyen Âge est une période de fragmentation politique<sup>1940</sup> connaissant en conséquence une régression des institutions publiques et des règles à caractère universel au profit des arrangements privés et des coutumes locales<sup>1941</sup>. Cependant, l’Église forme progressivement un corps de règles unique à vocation universelle<sup>1942</sup> : le droit canon. Les canonistes établirent le nouveau Code de l’institution chrétienne en puisant dans les notions et modes de raisonnement du droit romain redécouvert<sup>1943</sup>. Historiquement, le droit de l’Église peut être défini comme une synthèse entre le droit romain, les règles juridiques de l’Ancien Testament et les préceptes éthiques des Pères de l’Église. L’équité permettait d’écarter les règles positives pour appliquer le droit naturel<sup>1944</sup>. Le début du XII<sup>ème</sup> siècle est marqué par l’apparition et le développement d’une conception savante du droit à travers la pensée des canonistes et des romanistes. On assiste à un prodigieux renouveau du droit dans son contenu, ses modes d’élaboration et son application<sup>1945</sup>. Est affirmé le principe de légalité, selon lequel le juge doit juger dans le cadre du droit existant<sup>1946</sup>. Il prête un serment faisant une référence générale à la justice et la vérité et à l’observation des lois. Ce principe de légalité est néanmoins apprécié de manière souple car le juge doit apporter dans l’application des règles, en fonction des circonstances, toute la modération convenable et raisonnable<sup>1947</sup>. Il doit décider ce qui est juste et ce qui est injuste, il doit donc à la fois appliquer le droit et être juste<sup>1948</sup>. L’équité est ainsi une notion phare de

---

<sup>1939</sup> L’Ancien droit était la réglementation en vigueur des débuts du Moyen Âge au 18<sup>ème</sup> siècle. Il se définit généralement de manière négative, comme celui ayant cours avant 1789 (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l’enfant, le couple*, vol. I, préc., n°68, p. 117). Si les deux périodes sont parfois distinguées (Monsieur Jean-Marie Carbasse ne retient pas cette périodisation car elle est inadéquate dans le domaine politique et juridique. En effet, rien ne séparerait substantiellement le droit et les institutions du XVI<sup>ème</sup> siècle de ceux des siècles antérieurs et la France du XVIII<sup>ème</sup> garde encore dans la plupart de ses institutions l’héritage des temps médiévaux (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°51, p. 91-92), le Moyen Âge s’étend de la fin du V<sup>ème</sup> siècle (Dislocation de l’Empire romain d’Occident) au XIV<sup>ème</sup> siècle marquant l’apparition des premières formes de l’État Moderne, et l’Ancien Régime correspondrait à la période couvrant les XV<sup>ème</sup>, XVI<sup>ème</sup>, XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles. Il est généralement décrit par sa dualité, coutumier au nord et de droit écrit au sud (Une division pouvant être retenue pour la période commençant à partir des XII<sup>ème</sup> et XIII<sup>ème</sup> siècles (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°74, p. 63-64). Elle est cependant à relativiser car il subsistait des coutumes au sud et le droit romain connaissait une certaine influence au nord (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préc., n°2, p. 3).

<sup>1940</sup> Interrompue momentanément pendant l’unification carolingienne au début du IX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>1941</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°68 et s., p. 61 et s. ; O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 79.

<sup>1942</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°60, p. 106.

<sup>1943</sup> O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 93.

<sup>1944</sup> A. LECA, *La genèse du droit (essai d’introduction historique au droit)*, préc., n°67, p. 182 et s.

<sup>1945</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°78 et s., p. 137 et s.

<sup>1946</sup> J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévale », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, préc., p. 69 et s.

<sup>1947</sup> Car l’objectif du jugement ce n’est pas l’application de la règle pour elle-même mais le rétablissement de la paix.

<sup>1948</sup> J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévale », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, préc.

l'histoire judiciaire<sup>1949</sup>, permettant au juge de s'abstraire de l'application des lois, même issues du droit canonique, au regard de considérations supérieures.

De son côté, le Roi, également source de justice, pouvait recourir aux jugements en équité, de même que les parlements. En revanche, les juges inférieurs devaient s'en tenir au droit<sup>1950</sup>. Sous l'Ancien Régime, l'équité est conçue comme une source de droit indépendante, la plupart du temps reliée au droit naturel. Elle est aussi la conséquence d'une constatation immémoriale de l'impossibilité qu'a la règle positive en vigueur de régler toutes les espèces<sup>1951</sup>. Plus tard, du fait de certaines pratiques des parlements, les recours à l'équité sont au cœur de controverses ayant pour conséquence un recul à l'égard de la notion<sup>1952</sup>. L'ordonnance de Blois de mai 1579, ainsi que l'ordonnance civile sur la réformation de la justice d'avril 1667, interdisaient aux juges toute référence à l'équité dans leurs décisions. Pourtant les parlements ont maintenu cette faculté<sup>1953</sup>, justifiant l'adage, attribué au Chancelier Séguier en 1626<sup>1954</sup>, selon lequel « Dieu nous garde de l'équité des parlements »<sup>1955</sup>.

En statuant en équité et en écartant les règles compétentes, les juges faisaient sans doute œuvre correctrice au travers d'un phénomène nommé par la suite « équité subjective »<sup>1956</sup>.

L'Ancien Droit est donc marqué par la correction opérée par les juges au travers de l'équité dite subjective, une pratique interdite par le droit intermédiaire et la codification.

## 2. L'équité pendant le droit intermédiaire et la codification française

**281. Recul du jugement rendu en équité** – La période révolutionnaire<sup>1957</sup> a permis la réalisation de l'unité politique et judiciaire au travers de la suppression des provinces et des parlements. En réaction aux excès de ces dernières juridictions, la prééminence de la loi se radicalisa<sup>1958</sup> et le juge fut réduit à n'être que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>1959</sup>. La méfiance à

---

<sup>1949</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°938, p. 434.

<sup>1950</sup> J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévale », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, préc.

<sup>1951</sup> D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, préc., n°554, p. 293.

<sup>1952</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°4.

<sup>1953</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Le « Royaume de la loi » : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et équité, Revue générale de droit processuel : Justices 1998*, Dalloz, p. 17 et s. ; G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements », *Mél. Maury*, t. 2, 1960, Dalloz, p. 257 et s.

<sup>1954</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°152, p. 138.

<sup>1955</sup> J. HAUSER, « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », *Mél. M. Vidal*, 2010, p. 591 et s. ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°93, p. 163 et s.

<sup>1956</sup> S. PELLE, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n° 16, pour cet auteur, la seule véritable équité est l'équité subjective. L'équité objective perd sa nature d'équité précisément au moment où elle devient règle, générale et abstraite ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, préc., n° 109, p. 124 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 162, p. 146-147.

<sup>1957</sup> Le droit intermédiaire était en vigueur de la Révolution de 1789 jusqu'au Code civil de 1804, c'est « le Droit de la Révolution » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°68, p. 117). Il est caractérisé par l'existence de traits contraires à ceux de l'Ancien droit (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°78, p. 67).

<sup>1958</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°176, p. 293-294.

<sup>1959</sup> MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, préc., 2<sup>ème</sup> partie, livre XI, chap. 6 ; Nous avons conscience de la controverse qui existe sur le point de savoir si les écrits de Montesquieu ont été justement interprétés. Par

l'égard de l'équité, du fait du risque d'arbitraire<sup>1960</sup> et d'insécurité qu'elle suscite, se poursuit donc au travers de la mutation du rôle du juge devant se contenter d'appliquer mécaniquement la loi sans pouvoir statuer en équité<sup>1961</sup>. À partir de 1804, le contexte ne semble au premier abord guère plus favorable à la valorisation du rôle du juge, étant envisagé comme un « prolongement du panléganisme révolutionnaire »<sup>1962</sup>, d'autant que Bonaparte institue, en 1807, un référé au chef de l'État sur le modèle du référé législatif. Cependant, le rôle du juge est sur la voie de la restauration. En effet, le Code civil doit garder un niveau suffisant de généralité sans prétendre prévoir et régler toutes les situations possibles, le juge se voit donc confier la mission d'adapter la règle au cas<sup>1963</sup>. Son pouvoir correcteur est néanmoins marqué par une mutation définitive dans l'utilisation de l'équité qui doit être autorisée par le législateur<sup>1964</sup> et est quasiment bannie du Code civil. Dans l'hypothèse portée par l'article 4<sup>1965</sup>, le recours à l'équité était à l'origine préconisé par les rédacteurs du Code civil<sup>1966</sup>. Portalis souhaitait même reconnaître expressément au juge le pouvoir de statuer en équité<sup>1967</sup> dans un article disposant que, dans l'hypothèse où « la loi ne présente pas de disposition qu'on puisse appliquer, le juge devient un ministre d'équité [...] il applique alors la loi immuable et éternelle de la raison »<sup>1968</sup>. Cependant, face aux vives réactions suscitées par l'étendue du pouvoir judiciaire proposé, le titre préliminaire fut rejeté dans son entier, Portalis dut se soumettre<sup>1969</sup> et la rédaction de cet article fut moins ambitieuse. Le terme « équité » n'était présent qu'aux articles 565<sup>1970</sup>, 1135<sup>1971</sup> et 1854<sup>1972</sup>. Le législateur avait placé « le

---

exemple, Monsieur François Terré (« Un juge créateur de droit ? Non merci ! », préc.) estime que les écrits de cet auteur ont été l'objet d'une interprétation inexacte.

<sup>1960</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°939, p. 435 ; R. DAVID, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, préc., p. 94 ; Cette inquiétude du juriste face à l'arbitraire est bien compréhensible le droit ayant originairement pour but d'éviter que les relations des hommes soient gouvernées par la violence et l'arbitraire (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°8, p. 8).

<sup>1961</sup> E. LOQUIN, « équité », préc. ; B. FRYDMAN et G. HAARSCHER, *Philosophie du droit*, préc., p. 82 ; C. GAU-CABEE, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle ? », *Droits*, n°47, p. 3 et s., spéc., p. 4 ; J.-L. HALPERIN, « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996, n°17, p. 238 ; P. KAYSER, « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », préc., spéc. n°40, p. 49.

<sup>1962</sup> C. GAU-CABEE, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle ? », préc., spéc. 4.

<sup>1963</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°200, p. 328-330.

<sup>1964</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°11.

<sup>1965</sup> « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>1966</sup> Concernant l'équité : « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801) ; C. GAU-CABEE, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle ? » préc., spéc., p. 14.

<sup>1967</sup> J.-L. HALPERIN, « Portalis », préc. ; C. ALBIGES, « équité », préc., n°11.

<sup>1968</sup> art 14 du Titre V du Livre préliminaire du projet de Code civil in B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », préc., n°6, p. 84. Voir également : art 11 du Titre V du Livre préliminaire du projet de Code civil : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive » (PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801) ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°200, p. 329.

<sup>1969</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°200, p. 329 ; B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », préc., n°6, p. 84.

<sup>1970</sup> « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle. ».

<sup>1971</sup> « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. ».

<sup>1972</sup> Cette disposition a été abrogée.

besoin de sécurité juridique, que satisfait l'application de la loi contre l'équité, au dessus du besoin de justice, que satisfait le refus de faire jouer la règle de droit quand l'équité le commande »<sup>1973</sup>. Cette défaveur s'atténua, les références législatives à l'équité s'intensifiant et la pratique subsistant aujourd'hui au sein des tribunaux.

### 3. L'équité subjective aujourd'hui

**282. La survie de l'équité** – La seconde partie du XX<sup>ème</sup> siècle marqua un retour en grâce de l'équité<sup>1974</sup> à travers des références législatives expresses à la notion<sup>1975</sup>. Tout d'abord, la loi du 13 juillet 1965<sup>1976</sup> réformant les régimes matrimoniaux énonce que, si l'application des règles d'évaluation d'un bien dans le cadre de la liquidation d'un régime de participation aux acquêts devait conduire « à un résultat manifestement contraire à l'équité »<sup>1977</sup>, le juge pourrait y déroger à la demande de l'un des époux. Ensuite, depuis la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce<sup>1978</sup>, l'article 278 du Code civil prévoit que le juge peut refuser d'homologuer la convention fixant inéquitablement les droits et obligations des époux quant au montant et modalités de la prestation compensatoire. Cette même loi du 11 juillet 1975 avait prévu à l'article 280-1 que l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce avait été prononcé n'avait droit à aucune prestation compensatoire, à moins que cette mesure se révèle contraire à des considérations d'équité, auquel cas le juge avait la possibilité de lui allouer une indemnité exceptionnelle. Depuis la réforme du 26 mai 2004, le raisonnement est inverse, le versement d'une prestation compensatoire est toujours possible mais le juge peut refuser de l'accorder « si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ». Enfin, la loi du 31 décembre 1976<sup>1979</sup> en matière d'indivision autorise l'attribution, pour des motifs d'équité, d'une indemnité fixée au bénéfice de l'indivisaire ayant amélioré ou conservé le bien indivis. De plus, des dispositions, sans mentionner directement l'équité, ont été fortement imprégnées de la notion<sup>1980</sup>, « seul le mot équité manque, mais la chose y est »<sup>1981</sup>. Par exemple, « la mise en œuvre de certaines dispositions présuppose un ensemble de prérogatives conférées au juge,

---

<sup>1973</sup> H. MAZEAUD, « Les notions de « droit », de « justice » et d' « équité » », in *Mélanges Auguste Simonius*, Basel, 1955, p. 223 et s.

<sup>1974</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°13 ; D. GUTMANN, « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Revue Histoire de la justice*, n°11, 1998, p. 144 ; J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *juridictio* », in *Mélanges R. Perrot*, 1996, Dalloz, p. 301-302 ; H. SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », préc., spéc. p. 1688 ; les interventions du législateur autorisant le juge à recourir à l'équité mettent en évidence « le rôle croissant que joue l'équité. Dans toutes les branches du droit, peut-on dire, la tendance s'est manifestée à renoncer à prescrire des règles, comme il paraissait naguère encore nécessaire, et à prévoir que telle ou telle question on controverse venant à surgir serait réglée selon l'équité » (R. DAVID, « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ*, 1986-1, p. 136).

<sup>1975</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°13.

<sup>1976</sup> n° 65-570.

<sup>1977</sup> Article 1579 du Code civil.

<sup>1978</sup> n° 75-617 JO 12 juill. 1975, modifiée par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>1979</sup> n° 76-1286 JO 1<sup>er</sup> janv. 1977 ; article 815-13, al. 1<sup>er</sup> du Code civil : « Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés. ». Modifié par la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 (art. 10).

<sup>1980</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°14 ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, janv.-mars 1998, p. 87, spéc. p. 95.

<sup>1981</sup> P. FORIERS, « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », préc., spéc. p. 232.



assimilables à une faculté de statuer en équité »<sup>1982</sup>. Il en est ainsi lors de l'octroi d'un délai de grâce car « Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues »<sup>1983</sup> ou en matière de révision de clause pénale en raison du pouvoir judiciaire de « modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire »<sup>1984</sup>. Malgré cette faveur retrouvée, la correction manifestée par le recours à l'équité est strictement encadrée par la loi ou doit être sollicitée par les parties<sup>1985</sup>. La Cour de cassation n'a qu'exceptionnellement accepté des références à l'équité comme fondement de la décision, en matière d'enrichissement sans cause notamment, l'action de in rem verso dérivant « du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui »<sup>1986</sup>. Cependant, comme le disait le Doyen Carbonnier, le juge ne peut pas faire abstraction de ce que « les intéressés seront avertis du résultat à attendre de l'équité, bien plus sûrement que s'il leur fallait tirer les conclusions d'une série de raisonnements juridiques complexes et interminables »<sup>1987</sup>. Le juge ne peut donc ignorer l'équité et la décision d'espèce rendue en équité hors autorisation législative n'a disparu qu'en apparence<sup>1988</sup>. « D'une manière générale, le sentiment de devoir rendre la justice d'équité est ancré dans la conscience du juge »<sup>1989</sup>, l'équité agit dorénavant dans l'ombre, fait partie de ce que Monsieur Fabien Lafay appelle le cryptojuridique<sup>1990</sup>. Nombre d'auteurs<sup>1991</sup> ont mis en évidence l'inversion du raisonnement syllogistique, le syllogisme « régressif », procédé démontrant la survie de l'équité : « bien souvent, à l'inverse du syllogisme classique, où ils devraient descendre de la règle de droit à la décision concrète, ils commencent par poser la question concrète qui leur paraît humainement désirable, et s'efforcent de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit »<sup>1992</sup>. Le droit est ainsi flexible<sup>1993</sup>.

Le jugement rendu en équité, aussi nommé « équité subjective », subsiste mais de manière dissimulée lorsqu'il n'est pas autorisé par le législateur. Cette manifestation du pouvoir correcteur du juge semble ne pas avoir abouti, en droit français, au développement d'un corps de règles parallèle au droit objectif, l'équité dite « objective ».

<sup>1982</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°14.

<sup>1983</sup> Article 1343-5 du Code civil.

<sup>1984</sup> Article 1231-5 du Code civil.

<sup>1985</sup> Cf. *supra* § n°145.

<sup>1986</sup> Cass. Req. 16 juin 1892 : D. 1892, 1, 596.

<sup>1987</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°14, p. 32.

<sup>1988</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°26 et s.

<sup>1989</sup> T. BERTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », préc., spéc. 353.

<sup>1990</sup> « *Crypto* vient du grec : *Kryptos* qui signifie : "caché". Le professeur Rodolfo Sacco, un grand comparatiste italien, a déjà émis l'hypothèse qu'il existerait en droit des éléments cachés, des cryptotypes. C'est avec fierté que nous recréons ce terme pour symboliser cette notion-guide symbolisant la part non révélé du droit, le droit caché » (F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°934, p. 433).

<sup>1991</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°9 p. 74 ; E. LOQUIN, « équité », préc., spéc. p. 427 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n° 200 et s., p. 122 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°55, p. 42 ; « le magistrat juge les procès d'après sa conscience et son sentiment intime [...] il trouve les raisons juridiques ensuite » (F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et Sources du droit*, t. II, préc., p. 376, note 3).

<sup>1992</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°9, p. 24.

<sup>1993</sup> « le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons. Le droit est droit, sans doute, mais les hommes le plient en tous sens, le ploient à leurs intérêts, à leurs fantaisies, voire à leur sagesse. Flexible droit, droit sans rigueur. Faut-il, d'ailleurs, s'en lamenter ? Il est peut-être salutaire que le droit ne soit pas cette mesure, ce sceptre qu'on voudrait qu'il fût » (J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., 2001, p. 487).

## B. Le recours à un corps de règles parallèle ou l'équité objective

**283. Plan** – Deux droits sont généralement comparés pour avoir, de la même manière, répondu aux problèmes liés à la rigidité du droit par la constitution par le juge d'un corps de règles parallèle au droit objectif. Il s'agit du droit prétorien romain (1) et de l'*equity* anglaise (2). Il convient également de rechercher cette manifestation du pouvoir correcteur au sein du droit français (3).

### 1. Le droit prétorien romain

**284. Le droit prétorien, l'équité objective** – La conception selon laquelle le droit est composé de règles générales peut être considérée comme étant issue du droit romain<sup>1994</sup> ou, tout du moins, de la réception qui en a été faite<sup>1995</sup>. Il n'est ainsi pas étonnant que la

---

<sup>1994</sup> « Le droit a été le génie propre de Rome, et c'est à juste titre que le peuple romain a été appelé le "peuple du droit" » (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°7, p. 19). L'histoire romaine commence à la période royale, dominée juridiquement par la coutume (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 10 et s. ; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préc., n°2, p. 3), se poursuit par une République (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 22 et s. ) marquée par l'édiction de la célèbre loi des XII Tables (Le droit était à l'origine de nature entièrement religieuse et restait le secret des pontifes. Les plébéiens, c'est-à-dire les tribuns de la plèbe, représentant le *populus romanus*, demandèrent la publication des principes du droit et deux commissions successives de dix hommes leur donnèrent partiellement satisfaction par la loi des XII Tables. La publication du droit était un succès pour la plèbe. (M. BORDET, *Précis d'histoire romaine*, préc., p. 35). La loi des XII Tables est, selon Girard, la seule des lois d'alors sur laquelle il soit nécessaire d'insister dans un traité de droit privé. Elle est, pour le droit romain, « un monument fondamental, un monument dans lequel s'exprime toute l'activité juridique antérieure et qui a commandé tout le développement postérieur. La rédaction des XII Tables marque, a-t-on dit, pour l'histoire du droit romain un moment comparable à celui de la rédaction des poèmes homériques pour l'histoire de la littérature grecque. » (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 27. Elle est un des deux monuments du droit romain également pour Monsieur Jean-Marie Carbasse (avec les compilations de Justinien) : J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°7, p. 19 et n°15, p. 33), continuée par l'Empire fondé par Auguste et caractérisée par la multiplicité (« On y trouve à la fois les sources de la République, lois, coutume et édits [...] et des sources nouvelles [...] les sénatus-consultes et les constitutions impériales » ainsi que « les réponses des prudents » : P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 55 et s.) des sources du droit (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 52 et s.), une monarchie absolue marquée par les célèbres compilations de Justinien (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 77 et s. ; dont on sait la fascination qu'elles ont exercé sur les premiers glossateurs : J. KRYNEN, « Le droit romain « droit commun de la France » », *Droits*, 2003, n°38, p. 21 et s.) et s'éteint en même temps que l'Empire au Ve siècle après J.-C. L'équité y a connu « son âge d'or » et « a été élevée au rang de notion suprême » (B. S. MARKOVITCH, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, th., Paris, 1930, p. 82).

<sup>1995</sup> Il ne faut bien sûr pas ignorer que c'est le droit romain tel qu'il a été redécouvert au Moyen Âge dès le XI<sup>e</sup> siècle (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 94) qui peut se voir prêter cette emprise sur le droit moderne. Selon Monsieur Antoine Leca, dans les systèmes juridiques occidentaux plus ou moins marqués par l'héritage du droit romain, l'idée de droit est indissociable de celle de règle, de prescription générale et impersonnelle (A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°42 p. 149 et s.). En effet, l'âge classique de l'Antiquité, c'est-à-dire entre le VI<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> siècle avant J.-C., se caractérise par une rationalisation du gouvernement. C'est une nouvelle ère politique où il est de plus en plus recouru aux « lois » communes, c'est à dire aux procédures et règles stables. Avec elles se développent des systèmes politiques plus égalitaires. Le droit écrit se développe au VI<sup>e</sup> siècle et la vie politique prend appui sur des lois précises, claires et applicables à tous (O. NAY, *Histoire des idées politiques*, préc., p. 57). Il convient de préciser néanmoins que pour les romains la règle n'est pas un *a priori*, une norme préétablie qu'il s'agit d'imposer. Au contraire, il s'agit de partir de situations juridiques réelles pour en dégager, *a posteriori*, un

problématique liée aux limites de la règle s'y soit posée. Pour répondre aux difficultés entraînées par la généralité et la rigidité des règles, le préteur est intervenu par la création du « droit prétorien ».

Il convient de rappeler<sup>1996</sup> que la loi divisait le procès en deux phases où il était question, pour l'une, dirigée par les magistrats, d'organiser le procès, et, pour l'autre, de trancher le litige, une mission attribuée au juge. La procédure était, à l'origine, toute entière dirigée par les *actiones legis* et l'équité exclue du procès. Grâce à la loi *Aebutia*, le préteur put finalement instaurer de nouvelles actions et recourir pour cela à l'équité. Alors que la portée de ces décisions était à l'origine limitée, « l'équité devient droit et les sentences deviennent règles »<sup>1997</sup>. Chaque année à son entrée en fonction, le nouveau préteur publiait son édit<sup>1998</sup> sur un tableau blanc, reproduisant en majeure partie celui de son prédécesseur et sa liste d'actions<sup>1999</sup>. Ce droit prétorien révéla une telle constance qu'au III<sup>ème</sup> siècle l'édit acquit un caractère perpétuel. L'activité judiciaire du préteur était parvenue à sécréter un corps de règles d'une importance considérable dont la force obligatoire découlait de l'autorité de ce magistrat, et non de la loi, et de sa stabilité dans le temps<sup>2000</sup>. Ainsi, et cela dura jusqu'à la fin de la République, le droit romain se construisit cas par cas sous forme d'actions accordées en termes de plus en plus généraux et abstraits<sup>2001</sup>. Si l'équité teintait le droit prétorien<sup>2002</sup> qui avait donc pour but de « seconder, suppléer ou corriger le droit civil »<sup>2003</sup>, son utilisation aboutit à la création d'un corps de règles correctrices. En effet, les solutions prétoriennes, en se systématisant, se détachent de l'équité pure qui devient une source d'inspiration et plus un fondement. Le développement des prérogatives du préteur a abouti à constituer un ensemble de règles éloignées des considérations d'équité initiales à côté du droit civil<sup>2004</sup>. Il convient de remarquer également que le droit prétorien avait la particularité, à la différence des lois, de ne pas pouvoir directement ni abroger une règle de droit, ni en créer une nouvelle ; « ils peuvent seulement aboutir pratiquement au même résultat, neutraliser pratiquement la loi qui existe, remplacer pratiquement la loi qui fait défaut »<sup>2005</sup>. Le droit n'est pas ainsi créé *a priori* mais en réponse à des besoins concrets<sup>2006</sup>. En assouplissant les rigidités du droit et en ouvrant des actions en justice dans les cas ignorés par celui-ci, sans faire disparaître la règle de l'ordonnancement juridique autrement que pour l'espèce en cause, le préteur semblait faire œuvre correctrice.

Des manifestations d'un pouvoir correcteur du juge semblent avoir existé dès l'Antiquité sous la forme du droit prétorien et de manière étroitement liée à l'équité. Le

---

principe que les juristes appellent « règle ». Elle est tirée du droit « tel qu'il est » et pas l'inverse (J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°34, p. 63).

<sup>1996</sup> Pour plus de détails, cf. *supra* § n°76.

<sup>1997</sup> F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p.18.

<sup>1998</sup> P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 42 et s. ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 17-18.

<sup>1999</sup> P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°341, p. 282.

<sup>2000</sup> *Ibid.*

<sup>2001</sup> P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », préc.

<sup>2002</sup> E. LOQUIN, « équité », préc. ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 17 ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc.

<sup>2003</sup> « Adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis », Papinien, D. 1, 7, 1 in J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, préc., n°33, p. 25 ; in C. ALBIGES, « équité », préc., n°3, p. 2 ; in P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 45 ; in P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n°151, p. 137.

<sup>2004</sup> E. AGOSTINI, « L'équité », préc. Dans le même sens : E. LOQUIN, « Equité », préc.

<sup>2005</sup> P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, préc., p. 46.

<sup>2006</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, préc., n°31, p. 58.

développement de ce droit prétorien est généralement comparé<sup>2007</sup> à celui de l'*equity* en Angleterre.

## 2. L'*equity* anglaise

**285. Des droits différents mais pas totalement étrangers** – Si le système de *common Law* est généralement opposé aux droits romano-germaniques<sup>2008</sup>, des ressemblances sont inévitables surtout s'il est souscrit à l'hypothèse selon laquelle le pouvoir correcteur est inhérent à la fonction de juger, ignorant jusqu'aux frontières des systèmes juridiques. Malgré les apparences, le droit anglais est en effet également composé de règles ; il n'y a pas de système juridique qui en soit dépourvu<sup>2009</sup>. Il s'agit, certes, d'un droit casuistique, c'est-à-dire issu des solutions concrètes, mais reposant sur des règles explicites à travers le droit écrit<sup>2010</sup> et implicites par le système des précédents<sup>2011</sup>. La règle issue des décisions de justice a en revanche un domaine plus précis car elle est fondée sur certains faits présents dans l'affaire qui a donné lieu à cette règle et n'est obligatoire que pour les espèces où se retrouvent les mêmes faits<sup>2012</sup>. Ce droit a été influencé par le droit romain, de manière relative, car il n'y a pas joué le rôle unificateur qu'il a pu avoir dans d'autres systèmes<sup>2013</sup>, mais réelle. La création de la *curia régis*, dans laquelle se côtoient des vassaux laïques et des ecclésiastiques a amorcé cette transformation, ces professionnels étant généralement inspirés par le droit canonique et le droit romain. De même, plus tard, le Chancelier, à l'origine, était généralement un ecclésiastique et donc formé au droit romain et au droit canonique.

**286. La naissance de l'*equity*** – À l'époque de la conquête normande<sup>2014</sup>, le droit était composé d'une multitude de coutumes locales que Guillaume le Conquérant ne souhaitait pas remplacer. Cependant, étant source de toute justice, il statuait sur divers litiges, d'abord en son conseil<sup>2015</sup>, puis fut remplacé par des conseillers statuant en son nom et ensuite par trois juridictions royales permanentes<sup>2016</sup>. Ces interventions étant initialement censées être

---

<sup>2007</sup> Également : P. MORVAN « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », préc. ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°45, p. 29.

<sup>2008</sup> Cette classification a été dressée par Monsieur le Professeur René David dans les années soixante, opposant ces systèmes aux systèmes socialistes, de common law et aux autres conceptions de l'ordre social et du droit (in A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°13, p. 11) ; « C'était, pour les comparatistes d'autrefois, la *summa divisio* : d'un côté le droit anglais, se prolongeant aux États-Unis par héritage ; sur le bord opposé, tous les droits continentaux ; ou, pour exprimer sans géographie la même antithèse, outre-Manche la *common law*, ici les droits civils (les droits de droit civil, entendons : les enfants du *Corpus juris civilis* de Justinien) » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°83, p. 144).

<sup>2009</sup> A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°2, p. 25.

<sup>2010</sup> les *legal rules*.

<sup>2011</sup> A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°2, p. 24-25 ; « les règles que les décisions judiciaires ont posées doivent être suivies à peine de détruire toute certitude et de compromettre l'existence même de la *common law* » (R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., n°s 287 et s.) ; J. BLONDEL, « La *common law* et le droit civil », *RIDC*. 1951. 581.

<sup>2012</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, 1989, n°9. 58.

<sup>2013</sup> G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, préc., n°121 et s., p. 77 et s.

<sup>2014</sup> En 1066, à l'issue de la Bataille d'Hastings.

<sup>2015</sup> *Droit anglais*, J.A JOLOWICZ (dir.), précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1992, n°6, p. 4 ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc.

<sup>2016</sup> G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, préc., n°163, p. 63.

exceptionnelles, furent instaurés des filtres pour en bénéficier, les *writs*<sup>2017</sup>, condition *sine qua non* pour pouvoir intenter l'action puisque, selon la formule consacrée, *remedies precede rights*<sup>2018</sup>. Il s'agit d'un système des *forms of actions*<sup>2019</sup>. Par la suite, la justice royale acquit une compétence générale, se détacha du Roi et forma le droit commun au royaume d'Angleterre : le *common law*. Ce droit commun, toujours enfermé dans les *writs* et les *forms of actions*, se sclérosa et devint trop formaliste, rigide, notamment après la fermeture du registre des *writs* en 1258, cristallisant le *common law* par les formules existant à cette date<sup>2020</sup>. Il devint progressivement le domaine réservé d'une classe de professionnels qui faisait payer très cher ses services. Cette situation empêchait de nombreuses personnes d'accéder à la justice, surtout les plus démunis. Ces exclus firent directement appel au Roi<sup>2021</sup> pour éviter les injustices et qu'il statue en équité<sup>2022</sup>. Il délégua ensuite cette tâche au Chancelier, « Gardien de la Conscience du Roi »<sup>2023</sup>, puis à la Cour du Chancelier. Au départ, cette équité était fondée sur la conscience et donc sur une conception du droit naturel et les principes du droit canonique<sup>2024</sup>. L'équité n'apparaîtra qu'ultérieurement dans le vocabulaire des juges de la chancellerie formés au droit romain<sup>2025</sup>. L'*equity* était en pleine expansion au XVI<sup>ème</sup> siècle, mais il y a également eu des plaintes : il était reproché au chancelier d'intervenir de façon arbitraire et même subversive dans la vie du droit et il était même dit cyniquement qu'il y avait autant de consciences qu'il y avait de chanceliers. La situation s'améliora sous Thomas More, premier Chancelier depuis le XIV<sup>ème</sup> siècle formé dans le *common law*. Les Chanceliers, qui étaient ainsi des ecclésiastiques à l'origine, furent ensuite des juristes<sup>2026</sup> qui préférèrent systématiser les solutions d'*equity* pour en faire un corps de règles parallèle au *common law* et ainsi éviter l'arbitraire. La Cour du Chancelier était une *court of conscience* en opposition à une *court of law*<sup>2027</sup>. Lord Nottingham, au XVII<sup>ème</sup> siècle a exercé une influence considérable sur l'évolution de la Cour du Chancelier. Il est considéré comme le « père de l'Équité systématique », c'est-à-dire qu'il croyait de son devoir de limiter la discrétion du Chancelier. Lui est due l'expression *legal and regular equity*, une équité devenue légale et régulière, bien éloignée de l'ancienne appréciation libre selon la conscience du juge. C'est en son temps que le précédent s'est imposé dans la jurisprudence du

<sup>2017</sup> « bref » en français. Ce document était ainsi nommé du fait de sa forme car il était constitué d'une feuille de parchemin de vingt centimètres sur dix dont le contenu revêtait la forme d'une lettre missive (in A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°42, p. 64).

<sup>2018</sup> les actions en justice viennent avant les droits. Historiquement, en Angleterre, la justice est bien, un « *bien rare* » (G. CANIVET, « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », *Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruylant, 2004, p. 367 s, not. p. 368.) ; H. LEVY-ULLMANN, *Le système juridique de l'Angleterre*, Sirey, 1928, rééd. 1999, LGDJ, p. 39-41 et p. 137).

<sup>2019</sup> Selon ce système une personne ne peut invoquer un droit en justice « que si une action avait été spécialement prévue pour en assurer la défense. [...] La conception du droit français est aux antipodes : tout justiciable dispose d'un libre accès à la justice » (P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°147 et 148, p. 121-122).

<sup>2020</sup> A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°45, p. 74.

<sup>2021</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°45, p. 29 ; *Droit anglais*, J.A JOLOWICZ (dir.), préc., n°6, p. 4 ; A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc.

<sup>2022</sup> A. F. DEBRUCHE et D. POIRIER, *Introduction générale à la Common Law*, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, Bruylant, p. 8-9

<sup>2023</sup> *Droit anglais*, J.A JOLOWICZ (dir.), préc., n°6, p. 4.

<sup>2024</sup> *Ibid.*

<sup>2025</sup> A. F. DEBRUCHE et D. POIRIER, *Introduction générale à la Common Law*, préc., p. 9.

<sup>2026</sup> Comme c'était le cas de Thomas More puis Lord Nottingham (XVII<sup>ème</sup> siècle) (E. AGOSTINI, « L'équité », préc.).

<sup>2027</sup> R. VAN CAENEGEM, « Le rôle de la conscience du juge dans l'histoire du droit anglais », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, préc., p. 263 et s.

Chancelier, remplaçant la conscience comme fondement de la justice de l'équité<sup>2028</sup>. Selon Lord Eldon, au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, les règles appliquées par ce tribunal devaient être presque aussi déterminées et uniformes que celles du *common law* et elles ne devaient pas se modifier selon la conscience personnelle des chanceliers successifs<sup>2029</sup>. Il s'agissait de limiter le risque d'arbitraire en imposant le respect de sa propre jurisprudence et donc de l'autorité de ses propres précédents<sup>2030</sup>. L'équité<sup>2031</sup> est donc « pleinement montée à la vie juridique »<sup>2032</sup> mais a cessé d'être l'équité<sup>2033</sup>, nommée alors *natural justice*.

**287. Exemple de remède d'*equity*** – Il convient de donner un exemple de remède d'*equity* pour illustrer sa ressemblance avec le pouvoir correcteur tel qu'il est décrit dans cette étude. Alors que l'inexécution d'une obligation ne peut être sanctionnée en *common law* que par la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, la Cour du Chancelier, en revanche, peut lui enjoindre d'exécuter son obligation en nature par un *decree of specific performance*<sup>2034</sup>. Il faut, pour cela, que le demandeur établisse, conformément aux règles du *common law*, qu'il s'agit d'un véritable contrat, que son inexécution ou la conduite du défendeur engageait sa responsabilité contractuelle en vertu de la règle selon laquelle *Equity follows the law*, et que le paiement de dommages et intérêts n'est pas un dédommagement adéquat<sup>2035</sup>. Il est donc possible d'écarter la règle compétente si les faits de l'espèce le commandent et de résoudre le litige autrement. Cet exemple montre le lien fort existant entre les mécanismes correcteurs identifiés en droit privé français et les remèdes d'*equity* au point qu'il puisse être considéré qu'ils sont tous deux des manifestations d'un même pouvoir. L'*equity* est cependant devenue un corps de règles d'une rigidité quasi équivalente à celle du *common law*<sup>2036</sup> : « lorsqu'un corps de règles est conçu, la dérogation, l'aspect exceptionnel est moins marqué et il y a moins de souplesse »<sup>2037</sup>. Le remède d'*equity* qu'est la *specific performance* est aujourd'hui encadré de manière stricte et a perdu de sa souplesse<sup>2038</sup>. Ce

<sup>2028</sup> R. VAN CAENEGEM, « Le rôle de la conscience du juge dans l'histoire du droit anglais », préc., p. 265.

<sup>2029</sup> *Droit anglais*, J.A JOLOWICZ (dir.), préc., n°6, p. 4.

<sup>2030</sup> R. VAN CAENEGEM, « Le rôle de la conscience du juge dans l'histoire du droit anglais », préc., p. 265.

<sup>2031</sup> La notion d'équité demeure cependant présente en droit anglais. Monsieur André Tunc fait le constat d'une « éternelle résurrection de l'équité ». Elle s'opère de manière indirecte grâce au recours à des formules particulières s'écarter de l'*equity* initiale (A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 288 ; R. DAVID, « Le dépassement du droit et les systèmes de droits contemporains », *Le dépassement du droit*, APD, t. 8, 1963, p. 3 et s., spéc. p. 15).

<sup>2032</sup> A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 287.

<sup>2033</sup> E. LOQUIN, « Equité », préc.

<sup>2034</sup> « Comme tous les recours fondés sur l'*Equity*, la *specific performance* n'est ouverte qu'à titre subsidiaire, lorsque la *Common Law* est susceptible de mener à des solutions injustes. Elle est donc exclue lorsque l'attribution de dommages-intérêts, prévue par la *Common Law*, peut être considérée comme une sanction suffisante, sinon parfaitement adaptée » (O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, p. 410 et spéc. n° 709) ; D. TALLON et D. HARRIS, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, t. 196 : Bibliothèque de droit privé, LGDJ Paris 1987, p. 299 ; S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005. 49 ; F. BELLIVIER et R. SEFTON-GEEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Mélanges J. Ghestin*, p. 91 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006. 529.

<sup>2035</sup> *Droit anglais*, J.A JOLOWICZ (dir.), préc., n°8, p. 6.

<sup>2036</sup> Le Chancelier élabore progressivement un système de droit « à peine moins rigide que la *Common Law* » (A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 287). Dans le même sens : C. ALBIGES, « équité », préc., n°5 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, préc., n°235, p. 239.

<sup>2037</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°54, p. 33 ; J. THIRION, *L'avènement de l'*equity* comme source de droit*, th., Paris, 1951, p. 89.

<sup>2038</sup> S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », préc.

passage de l'équité à la règle différencie les mécanismes correcteurs de l'équité objective, un phénomène dont on trouve peu de traces en droit français.

### 3. L'équité objective en droit français

**288. L'existence d'un corps de règles parallèle au droit objectif en droit français ?** – La question se pose de savoir si un corps de règles parallèle au droit positif correspondant à ce qui est qualifié d'équité objective peut être identifié en droit français. L'évolution de l'équité subjective n'y semble pas avoir abouti à la constitution d'un corps de règles correctrices tel que l'*equity* anglaise, mais, au mieux, à la mise en place de règles correctrices éparses et de mécanismes correcteurs. Il faut d'ores et déjà noter que certains auteurs identifient des mécanismes correcteurs comme étant de l'équité objective, il en est ainsi par exemple pour l'enrichissement sans cause<sup>2039</sup>. Si la nuance entre mécanisme correcteur et équité objective est subtile, elle existe néanmoins. En droit français, il n'y a pas, d'abord, de corps de règles existant à proprement parler mais des règles correctrices et des mécanismes correcteurs plus dispersés que regroupés dans un corps. Ensuite, le phénomène de l'équité objective consiste en un détachement par rapport à l'équité subjective et devient plus automatique qu'exceptionnel. Le mécanisme correcteur est une troisième voie à la frontière entre équité objective et subjective. Il ne correspond pas au jugement rendu en équité car les solutions ont été systématisées au sein du mécanisme, mais pas au point de devenir un corps de règles automatiques.

Quant aux règles correctrices, leur existence a été mise en évidence plus avant dans cette étude<sup>2040</sup>. L'adage « Aliments n'arrangent pas »<sup>2041</sup> énonce la règle selon laquelle les versements périodiques de sommes d'argent au titre d'une pension alimentaire cessent d'être dus quand ils n'ont pas été réclamés à l'échéance, opérant une prescription instantanée évitant au débiteur d'aliments d'être condamné à payer une pension pour la période antérieure à l'assignation en justice<sup>2042</sup>. Ici, il ne s'agit pas d'un mécanisme correcteur car cette maxime s'applique sans considération particulière des faits de l'espèce. Il en est de même pour l'adage *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*<sup>2043</sup>. Selon lui, si l'action est temporaire, l'exception, elle, est perpétuelle. Pour éviter que le créancier d'une obligation issue d'un contrat annulable n'attende l'acquisition de la prescription de l'action en nullité pour exiger son exécution en toute quiétude, cet adage permet toujours au débiteur de faire valoir la nullité de la convention. Il correspond au premier critère du mécanisme puisqu'il permet d'éviter qu'une atteinte soit portée au système juridique. De même, ses manifestations

---

<sup>2039</sup> E. LOQUIN, « équité », préc., spéc. p. 429 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°16 et 69 et s ; N. DION, « Le juge et le désir du juste », préc. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°14, p. 31. Monsieur Christian Brunet distingue l'enrichissement sans cause du pouvoir modérateur car si « ces deux institutions ont le même fondement, à savoir l'équité [...] à la différence du pouvoir modérateur, l'action de *in rem verso* et le principe d'équité d'où elle dérive, ont été consacrés par les tribunaux d'une manière générale [...] s'est complètement dégagée de son fondement originel pour devenir un instrument de technique juridique. Cette évolution de l'enrichissement sans cause est caractéristique de la méthode d'élaboration d'une règle de droit nouvelle par la jurisprudence » (C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 353-355).

<sup>2040</sup> Cf. *supra* § n°168 et 226.

<sup>2041</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., « Aliments n'arrangent pas », n°17, p. 24-25 ; L. PEYREFITTE, « Considérations sur la règle : « Aliments n'arrangent pas » », préc. ; J. GHESTIN, « La règle : « Aliments ne s'arrangent pas » », préc.

<sup>2042</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°17, p. 24.

<sup>2043</sup> J.-L. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », préc. ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 594, p. 553 ; M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé », préc.

correspondent à cet outil puisqu'il permet l'éviction des lois de prescription<sup>2044</sup>. Il ne s'agit cependant pas d'un mécanisme correcteur car la règle n'est pas appliquée en considération des particularités de l'espèce en cause mais de manière automatique. Ces exemples peuvent correspondre à ce qui est nommé « équité objective ». En effet, l'adage « Aliments n'arrangent pas » a pour unique but de protéger le débiteur en lui évitant les paiements accumulés et repose, soit sur une présomption de renonciation par le bénéficiaire aux aliments, soit sur une présomption d'absence de besoins de ce dernier. Ainsi, il est possible de considérer qu'est recherchée l'équité, au sens premier du terme. Le créancier ne réclamant pas le paiement des aliments, il peut être considéré que ses besoins ont disparu. Le débiteur ne doit pas ainsi avoir à payer, de manière accumulée, des sommes dont le créancier n'a pas besoin. De même, concernant l'adage *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, celui-ci intervient pour éviter que le créancier d'une obligation issue d'un contrat annulable n'attende l'acquisition de la prescription de l'action en nullité pour exiger son exécution. Il permet toujours au débiteur de faire valoir la nullité de la convention. Ici, il s'agit plus de morale ou de justice que d'équité au sens strict, d'autant qu'elle permet d'éviter l'exécution d'un contrat illicite ou immoral<sup>2045</sup>. Ces adages sont donc issus d'un souci d'équité au sens large dans le jugement mais se sont systématisés au point de se constituer en règles et de s'appliquer de manière automatique et non plus seulement en cas d'injustice. Leur action est plus préventive que concrètement correctrice. L'équité a fondé la règle mais n'en est plus le critère de déclenchement. Ces règles ne peuvent être considérées comme un corps comparable à l'*equity* mais constituent des exemples de manifestations éparses d'une équité objective en droit français.

Équité subjective et équité objective constituent des manifestations du pouvoir correcteur du juge pouvant attirer sur celui-ci une certaine méfiance du fait de la défaveur entourant le concept d'équité. Autre voie empruntée par le juge dans l'exercice de ce pouvoir, le mécanisme correcteur, détaché de l'équité, ne connaît pas les mêmes désavantages.

## § 2 - Les mécanismes correcteurs, une troisième voie

**289. Une troisième voie** – Depuis toujours, les juges ont été confrontés aux difficultés engendrées par un droit strict conduisant exceptionnellement à des résultats injustes, comme en témoigne le célèbre adage attribué à Cicéron : *summum jus, summa injuria*. Deux voies traditionnelles se sont ouvertes dans l'espace et le temps pour y remédier. Dans un premier temps, les juges peuvent apporter les correctifs nécessaires au cas par cas, une attitude, nommée plus tard « équité subjective », plus ou moins admise selon les systèmes juridiques et les époques. Dans un second temps, en raison de la nécessité récurrente de certaines corrections et lorsque le principe d'une correction était relativement accepté, un droit parallèle a pu émerger. Après le recours au jugement rendu en équité, un tel corps de règles correctrices est apparu en droit romain et en droit anglais. Si les juges français ont parfois jugé en équité, empruntant ainsi la première voie, cette pratique a finalement suscité des critiques telles qu'elle fut interdite et se poursuivit dans l'ombre, fermant la seconde voie. Les inconvénients d'un droit, certes sûr, mais strict, subsistent, obligeant les juges à recourir aux jugements rendus en équité. Cependant, la récurrence des besoins de correctifs dans certaines hypothèses et l'exigence de sécurité juridique témoignent de ce que cette première voie n'est pas une solution pleinement satisfaisante, de par sa clandestinité et l'arbitraire susceptible de l'accompagner. L'équité objective ne pouvant véritablement se développer au

<sup>2044</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préc., n° 594, p. 553.

<sup>2045</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, 1990, n°868, p. 739.



sein du système juridique français, il semble nécessaire que le pouvoir correcteur du juge emprunte une troisième voie. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne constituent cette alternative. Le juge y recourant ne statue pas purement en équité car les correctifs apportés sont systématisés sous la forme de mécanismes et ces derniers ne fonctionnent pas véritablement comme un droit parallèle, concurrent du principal corps de règles mais comme un complément plus souple. Entre le correctif ponctuel du jugement rendu en équité et la correction automatique du corps de règles correctrices, un outil peu reconnu démontre toute son utilité : le mécanisme correcteur, une technique permettant au juge de corriger l'application de la règle de manière encadrée.

**290. Plan** – Cette troisième voie de la correction, que constitue le mécanisme correcteur, ne semble pas avoir la même assise que les deux autres. Pourtant, elle existe dans nombre de systèmes et semble empruntée de manière croissante (A). Cette préférence est justifiée par les sérieux avantages de cette technique (B).

A. Une troisième voie présente de manière croissante dans les systèmes juridiques

**291. Plan** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique présente dans les droits actuels par le biais de procédés incontournables tels que l'abus de droit, (1) et de manière croissante, comme l'illustre le développement général de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence (2).

1. Une voie présente par le biais de procédés incontournables tels que l'abus de droit

**292. Plan** – L'abus de droit est un mécanisme correcteur d'origine prétorienne dont l'assise dans le droit contemporain est telle qu'elle témoigne de l'importance réelle de cette troisième voie du pouvoir correcteur. Pour Monsieur Philippe Conte, « l'abus est au nombre de ces notions juridiques qui, transcendant le clivage des matières, constituent une sorte de patrimoine partagé par la communauté des juristes »<sup>2046</sup>. En effet, il est notamment<sup>2047</sup> présent en droit de l'Union européenne (a) et en droit allemand (b).

a. L'abus de droit en droit de l'Union européenne

**293. La correction de l'abus de droit** – L'Union européenne repose sur un ensemble de règles juridiques dont le respect s'impose aux sujets de droits que sont les États, les institutions et les particuliers. Les sources du droit de l'Union européenne sont multiples, à la fois textuelles et jurisprudentielles.

La recherche des termes « correction », « correctif » et autres n'a, dans l'ensemble, pas abouti à des résultats concordant avec le sens lui étant donné dans cette étude et ne permet pas de considérer l'abus de droit comme étant envisagé comme un mécanisme correcteur. Par exemple, il existe en droit de l'Union européenne un principe de correction, par priorité à la

---

<sup>2046</sup> E. LAJUS-THIZON, *L'abus en droit pénal*, préface de Philippe Conte, préc., p. XI.

<sup>2047</sup> Voir notamment sur l'abus de droit en droit européen des droits de l'homme : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2015. 1854.

source, des atteintes à l'environnement<sup>2048</sup> signifiant, de manière pragmatique, que les atteintes à l'environnement doivent être traitées le plus en amont possible, afin d'éviter que la pollution puisse se développer. Le terme de « mécanisme correcteur » est également employé à propos d'un mécanisme institué à l'article 8 de la directive recours secteurs « exclus »<sup>2049</sup>. Il a pour objectif de permettre que d'éventuelles violations, qui n'auraient pas fait l'objet de recours de la part des opérateurs économiques, soient sanctionnées. Pour cela, la Commission peut, préalablement à la conclusion du contrat, lorsqu'une violation claire et manifeste de la réglementation communautaire a été commise au cours d'une procédure de passation, intervenir directement auprès des autorités compétentes de l'État membre concerné. Le mécanisme repose sur une procédure contradictoire au cours de laquelle la Commission notifie les raisons l'ayant amenée à conclure à une violation, et l'État membre doit y répondre, soit en indiquant la façon dont il a corrigé la violation, soit en indiquant pourquoi aucune correction n'a été effectuée. Il s'agit ici de la correction d'une violation, phénomène ne correspondant pas au sens lui étant attribué dans ces développements. Les autres emplois du terme concernent essentiellement des corrections financières<sup>2050</sup> ou d'un déséquilibre<sup>2051</sup>. Un des résultats retient néanmoins l'attention. Il concerne le mécanisme de renvoi aux autorités compétentes des États, constituant, selon un article de Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto<sup>2052</sup>, une importante exception au principe de la compétence exclusive de la Commission aux opérations de concentration<sup>2053</sup>. Cette exception aurait été prévue, par l'article 9 du règlement n° 4064/89<sup>2054</sup>, comme une illustration du principe de subsidiarité. Dans cette première version, les renvois devaient être exceptionnels ce qui fut contredit par la pratique décisionnelle, expliquant que les modifications successives de l'article 9 ont visé à faciliter et à organiser ce renvoi. Ce mécanisme est décrit par ce texte comme un « mécanisme de correction au principe de la compétence exclusive de la Commission »<sup>2055</sup> visant à sauvegarder, selon le principe de subsidiarité, la compétence des États pour les situations relevant de leur intérêt. Pour qu'une opération puisse être renvoyée, elle doit, soit affecter la concurrence, soit menacer de le faire. L'emploi de la notion de correction et le fonctionnement de ce renvoi, c'est-à-dire intervenant de manière dérogatoire pour écarter la compétence exclusive de la Commission au regard des faits de l'espèce, permettent d'envisager que cette technique se rapproche des mécanismes correcteurs tels qu'ils sont

---

<sup>2048</sup> Y. PETIT, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Environnement », janvier 2007 (dernière mise à jour : juin 2012), n°131-132.

<sup>2049</sup> W. ZIMMER, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Marchés publics », janvier 2006 (dernière mise à jour : décembre 2010), n°521.

<sup>2050</sup> Y. PETIT, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Agriculture », janvier 2007 (dernière mise à jour : juin 2012), n°326.

<sup>2051</sup> J.-P. JACQUÉ, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Budget », août 2009 (dernière mise à jour : avril 2011), n°37 et s. ; Y. PETIT, « Agriculture », préc., n°362.

<sup>2052</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Concentrations », mars 2010 (dernière mise à jour : janvier 2012), n°424 et s.

<sup>2053</sup> Également : « À ces seuils s'ajoute le mécanisme correcteur de renvoi : la Commission peut en effet renvoyer aux États membres certaines opérations de dimension communautaire (art. 9 du règlement) ; de même, les États membres peuvent renvoyer à la Commission certaines opérations n'atteignant pas les seuils communautaires (art. 22 § 3 du règlement). » (F. BRUNET et I. GIRGENSON, « La double réforme du contrôle communautaire des concentrations », préc.) ; « Cependant, seul le mécanisme correcteur que constitue l'ensemble des procédures de renvoi est finalement modifié dans le nouveau règlement. » (J. JORDA, « La modernisation du droit communautaire des concentrations », préc.).

<sup>2054</sup> « Article 9 : Renvoi aux autorités compétentes des États membres

1. La Commission peut, par voie de décision qu'elle notifie sans délai aux entreprises concernées et dont elle informe les autorités compétentes des autres États membres, renvoyer aux autorités compétentes de l'État membre concerné un cas de concentration notifiée, dans les conditions suivantes. [...] ».

<sup>2055</sup> S. POILLOT-PERUZZETTO, « Concentrations », préc., n°436.

définis dans cette étude, d'autant qu'il est ainsi qualifié dans les textes communautaires<sup>2056</sup>. Des manifestations d'un pouvoir correcteur du juge de l'Union européenne semblent ainsi pouvoir être mises en évidence. Cependant, la recherche des termes liés à la correction n'a pas permis de constater que l'abus de droit y est, comme en droit privé, qualifié de « mécanisme correcteur » ou de « correctif ». Il existe néanmoins en droit de l'Union européenne et il convient de se demander si son utilisation correspond à la technique décrite dans cette étude.

La Cour de justice de l'Union européenne ne déroge pas à la règle à laquelle semblent soumises la plupart des juridictions tant internes qu'internationales et utilise, elle aussi, des principes généraux du droit<sup>2057</sup>, considérés comme une « source non écrite du droit dégagé par la jurisprudence »<sup>2058</sup>. Le droit de l'Union européenne est, en effet, un système propre, mais ne vivant pas pour autant en autarcie juridique. Ainsi, le juge procède à la réception de principes issus du droit international et des droits internes et construit un corps de principes déduits de la logique propre du système<sup>2059</sup>. La construction historique d'un corps de principes généraux s'est effectuée selon une démarche pragmatique, au cas par cas et avec un grand éclectisme<sup>2060</sup>. Face à des textes trop techniques et parfois juridiquement lacunaires, la Cour de justice a dû s'appuyer sur des principes généraux du droit pour éviter les dénis de justice et renforcer la cohérence de l'ordre juridique<sup>2061</sup>. Comme de coutume, ceux-ci ont pour fonction principale de venir pallier les carences du droit de l'Union européenne. L'abus de droit a récemment été consacré par la Cour comme un principe général<sup>2062</sup>. Après avoir admis de manière ponctuelle<sup>2063</sup> dans de nombreuses espèces qu'un État ou que la Commission étaient fondés à prendre des mesures afin d'empêcher respectivement une utilisation abusive des libertés reconnues par le droit communautaire ou l'accès abusif à des avantages prévus dans le cadre des politiques communautaires<sup>2064</sup>, la Cour a posé de manière générale que : un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et (que) les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires<sup>2065</sup>.

---

<sup>2056</sup> « (11) Les règles régissant le renvoi des concentrations de la Commission aux États membres et des États membres à la Commission devraient constituer un mécanisme correcteur efficace à la lumière du principe de subsidiarité. Ces règles protègent de façon idoine les intérêts des États membres quant à la concurrence et prennent en considération le besoin de sécurité juridique et le principe du guichet unique. » (Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, « le règlement CE sur les concentrations », JOCE L 24/1, 29 janv. 2004, *RTDeur.* 2004. 216).

<sup>2057</sup> J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, préc., n°306 et s., p. 235 et s. ; K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 274 et s.

<sup>2058</sup> A. BARAV et C. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, P.U.F., 1993, p. 856.

<sup>2059</sup> K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, préc., p. 276 ; D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n°14. 73.

<sup>2060</sup> D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », préc.

<sup>2061</sup> J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, préc., p. 637.

<sup>2062</sup> J. MOLINIER, *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « principes généraux », mars 2011(dernière mise à jour : juin 2012), n°7.

<sup>2063</sup> Pour un exposé des différentes manifestations particulières de l'abus de droit : D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », préc.

<sup>2064</sup> « l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives d'opérateurs économiques » (CJCE, 11 oct. 1977, Cremer, aff. 125/76, Rec. 1593) ; il en va ainsi lorsque ces opérateurs se livrent à des opérations qui ne se situeraient pas « dans le cadre de transactions commerciales normales [mais] dans le seul but de bénéficier de manière abusive » de la réglementation communautaire (CJCE, 3 mars 1993, General Milk Products, aff. C-8/92, Rec. I. 779).

<sup>2065</sup> CJCE, 9 mars 1999, Centros, aff. C-212/97, Rec. I. 1459.

Puis, elle a systématisé les conditions dans lesquelles la théorie de l'abus de droit pouvait être opposée aux opérateurs économiques mais sans pour autant consacrer explicitement un principe général<sup>2066</sup>. Enfin, après avoir fait mention d'un « principe d'interdiction de pratiques abusives »<sup>2067</sup>, la Cour a clairement posé qu'un article de directive, autorisant les États membres à refuser d'appliquer, à titre exceptionnel et dans des cas particuliers, tout ou partie des dispositions de celle-ci ou à en retirer le bénéfice, « reflète le principe général du droit communautaire selon lequel l'abus de droit est prohibé »<sup>2068</sup>.

L'abus de droit semble, en droit de l'Union européenne comme en droit privé français, correspondre à la technique du mécanisme correcteur d'origine prétorienne. Il a été précédemment exposé que le principe général du droit et le mécanisme correcteur ne sont pas exclusifs l'un de l'autre<sup>2069</sup>. Il ressort notamment de la dernière jurisprudence évoquée que l'abus de droit permet d'écarter la règle normalement applicable, de manière exceptionnelle, lorsque les circonstances l'exigent. De plus, cette conception ressort clairement d'un article rédigé par Monsieur Denys Simon et Madame Anne Rigaux<sup>2070</sup>. Ceux-ci considèrent, en effet, que l'abus de droit fait partie de ces notions laissant une « liberté d'appréciation considérable » et qui, malgré sa consécration au rang de principe général du droit, « demeure extrêmement casuistique »<sup>2071</sup> car il ne peut être mis en œuvre qu'« en fonction des circonstances propres à chaque situation factuelle et juridique, et surtout suppose toujours un jugement de valeur, qui n'est pas étranger à une évaluation en équité voire à une appréciation d'ordre moral ». Toujours selon ces auteurs, l'utilisation de la théorie de l'abus de droit suppose de dépasser « l'apparente légalité », le jugement devant être effectué « à l'aune de la normalité plutôt que de la normativité ». Il joue un rôle de « soupape à l'intégrisme du formalisme juridique ».

Un pouvoir correcteur du juge peut ainsi être identifié au sein du droit de l'Union européenne, notamment à travers la technique de l'abus de droit. Ce mécanisme correcteur, témoin de l'existence d'un pouvoir correcteur du juge, peut également être décelé en droit allemand, confirmant le caractère originel de ce pouvoir.

## b. L'abus de droit en droit allemand

**294. La correction par les clauses générales** – Le droit allemand était, à l'origine, essentiellement coutumier et éclaté. Le droit romain redécouvert s'y est imposé plus qu'en France. L'État n'étant pas assez fort<sup>2072</sup> pour entreprendre la rédaction des coutumes, le droit demeurait éclaté et difficile à connaître, contraignant les juristes à recourir au droit romain. De plus, ce dernier n'a pas été ressenti comme un droit étranger, le Saint empire romain de la nation allemande se voulant le continuateur de l'Empire romain<sup>2073</sup>. Il a ainsi inévitablement

---

<sup>2066</sup> « il doit être établi d'un ensemble de circonstances objectives qu'en dépit d'un respect formel des conditions imposées par la réglementation communautaire, les objectifs de celle-ci ne sont pas atteints ; il doit être aussi établi - et il s'agit là d'un élément subjectif - l'existence d'une volonté de l'opérateur d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention » (CJCE, 14 déc. 2000, Emsland-Stärke, aff. C-110/99, Rec. I. 11569).

<sup>2067</sup> CJCE, 21 févr. 2006, Halifax E.A., aff. C-255/02, Rec. I. 1609.

<sup>2068</sup> CJCE, 5 juill. 2007, Kofoed, aff. C-321/05, Rec. I. 5795.

<sup>2069</sup> Cf. *supra* § n°154-155.

<sup>2070</sup> D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », préc.

<sup>2071</sup> Ils citent Monsieur Fabien Lagondet (« L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *JTDE* 2003, n°95. 8, spéc. 11).

<sup>2072</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand*, 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n°23, p. 24.

<sup>2073</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand*, 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°23, p. 24 ; M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, éd. Cujas, 1<sup>ère</sup> éd. 1977, p. 59.

beaucoup marqué la codification allemande. En témoignent la participation de romanistes à la rédaction du Bürgerliches Gesetzbuch<sup>2074</sup> et la présence d'une partie générale, typique<sup>2075</sup> de l'école des Pandectes<sup>2076</sup>. Celle-ci contient les règles applicables en principe dans tous les domaines du droit civil<sup>2077</sup> et contrebalance la précision et la rigidité du reste du BGB<sup>2078</sup>. Au sein du Code civil allemand, sont également présentes des « clauses générales » très empruntées de concepts moraux, exigeant loyauté, bonne foi, etc. Il faut noter que le juge a une activité créatrice reconnue, assumée et autorisée par la loi. Pour faire évoluer le droit et le faire échapper à un carcan technique et dogmatique trop rigide<sup>2079</sup>, il peut se servir de ces clauses générales<sup>2080</sup> qui se sont révélées de précieuses soupapes de sécurité. Sans ces clauses, le BGB, si rigide et précis, aurait sans doute éclaté sous la pression des bouleversements sociaux<sup>2081</sup>. Il est intéressant, à l'heure où la question de la révision du contrat pour imprévision évolue en droit français, de noter que le droit allemand résout cette question à l'aide d'une clause générale<sup>2082</sup>. Le contexte est celui de l'effondrement de la monnaie allemande survenu entre 1918 et 1923. À l'origine, les tribunaux restaient fidèles à leur jurisprudence et à la lettre des textes et continuaient ainsi à affirmer le principe du nominalisme monétaire et la règle de l'intangibilité des conventions. Si le principe était juridiquement correct, il aboutissait à des iniquités scandaleuses. Les tribunaux ont ainsi utilisé la clause générale contenue au § 242 du BGB<sup>2083</sup> et prévoyant une exigence de loyauté et de confiance légitime dans les affaires et en ont extrait la théorie du fondement contractuel<sup>2084</sup>. À un moment où la France condamnait la théorie de l'imprévision, les tribunaux allemands s'arrogeaient le droit de réviser et réévaluer les contrats bouleversés par les circonstances économiques<sup>2085</sup>.

Ces clauses générales peuvent ainsi être employées pour écarter l'application de la loi, révélant une fonction correctrice<sup>2086</sup> du juge reposant sur la notion d'équité<sup>2087</sup>. Il a d'ailleurs été dit à ce propos qu'il s'agit « de la victoire de l'équité sur la sécurité juridique et

<sup>2074</sup> Le Code civil allemand, ci-après : BGB.

<sup>2075</sup> *Code civil allemand, traduction commentée*, Dalloz, 2010, n°2, p. 9 ; V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002, p. 33.

<sup>2076</sup> Les Pandectes désignent par ce terme d'origine grecque la compilation de Justinien, connue en langue latine sous le nom de Digeste. L'école des Pandectes a retenu plus la méthode du droit romain fondée sur la construction de concepts précis que son contenu (A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°116, p. 263).

<sup>2077</sup> A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, préc., n°117, p. 267-268 ; M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, préc., p. 73.

<sup>2078</sup> M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, préc., p. 74.

<sup>2079</sup> M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, préc., p. 222.

<sup>2080</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « La structure du droit français », préc., spéc. p. 270.

<sup>2081</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand*, 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°32, p. 35-36.

<sup>2082</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand*, 1, *Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°32, p. 35-36 ; M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, préc., p. 78.

<sup>2083</sup> *Code civil allemand*, préc., n°8, p.13.

<sup>2084</sup> P. ANCEL et R. WINTGEN, « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », préc. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2004, n°170, p. 134-135 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n°292 et s., p. 306 et s.

<sup>2085</sup> M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G* 2010. 1219 ; T.-W. SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétoriennes », *RIDC*. 2002. 959.

<sup>2086</sup> Cette fonction dite correctrice désigne la possibilité pour le juge allemand de corriger le contrat (voir notamment : M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n°182, p. 99 et n°210 et s., p. 112 et s.).

<sup>2087</sup> M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, préc., n°170, p. 134-135 ; A. LECA, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, préc., n°67, nbp n°883, p. 193. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, préc., n°292, p. 306.

l'application stricte du droit »<sup>2088</sup>. Elles sont présentées comme une véritable « soupape de sûreté », la source d'une « véritable jurisprudence d'équité »<sup>2089</sup>. Un mécanisme correcteur de l'abus de droit semble également être issu de l'interprétation de l'une d'entre elles, plus particulièrement le § 242 du BGB<sup>2090</sup>. Les rédacteurs du BGB ont conçu une norme prohibant l'exercice abusif des droits<sup>2091</sup> de manière très restrictive<sup>2092</sup> au § 226<sup>2093</sup>, texte resté pratiquement lettre morte. Existe également une exception tirée du § 826<sup>2094</sup> connaissant peu d'applications jurisprudentielles<sup>2095</sup> car les juges préfèrent utiliser le § 242 qui est plus facile à mettre en œuvre<sup>2096</sup>. Ce texte, selon lequel « le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages » ne vaut pas seulement en droit des obligations. La jurisprudence et la doctrine en ont tiré le principe selon lequel les droits subjectifs doivent s'exercer dans les limites du principe de bonne foi, principe valant pour toutes les branches du droit<sup>2097</sup>. C'est donc dans la pratique jurisprudentielle que ce § est devenu porteur d'un principe sanctionnant l'usage abusif des droits. Il faut noter également que la mise en œuvre de ce § exige que soient soupesés les intérêts en présence dans chaque cas d'espèce. En Allemagne, la théorie dite de l'« ancrage social du droit privé »<sup>2098</sup> est apparue à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et est devenue ensuite un principe fondamental du droit privé allemand, elle repose sur l'idée que les droits privés sont limités par les contraintes sociales. L'ordre juridique doit assurer l'octroi de droits subjectifs aux individus mais également veiller à ce que ceux-ci soient compatibles avec les intérêts du reste de la collectivité. Le droit de l'individu ne se présente pas comme un droit absolu, mais un droit « *limité socialement* »<sup>2099</sup>. La concrétisation de cette théorie peut être trouvée dans la jurisprudence issue du § 242 du BGB sur la bonne foi, clause générale devenue un véritable instrument de rééquilibrage à la disposition du juge<sup>2100</sup>.

Ainsi, ces clauses générales et l'utilisation pouvant en être faite démontrent l'existence d'un pouvoir correcteur du juge allemand. Elles lui permettent de s'écarter de la règle

<sup>2088</sup> Isele, Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, Arch. Civ. Prax., 150 (1949), p. 14 in M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 1 *Les fondements*, préc., p. 78.

<sup>2089</sup> *Code civil allemand*, préc., n°8, p. 12.

<sup>2090</sup> « le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages » (C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°660, p. 522). *Code civil allemand*, préc., p. 83 ; M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, préc., n°210 et s., p. 112 et s. ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, préc., n°291, p. 306.

<sup>2091</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, préc., n°210 et s., p. 282 et s.

<sup>2092</sup> « Il est nécessaire que les agissements n'aient pas pu avoir d'autre but que celui de nuire à autrui » (C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°658, p. 520).

<sup>2093</sup> « L'exercice d'un droit n'est pas autorisé lorsqu'il ne peut avoir pour but que de causer un préjudice à autrui » (C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°658, p. 520).

<sup>2094</sup> « Celui qui cause intentionnellement à autrui un dommage d'une manière contraire aux bonnes mœurs, est obligé de réparer le dommage » (C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°659, p. 521).

<sup>2095</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°657 et s., p. 519 et s., spéc. n°659, p. 522.

<sup>2096</sup> *Ibid.*

<sup>2097</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, préc., n°657 et s., p. 519 et s., spéc. n°660, p. 522. Dans le même sens : « le § 242 qui a été qualifié de "paragraphe royal" par un auteur a acquis une portée beaucoup plus considérable. Il a été érigé en "clause générale" et en principe supérieur d'éthique juridique. À ce titre il vise à assurer le respect de la justice et de l'équité non seulement dans le domaine des obligations mais aussi dans toute la vie juridique allemande » (M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, préc., n°167, p. 131).

<sup>2098</sup> *Sozialbindung des Privatrechts*.

<sup>2099</sup> C. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010. 510.

<sup>2100</sup> C. GEIGER, « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », préc. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, préc., n°167, p. 131.

applicable lorsque les circonstances le commandent. La discordance remarquable entre cette technique et celle existant en droit français réside dans la présence de ces clauses dans la loi. Cependant, cette différence n'est qu'apparente car il ne peut être considéré que ce pouvoir correcteur est d'origine purement légale. En effet, si le juge fonde ses décisions sur ces clauses générales, elles ne contiennent pas la technique en elle-même, la loi sert d'assise pour la création, par le juge, de ce qu'il est possible de qualifier de mécanismes correcteurs.

L'abus de droit est un mécanisme correcteur indispensable en droit français destiné à intervenir lorsque l'application de la règle compétente heurterait les valeurs du système juridique. Il pallie un inconvénient de l'application stricte du droit connu dans d'autres sphères, lesquelles recourent au même mécanisme. Cette harmonie démontre que le pouvoir correcteur du juge traverse les frontières des systèmes juridiques et peut, en cela, être considéré comme naturel, attaché à la fonction de juger, et présentant des avantages motivant le choix de cette technique. Le mécanisme correcteur est également le procédé choisi par nombre de systèmes juridiques pour répondre aux difficultés liées à la rétroactivité de la jurisprudence.

## 2. Une voie en développement, l'exemple de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence

**295. Plan** – La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est un mécanisme correcteur d'origine prétorienne introduit récemment dans le droit privé français. Il existe notamment en droit administratif (a) et en droit allemand (b).

### a. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence par le Conseil d'État

**296. La modulation dans le temps, témoin d'un pouvoir correcteur** – Hors certains principes généraux du droit et malgré la faveur accordée à l'interprétation plutôt qu'à la correction<sup>2101</sup>, il est un outil du juge administratif pouvant être considéré comme un mécanisme correcteur : la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence.

Dans l'arrêt rendu le 16 juillet 2007<sup>2102</sup>, le Conseil d'État accepte, comme l'a fait la Cour de cassation quoique de manière quelque peu différente<sup>2103</sup>, de moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence. Il utilise à nouveau cette technique dans un arrêt rendu, en sa Section du contentieux, le 6 juin 2008<sup>2104</sup>, considérant qu'il appartenait à la cour administrative d'appel « de relever que les règles ainsi dégagées, qui ne sont pas édictées par un texte et qui ne résultaient d'aucune jurisprudence antérieure, ne pouvaient être opposées à M. A sans méconnaître son droit au recours » et ainsi, tout en dégageant une nouvelle jurisprudence, décide d'en moduler l'application des effets dans le temps. Il a pu également être considéré que le Conseil d'État réutilisa ce procédé dans l'arrêt « Époux Rigat » rendu le 1<sup>er</sup> octobre 2010<sup>2105</sup>. À l'occasion de cette affaire, la Haute juridiction abandonna sa jurisprudence « Cancre » du 4 novembre 1955 selon laquelle le désistement d'une partie et la décision juridictionnelle en donnant acte, en l'absence de manifestation de volonté contraire du requérant ou de mention contraire du jugement, doivent être regardés comme un

---

<sup>2101</sup> Cf. *supra* § n°263-265.

<sup>2102</sup> CE, 16 juillet. 2007, Sté Tropic Travaux signalisation, préc.

<sup>2103</sup> Cf. *supra* § n°248.

<sup>2104</sup> CE, sect., 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes, préc.

<sup>2105</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> octobre 2010, Epoux Rigat, n° 314297, *AJDA* 2010. 1855.

désistement d'action et non simplement d'instance<sup>2106</sup>. En effet, le Conseil d'État renverse la jurisprudence en considérant « qu'en principe un désistement a le caractère d'un désistement d'instance ; qu'il n'en va autrement que si le caractère de désistement d'action résulte sans aucune ambiguïté des écritures du requérant ». Les époux Rigat avaient déclaré, par un acte enregistré au greffe du tribunal le 4 janvier 2007, vouloir se désister de l'instance, par laquelle ils entendaient contester des suppléments d'impôt sur le revenu et de contributions sociales, en précisant entendre maintenir un second recours de même objet qu'ils avaient introduit entretemps. En vertu de la jurisprudence alors en vigueur, il s'agissait donc d'un désistement d'instance. Cependant, par une ordonnance du 8 mars 2007, le président du Tribunal administratif de Clermont-Ferrand s'est borné à donner acte aux époux du désistement de leur requête, sans autre précision, une décision qui pouvait donc être interprétée comme donnant acte d'un désistement d'action. Les requérants ont saisi la Cour administrative d'appel de Lyon d'un recours tendant à ce que, après annulation de l'ordonnance du premier juge, il leur soit donné acte d'un désistement d'instance. Par une ordonnance du 14 janvier 2008, le président de la cinquième Chambre de cette cour a rejeté leur appel comme dépourvu d'objet, et par suite irrecevable, au motif « qu'il ne résult[ait] pas des termes de l'ordonnance critiquée qu'en donnant acte d'un "désistement", sans autre précision, alors qu'il était saisi sans ambiguïté d'une demande de donner acte de désistement d'instance, le premier juge ait entendu se prononcer sur un désistement d'action »<sup>2107</sup>. Les époux Rigat se sont pourvus en cassation contre cette décision en considérant qu'elle était entachée d'erreur de droit. Il semble effectivement que l'auteur de l'ordonnance attaquée ait méconnu la règle compétente, la première décision, à défaut de précision, aurait dû être interprétée comme donnant acte d'un désistement d'action. Le Conseil d'État, opère donc à l'occasion de cet arrêt, un revirement de jurisprudence en renversant le principe applicable et en considérant que l'ordonnance litigieuse n'était pas entachée d'erreur de droit. Il précise cependant que « les décisions de justice irrévocables à la date de la présente décision doivent être regardées, lorsque le désistement dont elles donnent acte n'est pas expressément qualifié, comme ayant donné acte d'un désistement d'action ». La nouvelle règle ne doit donc pas être appliquée aux décisions antérieures devenues irrévocables. Il peut ici être considéré que le Conseil d'État module les effets dans le temps du revirement de jurisprudence opéré et limite son application aux décisions à venir et celles déjà rendues mais qui sont susceptibles de faire l'objet d'un recours<sup>2108</sup>. Corroborent cette affirmation les conclusions du rapporteur public dans lesquels l'auteur enjoint le Conseil d'État à utiliser la technique de la modulation dans le temps des effets de son revirement et donc à préciser « la portée des décisions des juridictions administratives ayant, antérieurement à sa lecture, donné acte d'un désistement et étant devenues irrévocables devra être appréciée conformément au principe traditionnel selon lequel tout désistement est présumé être un désistement d'action »<sup>2109</sup>. Cependant, il peut être considéré à l'inverse que la section s'est « bornée à préciser les modalités normales

---

<sup>2106</sup> « on peut, devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire, se désister soit de l'action, soit seulement de l'instance. Dans le second cas, l'auteur du désistement ne renonce qu'au recours qu'il avait formé, sans s'interdire, le cas échéant, de réitérer celui-ci ; dans le premier, il renonce en outre à la prétention même que ce recours avait pour objet de faire valoir en justice, de sorte que tout recours ultérieur aux mêmes fins est voué au rejet. » (Conclusions du rapporteur public, J. BOUCHER, sur CE, sect., 1<sup>er</sup> octobre 2010, « Epoux Rigat », n° 314297, « Sans autre précision, un désistement est un désistement d'instance : application de la nouvelle règle jurisprudentielle », *Lebon* 2011).

<sup>2107</sup> Conclusions du rapporteur public, J. BOUCHER, sur CE, sect., 1<sup>er</sup> octobre 2010, « Epoux Rigat », n° 314297, « Sans autre précision, un désistement est un désistement d'instance : application de la nouvelle règle jurisprudentielle », *Lebon* 2011.

<sup>2108</sup> G. EVEILLARD, « Chronique de droit administratif », *JCP G* 2011. 131.

<sup>2109</sup> Conclusions du rapporteur public, J. BOUCHER, sur CE, sect., 1<sup>er</sup> octobre 2010, « Epoux Rigat », n° 314297, « Sans autre précision, un désistement est un désistement d'instance : application de la nouvelle règle jurisprudentielle », *Lebon* 2011.



d'application dans le temps de la nouvelle règle »<sup>2110</sup>. En effet, il n'est pas certain que la rétroactivité des revirements de jurisprudence puisse remettre en cause la chose jugée de manière irrévocable. Cette interprétation de la décision du Conseil d'État expliquerait ainsi « l'absence de toute motivation à l'appui de ce "motif transitoire", contrairement aux précédents où le Conseil d'État a fait usage de son pouvoir de modulation »<sup>2111</sup>. La Haute juridiction, en appliquant la nouvelle règle aux époux Rigat a donc appliqué immédiatement la nouvelle jurisprudence et, en la limitant aux décisions qui ne sont pas irrévocables, ne fait que rappeler les modalités normales d'une application rétroactive.

Ainsi, il peut être considéré que le Conseil d'État, dans ses décisions du 16 juillet 2007 et 6 juin 2008, met à l'écart le principe de la rétroactivité de la jurisprudence pour instaurer un droit transitoire en raison des conséquences auxquelles aboutirait son application.

Cette technique utilisée par le Conseil d'État correspond à la correction telle qu'elle est envisagée dans cette étude. Il est en effet possible de considérer qu'il opère une mise à l'écart de du principe de la rétroactivité de la jurisprudence lorsque son application est considérée comme concrètement inadaptée aux faits en cause.

En droit administratif, comme en droit privé, il a été recouru à un mécanisme correcteur pour remédier aux difficultés parfois engendrées par la rétroactivité de principe de la jurisprudence. Le développement de ce mécanisme correcteur peut être constaté également en droit allemand.

#### b. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence allemande

**297. La modulation dans le temps par le juge allemand** – La question de la modulation dans le temps des effets des décisions est relativement vaste en droit allemand puisque qu'elle recouvre les décisions d'annulation des normes générales<sup>2112</sup>, celles des actes administratifs<sup>2113</sup> et la question de la rétroactivité des revirements de jurisprudence<sup>2114</sup>. Les développements se concentreront sur ce dernier point car les deux premiers ne correspondent pas à la même modulation que celle opérée par la Cour de cassation lorsqu'elle déroge au principe de la rétroactivité de la jurisprudence. D'une part, la question en droit allemand des effets de l'annulation d'une norme générale est généralement détachée de toute situation factuelle, les normes pouvant être contrôlées de manière abstraite<sup>2115</sup>. Même dans le cadre d'un contrôle concret, si la norme est formellement législative, la procédure commence au niveau du juge ordinaire qui, s'il conclut à l'invalidité de la loi, renvoie la question à la juridiction constitutionnelle compétente qui statue de manière abstraite, la procédure correspondant alors à celle d'une question prioritaire de constitutionnalité en droit français<sup>2116</sup>. D'autre part, la question de l'annulation d'un acte administratif, si elle se pose à

<sup>2110</sup> D. BOTTEGHI et A. LALLET, « *I'll be back* », *AJDA* 2010. 2202.

<sup>2111</sup> D. BOTTEGHI et A. LALLET, « *I'll be back* », préc.

<sup>2112</sup> O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA* 2004. 676.

<sup>2113</sup> O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », préc.

<sup>2114</sup> F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 81 et s.

<sup>2115</sup> O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », préc.

<sup>2116</sup> C. GREWE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 143 et s. ; P. BON, « La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009, p. 228 et s.

l'occasion d'un litige<sup>2117</sup>, ne semble pas laisser de réel pouvoir d'appréciation au juge. En effet, il peut moduler le point de départ de l'effet rétroactif qui peut correspondre au moment où naît l'illégalité. L'annulation peut donc être rapportée à l'origine de l'acte ou au moment où les circonstances de fait ou de droit ont changé et rendu l'acte illégal. Cependant, le juge ne semble disposer d'aucun pouvoir d'appréciation et doit se borner à tirer les conséquences qui découlent logiquement du moment de la naissance de l'illégalité<sup>2118</sup>. L'absence de pouvoir d'appréciation du juge et la déconnexion de ces questions des situations factuelles semblent incompatibles avec le pouvoir correcteur tel qu'envisagé ici. Il convient ainsi de se concentrer sur la modulation par le juge des effets des revirements de jurisprudence.

Il est intéressant de rappeler, qu'en droit allemand, la loi a expressément reconnu aux juridictions suprêmes le pouvoir de procéder à un développement du droit<sup>2119</sup> ; le phénomène du revirement est donc assumé de manière plus marquée que dans le système français<sup>2120</sup>. Ainsi, le débat sur les conséquences éventuellement néfastes du mécanisme du revirement s'est plus facilement engagé dans la doctrine allemande. La Cour constitutionnelle fédérale a reconnu le caractère de principe de la rétroactivité des revirements de jurisprudence en 1964<sup>2121</sup>, la situation est donc, sur ce point, comparable à celle de la France. La non rétroactivité des lois ne peut en effet être appliquée aux décisions des tribunaux car ils seraient alors tenus par leur jurisprudence. Il existe des techniques visant à rendre les revirements de jurisprudence plus prévisibles. Par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale signale dans ses décisions à quelles majorités elles ont été obtenues. Ainsi, si le vote était très serré et donc le manque de consensus sur la question mis en évidence, il est possible d'imaginer que la solution est susceptible d'évoluer. De plus, cette même juridiction publie les opinions dissidentes, technique permettant, elle aussi, de prévoir un éventuel revirement. Pour prendre un dernier exemple, les juridictions allemandes recourent à la pratique des *obiter dicta*. Cependant, le droit allemand utilise parfois une solution plus radicale face aux problèmes pouvant être engendrés par la rétroactivité des revirements de jurisprudence. En effet, la Cour fédérale de justice déroge parfois au principe de la rétroactivité dans un souci de sécurité

---

<sup>2117</sup> Il existe une divergence conceptuelle entre la notion allemande d'acte administratif et la notion française. L'acte administratif au sens allemand est toujours individuel ou concret, ce qui exclut ce que recouvre, approximativement, la catégorie française du « règlement ». ( O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », préc.).

<sup>2118</sup> O. JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », préc.

<sup>2119</sup> F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », préc. ; F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993, n°414 et s., p. 319 et s.

<sup>2120</sup> Il est impératif de signaler l'étonnant arrêt rendu 8 février 2011 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (Com. 8 février 2011, n°10-11896 (n°115 FS-P+B+R+I) N. MOLFESSIS et J. KLEIN, « Point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée et motivation des revirements de jurisprudence », préc., spéc. 1318 et s. ; B. DONDERO, « L'annulation des conventions réglementées non autorisées et la sécurité juridique : de Charybde en Scylla ? », *JCP E* 2011. 1151 ; A. LIENHARD, « Convention réglementée : prescription de l'action en nullité », *D.* 2011. 515 ; *Rev. sociétés* 2011. 288, note P. LE CANNU ; F. MARMOZ, « La Cour de cassation révèle sa nouvelle jurisprudence en matière de prescription de l'action en nullité des conventions réglementées dissimulées », *D.* 2011. 1321) dans lequel la juridiction indique qu'elle procède à un revirement, même si c'est à travers un euphémisme, et le justifie : « les conséquences ainsi tirées du texte susvisés, qui s'écartent de celles retenues depuis un arrêt du 24 février 1976, sont conformes à l'exigence de sécurité juridique au regard de l'évolution du droit des sociétés ». Cette innovation est sans doute motivée par les incitations de la Cour européenne des droits de l'homme qui « depuis une dizaine d'années [...] élabore une pédagogie du revirement de jurisprudence sur le fondement de l'article 6§1, au cœur de laquelle elle place la nécessité même de motiver les revirements » (N. MOLFESSIS et J. KLEIN, « Point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée et motivation des revirements de jurisprudence », préc., spéc. 1318).

<sup>2121</sup> C. const. féd., 1er sénat, 11 nov. 1964, *BVerfGE* 18, p. 240 in F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », préc.

juridique et de confiance qu'une personne a pu avoir dans la jurisprudence<sup>2122</sup>. Cette attitude peut d'ailleurs être exigée par la Cour constitutionnelle fédérale<sup>2123</sup> puisque ces principes font partie des droits fondamentaux protégés par la Loi fondamentale<sup>2124</sup>. La décision de moduler les effets de la jurisprudence est prise au cas par cas en considération de l'atteinte concrète aux droits fondamentaux pouvant être portée par la rétroactivité.

Il est ainsi possible de considérer que cette technique correspond aux mécanismes correcteurs d'origine prétorienne tels que définis dans cette étude. En effet, elle permet la mise à l'écart par le juge du principe de la rétroactivité de la jurisprudence si les circonstances l'exigent. Elle contribue à témoigner, de concert avec l'utilisation faite par le juge allemand des « clauses générales » du BGB, de l'existence d'un pouvoir correcteur du juge en droit allemand. De plus, le recours, étendu à plusieurs systèmes juridiques, à la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence, laisse présumer les avantages d'une telle technique.

## B. Avantages du mécanisme correcteur d'origine prétorienne

**298. Plan** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne constitue la troisième voie que peut emprunter le juge devant corriger l'application d'une norme. Il est un compromis idéal entre les deux autres manifestations de ce pouvoir. Il est, en effet, plus sûr que le jugement rendu en équité (1) et plus souple que le corps de règles parallèle (2).

### 1. Le mécanisme correcteur, plus sûr que la décision d'espèce rendue en équité

**299. Le mécanisme correcteur est plus prévisible** – Le pouvoir correcteur recouvre différentes manifestations dont les principales sont, au sein du système juridique français, le mécanisme correcteur et le jugement rendu en équité<sup>2125</sup>. Ce dernier, hors autorisation législative, n'y a, officiellement, plus droit de cité du fait de ses lourds antécédents historiques<sup>2126</sup>. Un retour à la généralisation de cette possibilité n'est pas nécessairement à souhaiter car celle-ci ne semble plus adaptée aux exigences contemporaines dont fait partie la sécurité juridique<sup>2127</sup>. L'équité subjective permet de régler une injustice dans l'espèce en cause, mais peut, au sein du système dans son ensemble, créer de l'insécurité

---

<sup>2122</sup> Par exemple : C. féd. Justice, 6<sup>ème</sup> civ., 7 mars 1972, NJW 1972, p. 1045 in F. FERRAND, « La rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand » préc.

<sup>2123</sup> Elle a par exemple, dans un arrêt du 14 janvier 1987, déclaré un revirement de la Cour fédérale du travail non conforme à l'État de droit car les juges n'avaient pas suffisamment respecté la confiance du requérant en la pérennité des solutions antérieures.

<sup>2124</sup> La Constitution de 1949: Grundgesetz, GG.

<sup>2125</sup> voir C BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 353 et s.

<sup>2126</sup> « L'équité reste un concept variable selon le temps, les mœurs, les sociétés et les individus. L'équité est une notion avant tout contingente soumise aux variations de la perception du juste dans l'histoire. La prise de conscience de cette variabilité a entraîné la modification de la perception de l'équité. De fondement du droit dans de nombreux domaines au XIX<sup>e</sup> siècle (notamment dans les arbitrages territoriaux), elle est devenue une sorte de modalité d'application de la règle du droit positif. Néanmoins, la méfiance a toujours accompagné l'invocation de l'équité comme le prouve la maxime française de l'Ancien Régime : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements ». La Révolution française viendra, en réaction, consacrer le seul droit positif. Cristallisant les peurs que suscitait l'arbitraire de son utilisation par la justice de l'Ancien Régime, l'équité a presque été totalement chassée de l'univers juridique formel au profit d'une dévotion portée à la loi. » (J.-M. SOREL, « Équité », préc., n°5). H. SAK, « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », préc.

<sup>2127</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, préc., n°233, p. 269 ; J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, Chron. 99.

juridique<sup>2128</sup>, déjouer les prévisions des parties et sembler arbitraire<sup>2129</sup>. Ces inconvénients expliquent sans doute en partie que le droit prétorien et l'*equity* se soient constitués en corps de règles parallèles et ainsi détachés de la décision d'espèce rendue en équité. Il faut cependant nuancer le propos. Comme le relève Monsieur Fabien Lafay dans sa thèse consacrée à la modulation du droit par le juge :

dans toute décision judiciaire prise au nom de l'équité, il y a une part de raison qui prédomine, tout le moins une idée de justice, un idéal de vérité. [...] L'équité judiciaire d'aujourd'hui n'est pas la valorisation gratuite des accès d'autorité ou de rébellions de certaines juridictions. Elle est le fruit de réflexions délicates d'opportunité de contournement de la règle de droit<sup>2130</sup>.

Si, comme les auteurs l'affirment<sup>2131</sup>, la décision d'espèce rendue en équité subsiste malgré l'interdiction qui en est faite, c'est, certes, peut-être parce qu'elle est dissimulée, mais surtout car elle est peu contestée, de par sa conformité à la justice. Le renforcement croissant du rôle et des pouvoirs du juge aujourd'hui implique que la confiance en cet acteur du droit soit restaurée mais la correction par le mécanisme est plus à même d'opérer cette difficile évolution que le jugement rendu en équité, technique sans doute survivante et nécessaire mais à l'image encore trop controversée.

Monsieur Fabien Lafay constate également que la jurisprudence utilise, « non plus la notion elle-même mais des succédanés, de nouvelles notions-cadres au domaine incertain dont la finalité est quasi-officiellement d'apporter une forme d'humanisation de la justice dans l'effet de ses décisions et officieusement de sauvegarder l'équité par de flagrantes dissimulations »<sup>2132</sup>. Il cite, notamment<sup>2133</sup>, comme exemple de cette dissimulation nécessaire pour éviter la cassation<sup>2134</sup>, la théorie de l'apparence<sup>2135</sup>. De même, certains auteurs voient

---

<sup>2128</sup> La reconnaissance d'un pouvoir judiciaire d'équité « est très dangereuse dans ses résultats pratiques, parce qu'elle contredit directement la sécurité juridique, l'ordre, qui fut toujours considéré comme la première des valeurs sociales à atteindre » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, préc., n°11, p. 99) ; C. ALBIGES « équité », préc., n°5 ; un même constat est dressé en droit administratif par Monsieur Guy Braibant selon lequel « l'équité est une notion très subjective » donc « chacun peut avoir sa conception de l'équité » ce qui contribue aux risques d'insécurité juridique spécifiques à la notion (G. BRAIBANT, « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, p. 99 et s., spéc. p. 103-104).

<sup>2129</sup> R. FROGER, « L'enrichissement sans cause dans les jurisprudences administrative et judiciaire convergences et divergences, note de jurisprudence », préc., spéc. p. 389 ; « ce qui est équitable pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre ; deux cas identiques pourraient recevoir des solutions différentes selon le sentiment personnel que le juge se fait de l'équité » (F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°352, p. 287) ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°27, p. 25 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, préc., n°38, p. 37 ; E. LOQUIN, « Equité », préc. ; P. RÉMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », préc. ; « la Cour de cassation et le Conseil d'Etat censurent les décisions qui se fondent sur l'équité et non sur le droit, car le juge, à moins de ruiner les fondements de l'Etat de droit et de tromper l'attente légitime des plaideurs, ne peut se dispenser de son devoir d'appliquer le droit. Même s'il doit statuer lorsque la loi est obscure, insuffisante ou silencieuse (C.civ., art. 4), le juge doit le faire en droit, en fonction des principes généraux du droit, de la jurisprudence, du raisonnement juridique... et non de sa propre vision de ce qui lui paraît équitable ou inéquitable. Il ne saurait imposer arbitrairement son propre sentiment de ce qui est juste ou non. [...] Livrer les justiciables aux sentiments et aux pulsions du juge, ou même simplement aux aléas de ses réactions personnelles, équivaldrait à créer l'insécurité et à favoriser l'arbitraire » (J.-L. BERGEL, « “Et ferez bonne justice...” » *RRJ* 2002-5. 2203 et s., spéc. 2205-2206) ; Selon Monsieur Eric Agostini, le recours à l'équité est parfois considéré comme « une justice *ad hominem* imprévisible dans ses sentences » (E. AGOSTINI, « L'équité », préc.).

<sup>2130</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°941, p. 435.

<sup>2131</sup> Cf. *supra*, § n°282.

<sup>2132</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°943, p. 436.

<sup>2133</sup> Il cite également la quête de légitimité, la faute commune, l'intérêt du débiteur et du créancier et les mythes juridiques tels que l'autonomie de la volonté et l'indisponibilité du corps humain.

<sup>2134</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°1020, p. 463.

dans le contrôle concret de conventionnalité une « Restauration voilée du "jugement en équité" »<sup>2136</sup>. Il ne sera pas retenu ici que les mécanismes correcteurs constituent une dissimulation de l'équité, un habillage car cette conception renvoie à une certaine artificialité de cette technique. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne constituent une incursion de certaines valeurs dans l'application mécanique de la norme juridique. Il ne s'agit pas d'une équité dissimulée mais du résultat d'une évolution du pouvoir correcteur du juge en accord avec l'exigence de sécurité juridique. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, de par leur forme, n'ont pas les mêmes inconvénients que le jugement rendu en équité. En effet, ils permettent une utilisation encadrée de son pouvoir correcteur par le juge, un cadre nécessaire pour que le juge ne soit pas taxé d'arbitraire et que la confiance en lui soit restaurée. D'une part, le recours aux mécanismes systématisé un type d'action correctrice sur le droit. Il n'y a pas une infinité de possibilités d'action du juge en cas d'atteinte portée au système juridique par l'application d'une norme mais des types d'action. Les mécanismes ont des critères d'application suffisamment souples pour englober diverses situations factuelles. Cette catégorisation permet une certaine prévisibilité des réponses du droit face à ses insuffisances. La sécurité est aujourd'hui indispensable au droit, « le droit, c'est la sécurité ou c'est rien »<sup>2137</sup>. Il ne peut être incertain car il a vocation à « lier l'avenir »<sup>2138</sup>, une sécurité devant notamment être assurée par le juge<sup>2139</sup>. D'autre part, une fois le type d'action, c'est-à-dire le mécanisme, déterminé, son utilisation est elle aussi prévisible. S'il n'en est pas une lui-même<sup>2140</sup>, le mécanisme correcteur est régi par des règles encadrant son utilisation. Elles peuvent changer, évoluer, mais le mécanisme dans son principe subsiste. Ainsi, l'utilisation du mécanisme correcteur est encadrée par un régime juridique propre permettant aux parties de prévoir son utilisation et au juge de ne pas paraître arbitraire dans son jugement.

La prévisibilité permise par le recours à des mécanismes correcteurs est, et doit être, contrebalancée par leur souplesse d'utilisation.

## 2. Le mécanisme correcteur, plus souple que le corps de règles parallèle

**300. La souplesse du mécanisme correcteur** – Le phénomène dit d'« équité objective » apparaît lorsque la récurrence du recours aux jugements rendus en équité aboutit à la création d'un corps de règles parallèle au droit objectif. Cette évolution s'accompagne d'une disparition de l'équité subjective et d'un retour de la rigueur. En effet, il a été constaté que l'*equity* est un système de droit « à peine moins rigide que la *Common Law* »<sup>2141</sup>. Il reste plus souple car il porte une plus grande attention aux faibles, mais a perdu la souplesse nécessaire pour le juge confronté à une solution potentiellement injuste. Lorsque la correction aboutit à la constitution d'un corps de règles, son caractère dérogoire, exceptionnel est

<sup>2135</sup> F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, préc., n°947 et s., p. 437 et s.

<sup>2136</sup> F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », préc.. Voir également : D. DE BECHILLON, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP* 2016. 29 suppl. au n° 1-2. Selon ce dernier auteur, il existe « un risque - objectif - si l'on n'y prend garde, de voir l'invocation du principe de proportionnalité se commuer en investiture que le juge se donnerait à lui-même pour juger en équité ».

<sup>2137</sup> P. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA*. 1995. 151.

<sup>2138</sup> F. OST, *Le temps du droit*, éd. O. Jacob, 1999, p. 157.

<sup>2139</sup> « gardien de l'ordre social, le juge doit aussi assurer la permanence des règles de la vie en société et s'imposer comme une figure de sécurité » (G. CANIVET, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », préc.).

<sup>2140</sup> Cf. *supra* § n°140.

<sup>2141</sup> A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 287. Également, selon ce même auteur : « l'équité, solidifiée dans l'*equity* ».

moins marqué et le procédé manque ainsi de souplesse<sup>2142</sup>.

Les mécanismes correcteurs sont créés pour répondre à la récurrence<sup>2143</sup> des situations où l'application de la norme compétente risque de heurter les valeurs du système juridique. Ils constituent une systématisation des solutions modératrices mais ont conservé une souplesse dans leur utilisation. A, en effet, été constatée la différence principale entre une règle et un mécanisme. Ce dernier, ne pose pas, en lui-même, les conditions de son application ni ne formule les effets juridiques en découlant. Il désigne et regroupe sous un même vocable un certain type d'actions ; des règles en organisent le régime. Cette construction sous la forme d'un mécanisme, socle fondateur de la technique, et des règles en aménageant le fonctionnement, permet cette souplesse d'utilisation. En effet, l'essentiel repose dans le mécanisme, c'est-à-dire la technique juridique, et non la règle. La primauté est laissée aux circonstances de l'espèce en cause, elles seules guidant finalement la correction.

Cette souplesse est d'ailleurs reconnue et considérée comme nécessaire dans le fonctionnement des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. La fraude, par exemple, est un « instrument de souplesse » qui « s'accommode mal d'une grande rigueur des concepts et des raisonnements »<sup>2144</sup>. Pour le mécanisme correcteur de l'apparence cette qualité est mise en avant par les auteurs :

La souplesse de la théorie de l'apparence est donc une nécessité : mécanisme correcteur du jeu normal des règles de droit, son application doit être admise où le besoin s'en fait sentir, tout en préservant l'ordre juridique des risques de subversion. La Cour de cassation a pris soin d'y veiller, dût-elle se comporter parfois comme un véritable juge du fait. De la sorte, les importantes conséquences attachées à la prise en considération de l'apparence peuvent être acceptées par le droit sans dommage<sup>2145</sup>.

L'exemple inverse peut être tiré de la règle correctrice *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*. Pour certains auteurs, cet adage, n'est pas rationnel<sup>2146</sup>. Le correctif est pourtant indispensable pour des raisons d'équité. L'adage est d'ailleurs en accord avec la logique de la prescription, c'est-à-dire la consolidation des situations de faits. En effet, alors que l'extinction de l'action empêchant de revenir sur une exécution qui a eu lieu assure le maintien du *statu quo*, l'extinction de l'exception permettant d'obtenir une exécution qui n'a pas eu lieu le détruit. En éteignant la première et maintenant la seconde les choses sont laissées dans l'état où elles étaient avant l'expiration du délai<sup>2147</sup>. Si la correction avait pris la forme d'un mécanisme au lieu d'une règle, s'attachant à corriger, non de manière automatique, mais en considération de la nécessité dictée par les faits, son utilisation serait sans doute plus rationnelle et l'adage ainsi mieux compris.

La souplesse caractérisant l'action des mécanismes correcteurs contrebalance la sécurité accrue de leur utilisation par rapport au jugement rendu en équité. En effet, ces instruments ne doivent pas devenir de véritables règles générales qui en connaîtraient les limites et

---

<sup>2142</sup> C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préc., n°54, p. 33 ; « l'équité se développa au sein de la Chancellerie dans de telles proportions qu'elle devait bientôt constituer un corps particulier de droit qui perdit peu à peu tout caractère équitable », l'equity « a abandonné petit à petit ce qui faisait d'elle l'"équité" pour devenir un corps de droit aussi rigide et aussi charpenté que la *Common Law* » (J. THIRION, *L'avènement de l'equity comme source de droit*, préc., p. 8 et p. 89).

<sup>2143</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, préc., n°102, p. 92.

<sup>2144</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°809, p. 798. Egalement : n°826, p. 817.

<sup>2145</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°865, p. 857. Dans le même sens : D. POMBIELH-JEAUNEAU, « L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation », *RRJ* 2004-3. 1547, spéc. 1548.

<sup>2146</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, préc., n°347, p. 694 et s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *Les sources*, préc., n°233, p. 238-239.

<sup>2147</sup> J. FLOUR, J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, éd. Armand Colin, 13<sup>ème</sup> éd., 2008, n°356, p. 315-316.

nécessiteraient sans doute à leur tour des correctifs, comme l'*equity* doit parfois être corrigée<sup>2148</sup>. Leur raison d'être réside dans les faits et il est donc cohérent et indispensable que la nécessité de l'espèce en cause commande leur déclenchement. Leur utilisation exceptionnelle déterminée par l'atteinte portée, dans le cas particulier, au système juridique assure un équilibre entre sécurité et correction.

Le mécanisme correcteur est donc un précieux outil du juge, plus sûr que le jugement rendu en équité et plus souple que la constitution d'un corps de règles correctives. Il répond aux exigences de sécurité juridique de par sa forme et son régime tout en conservant la souplesse nécessaire à la correction.

**301. Conclusion de la section** – Le pouvoir correcteur du juge semble exister de manière étendue, à la fois dans le temps et l'espace. Il prend alors différentes formes pouvant être ainsi présentées : le jugement rendu en équité ou l'« équité subjective », le corps de règles parallèle au droit objectif ou l'« équité objective » et le mécanisme correcteur. Le premier constitue la forme originelle prise par la correction. Le deuxième apparaît lorsque la récurrence du recours au jugement rendu en équité est importante. Le droit prétorien et l'*equity* illustrent ce passage de l'équité subjective à l'équité objective. Il en existe peu de traces en droit français du fait sans doute de la défaveur pesant sur le concept d'équité. Le mécanisme correcteur est une troisième voie pouvant être empruntée par la correction, à mi-chemin entre la décision d'espèce rendue en équité et le corps de règles parallèle. Il présente les avantages d'être plus sûr que l'équité subjective, plus souple que l'équité objective, et surtout d'être détaché de la notion controversée d'équité.

**302. Conclusion du Chapitre 1** – L'observation des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne et de la faculté utilisée par le juge de statuer en équité a mis en évidence le fait que, lorsque l'application de normes aurait des conséquences excessives, le juge la met à l'écart du règlement du litige et met fin à ce dernier par un autre moyen. S'est ainsi posée la question de l'existence d'un pouvoir correcteur du juge, un pouvoir apparemment dissimulé. Pourtant, sa rencontre à travers les âges et les lieux, son lien fort avec la règle figure première du droit, non pas seulement positif français mais entendu de manière générale, en fait une prérogative nécessaire du juge, évidente, presque naturelle. Face aux limites de la norme, le pouvoir d'interprétation, pourtant plus controversé, monopolise l'attention. Au sein du pouvoir correcteur, de toutes ses manifestations, le jugement rendu en équité et l'équité objective font de même avec le mécanisme correcteur, semblant entraver une éventuelle reconnaissance et admission plus générale de ce pouvoir. Cependant, le mécanisme correcteur, plus sûr que le jugement rendu en équité, plus souple que le corps de règles parallèle au droit, est détaché de l'encombrante notion d'équité. Cette forme semble ainsi la plus à même de réaliser cette reconnaissance et permet d'envisager favorablement l'avenir du pouvoir correcteur du juge.

---

<sup>2148</sup> A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », préc., spéc. p. 288 et s.

## CHAPITRE 2 : L'AVENIR DU POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE

**303. Plan** – Le juge est aujourd'hui au cœur d'une profonde évolution du système juridique. La méfiance persistante dont il est l'objet semble sur le chemin de l'apaisement ; en témoigne l'admission quasi unanime du pouvoir normatif de la jurisprudence<sup>2149</sup>, même si le débat n'est pas tari mais peut porter dorénavant sur une prérogative assumée. À présent cette étape franchie, le moment semble propice pour se concentrer sur d'autres questions et d'autres aspects du rôle du juge. Le pouvoir correcteur pourrait susciter moins de controverses car il est un rôle plus fondamental du juge, peut-être plus naturel. Une fois le concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne étudié, le fonctionnement de cette technique détaillé et le fondement du pouvoir dont il est une des manifestations envisagé, le regard peut se tourner vers l'avenir de cet instrument. Si le pouvoir du juge effraie, sans doute vaut-il mieux, puisqu'il est exercé, qu'il soit reconnu et encadré qu'ignoré et inapprivoisé. Le pouvoir correcteur pourrait utilement se voir reconnu car il serait ainsi encadré (Section 1) et consciemment utilisé (Section 2).

### Section 1 : Une reconnaissance du pouvoir correcteur du juge pour qu'il soit encadré

**304. Plan** – Selon Monsieur Jérôme Fischer, « les juristes n'aiment pas reconnaître à l'institution judiciaire des facultés nouvelles, car ils se méfient de leur utilisation extensive et abusive »<sup>2150</sup>. Cependant, une fois ce pouvoir existant, de fait, il y a plus de risques de le voir utilisé de manière excessive et abusive s'il n'est pas encadré et ne peut ainsi être contrôlé. Il ne fait nul doute que l'accroissement d'un pouvoir emporte nécessairement une responsabilité plus grande, la reconnaissance emporterait donc des conséquences nécessaires. Il convient de s'intéresser, dans un premier temps, à la reconnaissance de ce pouvoir (§ 1), pour, dans un second temps, s'intéresser au cadre qu'elle permettrait de poser (§ 2).

#### § 1 - La reconnaissance du pouvoir correcteur

**305. Étendue de la reconnaissance** – S'interroger sur la reconnaissance du pouvoir correcteur du juge oblige à envisager l'étendue de cette admission. Serait-elle restreinte à sa manifestation sous la forme d'un mécanisme correcteur ou plus générale, englobant également la possibilité pour le juge de statuer en équité ? Hors l'hypothèse de l'autorisation législative, le constat de la survivance de l'équité dite subjective en droit français a été dressé<sup>2151</sup>. En conséquence, le même raisonnement que celui utilisé pour le mécanisme correcteur semblerait s'imposer : si la pratique existe, mieux vaut la reconnaître pour l'encadrer. L'arbitraire et l'insécurité lui étant reprochés pourraient être contrebalancés par l'obligation faite aux juges de motiver leur décision de recourir à ce pouvoir<sup>2152</sup>, permettant une compréhension de la décision, une visibilité de la correction<sup>2153</sup> et

---

<sup>2149</sup> Cf. *supra* § n°82.

<sup>2150</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°4, p. 21.

<sup>2151</sup> Cf. *supra* § n°282.

<sup>2152</sup> C. ALBIGES, « équité », préc., n°17 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *Ecrits en hommage à J. Foyer*, 1997, PUF, p. 653 et s. spéc. n°14, p. 468 ; A. SÉRIAUX, *Le droit, une introduction*, préc., n°210, p. 203 ; M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », préc. Voir contr. : l'équité « est impuissante à asseoir une motivation » (E. AGOSTINI, « L'équité », préc., n°9, p. 11).



un contrôle adapté. Cette reconnaissance a d'ailleurs été prônée par des auteurs<sup>2154</sup>. Elle marquerait définitivement la restauration de la fonction de juger et l'adoption d'un positionnement réaliste. Cependant, il n'est pas le lieu ici de militer pour la reconnaissance d'un pouvoir général du juge de statuer en équité. D'une part, l'image du juge reste fragile et l'équité trop controversée. D'autre part, souhaiter une reconnaissance générale du pouvoir correcteur du juge risque d'aboutir à un rejet global du jugement rendu en équité et des mécanismes correcteurs. Une première étape pourrait consister dans la reconnaissance de ce pouvoir sous la forme des mécanismes correcteurs et une seconde pourrait voir accueillir l'équité subjective dans la partie visible du système juridique.

La question se pose de savoir si la consécration d'un mécanisme correcteur nécessite antérieurement plusieurs décisions en équité cohérentes dans un même type d'hypothèses. Cette technique est créée pour répondre à une limite récurrente de l'application d'une norme. Ainsi, il semble logique que des décisions d'espèce précèdent la création d'un mécanisme correcteur. La modulation dans les temps des effets de la jurisprudence, un des mécanismes correcteurs les plus récents et donc dont la naissance peut plus facilement être étudiée, s'est constituée de manière progressive. Dans une première décision d'espèce rendue par la première Chambre civile le 6 juin 2000<sup>2155</sup>, la Cour de cassation a consenti à limiter l'application de l'une de ses jurisprudences sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme. L'origine de cette affaire réside dans un premier arrêt rendu le 26 janvier 1994 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation<sup>2156</sup>. Monsieur Bellet, contaminé par le VIH lors d'une transfusion, accepta l'indemnisation proposée par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles mais assigna également la Fondation nationale de transfusion sanguine en réparation complémentaire de son préjudice. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 12 mars 1993, déclara cette demande irrecevable par le biais d'une interprétation restrictive de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991. Ce texte prévoit que le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles assure la réparation intégrale des préjudices résultant de la contamination et la cour d'appel en a déduit l'interdiction pour la victime indemnisée par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles de saisir le juge judiciaire d'une demande complémentaire dirigée contre l'établissement et fondée sur les règles du droit commun. Cette décision a été maintenue par la Cour de cassation en 1994<sup>2157</sup>. Monsieur Bellet saisit alors la Cour européenne des droits de l'homme d'une requête tendant à démontrer la violation par l'État français de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et plus précisément du droit à l'accès au juge. La France fut effectivement condamnée par la Cour de Strasbourg<sup>2158</sup> qui considéra que la rédaction de la loi en question ne permettait pas aux victimes acceptant l'offre de transaction du fonds d'indemnisation de savoir avec précision qu'elles s'interdisaient par la suite d'agir directement contre le responsable. Dans un arrêt postérieur<sup>2159</sup>, cette même Cour a considéré que la France ne pouvait interdire une action judiciaire qu'aux victimes ayant accepté l'offre de transaction

---

<sup>2153</sup> Sa dissimulation peut sembler être une « manipulation » (E. LOQUIN, « équité », préc., spéc. p. 427)

<sup>2154</sup> Monsieur Jérôme Fischer, par exemple, propose qu'un principe général selon lequel « Le juge peut, à la demande d'une partie, déroger à la règle de droit, lorsque son application stricte provoquerait des conséquences manifestement excessives », soit inséré dans un article 4-1 du Code civil, rattachant l'hypothèse d'utilisation de cette faculté au déni de justice (J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n° 425, p. 402-403).

<sup>2155</sup> Civ., 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2000, n° de pourvoi : 98-22117, *Bull. civ.* 2000, I, n°179, p.116, *D.* 2000, IR. 185.

<sup>2156</sup> Civ., 2<sup>ème</sup>, 26 janvier 1994, *Bull. civ.* 1994, II, n° 41, p. 23, *D.* 1994, IR. 55.

<sup>2157</sup> Civ., 2<sup>ème</sup>, 26 janvier 1994, préc.

<sup>2158</sup> CEDH, 4 décembre 1995, Bellet c. France, Req. n° 23805/94, *D.* 1996, Jur. 357, note M. COLLIN-DEMUMIEUX, et 1997, *Somm.* 205, obs. S. PEREZ.

<sup>2159</sup> CEDH, 30 octobre 1998, F.E c. France, Req. n° 38212/97, *D.* 1999, *Somm.* 269, obs. N. FRICERO et S. PEREZ ; 10 oct. 2000, *Lagrange*, n° 39485/98.

après le 26 janvier 1994, date à laquelle la Cour de cassation avait éclairé l'interprétation de la loi. Dans l'arrêt du 6 juin 2000, la Cour de cassation s'est finalement rangée à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme de l'article 6 et permit aux victimes ayant été indemnisées antérieurement à l'arrêt de 1994 de saisir le juge judiciaire pour tenter d'obtenir un complément de réparation. Ainsi, la Cour de cassation admit que son arrêt du 26 janvier 1994 ne devait produire effet que pour l'avenir<sup>2160</sup>. La Cour de cassation a écarté l'application du principe de la rétroactivité de la nouvelle jurisprudence, inadapté à régler le litige. S'il s'agit bien de correction au sens de cette étude, le mécanisme correcteur de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence n'est pas ici pleinement constitué. Cette décision n'a pas vocation à régir d'autres hypothèses similaires, elle est purement circonstancielle.

La technique a de nouveau été utilisée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 8 juillet 2004<sup>2161</sup>. Si elle a rencontré le retentissement que l'on connaît grâce à la publication presque simultanée du *Rapport sur les revirements de jurisprudence*<sup>2162</sup> et à la consécration ultérieure de la solution qu'elle retient, cette décision présente en revanche les caractères d'un arrêt d'espèce<sup>2163</sup>. Elle a en effet été rendue par une chambre de la Cour de cassation et surtout pose l'hypothèse de recours à la modulation de manière très large, trop large sans doute, laissant place à une incertitude sur son interprétation et ne permettant pas son extension à d'autres situations. De même, la décision rendue par la Chambre commerciale le 26 octobre 2010<sup>2164</sup> connaît les mêmes caractères<sup>2165</sup>. Le mécanisme correcteur est plus sûrement issu de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 21 décembre 2006<sup>2166</sup>. Rendu par la formation la plus solennelle de la juridiction, il précise, de plus, le critère de recours au mécanisme permettant une systématisation aboutissant d'ailleurs à ce qu'il soit ultérieurement utilisé<sup>2167</sup>.

La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence est donc apparue de manière progressive, utilisée dans plusieurs décisions d'espèce puis consacrée par l'Assemblée plénière en 2006.

Dans un premier temps, la reconnaissance pourrait ainsi se limiter aux mécanismes correcteurs, se pose alors la question de la provenance de cette admission.

---

<sup>2160</sup> C. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003. 2247.

<sup>2161</sup> Cass., civ., 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, n° de pourvoi : 01-10426, préc.

<sup>2162</sup> Rapport préc.

<sup>2163</sup> P. DEUMIER, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2006, pourvoi n° 04-10.101) », préc. ; P. JESTAZ, P. CAPOULADE et D. FOUSSARD, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, préc., p. 207 et s.) ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, préc., p. 163 et s. ; C. ATIAS, « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », préc.

<sup>2164</sup> Com. 26 octobre 2010, pourvoi n° 09-68928, préc.

<sup>2165</sup> « L'arrêt retient à bon droit que le revirement de jurisprudence opéré par la chambre mixte de la Cour de cassation par un arrêt du 18 mai 2007, qui a retenu que la simple déclaration de créance à la liquidation de la société civile constitue la preuve de vaines poursuites par le créancier, ne peut recevoir application à l'instance en cours au moment de son prononcé, sans priver la créancière d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, celle-ci se trouvant, eu égard à la jurisprudence antérieure, dans l'impossibilité d'éviter de laisser prescrire sa créance » (Com. 26 octobre 2010, pourvoi n°09-68928, préc.) ; « cet arrêt de rejet, qui n'a rien d'une décision de principe, n'en est pas moins remarquable » (A. LIENHARD, « Société civile en liquidation judiciaire : poursuite contre les associés, Arrêt rendu par Cour de cassation, com. 26 octobre 2010, n° 09-68.928 (n° 1058 F-P+B) », *D.* 2010. 2647).

<sup>2166</sup> Ass. Plén. 21 décembre 2006, pourvoi n°00-20493, préc. ; « L'arrêt commenté constitue une nouvelle illustration de la possible modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence, consacrée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 21 décembre 2006 » (N. MORELLI, « L'article 1859 du code civil : du revirement prospectif à l'illusion rétrospective, Note sous Cour de cassation (com. 26 octobre 2010, F-P+B, n° 09-68.928, *Hofnung c/ S<sup>té</sup> Mabilid* », préc.).

<sup>2167</sup> « Mais attendu que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge » (Com. 13 novembre 2007, pourvoi n° 05-13248, préc.).

**306. La forme de la reconnaissance** – Reconnaître le pouvoir correcteur du juge revient à lui conférer une existence officielle. Étant un pouvoir détenu par le juge, il est nécessaire de s'interroger sur la forme de cette reconnaissance. En d'autres termes doit-elle être l'œuvre du législateur, de la jurisprudence ou de la doctrine ?

Dans l'hypothèse où l'appui d'un texte serait souhaité, il ne semble pas nécessaire d'en créer un, l'article 4 du Code civil, selon lequel « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice », étant sans doute à même de fonder le pouvoir correcteur du juge. En effet, en vertu de ces dispositions, le juge peut combler les lacunes de la loi, l'interpréter et « corriger ses insuffisances »<sup>2168</sup>. Il est, en effet, généralement considéré que l'article 4 du Code civil oblige implicitement le juge à statuer en équité<sup>2169</sup>. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne peut ainsi être considéré comme un outil du juge lui permettant de corriger les insuffisances de la règle applicable en l'écartant lorsque les faits le commandent. Étant un pouvoir appartenant au juge, il n'est cependant ni nécessaire, ni souhaitable que le législateur régie son utilisation. La correction, ces pages ont tenté d'en convaincre, est en effet un pouvoir fondamental du juge, attaché à la fonction même de juger. Aussi est-il possible de considérer que la Cour de cassation puisse consacrer l'existence de ce pouvoir en mettant plus régulièrement<sup>2170</sup> en évidence, dans les motifs de ses arrêts, l'opération réalisée. Elle a elle-même reconnu, certes, de manière implicite, mais réelle, son pouvoir créateur en modulant dans le temps les effets de revirements de jurisprudence<sup>2171</sup>. De même, les juges se sont arrogés le pouvoir d'opérer un contrôle de conventionnalité<sup>2172</sup>, abstrait puis concret. La Haute juridiction de l'ordre judiciaire pourrait ainsi, de manière plus explicite<sup>2173</sup> et générale,

<sup>2168</sup> J-L. BERGEL, « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », préc.

<sup>2169</sup> « Ce qui est certain est que le juge - tout juge, et pas seulement celui de cassation - est investi du pouvoir de créer des règles de droit par l'article 4 du Code civil, qui lui interdit de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Ce texte, qui se justifie par le principe que, dans un État de droit, nul ne peut se faire justice à soi-même et que tout différend doit donc pouvoir trouver une issue judiciaire, non seulement autorise le juge, mais encore l'oblige à formuler, pour les besoins de la cause dont il est saisi, la règle qui sert de fondement à la solution du litige, chaque fois que celle-ci ne peut pas être immédiatement déduite des termes exprès du droit écrit. » (V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc.) ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°4, p. 22 ; « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801) ; C. GAU-CABEE, « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle ? », préc., spéc., p. 14 ; R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », préc.

<sup>2170</sup> Sur l'exposé, par la Cour de cassation, de la mise à l'écart de la norme compétente : cf. *supra* § n°232-234

<sup>2171</sup> Sur ce point : cf. *supra* § n°46.

<sup>2172</sup> Cf. *supra* § n°236.

<sup>2173</sup> Sur le style des arrêts de la Cour de cassation : F. BERENGER, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003, p. 19 ; J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004. 2239 ; « le raisonnement juridique particulièrement complexe du juge à la recherche de la solution juste est rarement explicité » (J. LECLERCQ, « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA*, 19 décembre 2001. 19) ; « la puissance ainsi conquise a rejailli sur le style des arrêts de la Cour de cassation, dont on a vainement et injustement critiqué le laconisme, lequel n'est pas le produit d'un choix esthétique ni celui d'un particularisme culturel mais celui d'un indice structurel de souveraineté. Une institution chargée de poser des règles de nature législative n'a pas vocation à motiver sa décision comme un juge. Le jugement est un acte rhétorique qui tend à convaincre les plaideurs du bien-fondé de la décision qu'il contient, ce qui explique que le juge soit enclin, en dehors de toute obligation légale, à motiver ses sentences. Tel est le style des arrêts rendus par les cours suprêmes de pleine juridiction et en particulier de celles de common law, dont le caractère ampliatif est bien connu. L'autorité chargée de donner l'interprétation de la loi n'a, au contraire, pas lieu de se justifier, pas plus que n'a à le faire le législateur lui-même. Bien mieux, le faire affaiblirait son interprétation ; l'imperatoria brevis des arrêts suprêmes emprunte au style concis et ferme de la loi » (F. ZENATI, « La nature

reconnaître l'existence d'un pouvoir correcteur du juge à travers la création et l'utilisation de mécanismes correcteurs. Cette question avait déjà été abordée à propos de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence et le groupe de travail présidé par Monsieur Nicolas Molfessis en était arrivé à la conclusion que la Cour de cassation pouvait elle-même décider de moduler dans le temps les effets de sa jurisprudence<sup>2174</sup>. En effet, il est considéré que le juge doit pouvoir déterminer la portée de sa décision, cette question « se trouve incluse dans le "périmètre naturel" du pouvoir du juge »<sup>2175</sup>. Le pouvoir correcteur requiert, de par sa nature, une certaine souplesse et le juge est le plus à même de décider de la manière dont il doit corriger l'application de la règle. Le passage de la règle générale à l'espèce particulière relève de son office. De plus, il serait incohérent de constater une confiance retrouvée dans le juge pour lui dénier la reconnaissance d'un pouvoir lui appartenant. Au surplus, il doit être constaté que, jusqu'ici, le juge a créé des mécanismes correcteurs sans intervention du législateur<sup>2176</sup>.

Une dernière hypothèse doit être envisagée, celle de la reconnaissance du pouvoir correcteur du juge par la doctrine. La régularité de l'emploi du concept de mécanisme correcteur exposée en introduction<sup>2177</sup> témoigne de ce qu'une telle reconnaissance est entamée. De plus, les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne identifiés doivent, pour une grande part, leur construction au travail des auteurs. La théorie de l'abus de droit, par exemple, a notamment été forgée à l'aide des travaux de Saleilles<sup>2178</sup> et du débat ayant opposé Josserand, Planiol et Ripert<sup>2179</sup>. De manière plus récente, la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence avait été proposée par plusieurs auteurs et par le rapport sur *Les revirements de jurisprudence* dont la Cour de cassation s'est inspirée<sup>2180</sup>. Pour être complète, manque la reconnaissance de cette technique entendue de manière autonome. Il ne fait pas de doute que la reconnaissance par la doctrine du pouvoir correcteur est indispensable. La doctrine a été qualifiée dans cette étude de source réelle du droit, elle participe ainsi à la création des règles de droit mais de manière indirecte, son effet positif restant soumis à une réception<sup>2181</sup>. Nombreux sont les

---

de la Cour de cassation », préc.) ; C. WITZ, « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTDciv.* 1992. 737 ; A. TOUFFAIT et A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTDciv.* 1974. 487. La motivation des arrêts de la Cour de cassation est aujourd'hui discutée dans le cadre de la réforme de la Haute juridiction (voir notamment : Conclusions d'étapes. Commission de réflexion sur la réforme de la Cour. Site internet de la Cour de cassation).

<sup>2174</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 35 et s. Dans le même sens : C. RADE, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », préc. Contr. « je ne suis pas sûr que la jurisprudence, en général, et la Cour de cassation, en particulier, ait le pouvoir de déroger à la rétroactivité naturelle de la décision judiciaire, qu'elle soit ou non de revirement. C'est donner au juge un pouvoir qui, quelles que puissent être sa pertinence et son opportunité, me paraissent relever de la compétence de la loi et du règlement [...]. Au reste, un tel pouvoir ne saurait aller sans une réglementation détaillée (conditions de la modulation, modalités de sa mise en œuvre - critères d'application de la norme ancienne et de survie de l'ancienne) qu'un arrêt, fût-il de revirement, ne saurait préciser sans constituer un arrêt de règlement. Surtout, l'affirmation d'un tel pouvoir, serait-ce dans le seul cadre d'une espèce, prétend naturellement à une généralité - sans laquelle on voit mal l'intérêt de la revendication - qui s'accorde mal avec la prohibition des arrêts de règlement : elle se situe nécessairement hors de l'espèce. » (J-L. AUBERT, « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », préc.).

<sup>2175</sup> *Les revirements de jurisprudence*, rapport préc., p. 35 et s., spéc. p. 37-38.

<sup>2176</sup> Cf. *supra* § n°86 et s.

<sup>2177</sup> Cf. *supra* § n°4.

<sup>2178</sup> R. SALEILLES, *La déclaration de volonté*, préc., p. 251 et s.

<sup>2179</sup> F. AUDREN et C. FILLON, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », préc. ; P. ANCEL et C. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? », préc. ; L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, préc. ; *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *Théorie dite de l'abus des droits*, préc. ; G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », préc.

<sup>2180</sup> Sur ce point cf. *supra* § n°205.

<sup>2181</sup> P. DEUMIER, « Existe-t-il une doctrine positive ? », préc. Également : « Quand les textes ne comportent pas de définitions ou ne donnent que des définitions insuffisantes, c'est au juge qu'il appartient, au nom de son

auteurs ayant influé de manière significative sur le droit, le rationalisant, maniant la critique et la prospective<sup>2182</sup>. Batiffol fut l'un des principaux inspirateurs du droit international privé français, de même que Roubier pour le droit transitoire<sup>2183</sup>. La doctrine a également une fonction légitimante du droit<sup>2184</sup>. Cette reconnaissance doctrinale est donc indispensable mais ne serait pas suffisante. En effet, s'agissant d'un pouvoir attaché à la fonction juger, le rôle central du juge dans sa reconnaissance semble s'imposer.

La reconnaissance du pouvoir correcteur du juge permettrait ainsi de l'encadrer, une fonction revenant au juge lui-même.

## § 2 - L'encadrement de l'exercice du pouvoir correcteur du juge

**307. Un cadre nécessaire pour une confiance retrouvée** – La reconnaissance du pouvoir correcteur du juge et son admission pourraient symboliser la confiance retrouvée envers le juge. Celle-ci ayant été trahie par le passé, ce processus ne peut aller sans garanties. La reconnaissance de son pouvoir normatif par la Cour de cassation par la modulation dans le temps des effets de revirements ne s'est pas réellement accompagnée de la prise de responsabilités que le statut de source du droit implique nécessairement, ce qui explique peut-être les réactions parfois indignées<sup>2185</sup> que ce procédé a suscité. Un accroissement de pouvoir emporte une responsabilité plus grande, un encadrement plus visible.

Il doit être remarqué néanmoins que la Cour de cassation est aujourd'hui engagée dans un processus de réflexion dans la perspective d'une réforme globale. Le Premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, a en effet mis en place une commission de réflexion dont l'objectif est d'aborder un ensemble de questions et de formuler un certain nombre de propositions de réformes. Cette commission, pilotée par Jean-Paul Jean, président de chambre, directeur du Service de documentation, des études et du rapport (SDER), et dont la séance d'ouverture s'est tenue le vendredi 17 octobre 2014, se compose de deux groupes de travail : l'un est consacré à la technique du pourvoi et l'autre porte sur le rôle du parquet général au sein de la juridiction suprême. De nombreuses questions sont abordées<sup>2186</sup>, elles témoignent d'une grande modernité et pourraient aboutir à des changements majeurs.

La Cour de cassation contrôle déjà l'utilisation de chaque mécanisme correcteur de manière

---

pouvoir d'interprétation des lois et règlements, de fixer le sens des mots et de donner aux concepts leur définition. [...] Le juge est aidé par la doctrine qui, par ses efforts de d'explication du droit positif, par son œuvre de synthèse, par sa force de proposition, dégage les concepts et en suggère les définitions. Le juriste de doctrine est parfois conduit à créer lui-même des concepts destinés à la connaissance et à l'analyse systématique du droit, qui ne sont pas issus des sources formelles du droit et n'ont donc pas de valeur obligatoire, même s'ils deviennent d'usage courant. [...] Certains de ces concepts sont d'ailleurs ensuite consacrés par les constitutions, les lois ou les règlements » (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°172, p. 230).

<sup>2182</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, préc., n°60, p. 81 et s. ; P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003. 2839.

<sup>2183</sup> P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », préc.

<sup>2184</sup> J.-L. SOURIOUX, *Rép. dr. civ.* Dalloz, rubrique « Droit », juillet 2004 (dernière mise à jour : mars 2009), n°40 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, préc., p. 217 et s.

<sup>2185</sup> Pour une réaction parmi les plus virulentes : V. HEUZE, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », préc.

<sup>2186</sup> « La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire doit-elle se livrer à un filtrage des pourvois, non plus en traitant systématiquement l'ensemble des dossiers dont elle est saisie, mais, au même titre que d'autres Cours suprêmes étrangères, en opérant une sélection raisonnée des affaires qui lui sont soumises ? Lui est-il nécessaire de repenser la manière dont elle motive ses décisions, et, de façon plus large, de rédiger ses arrêts ? La Cour peut-elle envisager de faire évoluer son mode de contrôle du droit, pour tenir compte de celui de la Cour européenne des droits de l'homme ? Une étude d'impact des décisions rendues par la Cour est-elle envisageable ? Dans quelles conditions ? Sur quels critères ? L'interprétation stricte des textes peut-elle se concilier avec une anticipation plus fine de la portée sociale ou économique des arrêts ? » (site internet de la Cour de cassation).

indépendante. Elle pourrait poser un cadre exposant et régissant de manière plus explicite le recours à chacun des mécanismes. Cette reconnaissance s'accompagnerait ainsi d'une plus grande transparence quant à l'action du juge.

**308. Par qui ?** – Si, une fois le mécanisme correcteur créé, il peut être utilisé par tous les juges<sup>2187</sup>, la question se pose de savoir à qui revient sa création. Il convient de préciser que, si le législateur peut être amené à créer des mécanismes correcteurs<sup>2188</sup>, sans que cette tâche lui soit exclusivement réservée, elle revient plus naturellement au juge. En effet, le passage de la règle générale au cas particulier fait pleinement partie de son office, il opère l'adaptation indispensable du droit aux faits<sup>2189</sup>. Le législateur a la charge du droit posé *a priori* et le juge de son adaptation aux faits. Il n'est pas de l'essence du rôle du législateur de créer des mécanismes correcteurs car il s'intéresse au droit général, c'est-à-dire détaché des considérations particulières impliquées par les situations factuelles. Cette idée peut être déduite des écrits de Portalis lui-même. En effet, selon lui, l'universalité et la généralité de la règle de droit peuvent s'avérer être une source d'imperfections et d'injustices et le réajustement de ces excès ne peut « appartenir au législateur, uniquement ministre de cette justice et de cette équité générale qui, sans égard à aucune des circonstances particulières, embrasse l'universalité des choses et des personnes »<sup>2190</sup>; ce réajustement ne peut être que l'œuvre du juge. Pour la doctrine contemporaine, Messieurs Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux et Madame Muriel Fabre-Magnan, à propos des correctifs assurant le respect des finalités du système juridique que sont l'abus de droit, la fraude et l'apparence, expliquent que :

il n'est pas étonnant qu'une telle création soit principalement l'œuvre de la jurisprudence. Ce sont en effet, les tribunaux qui se trouvent directement au contact des difficultés suscitées par la mise en œuvre des droits ; il appartient aux juges de trouver des solutions qui sauvegardent les finalités du système juridique et ils doivent le faire sur le champ, sans attendre un hypothétique secours du législateur qui serait, de toute façon trop tardif<sup>2191</sup>.

Plus récemment, Monsieur Jérôme Fischer, qui défend dans sa thèse la reconnaissance d'un véritable pouvoir modérateur du juge, apporte un second argument en défaveur de l'intervention du législateur. Il considère que celui-ci connaît des limites intrinsèques<sup>2192</sup>.

---

<sup>2187</sup> Dans un arrêt « conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes » rendu par le Conseil d'Etat, en sa Section du contentieux, le 6 juin 2008 (préc., J.-P. THIELLAY, « Dommages-intérêts pour citation abusive : demande reconventionnelle relevant de la compétence du juge de l'action, Conclusions sur Conseil d'Etat, section, 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ Banon, Req. n° 283141 », préc.), celui-ci enjoint à une cour administrative d'appel de moduler dans le temps les effets d'une jurisprudence nouvelle : « Considérant que la cour administrative d'appel aurait dû, en application de ces règles, annuler le jugement par lequel le tribunal administratif de Paris s'est prononcé au fond sur la demande indemnitaire de M. A, laquelle avait été portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, puis constater elle-même, en application de l'article R. 351-4 du code de justice administrative, qu'il n'y avait plus lieu d'y statuer, dès lors que le conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes, saisi de la plainte du Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris à l'encontre de M. A, s'était déjà prononcé et que cette demande ne pouvait donc plus lui être renvoyée ; qu'il lui appartenait toutefois de relever que les règles ainsi dégagées, qui ne sont pas édictées par un texte et qui ne résultaient d'aucune jurisprudence antérieure, ne pouvaient être opposées à M. A sans méconnaître son droit au recours ; qu'en l'espèce, par suite, la cour aurait dû, après avoir annulé le jugement du tribunal administratif, renvoyer la demande indemnitaire de M. A devant le conseil régional de l'ordre des chirurgiens-dentistes ; qu'en ne procédant pas de la sorte, la cour administrative d'appel de Paris a entaché son arrêt d'erreur de droit ».

<sup>2188</sup> Sur les mécanismes correcteurs d'origine légale *cf.* notamment *supra* § n°38.

<sup>2189</sup> T. REVET, « La jurisprudence », préc. ; « Nul doute que le juge ait un rôle essentiel quant à l'appréciation des faits : la jurisprudence est donc à la base de la notion d'apparence et l'a adaptée aux successives réalités économiques et sociales » (C. PAGNON, « L'apparence face à la réalité économique et sociale », préc.).

<sup>2190</sup> PORTALIS, *Discours préliminaire sur le premier code civil*, 1801.

<sup>2191</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, préc., n°760, p. 746.

<sup>2192</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°391 et s., p. 374 et s.

L'une d'entre elles est la lenteur naturelle de l'élaboration législative qui s'accorde mal avec la nécessité de mécanismes correcteurs. En effet, l'élaboration d'un tel instrument est rendue nécessaire par la confrontation de la règle compétente à une situation factuelle et doit constituer une réponse immédiate. L'intervention du législateur interviendra nécessairement trop tard.

Si la création de mécanismes correcteurs revient plus naturellement aux juges, parmi eux, il semble indispensable de la réserver à la Cour de cassation. En effet, de par son rôle d'unification du droit, le juge du droit est le seul à pouvoir valablement créer un outil pouvant être utilisé de manière harmonieuse par tous les juges. Il ne fait pas de doute que juge de cassation et juge du fond n'ont pas le même rôle au sein du système juridique français. Alors que le second se prononce à la fois sur les faits de l'espèce et le droit à lui appliquer, le premier n'envisage de son côté que le droit. Le juge du droit a en effet pour mission essentielle d'assurer le respect de la règle de droit et d'en unifier l'interprétation<sup>2193</sup>, il ne rend pas lui-même des décisions concernant le fond de l'affaire<sup>2194</sup>. Il apprécie la valeur de la décision lui étant déférée et juge ainsi l'arrêt plutôt que le cas<sup>2195</sup>. Il est, à ce titre, généralement dit que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction<sup>2196</sup>. La Cour de cassation, ne statuant pas sur le fond de l'affaire en cause, n'a pas, à proprement parler, de pouvoir correcteur lui permettant d'écarter la règle compétente du règlement du litige et de lui substituer une autre solution. En effet, lorsqu'elle utilise dans ses arrêts un mécanisme correcteur, elle ne procède généralement pas elle-même à la correction puisqu'elle ne règle pas véritablement le litige. Elle contrôle l'utilisation du mécanisme correcteur, à charge pour le juge de renvoi de corriger lui-même l'application de la règle. Il en est de même lorsqu'elle utilise une règle. Elle ne fait qu'en contrôler l'application par les juges et ne l'applique pas elle-même au litige au sens où elle n'y met pas fin. L'aspect correcteur du rôle du juge du droit se limite ainsi au contrôle<sup>2197</sup> de l'utilisation des mécanismes correcteurs, à la systématisation de leur utilisation<sup>2198</sup> et à leur création. Il convient ainsi de distinguer l'utilisation des mécanismes correcteurs par le juge du fond et la systématisation de leur recours et leur création par le juge de droit. Il peut néanmoins être opposé à cette répartition que le mécanisme correcteur intervenant au cas où l'application d'une règle heurterait le

---

<sup>2193</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°203, p. 179.

<sup>2194</sup> « Le rôle de la Cour de cassation n'est pas de rejurer les affaires mais, d'une part, de juger la façon dont les juges ont jugé, d'autre part, de dégager des normes générales et abstraites qui constituent la jurisprudence et contribuent à la sécurité juridique des citoyens » (V. VIGNEAU, « *Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation* », *D.* 2010. 102) ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°135, p. 116 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°203, p. 179 ; J-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, préc., n°150, p. 146-147 ; J-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. Chron. 1115 ; F. ZENATI, « La nature juridique de la Cour de cassation », préc. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, préc., n°93, p. 168 ; *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 25 et s.

<sup>2195</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, préc., n°780, p. 655 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°203, p. 179 ; J-L. AUBERT, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », préc.

<sup>2196</sup> F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, préc., n°135, p. 116 ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, préc., n°203, p. 179. Il en va différemment lorsque, en application de l'article 627 du Code de procédure civile, la Cour de cassation casse sans renvoi et met fin au litige en prononçant une décision sur le fond. Voir sur ce point : F. LUXEMBOURG, « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, Chron. 2358. Selon Maître Stéphane-Laurent Texier, l'essor récent de cette procédure, prévue par la loi du 3 janvier 1979, l'a transformée en « *quasi-juge du fond* » (S.-L. TEXIER, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011. 116).

<sup>2197</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°17, p. 32-33 ; C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., p. 393-400.

<sup>2198</sup> J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°17, p. 32-33.

système juridique, le juge du fond est confronté de manière plus fréquente à ce problème et peut, s'il ne trouve pas, dans l'arsenal de mécanismes existants, une solution, devoir en créer un. Il doit être répondu qu'il ne s'agira cependant pas d'une réelle création. Le même raisonnement que pour la règle jurisprudentielle peut être ici adopté, le juge du fond propose une nouvelle règle ou un nouveau mécanisme et la Cour de cassation en fera, ou non, une véritable création utilisable de manière harmonieuse par les juges<sup>2199</sup>. Le mécanisme correcteur sera créé au travers de propositions concordantes reposant sur l'identité d'une technique pour pallier un type de difficultés provoquées par la généralité de la règle. Chaque proposition sera justifiée par un cas d'espèce. Si la création véritable d'un mécanisme correcteur peut prendre du temps, le juge intervient immédiatement pour rendre la justice et proposer une correction.

La reconnaissance du pouvoir correcteur du juge entraîne la nécessité de poser un cadre à son exercice pour que la confiance envers le juge soit restaurée. Passée la peur de l'arbitraire et de l'abus grâce au cadre posé par la Cour de cassation, la reconnaissance du pouvoir correcteur pourrait être un formidable moyen de l'utiliser de manière consciente pour améliorer le fonctionnement du système juridique.

**309. Conclusion de la section** – Le pouvoir correcteur existe et est, d'ores et déjà, en dehors d'une reconnaissance officielle, exercé par le juge. Son exercice est dissimulé lorsqu'il prend la forme d'une décision d'espèce rendue en équité et la pratique des mécanismes correcteurs n'est pas reconnue de manière globale. Reconnaître ce pouvoir, en se limitant dans un premier temps à cette dernière manifestation, permettrait d'en encadrer l'utilisation et ainsi que son exercice soit plus visible et contrôlé. La création de mécanismes correcteurs pourrait être attribuée au juge de cassation, sans bien sûr que le législateur se la voit pour autant interdire, leur utilisation revenant aux juges du fond. Les juges devraient justifier plus explicitement leur recours à la correction, devant rester exceptionnel, par les faits de l'espèce. Rien de révolutionnaire ici, il ne s'agirait finalement que de la consécration de ce qui se produit déjà dans la pratique, la justification expresse de la correction en plus. Cette reconnaissance permettrait ainsi que soit posé un cadre régissant l'activité correctrice des juges et rendrait cette dernière plus visible. Une plus grande transparence est une étape indispensable pour parachever la réhabilitation de la fonction de juger et la confiance en son détenteur. Il faut ajouter, d'un point de vue plus prospectif, que reconnaître l'existence du pouvoir correcteur permettrait de résoudre des problèmes paraissant insolubles par la création d'un mécanisme correcteur, technique permettant d'aborder la situation sous un angle différent.

## **Section 2 : Un pouvoir utilisé consciemment, l'exemple de l'imprévision**

**310. Précisions terminologiques** – La reconnaissance du pouvoir correcteur du juge pourrait permettre à celui-ci de l'utiliser de manière consciente et, notamment, au législateur ou à la Cour de cassation, d'envisager la création de nouveaux mécanismes correcteurs pour répondre aux insuffisances de certaines normes. En effet, le juge est parfois attaché au caractère absolu de principes à un point tel que la nécessité de le préserver semble prévaloir sur la justice. Conscient cependant de l'injustice provoquée par son application excessivement rigide, il tergiverse, multiplie les fondements et moyens d'y remédier, suscitant

---

<sup>2199</sup> Voir la position récente du Conseil constitutionnel selon lequel la jurisprudence des juges du fond ne peut constituer une jurisprudence constante (Cons. const., 8 avril 2011, n° 2011-120 QPC, *Recours devant la Cour nationale du droit d'asile*, préc.).



interrogations et incertitudes.

L'hypothèse envisagée ici est celle de la gestion de l'imprévision en droit des contrats<sup>2200</sup> qui a récemment fait son entrée au sein du Code civil<sup>2201</sup>. Il est volontairement choisi ici de faire référence à la « gestion de l'imprévision » plutôt qu'à la formule traditionnelle de la « révision pour imprévision » car cette dernière est, d'une part, trop large car seule la révision<sup>2202</sup> judiciaire est en cause et, d'autre part, trop réductrice en impliquant un seul mode de règlement du problème<sup>2203</sup>. La difficulté engendrée par la généralité de la règle est liée à l'imprévision, la révision est un moyen, parmi d'autres, d'y remédier. Le terme même d'« imprévision » n'est pas non plus idéal car, comme le fait justement remarquer Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson :

le fait générateur du bouleversement de l'équilibre contractuel n'est pas tant l'"imprévision" des parties - ou "imprévision contractuelle" que le changement de circonstances, survenu après la conclusion du contrat, et qui ne pouvait pas être raisonnablement pris en considération lors de cette conclusion<sup>2204</sup>.

Il ne s'agit cependant pas d'utiliser une formule, certes correcte et précise, mais longue et complexe. Le « changement de circonstances » est également une expression trop large puisque n'importe quel changement de circonstances ne permet pas de déroger au principe de la force obligatoire du contrat. Sera ainsi, faute de mieux, conservé le terme d'« imprévision » car il a l'avantage d'être suffisamment explicite pour immédiatement faire référence à ce changement de circonstances en particulier.

**311. Plan** – La gestion de l'imprévision a compté parmi les questions au cœur des préoccupations qu'a suscitées l'évolution du droit des contrats car elle a été l'objet de tergiversations de la Cour de cassation et de prises de positions de la doctrine et des projets d'harmonisation de cette branche du droit. La variété de propositions sur le sujet démontre la complexité de la question (§ 1). Celle-ci pourrait ainsi être utilement envisagée sous l'angle de la correction et plus spécifiquement du mécanisme correcteur (§ 2).

## § 1 - La gestion de l'imprévision, une question complexe

**312. Le traditionnel refus de principe de la révision pour imprévision** – L'imprévision peut se définir comme un bouleversement imprévisible des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat à exécution successive, remplaçant

---

<sup>2200</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, préc., n°1060 et s., p. 2172 et s. ; C. MENARD, « Imprévision et contrats de longue durée », in *Etudes Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 661 et s. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2001, n°290 et s., p. 355 et s. ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mel. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994 ; P. HEBRAUD, « Notion et rôle du temps en droit civil », in *Mélanges Kayser*, PUAM, 1979, t. 2, p. 1 et s.. Il convient de préciser dès à présent que Monsieur Jérôme Fischer utilise également l'exemple du refus de l'imprévision, dans sa thèse consacrée au pouvoir modérateur du juge en droit civil français, qu'il qualifie alors de lacune de la modération judiciaire d'origine prétorienne (J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préc., n°268 et s., p. 272 et s.).

<sup>2201</sup> La question est traitée à l'article 1195 du Code civil et y a été intégrée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>2202</sup> Pour une conception large de la révision comme « toute modification du contrat par rapport à son architecture originnaire, quels qu'en soient le motif et la source » cf. : C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc.

<sup>2203</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », in *Durées et contrats*, RDC 2004. 67.

<sup>2204</sup> *Ibid.*

l'équilibre initial par un déséquilibre insupportable pour l'une des parties<sup>2205</sup>. La question s'est posée de savoir si le contrat peut, dans cette hypothèse, être révisé. En l'absence, jusqu'à il y a peu, de texte général<sup>2206</sup> sur la question, la jurisprudence a refusé par principe la révision du contrat pour imprévision en rappelant le principe de l'intangibilité du contrat par application de la force obligatoire des conventions prévue alors<sup>2207</sup> à l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil<sup>2208</sup> dans le célèbre arrêt dit « Canal de Craponne » du 6 mars 1876. Selon cette décision, cette règle est « générale et absolue » et :

dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants<sup>2209</sup>.

La lecture de cet arrêt dénote un refus de l'exercice d'un quelconque pouvoir correcteur aboutissant à la révision du contrat par le juge par l'affirmation du caractère absolu de la règle et l'absence de considération de l'équité de la décision malgré l'injustice consacrée<sup>2210</sup>. Cette position rigoureuse tranche avec celle du Conseil d'État. En effet, dès 1916 dans son arrêt « Gaz de Bordeaux »<sup>2211</sup>, la Haute juridiction administrative, à l'occasion de la Première Guerre mondiale, a forgé la théorie de l'imprévision pour gérer le bouleversement de l'équilibre des conventions conclues pour une longue durée et aider le cocontractant de l'administration à poursuivre l'exécution de la convention en lui permettant d'obtenir une indemnité destinée à compenser les charges extra-contractuelles susceptibles d'apparaître en cours d'exécution. Destinée à gérer une situation extrême, la théorie aurait pu s'y catonner mais perdura pourtant. Le juge administratif invite les parties à renégocier le contrat et, à défaut d'accord, fixe une indemnité sans que le cocontractant de l'administration puisse refuser d'exécuter le contrat, une solution imposée par le principe de continuité du service public<sup>2212</sup>.

Le refus catégorique d'admettre la révision du contrat par le juge perdurait jusqu'à aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation et n'a fait que très récemment

---

<sup>2205</sup> Le nouvel article 1195 du Code civil définit l'hypothèse d'imprévision comme « un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat » qui « rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ».

<sup>2206</sup> Les articles 1769 à 1773 du Code civil, par exemple, font une place à l'imprévision dans l'hypothèse particulière du fermier qui, face à la destruction fortuite de la moitié au moins de sa récolte, peut obtenir une remise du prix de la location. Voir : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n°297 et s., p. 362 et s.

<sup>2207</sup> Aujourd'hui le principe de la force obligatoire du contrat est prévu à l'article 1103 du Code civil.

<sup>2208</sup> « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ». L. BOYER, *Rép. Dr. civ.* Dalloz, rubrique « Contrats et conventions », août 1993 (dernière mise à jour : octobre 2010), n°245 et s. ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2007, Economica, p. 433 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, préc., n°1060, p. 2172-2173 ; C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002. 901 et « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc.

<sup>2209</sup> Cass. Civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, *GAJC*, t. 2, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd., 2008, n°165, *DP.* 1876. 1. 193, note GIBOULOT ; *S.* 1876. 1. 161.

<sup>2210</sup> « l'application rigide de la force obligatoire du contrat et du droit de chaque partie d'en exiger de l'autre l'application stricte conduit à ignorer l'érosion monétaire et à repousser la théorie de l'imprévision » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc., p. 130) ; P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, préc., n°3, p. 16 ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes Jauffret*, Fac. droit Aix-Marseille, 1974, p. 211 et s.

<sup>2211</sup> CE 30 mars 1916, « Compagnie d'éclairage de Bordeaux », *Lebon* 125, concl. CHARDENET ; *S.* 1916. 3. 17, concl. CHARDENET, note HAURIOU ; *D.* 1916. 3. 25, concl. CHARDENET ; *RDP* 1916. 206 et 388, concl. CHARDENET, note JÈZE.

<sup>2212</sup> CE, 5 novembre 1982, « Soc. Propétrol », *Lebon*, p. 381, *AJDA.* 1983. 259, concl. LABETOUILLE ; *D. S.* 1983. 245, note J.-P. DUBOIS ; *JCP G.* 1984 II. 20168, note M. PAILLET ; Voir : J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, préc., n°315, p. 379-380.

l'objet d'une prise de position du législateur. Elle faisait partie, selon Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson, « de notre mémoire collective »<sup>2213</sup>.

Les arguments en défaveur de la révision pour imprévision sont multiples mais aucun n'est inattaquable. Ils tiennent, tout d'abord, aux pouvoirs du juge sur le contrat. Le droit français est, par tradition, extrêmement réticent à admettre un tel interventionnisme du juge dans le contrat. Démontre cette méfiance une note de Monsieur Thomas Génicon dans laquelle il loue la sagesse de :

ce juge qui sait rester à sa place en refusant de jouer au justicier et qui, forcément très conscient de l'injustice faite à l'échelle de l'espèce (on se rappellera que le déséquilibre était caricatural), n'en maintient pas moins l'intransigeance d'un principe qu'il sait bon à l'échelle du système juridique tout entier<sup>2214</sup>.

Cette question est sans doute la plus sensible. Selon Monsieur Denis Mazeaud, « la controverse sur ce point est éternelle, d'autant qu'elle se nourrit de trop de données irrationnelles »<sup>2215</sup>. Ensuite, il a pu être craint qu'un tel procédé perturbe la politique économique<sup>2216</sup> par la modification de nombreux contrats et n'en arrive même à créer de l'insécurité juridique<sup>2217</sup>. La révision pour imprévision est pourtant admise dans plusieurs droits étrangers<sup>2218</sup> comme un tempérament à la force obligatoire du contrat. Cette admission démontre sans doute qu'elle ne crée pas nécessairement d'insécurité juridique<sup>2219</sup>. De plus, Monsieur Antoine Cristau remarque que :

la théorie de l'imprévision peut, tout à la fois, être justifiée ou rejetée sur le fondement de la sécurité juridique. Pour certains la révision est un facteur d'instabilité et d'insécurité. Son application rend impossibles les prévisions nécessaires à la marche normale des entreprises. Pour d'autres l'intangibilité des obligations convenues peut aboutir, en fait, à la ruine de l'un des cocontractants et, par là, à l'inexécution du contrat, qui est génératrice de la pire des insécurités<sup>2220</sup>.

Puis, ce refus est le produit du principe de liberté contractuelle qui irrigue le droit des contrats. Les contractants sont réputés être les meilleurs juges de leurs propres intérêts et il faut ainsi leur faire confiance. Il est même considéré que le refus de la révision pour imprévision stimulerait cette liberté en favorisant l'éclosion de clauses ayant pour objet l'adaptation du contrat au changement de circonstances. « En définitive, la règle traditionnelle de la Cour constituerait donc un hommage à la liberté contractuelle et une œuvre de responsabilisation des contractants »<sup>2221</sup>. Comme le remarque Monsieur Denis Mazeaud :

c'est peut-être cependant surestimer la rationalité des contractants que d'affirmer que, parce qu'ils sont les meilleurs juges de leurs propres intérêts, ils sont nécessairement capables, au jour de la conclusion de leur contrat, de gérer contractuellement le risque de changement de circonstances via des clauses appropriées<sup>2222</sup>.

Enfin, la force obligatoire du contrat, fondement du refus de la révision pour imprévision, semble primer et être affirmée avec force par la jurisprudence. Ce principe peut être considéré comme conférant au contrat le statut de norme juridique<sup>2223</sup>. Ce caractère obligatoire a le même sens pour le contrat et la loi, c'est-à-dire qu'il signifie que la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale, qu'elle va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties : il devra alors

<sup>2213</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », préc.

<sup>2214</sup> T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », préc.

<sup>2215</sup> D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.

<sup>2216</sup> T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », préc.

<sup>2217</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939, n° 405 bis, p. 228.

<sup>2218</sup> Sur le droit allemand cf. *supra* n°294. M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats I. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », préc. ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement de circonstances*, préc. ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, préc., n°348, p. 411 et s. ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », préc., p. 211 et s.

<sup>2219</sup> R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », préc., p. 211 et s.

<sup>2220</sup> A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », préc.. Dans le même sens : C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc.

<sup>2221</sup> D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.

<sup>2222</sup> D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.

<sup>2223</sup> P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », préc.

appliquer le contrat comme il appliquerait la loi. Cependant, si le contrat crée des normes juridiques individuelles<sup>2224</sup>, il ne faut pas oublier qu'elles sont nécessairement inférieures et donc subordonnées aux normes supérieures posées par l'État. Cette subordination permet d'expliquer que le contenu de la norme contractuelle échappe dans une large mesure à la volonté des parties. La loi des parties n'est donc pas absolue et, par voie de conséquences, la force obligatoire non plus. De plus, la gestion de l'imprévision peut être considérée comme une application de la force obligatoire des contrats, en permettant de respecter l'équilibre voulu par les parties au stade même de l'exécution<sup>2225</sup>. En ce sens, le mécanisme de révision pour imprévision est parfois implicitement présenté comme un élément constitutif de la force obligatoire du contrat. Aucun principe ne doit d'ailleurs primer sur la justice, la Cour de cassation en a sans doute conscience et a une attitude ambivalente, entre respect de la force obligatoire et justice de la décision.

**313. La gestion hésitante<sup>2226</sup> de l'imprévision par la jurisprudence** - Le refus de la révision pour imprévision est longtemps resté d'actualité mais les juges du droit n'ignoraient pas pour autant les problèmes liés à un bouleversement des circonstances économiques ayant présidé à la conclusion du contrat. En effet, sensibles à la justice contractuelle, et le recul de l'individualisme<sup>2227</sup> aidant, ils ont semblé tâtonner, essayer divers moyens de pallier ces difficultés tout en maintenant le refus de l'interventionnisme du juge dans le contrat. Les juges se sont efforcés de concilier le principe traditionnel du droit français des contrats qu'est la force obligatoire et une « conception humaniste »<sup>2228</sup>. Dans l'arrêt dit « Huard » rendu par la Chambre commerciale le 3 novembre 1992<sup>2229</sup>, par exemple, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui, se basant sur l'exigence de bonne foi, a condamné un contractant à payer des dommages et intérêts à l'autre partie à laquelle il avait refusé la révision d'un contrat la conduisant à la ruine. L'exigence de bonne foi prévue par l'alinéa 3 de l'article 1134, oblige ici l'une des parties à modifier, en cours d'exécution du contrat, un système de prix librement ou, du moins, conventionnellement fixé à l'origine. Il s'agit ici de la sanction d'une faute contractuelle et non de la reconnaissance, pour le juge, d'un pouvoir de révision du contrat. Cette orientation a été suivie dans un arrêt rendu par cette même Chambre le 24 novembre 1998<sup>2230</sup> où est admise l'existence d'une obligation de renégocier le contrat dans certaines circonstances ouvrant au juge la possibilité d'en

---

<sup>2224</sup> Cf. *supra* § n°146 et 164.

<sup>2225</sup> M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », préc. ; P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, préc., spéc. n° 81, p. 59.

<sup>2226</sup> « On n'a pas l'impression que la Cour de cassation soit guidée, sur cette question de l'imprévision, par une ligne directrice claire » (B. FAGES, « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ? », (Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369) », préc.).

<sup>2227</sup> C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », préc.

<sup>2228</sup> S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, « Panorama droit des contrats octobre 2009 - novembre 2010 », *D.* 2011. 472.

<sup>2229</sup> Com. 3 novembre 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV n° 338, J. MESTRE, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! » *RTDciv.* 1993. 124 ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *Deffrénois* 1993. 1377, obs. AUBERT.

<sup>2230</sup> Com. 24 novembre 1998, pourvoi n° 96-18357, *Bull. civ.* 1998 IV n°277, p. 232, *D.* 1999, IR. 9 ; *Deffrénois*, 1999. 371, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1999. I. 143, obs. C. JAMIN ; J. MESTRE « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTDciv.* 1999. 98 ; P.-Y. GAUTIER, « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », *RTDciv.* 1999. 646.

sanctionner les manquements<sup>2231</sup>. Cette obligation est de nouveau affirmée dans son principe à travers un arrêt rendu le 16 mars 2004 par la première Chambre civile<sup>2232</sup> dans lequel la Cour la rejette car le déséquilibre existait dès la formation du contrat<sup>2233</sup>. Plus récemment, dans un arrêt rendu, par la Chambre commerciale à nouveau, le 29 juin 2010<sup>2234</sup> – qui a la particularité, eu égard à l'intérêt qu'il a suscité, de ne pas avoir été publié au bulletin<sup>2235</sup> – un autre fondement semble permettre une prise en compte du sort du contractant victime d'un contrat devenu déséquilibré. Il s'agit de la notion de cause<sup>2236</sup>. En effet, selon cette décision, si le bouleversement des circonstances aboutit à provoquer un déséquilibre entre les prestations réciproques tel qu'il peut être considéré que le contrat devient alors dépourvu de cause, il devient caduque et les parties sont en conséquence libérées de leur engagement<sup>2237</sup>. La Cour de cassation a ainsi semblé préoccupée par la question de la gestion de l'imprévision et hésitante quant à la réponse à lui apporter ; en témoignent ces différents fondements. Les propositions des différents projets de réforme et d'harmonisation du droit des contrats sont, elles aussi, caractérisées par leur variété.

**314. Les propositions des projets de réforme et d'harmonisation du droit des contrats** – La complexité de la question de la gestion de l'imprévision est également révélée par la diversité des réponses proposées dans les projets de réforme et d'harmonisation du droit des contrats. Il est d'ores et déjà intéressant de noter que chacun émet une proposition, témoignant de l'importance de la préoccupation et de ce qu'une réponse claire et satisfaisante devait être trouvée.

<sup>2231</sup> Il faut noter que certains commentateurs avaient relevé que l'obligation de renégocier s'imposait au contractant alors que le changement de circonstances ne résultait pas d'un événement extérieur à la volonté des parties mais procédait d'un fait imputable à l'un des contractants, conduisant à relever la spécificité du contexte et à tempérer la portée de ces arrêts sur le principe du refus de la révision pour imprévision (N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *in Le contrat : questions d'actualité*, LPA, 5 mai 2000. 41, spéc. n° 29).

<sup>2232</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2004, n° de pourvoi : 01-15804, *Bull. civ.* 2004, I n°86 p. 69, D. MAZEAUD, « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004. 1754 ; *D.* 2004, Chron. 2239, par J GHESTIN ; A. BENABENT, « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, Point de vue. 852.

<sup>2233</sup> La société « mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de l'association de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi ».

<sup>2234</sup> Com. 29 juin 2010, n° 09-67.369, D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc. ; T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », préc. ; B. FAGES, « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ?, (Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369) », préc. ; *JCP G* 2010. 1056, note T. FAVARIO. ; P. DEUMIER, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTDciv.* 2011. 87 ; A.-C. CARPENTIER, « Les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive », *Justice et cassation, La norme : déclin ou renouveau*, 2012, p. 276 et s.

<sup>2235</sup> Cette absence de publication « interdit sinon que la doctrine s'y intéresse, du moins de lui attacher une importance quelconque, puisque pour reprendre les mots du Président Weber, sur le site de la Cour de cassation, ces arrêts "n'apportent rien à la doctrine de la Cour de cassation" » (D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.) ; P. DEUMIER, « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? (à propos de Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, non publié au Bulletin) », préc. ; *JCP E* 2010. 2108, comm. S. LE GAC-PECH ; *JCP G* 2010. 1056, note T. FAVARIO. pour Monsieur Éric Savaux, cette absence de publication « manifeste en tout cas la volonté de ses auteurs de ne pas le porter à la connaissance de la communauté des juristes et de ne pas favoriser l'extension de la solution qu'il consacre. » (É. SAVAUX, « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011 n° 1. 34).

<sup>2236</sup> « Cette théorie est peu prisée en Europe et, sur cette question, la France a bien peu de chances d'emporter la mise » (X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740).

<sup>2237</sup> Ces développements n'ont de portée que dans la perspective d'une instance au fond, puisque, juge du provisoire, le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la caducité du contrat.

La gestion de l'imprévision était envisagée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations<sup>2238</sup>, nommé également l'« avant-projet Catala ». Le Doyen Cornu, dans l'introduction à la proposition de titre 3 consacré au droit des obligations, expliquait qu'elle fait partie des orientations de fond du projet. L'article 1134 du Code civil reste un pilier de cette branche du droit. Cependant, « la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les aspirations de la justice contractuelle ». En autorisant dans certaines hypothèses la révision judiciaire des clauses créant un déséquilibre excessif au détriment d'un contractant, le projet ouvre la voie à la théorie de l'imprévision en matière civile, pour le cas où l'équilibre initial des prestations serait gravement perturbé dans les contrats à exécution successive ou échelonnée. Quand les parties n'en conviennent pas à l'avance, une nouvelle négociation peut être ordonnée par le juge et déboucher sur une résiliation unilatérale. Il est en effet prévu dans cet avant-projet que, lorsqu'aucune clause ne prévoit la renégociation du contrat, si « par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles »<sup>2239</sup>, « la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation »<sup>2240</sup>. Il est prévu qu'en cas d'échec de ces négociations exempt de mauvaise foi, est ouverte à chaque partie la faculté de résilier le contrat<sup>2241</sup>. Selon Monsieur Denis Mazeaud, la solution préconisée reflète la confiance dans la capacité des contractants à gérer le risque d'imprévision et le fait que la liberté contractuelle est le meilleur remède au changement de circonstances survenu lors de l'exécution du contrat<sup>2242</sup>. Cette proposition de gestion de l'imprévision consistant en une obligation de renégocier le contrat imposée par le juge ne fait cependant pas l'unanimité. Il est intéressant de se référer à ce propos au rapport remis au nom de la Cour de cassation sur ce projet. Pour les auteurs, les trois articles du projet éludent le problème de l'imprévision<sup>2243</sup>. Le groupe estime qu'il est nécessaire qu'une réforme du droit des obligations aille jusqu'à « la consécration d'une authentique théorie de l'imprévision susceptible de jouer dans des circonstances caractérisées avec précision »<sup>2244</sup>. La simple application du principe de bonne foi ne serait pas suffisante car il est nécessaire que soit organisé par la loi le champ de l'imprévision de façon à mieux assurer la sécurité juridique. La force obligatoire des contrats ne doit pas être remise en question mais des bouleversements majeurs doivent imposer aux parties de renégocier, le tribunal pouvant, en cas d'échec, rompre ou adapter le contrat.

Dans l'« avant-projet gouvernemental », la révision judiciaire pour imprévision n'était possible qu'« avec l'accord des parties ». En revanche, le juge pouvait « mettre fin (au

<sup>2238</sup> 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 à Monsieur Pascal Clément garde des sceaux, Ministre de la justice, 22 septembre 2005, site internet du Ministère de la justice, [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr). Voir : *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER et S. WHITTAKER (dir.), Société de législation comparée, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 9, 2010.

<sup>2239</sup> Art. 1135-1 : « Dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles. ».

<sup>2240</sup> Art. 1135-2 : « A défaut d'une telle clause, la partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. ».

<sup>2241</sup> Art. 1135-3 : « Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1<sup>er</sup> du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage. ».

<sup>2242</sup> D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.

<sup>2243</sup> Dans le même sens : É. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *RDC* 2010. 1057.

<sup>2244</sup> Ici, les auteurs du rapport reprennent les termes d'une observation d'une organisation professionnelle consultée sur la question.

contrat) à la date et aux conditions qu'il fixe ». Ce texte admet donc la cessation du contrat pour imprévision. Selon Monsieur Denis Mazeaud, ce projet propose un équilibre assez harmonieux entre les impératifs de liberté, de sécurité et de justice contractuelles. La justice est en effet notamment assurée par l'admission de la négociation pour imprévision<sup>2245</sup>. Pour Monsieur Éric Savaux néanmoins, « le projet gouvernemental se situe dans un entre-deux difficilement tenable »<sup>2246</sup> en admettant la révision judiciaire à la condition que les parties soient d'accord.

L'« avant-projet Terré »<sup>2247</sup> prévoyait, en cas d'échec de la renégociation conventionnelle du contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement imprévisible de circonstances, que « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ». Ce texte est audacieux parce qu'il admet la révision judiciaire pour imprévision.

Les Principes Unidroit<sup>2248</sup> développent le concept de *hardship* défini comme « résultant de la survenance d'événements altérant fondamentalement l'équilibre des prestations, inconnus ou non raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat, dont la partie lésée n'a pas le contrôle et dont elle ne doit pas assumer le risque »<sup>2249</sup>. En ce cas, la partie lésée peut demander l'ouverture de négociations. Faute d'accord dans un délai raisonnable, le tribunal peut être saisi et, s'il estime qu'il y a effectivement *hardship*, mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou l'adapter en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

Les Principes du droit européen des contrats<sup>2250</sup> élaborés par la Commission Lando retiennent une solution proche de celle précédemment présentée en admettant que des changements de circonstances rendant l'exécution onéreuse à l'excès, survenus après la conclusion du contrat et non raisonnablement prévisibles pour la partie qui n'a pas à supporter le risque, imposent aux parties d'engager des négociations et, faute d'accord, donnent au tribunal le pouvoir de rompre ou d'adapter le contrat « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent des changements de circonstances ». Pour Monsieur Denis Mazeaud, l'admission de la révision judiciaire pour imprévision est remarquable, « elle témoigne que, pour le "législateur européen", le contrat n'est pas seulement la chose des parties, soumis en tant que tel à leur volonté autonome, seule habilitée et apte à anticiper et aménager les risques susceptibles d'intervenir au cours de l'exécution du contrat ». Il relève également que ce texte envisage le rôle du juge de manière plus

---

<sup>2245</sup> D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008. 2675.

<sup>2246</sup> É. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », préc.

<sup>2247</sup> *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.

<sup>2248</sup> Articles 6.2.1 à 6.2.3 ; plus généralement : P. DEUMIER, « Les principes Unidroit ont dix ans : bilan en demi-teinte », *RDC* 2004. 766 ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC*. 1998. 463 ; J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *LPA* 10 nov. 1995. 6 ; C. LARROUMET, « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP* 1997, I, 4011 ; D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205 et s.

<sup>2249</sup> *Rapport de la Cour de cassation sur le projet Catala*.

<sup>2250</sup> *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 2, 2003, article 6 :111. Voir : B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, 2003 ; C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001 ; C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003 ; P. RÉMY-CORLAY et D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003 ; G. ROUHETTE, I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et C. WITZ, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003.

pragmatique et plus sereine « notamment lorsque la justice et la pérennité contractuelles supposent qu'il s'immisce dans la loi des parties devenue injuste avec le temps ». <sup>2251</sup>

L'Avant-projet de Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens coordonné par Giuseppe Gandolfi <sup>2252</sup> va dans le même sens avec la notion d'événements extraordinaires et imprévisibles permettant aux parties d'engager un processus de renégociation, le juge ayant en cas d'échec le pouvoir de modifier ou résilier le contrat.

L'Association Henri Capitant et la société de législation comparée proposèrent un projet de révision <sup>2253</sup> des Principes du droit européen des contrats. Sur la question de l'imprévision, il est proposé une version plus concise de l'article 6 : 111 <sup>2254</sup> équivalente sur le fond à l'article 7 : 101 et est ajouté un article 7 : 102 concernant les clauses d'acceptation des risques.

Le *Draft Common Frame of Reference* <sup>2255</sup> adopte une position analogue à celle des Principes du droit européen des contrats et en étend les règles aux actes unilatéraux.

La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un « droit commun européen de la vente » adoptée par la Commission européenne le 11 octobre 2011 <sup>2256</sup>, prévoit, à l'article 89 <sup>2257</sup>, qu'en cas de changement de circonstances, le tribunal peut, dans certaines conditions très encadrées, adapter le contrat ou y mettre fin.

Les positions et propositions de gestion de l'imprévision ne manquent pas et leur multitude témoigne de la complexité de la question et de sa sensibilité. À travers l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, le législateur a finalement pris position sur la gestion de l'imprévision. Au vu de la manière dont le nouvel article 1195 du Code civil est rédigé, la solution retenue peut être considérée de manière cohérente sous l'angle du mécanisme correcteur.

## § 2 - La correction de l'imprévision

---

<sup>2251</sup> D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007. 2959.

<sup>2252</sup> Article 157.

<sup>2253</sup> *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), Société de législation comparée, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 7, 2008

<sup>2254</sup> *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (dir.), préc., p. 527 et s.

<sup>2255</sup> Article III. 1 : 110.

<sup>2256</sup> COM (2011) 635 final ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34 ; C. DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, Aperçu rapide », *JCP* 2011. 1376.

<sup>2257</sup> « 1. Une partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contreprestation ait diminué.

Lorsque l'exécution devient excessivement onéreuse en raison d'un changement exceptionnel de circonstances, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter le contrat ou d'y mettre fin.

2. Si les parties ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable, un tribunal peut, à la demande de l'une ou l'autre partie :

(a) adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances ; ou

(b) mettre fin au contrat à une date et selon des modalités que le tribunal fixera.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent seulement si :

(a) le changement de circonstances est intervenu postérieurement à la conclusion du contrat ;

(b) la partie invoquant le changement de circonstances n'avait pas pris et ne pouvait être censée avoir pris en compte la possibilité ou l'importance du changement de circonstances ; et

(c) la partie lésée n'a pas assumé, et ne peut être raisonnablement considérée comme ayant assumé, le risque de ce changement de circonstances ;

4. Aux fins d'application des paragraphes 2 et 3, le terme « tribunal » inclut un tribunal arbitral. ».



**315. L'intervention du législateur** – La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ayant habilité le Gouvernement à réformer, par voie d'ordonnance, le droit des contrats, l'autorisait à consacrer « la possibilité pour celles-ci [les parties au contrat] d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». Le projet d'ordonnance communiqué le 25 février 2015 prévoyait un article 1196<sup>2258</sup> qui consacrait une obligation de renégociation du contrat en cas de « changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat » rendant « l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». La révision judiciaire n'y était envisagée qu'en cas de refus ou d'échec de ces négociations et si les parties y consentaient toutes deux. Après une brève période de consultation, la Chancellerie a procédé à d'importantes modifications, notamment concernant la gestion de l'imprévision. La solution finalement retenue par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 est contenue dans le nouvel article 1195 du Code civil qui est ainsi rédigé :

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

L'ordonnance était accompagnée d'un « Rapport au président de la République » qui précisa que cet article constitue :

l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. Il répond expressément au 60 de [la loi d'] l'habilitation autorisant le Gouvernement à prévoir « la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances ». La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1195 pose les conditions de ce nouveau dispositif opérant en plusieurs temps. Doit, d'abord, survenir un changement de circonstances « imprévisible ». Il faut, ensuite, que l'exécution du contrat soit alors rendue excessivement onéreuse pour une partie. Enfin, celle-ci ne doit pas avoir accepté de prendre en charge ce risque. Le texte revêt donc un caractère supplétif, les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter. Si ces conditions sont remplies, dans un premier temps, la partie lésée pourra demander une renégociation du contrat à l'autre contractant. Elle devra alors continuer à exécuter ses obligations pour préserver la force obligatoire du contrat. L'alinéa 2 précise ensuite, c'est le deuxième temps, qu'en cas de refus ou d'échec des négociations, les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. Enfin, dans un troisième et dernier temps, à défaut d'accord dans un délai raisonnable, une des parties pourra saisir le juge qui révisera le contrat ou y mettra fin.

**316. Le mécanisme correcteur de l'imprévision** – La solution ainsi retenue par

---

<sup>2258</sup> « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. ».

l'ordonnance du 10 février 2016 semble pouvoir être lue et utilisée comme un mécanisme correcteur. La question de la gestion de l'imprévision est complexe car elle met en balance le caractère absolu de principes qui, plus que dans toute autre matière, régissent le droit des contrats tels des dogmes sacrés, et la justice contractuelle, un objectif vers lequel tend de manière croissante cette branche du droit. Madame Bénédicte Fauvarque-Cosson lie d'ailleurs la gestion de l'imprévision au pouvoir modérateur du juge<sup>2259</sup>. La correction, sous la forme d'un mécanisme correcteur, alliant sécurité et souplesse et permettant une incursion exceptionnelle des valeurs dans l'application des règles et le maintien de celles-ci dans leur principe<sup>2260</sup>, est une réponse appropriée à la question de la gestion de l'imprévision. Une telle technique permettrait d'écarter de manière exceptionnelle la force obligatoire du contrat lorsque les circonstances l'exigent et pourrait ainsi répondre utilement aux difficultés évoquées. C'est d'ailleurs ainsi que l'article 1195 semble pouvoir être envisagé. En effet, tout d'abord, le texte est intégré à une sous-section consacrée à la force obligatoire, l'opération est donc bien conçue comme une exception à ce principe. Ce dernier subsisterait, n'étant écartée qu'exceptionnellement<sup>2261</sup>. Le droit des contrats étant très attaché aux principes le régissant, la force obligatoire conserve son caractère absolu pour n'être écartée qu'exceptionnellement. Cette inquiétude de voir la gestion de l'imprévision permettre tous les excès est très présente sous la plume de certains auteurs<sup>2262</sup> et semble surtout témoigner de cette méfiance persistante envers le juge. De plus, les conditions, volontairement floues, retenues pour la mise en œuvre du mécanisme témoignent du large pouvoir d'appréciation laissé au juge. Les notions d'imprévisibilité et de « circonstances » peuvent être difficiles à cerner, quant à l'exigence selon laquelle l'exécution du contrat doit être devenue excessivement onéreuse pour une partie, les termes utilisés sont vagues. Le juge sera donc amené à déterminer ce qui est excessivement onéreux et il devra se pencher sur le critère de l'excès, trancher entre une vision objective en raisonnant par rapport au prix et une appréciation plus subjective en mesurant l'excès au regard de la situation économique des cocontractants et de la capacité de chacun à supporter ou non l'augmentation du prix<sup>2263</sup>. Ensuite, le fonctionnement en plusieurs temps de l'opération démontre la prudence recherchée et la subsidiarité des solutions de gestion de l'imprévision retenues. Enfin, conçue comme un mécanisme correcteur de l'imprévision, l'opération consacrée par la législateur peut être lue comme étant destinée à éviter les injustices provoquées par la rigueur excessive de l'application de la règle, ce qui ressort du Rapport précité<sup>2264</sup>. Il a pu être objecté à l'argument

---

<sup>2259</sup> Elle distingue la force majeure et l'imprévision notamment quant à leur conséquences : « exonération du débiteur dans le cas de la force majeure, obligation de renégocier le contrat et pouvoir modérateur du juge dans celui de l'imprévision » (B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », préc.). Également : « La flexibilité, au sens où nous l'entendons, suppose que soit accordé au juge un pouvoir non pas d'épuration mais de modération du contrat » (P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, préc., n°23, p. 30-32).

<sup>2260</sup> « il ne faut pas remettre en cause à l'excès le principe de la force obligatoire, car ce serait prendre le risque de détruire à long terme la confiance que les parties ont dans l'institution contractuelle » (C. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », préc.).

<sup>2261</sup> Pour Monsieur Denis Mazeaud, « l'ingérence exceptionnelle du juge en cas d'imprévision nous semble souhaitable » (D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal « moins » ? », préc.).

<sup>2262</sup> « Le risque, à terme, d'ouvrir totalement les vannes, ce que personne ne veut... Pire encore, la faculté de révision pourrait bien se transformer... en instrument d'oppression du plus faible, ce que Carbonnier avait d'ailleurs pressenti. Il se dit parfois qu'en ces temps difficiles, certains fournisseurs puissants, se disant dans une situation intenable, usent (abusent...) de la clause de hardship qu'ils n'ont pas manqué d'insérer comme d'une justification un peu facile pour arracher des révisions à la baisse des tarifs... mais de leurs partenaires faibles seulement, tout en se gardant bien d'agir de même avec leurs partenaires forts ! Des dangers d'instiller un climat général de "droit à" la révision... » (T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », préc.).

<sup>2263</sup> H. PERINET-MARQUET, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI* 2015. 251.

<sup>2264</sup> Cf. § 315

selon lequel la gestion de l'imprévision ferait œuvre de justice qu'il serait finalement injuste de ne corriger que les déséquilibres les plus graves<sup>2265</sup>. Il convient de noter que cet argument peut aboutir à considérer que la gestion de l'imprévision dans les déséquilibres les moins graves serait un excès de son utilisation et ainsi une bonne raison pour la rejeter dans son entier. L'avantage de la correction est qu'elle permet cette mesure dans l'intervention du juge ne se réalisant que si l'injustice aboutit à heurter le système juridique.

Comme cela a été expliqué dans le titre précédent, un mécanisme correcteur fonctionne selon deux étapes successives. La première consiste à écarter la règle compétente si son application aboutit à porter une atteinte au système juridique, cette dernière différant selon le mécanisme envisagé. Le mécanisme correcteur de l'imprévision peut ainsi être considéré comme mettant à l'écart la force obligatoire du contrat lorsque son application à l'espèce aboutirait à une iniquité et une insécurité provoquées par le maintien du caractère obligatoire d'un contrat devenu excessivement onéreux du fait d'un changement imprévisible des circonstances ayant présidé à sa conclusion. Dans un second temps, il permet à la partie lésée de solliciter une renégociation du contrat. En cas de refus ou d'échec de celle-ci, les parties pourront convenir ensemble de la résolution du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, une des parties pourra saisir le juge qui choisira de réviser le contrat ou d'y mettre fin.

Lire l'opération contenue dans le nouvel article 1195 du Code civil comme un mécanisme correcteur peut ainsi être un moyen de répondre aux diverses inquiétudes qu'elle suscite. Cet exemple illustre un des avantages qu'il serait possible de tirer d'une reconnaissance et donc d'une utilisation consciente du pouvoir correcteur du juge.

**317. Conclusion de la section** – La reconnaissance du pouvoir correcteur du juge sous la forme des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne permettrait de l'encadrer et donc de parfaire l'existant, mais également d'en créer de nouveaux. La question de la gestion de l'imprévision est controversée, la jurisprudence a été hésitante, la doctrine divisée, les inquiétudes nombreuses et le juge est au cœur de ces préoccupations. L'envisager sous un nouvel angle, comme un mécanisme correcteur d'origine prétorienne, permettrait de répondre de manière satisfaisante à la diversité des inquiétudes soulevées. Le principe de la force obligatoire du contrat ne serait écarté que de manière exceptionnelle, justifiée par les faits et encadrée.

**318. Conclusion du Chapitre 2** – L'existence d'un pouvoir correcteur détenu par le juge au sein du droit privé français semble pouvoir être mise en évidence par ses différentes manifestations : la décision d'espèce rendue en équité et les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne. Son avenir pourrait consister en sa reconnaissance officielle. Cette dernière pourrait logiquement être le fait de la Cour de cassation car le pouvoir correcteur appartient au juge. Le passage de la norme générale au cas particulier relève de son office et le juge est ainsi le mieux à même de déterminer la manière dont il le remplit et les outils qu'il utilise. L'admission du pouvoir correcteur du juge devrait cependant, dans un premier temps, se limiter à la création et l'utilisation de mécanismes correcteurs et ainsi ne pas aboutir à

---

<sup>2265</sup> N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 30 sep. 1998, n°117. 21, spéc. n° 26 ; « Sur ce terrain, il n'est pas certain que la théorie de l'imprévision soit elle-même à l'abri de toute critique. Ainsi que l'a souligné M. Molfessis, n'y aurait-il pas quelque injustice à ne corriger que les déséquilibres les plus considérables - ce qui est le présupposé de la théorie sauf à ruiner en son entier le droit des contrats - laissant intacts les déséquilibres simplement graves ? Cette « discrimination » entre les situations de plus ou moins grande détresse ne serait pas facilement tenable » (T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », préc.).

reconnaître au juge un pouvoir général de déroger à l'application de la norme compétente pour statuer en équité. Cette dernière faculté, si elle existe, même hors toute autorisation législative, reste encore très controversée et la proposition de son admission risquerait de provoquer le rejet global de la correction opérée par le juge. La reconnaissance du pouvoir correcteur à travers les mécanismes correcteurs permettrait qu'il soit posé un cadre plus explicite à leur utilisation et leur création, mettant mieux en évidence l'opération correctrice réalisée par le juge. De manière plus prospective, reconnaître le pouvoir correcteur du juge exercé à l'aide des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne, aurait l'avantage de permettre à la Cour de cassation d'en créer de nouveaux et de répondre ainsi aux difficultés récurrentes engendrées par la généralité de certaines normes. La question de la gestion de l'imprévision pourrait utilement être envisagée sous cet angle et cette forme répondrait aux nombreuses hésitations sur la question.

**319. Conclusion du Titre 2** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est une technique connue des auteurs mais qui, encore nouvelle, suscite de nombreuses interrogations. Celle de son fondement est sans doute une des plus cruciales car cette technique aboutit à mettre à l'écart la norme pourtant clairement applicable au litige. Son observation, de même que celle de la faculté résistante du juge de statuer en équité hors toute autorisation législative, révèle l'existence d'un pouvoir correcteur du juge. Ce dernier semble fondamental, attaché à la fonction même de juger. Il existe dans d'autres systèmes juridiques et semble avoir traversé les âges sous différentes formes. Il est l'un des pouvoirs dont dispose le juge pour remplir sa mission, régler le litige dans le cadre du droit et de la justice. Paradoxalement, il est pourtant quasiment ignoré, occulté par un pouvoir moins naturel : l'interprétation de la norme. Celle-ci, du fait sans doute des nombreuses questions et controverses qu'elle suscite, monopolise l'attention. Au sein du pouvoir correcteur du juge, un de ses aspects est abondamment étudié mais sous d'autres appellations : la décision d'espèce rendue en équité. Cette dernière notion et la méfiance qu'elle engendre jettent l'opprobre sur la possibilité pour le juge de déroger à la norme compétente et maintient dans l'ombre les mécanismes correcteurs. Pourtant, cette dernière technique, si elle aboutit également à mettre à l'écart du règlement du litige la norme applicable et permet une justice de la solution, n'a pas les mêmes inconvénients que la décision d'espèce rendue en équité. Elle est plus sûre, la forme du mécanisme permettant une certaine systématisation et donc une relative prévisibilité de son utilisation. S'il est si fondamental, presque naturel, la question de l'avenir du pouvoir correcteur doit se poser. Il serait sans doute contradictoire d'affirmer qu'il est lié de manière irrémédiable avec la fonction même de juger, bien plus que son pouvoir normatif, pourtant finalement admis, et de ne pas vouloir qu'il s'exprime au grand jour. Il serait absurde de plaider pour une confiance en le juge retrouvée et de le laisser dans l'ombre. Reconnaître ce pouvoir permettrait de l'encadrer et de mieux l'utiliser et le système s'en trouverait sans doute amélioré. La Cour de cassation pourrait plus explicitement présenter la manière dont elle utilise son rôle correcteur et contrôler son recours.

**320. Conclusion de la Partie 2** – L'expression de « mécanisme correcteur d'origine prétorienne », régulièrement utilisée par les auteurs, sert à désigner des techniques, créées par le juge, lui permettant d'écarter du règlement du litige l'application de la norme compétente en raison des conséquences inacceptables auxquelles elle aboutirait. Elle est une nouvelle dénomination décrivant et regroupant des objets, pour la plupart, anciens. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est cependant plus qu'une expression descriptive réunissant sous une même bannière des procédés de tous horizons, il peut être conçu comme un véritable

outil du juge. Pour ériger ces quelques mots en une technique à part entière, un angle différent a dû être adopté.

D'une part, le régime de la catégorie autonome de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a dû être construit. L'observation du fonctionnement des différents objets ainsi qualifiés et leur confrontation ont permis de dégager un schéma commun.

Dans un premier temps, une hypothèse de déclenchement de l'utilisation d'un mécanisme correcteur a été posée. Le juge recourt à cet outil s'il constate que l'application de la norme compétente porte atteinte aux valeurs du système juridique telles que la morale, l'équité, la sécurité juridique ou l'accès au juge, par exemple. Il adopte alors une démarche casuelle et déroge exceptionnellement à l'application des normes applicables au regard des faits de l'espèce. Cette première étape de la construction du régime de cet outil a également mis en évidence deux types de mécanismes correcteurs : les mécanismes correcteurs du système, pouvant évincer de nombreuses normes et étant destinés à pallier la rigidité d'une méthode, et les mécanismes correcteurs particuliers attachés à la correction de l'application d'une seule norme.

Dans un second temps, une fois le besoin de correction établi, le juge mobilise l'action correctrice issue du fonctionnement des mécanismes correcteurs. Il déroge alors à l'application de la norme compétente, une opération plus ou moins admise et exposée selon l'objet mobilisé, pour régler le litige par un autre moyen. Ce dernier dépendra du type d'atteinte qu'aurait pu porter l'application de la norme compétente. Si un justiciable entendait profiter des failles du système juridique, la correction emportera l'inefficacité des procédés utilisés. Si le seul jeu mécanique de l'application des normes révèle ses insuffisances, il devra être assoupli.

Cet outil entre les mains du juge est précieux puisqu'il permet, dans de nombreuses hypothèses, d'éviter les injustices potentiellement causées par l'application des normes. Il met également en évidence une étrange faculté dont use le juge : l'éviction du règlement du litige de l'application d'une norme pourtant compétente. Il a ainsi fallu, d'autre part, se pencher sur le fondement de l'existence du mécanisme correcteur d'origine prétorienne. L'observation des techniques ainsi dénommées a mis en évidence une prérogative du juge généralement ignorée : le pouvoir correcteur. Il existe, le juge l'utilise lorsqu'il recourt à des mécanismes correcteurs ou statue en équité, et est peu remis en cause. L'interprétation, plus discutée, monopolise les discussions concernant les pouvoirs du juge. Pourtant, la correction, en ne permettant qu'une dérogation à l'application de la norme justifiée par les faits de l'espèce, porte une atteinte moins importante et définitive à la norme. De plus, ce pouvoir, lié à la mission fondamentale du juge d'adapter le droit aux faits, est plus naturel que l'interprétation qui aboutit à modifier la règle, à en créer de nouvelles. Parmi les manifestations du pouvoir correcteur du juge, seule la décision d'espèce rendue équité est observée, d'ailleurs avec une certaine défaveur, alors que le mécanisme correcteur est plus sûr et correspond donc davantage aux exigences contemporaines.

Ce pouvoir correcteur du juge, reconnu par petites touches dispersées, gagnerait à être plus généralement reconnu. Sans aller jusqu'à proposer qu'un pouvoir correcteur général, permettant également au juge de statuer en équité, soit admis, la correction opérée par le juge pourrait être plus explicitement mise en évidence dans l'utilisation des différents mécanismes correcteurs. Ainsi, ce pouvoir pourrait être encadré et consciemment utilisé.

## Conclusion générale

**321. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, une catégorie nouvelle –** L'abus de droit, l'action directe, la fraude, l'apparence, l'exception d'ordre public en droit international privé,... ces figures bien connues du système juridique ont fait l'objet de tant d'études, de discussions et même d'oppositions que tout semble avoir été dit à leur sujet. Elles ont pourtant en commun de recevoir parfois une étrange dénomination : celle de mécanisme correcteur. Cette expression, utilisée par les auteurs, n'est pourtant que rarement explicitée et jamais définie ou décrite de manière autonome ; son obscurité tranche singulièrement avec l'assise des objets qu'elle sert à désigner. La formule décrit pourtant un phénomène existant, révèle un pouvoir détenu et exercé par le juge, naturel, fondamental, lié à sa mission d'application de la règle au cas particulier. Ce pouvoir détonne cependant avec la conception généralement retenue des prérogatives du juge et la forme du mécanisme correcteur avec la représentation habituelle du droit. C'est donc à un concept essentiellement doctrinal, un objet demandant à être construit, une forme originale et un pouvoir fondamental du juge, que cette étude a été consacrée.

**322. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, un concept –** Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est avant tout un concept doctrinal. L'expression est presque exclusivement employée par la doctrine, pour rendre compte du fonctionnement de certains objets et parfois les rapprocher. À partir de l'analyse de ses emplois et des études existantes sur certaines de ses composantes, il a fallu proposer une définition du concept de mécanisme correcteur d'origine prétorienne. La correction désigne ainsi l'opération par laquelle le juge écarte du règlement du litige la norme compétente et y met fin par un autre moyen. Au vu des différentes utilisations du terme, s'est posée la question de savoir si la correction a pour siège l'application de la norme ou la norme elle-même. Il est apparu que la correction de la norme aboutit à sa modification et donc plus véritablement à une création. Le concept de correction pouvait ainsi être réservé à la correction de la seule application de la norme, une opération la laissant intacte, l'évinçant uniquement pour l'espèce en cause. Ainsi envisagée, la correction semble ne pas avoir pour seule manifestation le mécanisme correcteur mais comprendre également la décision d'espèce rendue en équité. Tous deux permettent au juge de privilégier la justice de la décision sur l'application rigoureuse de la norme compétente. Cette constatation a permis de comprendre que l'objet de cette étude se distingue de la décision d'espèce rendue en équité par sa forme, le mécanisme, et non par son action correctrice. Le mécanisme est cependant un concept peu usité et rarement étudié. L'analyse de l'emploi du terme a révélé qu'il permet à la fois de regrouper sous un même vocable différents objets autour de leur action au sein du droit et de mettre l'accent sur leur fonctionnement, leur dynamisme. Sous la forme d'un mécanisme correcteur, la correction exercée par le juge gagne ainsi en systématisation, des règles régissent son fonctionnement et la technique répondant à la récurrence d'une limite de l'application de la norme, son utilisation est prévisible. Le mécanisme correcteur n'est pas qu'une action correctrice, il est un objet qui corrige. Le phénomène de correction est poussé à son paroxysme lorsque le mécanisme correcteur n'est pas seulement utilisé mais également créé par le juge. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne désigne ainsi un objet porteur d'une technique systématisée, créée et réglementée par le juge, grâce auquel l'application de la norme compétente est évincée du règlement du litige et remplacée lorsqu'elle aboutirait à des conséquences inacceptables. Cette nouvelle dénomination permet de porter un regard différent sur les objets ainsi qualifiés, de rendre compte de manière originale et parfois plus précise de leur action, de les relier autour de leur fonctionnement similaire et pourquoi pas de répondre à

des interrogations récurrentes les concernant.

**323. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, une technique** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne est un concept doctrinal permettant de décrire l'action de certains objets mais également un outil utilisé par le juge pour mener à bien sa mission d'application de la norme au cas particulier. La construction de son régime autonome, à partir de l'observation du fonctionnement des objets pouvant être regroupés sous cette dénomination, a corroboré le lien les unissant. Le juge, lorsqu'il recourt à chacun d'entre eux, semble suivre la même logique, un même cheminement. Confronté à un besoin de correction, pouvant être décrit comme l'atteinte portée par l'application de la norme compétente aux valeurs du système juridique, il déclenche le recours au mécanisme correcteur. L'action correctrice ainsi mise en route lui permet de déroger à l'application de la norme compétente et de résoudre autrement le litige, par une réponse adaptée au type de défaillance du fonctionnement mécanique du système juridique constaté.

**324. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, témoin du pouvoir correcteur du juge** – La définition du concept et la construction du régime du mécanisme correcteur d'origine prétorienne, emportées par la mise en évidence de la possible réunion d'objets à l'action correctrice, ont révélé l'existence d'un pouvoir correcteur du juge, un pouvoir qui n'a été que peu mis en lumière. Les raisons de cette discrétion semblent résider dans la trop grande place faite à l'interprétation et les liens de la correction avec la notion controversée d'équité. Ce pouvoir peut, en effet, au premier abord, susciter l'étonnement, l'inquiétude, voire être spontanément rejeté du fait de son action d'éviction de la norme. Selon une conception traditionnelle, le juge a pour rôle d'appliquer la règle, non de s'en abstraire sans autorisation. Est-ce là une prérogative usurpée, un abus de puissance ? Il n'en est rien. Au contraire, ce pouvoir est naturel et indispensable. Il découle logiquement du rôle du juge d'appliquer la norme. Il faillirait à sa mission, trahirait la norme s'il l'appliquait mécaniquement sans la préserver des critiques qui ne manqueraient pas de l'atteindre si son application aboutissait à des conséquences injustes. L'application de la règle n'est qu'un moyen dont dispose le juge pour remplir son véritable office : rendre la justice. Chacun des objets qualifiés de mécanisme correcteur d'origine prétorienne a fait les preuves de sa nécessité inéluctable au point que nul ne songe plus véritablement à les extraire de l'ordre juridique. Ils ont traversé les époques et les frontières, parfois essuyé des critiques acerbes, été au cœur d'oppositions profondes mais subsistent, toujours renforcés. La question de l'avenir de ce pouvoir fondamental, à présent le pouvoir créateur du juge pratiquement admis et ses contours dessinés, se pose. Il pourrait consister en une reconnaissance sous la forme du mécanisme correcteur. Plus visible, il serait plus sûrement contrôlé et encadré, rassurant ceux qui en craindraient les abus.

**325. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne et le droit** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, un objet créé par le juge lui permettant de mettre à l'écart du règlement du litige l'application de la norme compétente lorsqu'elle aboutirait à porter atteinte aux valeurs du système juridique, doit trouver sa place au sein du système juridique. L'expression sert à désigner des objets qui reçoivent d'autres dénominations plus familières telles que celles de « principe », « règle », « institution » ou « norme ». Sa forme même, le mécanisme, ne fait pas partie des éléments habituellement considérés comme composant la matière juridique. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne n'est pas apparu comme un élément supplémentaire à ajouter à la liste des composantes du droit, il ne leur est pas exclusif. Si le droit est envisagé comme un système, un ordre au sein duquel interagissent différents objets, le mécanisme correcteur peut être envisagé comme l'un d'eux, une

technique correctrice, régie par des règles et pouvant connaître différentes manifestations. Il apparaît comme l'allié de la norme en assurant qu'elle soit appliquée en conformité avec les valeurs du système juridique, permet le passage du général au particulier dans le respect du droit et de la justice. Le droit n'est alors pas qu'une addition d'éléments, il est un système où ces derniers interagissent, il est un ordre d'où les valeurs ne sont pas exclues mais où, au contraire, elles doivent être respectées et commandent, parfois, la solution plus que la norme applicable elle-même. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne permet cette incursion des valeurs au sein du fonctionnement du système. Il évite la déshumanisation d'un droit exclusivement mécanique privilégiant l'application rigoureuse de la règle à la justice de la décision, que la peur de l'arbitraire conduise à une absurde iniquité.

**326. Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne et le juge** – Le mécanisme correcteur d'origine prétorienne, technique utilisée et même créée par le juge, met en lumière un aspect ignoré de ses pouvoirs. Ces pages furent l'occasion d'opérer un questionnement sur son rôle se détachant de la question classique de son pouvoir créateur de normes. L'admission de ce dernier est la preuve d'une confiance en passe d'être retrouvée. Trop longtemps le juge a été l'objet de récriminations et suspicions alors qu'il œuvre le plus souvent dans la plus grande prudence. On craint trop ses abus sans remarquer qu'on ne peut que rarement lui en reprocher. L'admission d'un pouvoir correcteur du juge finaliserait cette confiance redonnée. La critique est aisée mais l'art difficile, le juge devant appliquer des normes générales, abstraites, à une infinité de situations particulières, jamais semblables, parfois sensibles et trouver une solution alliant justice et sécurité et menant à l'apaisement. Il n'est pas une machine aveugle d'application mécanique du droit, il est au contraire l'un de ses plus fidèles et dévoués serviteurs<sup>2266</sup> en ce qu'il évite ses dérives et protège son intégrité. Il s'assure que droit rime avec justice et non avec absurde rigidité. Il s'attache à remplir ce noble office, parfois dans l'ombre, grâce à des outils tels que le mécanisme correcteur d'origine prétorienne.

---

<sup>2266</sup> « Il (le juge) est le serviteur du droit » (P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », préc., spéc. n° 3, p. 333).



# BIBLIOGRAPHIE

## I. Ouvrages généraux, traités, manuels, cours

- AQUIN, Thomas d', *Somme théologique*, t. III, éd. Cerf, 1996.
- ATIAS, Christian, *Philosophie du droit*, PUF, 3<sup>ème</sup> éd., 2012.
- AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey université, 14<sup>ème</sup> éd., 2012.
- AUDIT, Bernard, *Droit international privé*, coll. Droit civil, éd. Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2010.
- BATIFFOL, Henri et LAGARDE, Paul, *Traité de droit international privé*, t1, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd., 1993.
- *Droit international privé*, t1, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd. 1981.
- BATIFFOL, Henri, *La philosophie du droit*, Que sais-je ?, PUF, 8<sup>ème</sup> édition 1989.
- BÉNABENT, Alain, *Droit civil, Les obligations*, Domat droit privé, éd. Montchrestien, 12<sup>ème</sup> éd., 2010.
- BERGEL, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2012.
- *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.
- BILLIER, Jean-Cassien, et MARYIOLI, Aglaé, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001.
- BONNECASE, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 3<sup>ème</sup> éd., 1939.
- BORDET, Marcel, *Précis d'histoire romaine*, Armand Colin, 1969.
- BUREAU, Dominique et MUIR-WATT, Horatia, *Droit international privé*, t1, Partie générale, Thémis droit, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au droit*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, vol. I, PUF, 2004.
- *Droit civil, Les biens, Les obligations*, vol. II, PUF, 2004.
- CLERGERIE, Jean-Louis, GRUBER, Annie et RAMBAUD, Patrick, *L'Union européenne*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CONSTANT, Benjamin, *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, t. II, 1861.
- CORNU, Gérard, *Droit civil, Introduction au droit*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 13<sup>ème</sup> éd., 2007.
- *Les Biens*, Montchrestien, 13<sup>ème</sup> éd., 2007.
  - *Linguistique juridique*, éd. Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3<sup>ème</sup> éd., 2005.
  - *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, polycopié, Les cours de droit*, 1970-1971.
- COURBE, Patrick, *Droit de la famille*, Sirey, 5<sup>ème</sup> éd., 2008.
- CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2011.
- DABIN, Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008.
- *Théorie générale du droit*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1969.
  - *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929.
- DAVID, René, *Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982.
- DAVID, René et JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2002.

- DEBRUCHE, Anne-Françoise et POIRIER, Donald, *Introduction générale à la Common Law*, 3<sup>ème</sup> éd., 2005, Bruylant.
- DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales de droit privé*, réimpression de l'ouvrage de 1911, La mémoire du droit, 2001.
- DE PAGE, Henri, *À propos du gouvernement des juges, L'équité en face du droit*, Sirey, 1931.
- DEROUSSIN, David, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007.
- DEUMIER, Pascale, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011.
- DUGUIT, Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Dalloz, 2003.
- *Les transformations générales du droit privé*, éd. la Mémoire du droit, 1999.
- DURAND, Bernard, CHENE, Christian et LECA, Antoine, *Introduction historique au droit*, éd. Montchrestien, collection Pages d'amphi, éd. 2004.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *Introduction au droit*, éd. Flammarion, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael et LHUILIER, Gilles, *Introduction au droit*, éd. Flammarion, 2002.
- FERRAND, Frédérique, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997.
- *Cassation française et Révision allemande*, PUF, 1993.
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc et SAVAUX, Éric, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, éd. Armand Colin, 13<sup>ème</sup> éd., 2008.
- *Les obligations, 2. Le fait juridique*, éd. Armand Colin, 11<sup>ème</sup> éd., 2005.
  - *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 6<sup>ème</sup> éd. Armand Colin, 2009.
- FROMONT, Michel et RIEG, Alfred, *Introduction au droit allemand, t. 1 les fondements*, éd. Cujas, 1<sup>ère</sup> éd. 1977.
- FRYDMAN, Benoît, *Le sens des lois*, éd. Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 2007.
- FRYDMAN, Benoît, et HAARSCHER, Guy, *Philosophie du droit*, Dalloz, Connaissance du droit, 3<sup>ème</sup> éd., 2010.
- GAMBARO, Antonio, SACCO, Rodolfo et VOGEL, Louis, *Traité de droit comparé, Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011.
- DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud, *Essai d'introduction au droit français, I, Les Normes*, Erasme, 1990.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ, 1990.
- GHESTIN, Jacques, GOUBEAUX, Gilles et FABRE-MAGNAN, Muriel, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1994.
- GHESTIN, Jacques et GOUBEAUX, Gilles, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1977.
- GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe et BILLIAU, Marc, *Les effets du contrat*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2001.
- GIRARD, Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2003.
- GRAWITZ, Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2001.
- GUINCHARD, Serge et alii, *Droit processuel*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2011.
- GUINCHARD, Serge, FERRAND, Frédérique et CHAINAIS, Cécile, *Procédure civile, Droit interne et communautaire*, Dalloz, 30<sup>ème</sup> éd., 2010.
- HALPERIN, Jean-Louis, *Histoire du droit français depuis 1804*, PUF, 1996.
- HÉRON, Jacques et LE BARS, Thierry, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 4<sup>ème</sup> éd., 2010.
- IONESCU, Octavian, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2<sup>ème</sup> éd., 1978.
- JESTAZ, Philippe, *Le droit*, Dalloz, collection Connaissance du droit, 7<sup>ème</sup> éd. 2012.
- JOLOWICZ, John Anthony (dir.), *Droit anglais*, précis Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1992.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1939.
- LAFERRIÈRE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, LGDJ, 1989.

- LECA, Antoine, *La genèse du droit (essai d'introduction historique au droit)*, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence et PUAM, 3<sup>ème</sup> éd. 2002.
- LEGEAIS, Raymond, *Grands systèmes de droit contemporains*, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, Paul, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 1954.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, Paul et LOUSSOUARN, Yvon, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 1970.
- LÉVY-ULLMANN, Henri, *Le système juridique de l'Angleterre*, LGDJ, Sirey, 1928, rééd. 1999.
- LEVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2010.
- LOUSSOUARN, Yvon, BOUREL, Pierre et DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd. 2007.
- MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 5<sup>ème</sup> éd., 2011.
- MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, 5<sup>e</sup> éd., 2011.
- MALAURIE, Philippe et MORVAN, Patrick, *Introduction générale*, 3<sup>ème</sup> éd. Defrénois, 2009.
- MALINVAUD, Philippe, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13<sup>ème</sup> éd., 2011.
- MALINVAUD, Philippe et FENOUILLET, Dominique, *Droit des obligations*, Litec, 11<sup>ème</sup> éd., 2010.
- MARTY Gabriel et RAYNAUD, Pierre, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988.
- MAYER Pierre et HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, Montchrestien, 10<sup>ème</sup> éd. 2010.
- MIAILLE, Michel, *Une introduction critique au droit*, F. MASPERO, 1976.
- MORAND-DEVILLIER, Jacqueline, *Droit administratif*, 12<sup>ème</sup> éd. Montchrestien, 2011.
- MORETEAU, Olivier, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000.
- NAY, Olivier, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Armand Colin, science politique, 2004.
- NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de, *Droit international privé*, LGDJ, 3<sup>ème</sup> éd., 2011.
- ODENT, Raymond, *Contentieux administratif*, Les Cours de droit, 1977-1978.
- OPPETIT, Bruno, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.
- PÉDAMON, Michel, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 2004.
- PLANIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ., 1932.
- *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ., 1909.
- PLANIOL, Marcel, et RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, *Les obligations*, 2<sup>ème</sup> éd., avec le concours de P. ESMEIN, LGDJ, 1954.
- PRADEL, Jean, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 18<sup>ème</sup> éd., 2010.
- ROUAST, André, *Les grands adages coutumiers du droit des obligations*, Cours de droit civil approfondi de DES, 1954.
- ROUBIER, Paul, *Le droit transitoire (Les conflits de lois dans le temps)*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2008.
- *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
  - *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd., 2005.
- SÉRIAUX, Alain, *Le droit naturel*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.
- *Droit des obligations*, PUF, 1998.
  - *Le droit, une introduction*, éd. Ellipses, 1997.
- STARCK, Boris, ROLAND, Henri et BOYER, Laurent, *Responsabilité délictuelle*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1996.

STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges et BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 20<sup>ème</sup> éd., 2007.

TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2012.

TERRÉ, François, SIMLER, Philippe et LEQUETTE, Yves, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> éd., 2009.

TROPER, Michel, *La philosophie du droit, Que sais-je ?*, PUF, 2005.

VILLEY, Michel, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Dalloz, 2001.

VINEY, Geneviève et JOURDAIN, Patrice, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2006.

WALINE, Jean, *Droit administratif*, Précis Dalloz, 23<sup>ème</sup> éd., 2010.

WEBER, Jean-François, *La Cour de cassation*, Études de la documentation française, 2006.

WITZ, Claude, *Droit privé allemand, I, Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992.

ZENATI, Frédéric, *La jurisprudence*, Dalloz Méthodes du droit, 1991.

## II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

ALBIGÈS, Christophe, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000.

ANTONMATTEI, Paul-Henri, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992.

ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Bibliothèque des textes philosophiques, 2007.

ARRIGHI, Jean-Pierre, *Apparence et réalité en droit privé*, th., Nice, 1974.

ATIAS, Christian, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985.

DE BÉCHILLON, Denys, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, th., Paris, éd. 1996.

– *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, éd. Odile Jacob, 1997.

DE BÉCHILLON, Marielle, *La notion de principe général en droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

BELAID, Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ., Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XVII, 1974.

BERENGER, Frédéric, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, PUAM, 2003.

BERLIOZ, Georges, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 1973.

BERTHIAU, Denis, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 1999.

BIENVENU, Jean-Jacques, *L'interprétation juridictionnelle des actes administratifs et des lois, sa nature et sa fonction dans l'élaboration du droit administratif*, th., Paris, 1979.

BOBBIO, Noberto, *Essais de théorie du droit*, LGDJ, 1998.

BOLARD, Vincent, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé. Principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, th., Paris, 2006.

BONNECASE, Julien, *L'École de l'Exégèse en droit civil*, éd. de Boccard, 2<sup>ème</sup> éd., 1924.

BOURASSIN, Manuella, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.

BRUNET, Christian, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th., Paris, 1973.

BUREAU, Dominique, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, th., Paris, 1992.

CARBONNIER, Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001.

– *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.

– *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994.

CHAPELLE, André, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, th., Paris, 1979.

- CHARBONNEAU, Cyrille, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne André Tunc, t. 29, éd. IRIS, 2011.
- CHAUDET, Jean-Pierre, *Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse*, préface J. MOREAU, LGDJ, 1967.
- CHEN, Chung-Wu, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, 2000.
- CLEMENT, Joseph, *De la règle contra non valentem agere non currit praescriptio en matière civile*, th., Dijon, 1902.
- CUMYN, Michelle, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, LGDJ, 2002.
- DANIS-FATÔME, Anne, *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004.
- DEJEAN DE LA BATIE, Noël, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, 1965.
- DELON, Dominique, *La jurisprudence, source du droit*, th., Paris, 1980.
- DESBOIS, Henri, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence*, Dalloz, 1927.
- DEUMIER, Pascale, *Le droit spontané*, éd. Economica, 2002.
- DOURNAUX, Frédéric, *La notion de fraude en droit privé français*, th. Paris, 2008.
- DWORKIN, Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995.
- FAVOREU, Louis, *Du déni de justice en droit public français*, LGDJ, 1965.
- FILIOS, Christian, *L'enrichissement sans cause en droit privé français : analyse interne et vues comparatives*, Bruylant, 1999.
- FISCHER, Jérôme, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, PUAM, 2004.
- FOULETIER, Marjolaine, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003.
- FRANCOIS, Lucien, *Le problème de la définition du droit*, Liège, 1978.
- GAILLARD, Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985.
- GANNAGÉ, Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ, 2001.
- GAUDEMET-TALLON, Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1998 et 2007)*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd., 2010.
- GAUDEMET, Eugène, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, 1935, rééd. 2002.
- GAUDEMET, Yves, *Les méthodes du juge administratif*, LGDJ, 1972.
- GÉA, Frédéric, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ, coll. des Thèses, T. I. Vol. I, 2009.
- GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif, Elaboration technique du droit positif*, t. III, Sirey, 1921.
- *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Sirey, t. IV, 1924.
  - *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, Paris, 1899.
  - *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 2, LGDJ, 1932.
- GERRY-VERNIERES, Stéphane, *Les « petites » sources du droit*, th., Paris, 2010.
- GORÉ, François, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, essai d'une construction technique*, th., Dalloz, 1949.
- GOUT, Olivier, « Le juge et l'annulation du contrat », Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.
- GOUTAL, Jean-Louis, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, LGDJ, 1981.

- GOYARD-FABRE, Simone, *Les fondements de l'ordre juridique*, PUF, 1992.
- GRABARCZYK, Katarzyna, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUAM, 2008.
- GRZEGORCZYK, Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982.
- HABERMAS, Jürgen, *Droit et morale*, éd. du Seuil, 1997.
- HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française du XIX<sup>ème</sup> siècle*, th., LGDJ, 2002.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *Le Concept de Droit*, Presses des facultés universitaires St Louis, Bruxelles, 1976.
- JAMIN, Christophe, *La notion d'action directe*, th., LGDJ, 1991.
- JAPIOT, René, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th., Dijon, 1909.
- VON JHERING, Rudolf, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. III-IV, Forni editore, 3<sup>ème</sup> éd., 1969.
- JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle, *L'apparence en droit international privé (Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé)*, th., LGDJ, 1984.
- JOSSERAND, Louis, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 2006.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2006.
  - *De l'abus des droits*, éd. A. Rousseau, 1905.
- JUST, Gustavo, *Interpréter les théories de l'interprétation*, L'Harmattan, 2005.
- LAFAY, Fabien, *La modulation du droit par le juge, Etude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006.
- KANT, *Critique de la raison pure*, PUF, 1968.
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Bruylant, 1999.
- *Théorie générale du droit de l'État*, LGDJ, 1997.
  - *Théorie générale des normes*, PUF, 1996.
- LAGARDE, Paul, *Recherche sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, 1959.
- LAJUS-THIZON, Emmanuelle, *L'abus en droit pénal*, Dalloz, 2011.
- LASSERRE-KIESOW, Valérie, *La technique législative, étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002.
- LEMEE, Jacqueline, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, th., Paris, 1977.
- LEVENEUR, Laurent, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990.
- LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public en droit privé interne et en droit privé international*, th., Sirey, Dijon, 1934.
- LIGEROPOULO, Alexandre, *Le problème de la fraude à la loi*, th., Aix-Marseille, 1928.
- LOSCHAK, Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, préface P. WEIL, LGDJ, 1972.
- MAILLOT, Jean-Marc, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit – Continuité et Modernité*, éd. Dalloz, coll. Nouvelles bibliothèques de thèses, 2003.
- MALABAT, Valérie, *Appréciation "in abstracto" et appréciation "in concreto" en droit pénal*, 1999.
- MARKOVITCH, Bojidar, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, th., Paris, 1930.
- MAURY, Jacques, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Casa Martin, 1952.
- MAYER, Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, dir. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVII, éd. Dalloz, 1973.
- MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, Nathan, 1994.
- MORETEAU, Olivier, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th., 1990.

- MORVAN, Patrick, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon Assas, 1999.
- MOTULSKY, Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, 2002.
- MOULY, Jean, *La fraude à la loi en droit du travail*, th., Limoges, 1979.
- MUIR-WATT, Horatia, *La fonction de la règle de conflit de lois*, th., Paris, 1985.
- OST, François, *Le temps du droit*, éd. O. Jacob, 1999.
- OST, François, et VAN DE KERCHOVE, Michel, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- *Le système juridique entre ordre et désordre*, éd. PUF, collec. Les voies du droit, 1988.
- PELLET, Alain, *Recherches sur les principes généraux du droit en droit international*, th., Paris, 1974.
- PERELMAN, Chaïm, *Ethique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2012.
- PEROZ, Hélène, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005.
- PERRIN, Jean-François, *Qu'est-ce que l'effectivité d'une norme ? Pour une théorie de la connaissance juridique*, Droz, 1979.
- PETETIN, Xavier, *La nature juridique de l'apparence*, th., Paris, 1966.
- PICOD, Yves, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.
- PLATON, *Le Politique*, 294c, trad. A. Diès, Paris, Les Belles Lettres, 1970.
- PORCHEROT, Ernest, *De l'abus de droit*, th., L. Venot, 1901.
- PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.
- RABAGNY, Agnès, *L'image juridique du monde. Apparence et réalité*, PUF, 2003.
- RÉMY, Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.
- RÉMY-CORLAY, Pauline, et FENOUILLET, Dominique (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003.
- RIALS, Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1980.
- RICOEUR, Paul, *Le juste*, éd. Esprit, 1995.
- RIPERT, Georges, *Les forces créatrices du droit*, Paris LGDJ, 1994.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
  - *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.
- ROMAIN, Jean-François, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé : des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, Bruylant, 2000.
- ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002.
- ROUHETTE, Georges, LAMBERTERIE, Isabelle de, TALLON, Denis, et WITZ, Claude (dir.), *Principes du droit européen du contrat, Droit privé comparé et européen*, vol. 2 Société de législation comparée, 2003.
- ROULAND, Norbert, *L'État français et le pluralisme*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1995.
- RUELLAN, Caroline, *La loi de majorité dans les sociétés commerciales*, th., Paris, 1997.
- RUIZ-FABRI, Hélène et GRADONI, Lorenzo, *La circulation des concepts juridiques : le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Société de législation comparée, Vol. 16, 2009.
- SALEILLES, Raymond, *La déclaration de volonté*, éd. F. Pichon, 1901.
- SAVEY-CASARD, Paul, *Le refus d'action pour cause d'indignité, Etude sur la maxime Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, th., Lyon, 1930.
- SENN, Félix, *Les origines de la notion de jurisprudence*, Sirey, 1926.

- SERRES, Michel, *Hermès ou la communication*, Les éditions de minuit, 1968.
- SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, 1985.
- SEVERINO, Catérina, *La doctrine du droit vivant*, éd. Economica, 2003.
- SINDRES, David, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008.
- SOURIOUX, Jean-Louis et LERAT, Pierre, *Le langage du droit*, PUF, 1975.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe, *L'abus dans le contrat*, LGDJ, 2000.
- *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994.
- STROHOLM, Stig et VOGEL, Hans Heinrich, *Le « réalisme scandinave » dans la philosophie du droit*, LGDJ, 1975.
- THIRION, *L'avènement de l'equity comme source de droit*, th., Paris, 1951.
- LE TOURNEAU, Philippe, *La règle « nemo auditur.. »*, th., LGDJ, 1970.
- TZARANO, Grégoire, *Etude sur la règle « Nemo auditur propriam turpitudinem allegans »*, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926.
- VIDAL, José, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957.

### III. Dictionnaires, ouvrages collectifs, rapports

- Code civil allemand*, traduction commentée, Dalloz, 2010.
- Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1993.
- Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le premier président Guy CANIVET, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, Litec, 2005.
- Lexique des termes juridiques*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2012.
- Rapport public du Conseil d'État 2006 - *Sécurité juridique et complexité du droit*.
- ALLAND, Denis et RIALS, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la Culture juridique*, PUF, 2003.
- AMSELEK, Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant PUAM, 1995.
- ANCEL, Bertrand et LEQUETTE, Yves, préface de Henri BATIFFOL, *Les grands arrêts de droit international privé*, 5<sup>ème</sup> éd., 2006.
- ANCEL, Pascal, AUBERT, Gabriel et CHAPPUIS, Christine, *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse* : actes du séminaire de Genève, mai 1998.
- BARAV, Ami et PHILIP, Christian, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, P.U.F., 1993.
- BONNET, Baptiste et DEUMIER, Pascale (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?* Actes du colloque organisé les 22 et 23 octobre 2009, Université Jean Monnet, Saint-Etienne, Dalloz, 2010.
- CADIET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.
- CAPITANT, Henri, TERRE, François et LEQUETTE, Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 12<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2008.
- CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>ème</sup> édition, 2011.
- CARBASSE, Jean-Marie et DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, Droit et justice, 1<sup>ère</sup> éd. 1999.
- CARTWRIGHT, John, VOGENAUER, Stefan et WHITTAKER, Simon (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 9, 2010.



- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Droit privé comparé et européen vol. 4, Société de législation comparée, 2007.
- *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Droit privé comparé et européen, vol. 1 Société de législation comparée, 2003.
  - *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, Bibl. dr. privé, tome 272, préface Yves LEQUETTE.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte et MAZEAUD, Denis (dir.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé européen et comparé », vol. 7, 2008.
- FORTIER, Vincente (dir.), *Le juge, gardien des valeurs ?*, éd. CNRS, 2007.
- GARAPON, Antoine, ALLARD, Julie et GROS, Frédéric, *Les vertus du juge*, Dalloz, 2008.
- JAMIN, Christophe et MAZEAUD, Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.
- JESTAZ, Philippe, CAPOULADE et FOUSSARD, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Doc. fr. 1994.
- JESTAZ, Philippe et JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Dalloz, Coll. Méthode du droit, 2004
- LENOBLE, Jacques (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, 1996.
- PRIETO, Catherine (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003.
- ROLAND, Henri et BOYER, Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 4<sup>ème</sup> éd. 1999.
- TALLON, Denis et HARRIS, Donald, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, t. 196, Bibliothèque de droit privé, LGDJ Paris 1987.
- TERRÉ, François (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2009.
- THIBIERGE, Catherine et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.
- VAN DE KERCHOVE, Michel (dir.), *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, 1978.

#### IV. Articles, chroniques, études

- ABRAVANEL-JOLLY, S., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « fonds de garantie », janvier 2012.
- ADIDA-CANAC, H., « L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité », *D.* 2009. 1288.
- AGOSTINI, É., « L'équité », *D.* 1978. Chron. 7.
- AKAM, A., « Libres propos sur l'adage "Nul n'est censé ignorer la loi" », *RRJ* 2007-1. 31.
- ALBIGÈS, C., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « équité », septembre 2009 (dernière mise à jour : septembre 2011).
- « L'équité dans le jugement, étude de droit privé », in *L'équité dans le jugement : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 novembre 2000*, dir. de M.-L. PAVIA, Harmattan, 2003, chap. 8. 107.
- AMSELEK, P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009. 3.
- « La teneur indécise du droit », *RDP* 1991. 1199.
  - « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », in *Droits*, 1989, n°10. 7.
  - « Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit » », in *Sources du droit, APD*, t. 27, Sirey, 1982. 251.

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*. 1982. 275.
- « Norme et loi », in *La loi*, APD, t. 25, Sirey, 1980. 89.
- ANCEL, B., « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Travaux comité fr. DIP* 1986-1987. 25.
- ANCEL, P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *D.* 1999. 771.
- « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », in D. MAINGUY et alii, *L'abus de droit dans les contrats*, *Cah. dr. entr.* 1998/6. 30.
- ANCEL, P. et AUBERT, G., « Introduction en forme de dialogue franco-suisse », in ANCEL, Pascal, AUBERT, Gabriel et CHAPPUIS, Christine, *L'abus de droit : comparaisons franco-suissees : actes du séminaire de Genève*, mai 1998. 15.
- ANCEL, P. et DIDRY, C., « L'abus de droit: une notion sans histoire ? », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suissees : actes du séminaire de Genève*, mai 1998. 51.
- ANCEL, P., et WINTGEN, R., « La théorie du « fondement contractuel » (Geschäftsgrundlage) et son intérêt pour le droit français », *RDC* 2006 n° 3. 897.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « L'abus de droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *D.* 2015. 1854.
- AONZO, P., « Point de vue sur l'éthique de l'entreprise », *LPA*, 14 septembre 2001, n° 184. 4
- ARLIE, D., « Des intérêts d'un mandataire du croire non reconduit dans ses fonctions », *D.* 1998. 511.
- ARNAUD, A.-J., « De l'équité dans l'histoire du droit occidental », in *Entre modernité et mondialisation – Cinq leçons d'histoire de la philosophie et de l'État*, 1998, LGDJ. 107.
- ATIAS, C., « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit », *RTDciv.* 2007. 23.
- « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, Sur les revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 298.
- « La distinction du Droit et de la Loi en droit privé français contemporain », in *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi*, Vème colloque de l'association française de philosophie du droit, PUAM, 1987. 57.
- « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP G.* 1984. I. 3145.
- « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *JCP G.* 1980. I. 2999.
- AUBERT, J-L., « Faut-il « moduler » dans le temps les revirements de jurisprudence ?... J'en doute ? », *RTDciv.* 2005. 303.
- « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005. Chron. 1115.
- « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Mélanges J. Ghestin*, 2001, LGDJ. 24.
- « Pour des rébellions constructives », *RTDciv.* 1992. 338
- AUBY, J.-M., « L'arbitrage en matière administrative », *AJDA* 1955. I. 81
- AUDIT, B., « Fraude », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003. 755.
- AUDREN, F., et FILLON, C., « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTDciv.* 2009. 39.
- AYNES, L., GAUTIER, P.-Y. et TERRÉ, F., « Antithèse de « l'entité », (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997. 229.
- AZZI, T., « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *D.* 2009. 1621.
- BACH, L., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « jurisprudence », septembre 2009 (dernière mise à jour : janvier 2012).

- « La jurisprudence est-elle, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à une lancinante interrogation !) », *Mélanges Héron*, 2008. 47.
- BACHELLIER, X. et JOBARD-BACHELLIER, M-N., « Les revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 304.
- BAILLEUL, D., « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en question de la jurisprudence Nicolo ? », *RFDA* 2003. 876.
- BAKOUICHE, D., « Quelques observations relatives au rôle et à la place de l'équité correctrice en matière contractuelle », *LEXBASE HEBDO* n° 81 du Jeudi 24 Juillet 2003 - Edition Affaires.
- BARRET, O., « L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) », *RTDciv.* 1990. 199.
- BATIFFOL, H., « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *RRJ* 1981. 175
  - « Note sur les revirements de jurisprudence », in *Marx et le droit moderne*, *APD* 1967, t. XII. 335.
- DE BÉCHILLON, D., « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002. 973.
  - « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998. 225.
- DE BÉCHILLON, D., et TERNEYRE, P., « Contrats administratifs (Contentieux des), *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, décembre 2000 (dernière mise à jour : juin 2012)
- BEIGNIER, B., « Les arrêts de règlement », *Droits*, n°9. 1989. 45.
  - « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1988. 77.
- BELLIVIER, F. et SEFTON-GEEN, R., « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », *Mélanges J. Ghestin*. 91.
- BENABENT, A., « De l'assouplissement par le droit commun d'un droit spécial rigide : tempérament direct (par exclusion de la règle) ou indirect (par dommages et intérêts) ? », *D.* 2000. 11.
- BENOIST, J., « Aristote » in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008. 1.
  - « Platon », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008. 453.
- BERGEL, J.-L., « À la recherche de concepts émergents en droit », *D.* 2012. 1567.
  - « “Et ferez bonne justice...” » *RRJ* 2002-5. 2203.
  - « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ.* 93, n°4. 1057.
- BEROUJON, C., « Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel », *RTDciv.* 1995. 579.
- BERTHOUIL, T., « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », *RRJ* 1992-2. 343.
- BETAT-MAYSONNAVE, E-L., « Droits de mutation à titre gratuit et mécanisme de représentation », *L'Essentiel du Droit Fiscal*, 01 janvier 2011 n° 1. 5.
- BETTINI, R., « Efficacité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993. 219.
- BLANC, G., « L'abus de droit dans les contrats en droit français », in *L'abus de droit : comparaisons franco-suissees : actes du séminaire de Genève*, mai 1998. 117.
- BLANCO, F., « Le Conseil d'État, juge pédagogue », *RRJ.* 2003. 1513.
- BLONDEL, J., « La common law et le droit civil », *RIDC.* 1951. 581.
- BOBBIO, N., « Kelsen et les sources du droit », in *Sources du droit*, *APD*, t. 27, 1982. 135.
- BOLARD, G., « Les recours-nullité en procédure civile », in *Justices et double degré de juridiction*, *Rev. Justices*, 1996, n°4. 119.
  - « L'appel-nullité », *D.* 1988. 177.

- BON, P., « La question préjudicielle de constitutionnalité en France : solution ou problème ? », in *Le contrôle de constitutionnalité par voie préjudicielle en France : quelles pratiques ?*, PUAM, 2009. 228.
- BONNEAU, T., « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », *D.* 1995 Chron. 24.
- BOUDOT, M., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « apparence », mai 2009 (dernière mise à jour : mars 2011).
- BOULANGER, F., « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP G.* 1993. I. 3665.
- BOULANGER, J., « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. RIPERT*, LGDJ, 1950, t. I. 51.
- « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », *TAHC*, t. V, *Etudes sur le rôle du juge*, Dalloz, 1950. 61.
- BOYER, G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements », *Mél. Maury*, t. 2, 1960, Dalloz. 257.
- BOYER, L., *Rép. Dr. civ.* Dalloz, rubrique « Contrats et conventions », août 1993 (dernière mise à jour : octobre 2010).
- BRAIBANT, G., « Le droit et l'équité dans la protection des citoyens à l'égard de l'administration », in *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Economica, 1982. 99.
- BREDIN, J-D., « La loi du juge », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982. 15.
- BREEN, E., « Réguler ou moduler ? Des précisions sur les pouvoirs réglementaires de l'ART (Arcep) et sur la modulation des effets dans le temps des annulations contentieuses », *JCP A* 2005. 1263.
- BROUILLAUD, J-P., « Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition », *D.* 1997. Chron. 234.
- BRUNET, F. et GIRGENSON, I., « La double réforme du contrôle communautaire des concentrations », *RTDeur.* 2004. 1.
- BUCHER, A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993, II. 9.
- BUREAU, D., « L'ambivalence des principes généraux du droit devant la Cour de cassation », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, N. MOLFESSIS (dir.), Economica, 2004. 181.
- CADIET, L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, janv.-mars 1998. 87.
- CADIET, L. et LE TOURNEAU, P., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « abus de droit », avril 2008, (dernière mise à jour : mars 2012).
- CAENEGEM, R. VAN, « Le rôle de la conscience du juge dans l'histoire du droit anglais », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, droit et justice, 1<sup>ère</sup> éd. 1999. 263.
- CALBAIRAC, G., « Considérations sur la règle "*Fraus omnia corrumpit*", *D.* 1961. Chron. 169.
- CANARIS, C. W., « De la manière de constater et combler les lacunes de la loi en droit allemand », in Ch. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre de national de recherche de logique, Bruylant, 1968. 164.
- Entretien avec CANIVET, G. et MOLFESSIS, N., « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *JCP G.* 2004. 2295.
- CANIVET, G., « Activisme judiciaire et prudence interprétative, Introduction générale », in *La création du droit par le juge*, *APD*, 2007, n°50. 7.
- « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTDciv.* 2005. 33.

- « Le principe d'équité dans le pourvoi en cassation », *Mélanges Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruylant, 2004. 367.
- CAPITANT, H., « Sur l'abus des droits », *RTDciv.* 1928. 365.
- CARA, J-Y. DE, « Aspects contemporains des sources du droit anglais », in *Les sources du droit, aspects contemporains, société de législation comparée*, Colloque des 11 et 12 mai 2006, 2007. 83.
- CARBASSE, J-M., « Le juge entre la loi et la justice : approche médiévale », in J. M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, PUF, droit et justice, 1<sup>ère</sup> éd. 1999. 67.
- CARPENTIER, A.-C., « Les effets du changement de circonstances économiques sur les contrats à exécution successive », *Justice et cassation, La norme : déclin ou renouveau ?*, 2012. 276.
- CASSON, P., « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001. 143.
- CATALA, P., « Turbulences dans les sources du droit », *Mélanges Sassi Ben Halima*, Centre de publication universitaire, 2005. 79.
- CAUDAL, S., « Rapport introductif », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), Economica, 2008. 1.
- CAYLA, C. ; « Kelsen » in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008. 320.
- CAYROL, N., *Rép. Proc. Civ.* Dalloz, rubrique « action en justice », septembre 2007, (dernière mise à jour: septembre 2011).
- CHABAS, F. et GRÉAU, F., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Force majeure », avril 2007, (dernière mise à jour : mars 2010).
- CHAKIRIAN, L., « Vers une redéfinition du principe de subsidiarité de l'action de *in rem verso* », *RRJ.* 2000-4/1. 1407.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Bobbio », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008. 61.
- CHARMONT, J., « L'abus du droit », *RTDciv* 1902. 113.
- CHARMONT, J. et CHAUSSE, A., « Les interprètes du Code civil », *Le Code civil, Livre du Centenaire*, t. I. 131.
- CHARRUAULT, C., « L'excès de pouvoir du juge civil », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz Litec, 2006. 857.
- CHARTIER, Y., « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994. 149.
- CHAZAL, J-P., « Relire Josserand », oui mais... dans le trahir », *D.* 2003. 1777.
- CHEVALLIER, J., « L'Interprétation des lois », in *Le Titre préliminaire du Code civil*, dir. G. FAURE et G. KOUBI, Economica, 2003. 125.
  - « Droit, ordre, institution », *Droits*, n°10, 1989. 19.
  - « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1984. 7.
  - « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », *Etudes Ripert*, 1950, t. 2. 237.
- CHEYNET DE BEAUPRE, A. et DREIFUSS-NETTER, F., « Libres dialogues autour de l'éthique en droit de la santé », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009. 605.
- COMBACAU, J., « Sur une définition restrictive du droit, Dialogue sans issue », in *Mél. Burdeau*, 1977. 1033.
- CONTE, P., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Responsabilité du fait personnel », mai 2002, (dernière mise à jour : janvier 2012).
- CORNU, G., « Le visible et l'invisible », in *Droits*, 1989, n°10. 27.
- CRISTAU, A., « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002. 2814.
- DARGENT, L., « Aide juridictionnelle : plafonds de ressources pour 2009 », *D.* 2009. 1010.

- DAVID, R., « La doctrine, la raison, l'équité », *RRJ*, 1986-1. 136.
- « La jurisprudence », *RRJ*, 1985. 783.
  - « L'imprévision dans les droits européens », in *Etudes Jauffret*, Fac. droit Aix-Marseille, 1974. 211.
  - « Le dépassement du droit et les systèmes de droits contemporains », *Le dépassement du droit*, *APD*, t. 8, 1963. 3.
- DEGUERGUE, M., « Jurisprudence », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003. 883.
- DELGA, J., « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D.* 2004. 3126.
- DELPECH, X., « Crédit documentaire et fraude », *D.* 2009. 161.
- DEMOGUE, R., « La notion de sujet de droit, caractères et conséquences », *RTDciv.* 1909. 611.
- DEPAMBOUR-TARRIDE, L., in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, « Juge », 2003. 862.
- DEREUX, V., « Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », *RTDciv.* 1907. 513.
- DESSERTAUX, M., « Abus de droit et conflits de droits », *RTDciv.* 1906. 119.
- DEUMIER, P., « Error communis facit jus ? », in *L'erreur*, J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER (dir.), 2007. 9.
- « La « doctrine de la Cour de cassation » : opinion ou précédent ? », *RTDciv.* 2006. 73.
  - « Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation », *RTDciv.* 2006. 510.
  - « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ? », *RTDciv.* 2006. 63.
  - « Existe-t-il une doctrine positive ? », *RTDciv.* 2006. 63.
  - « Les principes Unidroit ont dix ans : bilan en demi-teinte », *RDC* 2004. 766.
  - *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Coutume et usages », avril 2003.
- DEUMIER, P. et ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Faut-il différer l'application des règles jurisprudentielles nouvelles ? Interrogations à partir d'un rapport », *RTDciv.* 2005. 83.
- DEUMIER, P. et REVET, T., « Ordre public », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003. 1119.
- DEUMIER, P. et REVET, T., « Sources du droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, (dir.) D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003. 1431.
- DESDEVISES, Y., « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979. Chron. 21.
- DIDIER, P., « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003. 187.
- DIENER, P., « Ethique et droit des affaires », *D.* 1993. Chron. 17.
- DION, N., « Les forces de la médiation, variations libres », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009. 707.
- « Le juge et le désir du juste », *D.* 1999. 195.
- DOUCHY-OUDOT, M., « L'office du juge », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009. 99.
- DRAGO, R., « La méthode législative à la lumière du juste et de l'injuste » in *De l'injuste au juste*, M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), Dalloz, 1997. 69.
- DROSS, W., « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence) », *D.* 2006, Chron. 472.
- DUFOUR, A., « La théorie des sources du Droit dans l'Ecole du droit historique », in *Sources du droit*, *APD.*, t. 27, 1982. 85.

- DUPEYROUX, O., « La doctrine française et la jurisprudence source du droit », *Mél. Marty*, 1978. 463.
- « La jurisprudence, source abusive du droit », *Mél. Maury*, 1960, t. 2. 349.
- EDDAZI, F., « La force normative des propositions de la commission départementale de la coopération intercommunale », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009. 435.
- EISENMANN, C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *La logique du droit, APD*, t. 11, 1966. 26.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *D.* 2004. 711.
- ESMEIN, P., « La jurisprudence et la loi », *RTDciv.* 1952. 17.
- ESTOUP, P., « L'amicable composition », *D.* 1986. Chron. 221.
- EVEILLARD, G., « Chronique de droit administratif », *JCP G* 2011. 131.
- FARGAT, G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduites privés », in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), LGDJ, 1998. 151.
- « Réflexions sur les codes de conduites privés », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982. 47.
- FAUVARQUE-COSSON, B., « Vers un droit commun européen de la vente », *D.* 2012. 34.
- « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC* 2006. 529.
  - « Le changement de circonstances », in *Durées et contrats*, *RDC* 2004. 67.
  - « L'estoppel du droit anglais », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), éd. Economica, 2001. 4.
  - *Rép. droit international*, Dalloz, rubrique « Nullités », décembre 1999.
  - « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC.* 1998. 463.
- FENOUILLET, D., « Propos introductifs », in *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, Dalloz, 2011. 1.
- FERRAND, F., « la rétroactivité des revirements de jurisprudence et le droit allemand », in *Les revirements de jurisprudence*, rapport remis le 30 novembre 2004 à M. le premier président Guy Canivet, groupe de travail présidé par Nicolas MOLFESSIS, Paris, Litec, 2005. 81.
- *Rép. Proc. Civ.* Dalloz, rubrique « Appel », (mars 2012).
- FORIERS, P., « Réflexions sur l'équité et la motivation des jugements », in *La pensée juridique de P. Foriers*, 1984, Bruxelles, Bruylant. 225.
- « Les lacunes du droit », in C. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre de national de recherche de logique, Bruylant, 1968. 9.
- FRAGISTAS, C. N., « La compétence international en droit privé », *RCADI*, 1961, III, t. 104. 173.
- FRICERO, N., « L'accès au juge », in *L'accès au juge : Justice & Cassation*, Dalloz, 2008. 15.
- FRISON-ROCHE, M-A., « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence, La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences », *RTDciv.* 2005. 310.
- « Les offices du juge », *Ecrits en hommage à J. Foyer*, 1997, PUF. 653.
- FRISON-ROCHE, M-A. et BARANES, W., Avant-propos, in *De l'injuste au juste*, M-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES (dir.), Dalloz, 1997.
- FROMONT, M., « Le principe de sécurité juridique », *AJDA.* 1996. 178.
- FULCHIRON, H. et DAUBRICOURT, R., « La prestation compensatoire, mythes et réalités », *D.* 2010. 2170.

- GAILLARD, E., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international (le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes) », *Revue de l'arbitrage*, 1985. 241.
- GALLOIS, A., « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D.* 2010. 335.
- GAU-CABEE, C., « La jurisprudence et les silences du Code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n°47, p. 3 et s.
- GAUDEMET, J., « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Le système juridique, APD*, t. 31, 1986, p. 11 et s.
- GAUTIER, P.-Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003. 2839.
- GEIGER, C., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle », *D.* 2010. 510.
- GENEVOIS, B., « principes généraux du droit », *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2010 (dernière mise à jour : juin 2012).
- « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », *RFDA* 2002. 877.
- GERBAY, P., « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D.* 1993. 143.
- GHESTIN, J. ; « Les données positives du droit », *RTDciv.* 2002. 11.
- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTDciv.* 1994. 777.
  - « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, Chron. 1. 1.
  - « La règle : « Aliments ne s'arrangent pas » », *Mélanges Brethe de La Gressaye*, 1967, p. 295 et s.
- GIVERDON, C., « L'outillage juridique », in *L'avenir du droit, Mel. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 275 et s.
- GJIDARA, S., « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA* 26 mai 2004, n°105. 3.
- GOBERT, M., « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *La jurisprudence aujourd'hui*, *RTDciv.* 1992. 344.
- GOMEZ-MUSTEL, M.-J., *Rép. Dr. Trav.* Dalloz, rubrique « Formation professionnelle continue », juin 2011 (dernière mise à jour : mars 2012).
- GOTHOT, P. et LAGARDE, P., *Rép. Droit international* Dalloz, « Conflits de lois (principes généraux) », - janvier 2006.
- GOUBEAUX, G., « Il était une fois... la Doctrine », *RTDciv.* 2004. 239.
- GOYARD-FABRE, S., « Ecole du droit naturel moderne », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 564 et s.
- GRAULICH, L., « À propos du gouvernement des juges », *RTDciv.* 1932. 77.
- GRÉAU, F., *Rép. dr. civ* Dalloz., rubrique : « Action directe », janvier 2011 (dernière mise à jour : janvier 2012).
- GREWE, C., « Le contrôle de constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs* 2011, n° 137, p. 143 et s.
- GRIDEL, J.-P., « Les sources du droit privé français aujourd'hui », in *Les sources du droit, aspects contemporains*, Société de législation comparée, 2007 p. 39.
- « Le rôle de la Cour de cassation française dans l'élaboration et la consécration des principes généraux en droit privé », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p. 136.
  - « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé » *D.* 2002. 228.
- GRIMALDI, C., « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007. 1448.
- GRIMALDI, M., « Les contradictions légitimes au détriment d'autrui en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS, (dir.), Economica, 2001, p. 161 et s.



- GRIMONPREZ, B., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Prescription acquisitive », janvier 2010 (dernière mise à jour : janvier 2012).
- GRZEGORCZYK, C. ; « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode? », *La jurisprudence*, APD, Sirey, t. 30, 1985, p. 35 et s.
- GUASTINI, R., « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 113 et s
- « Dworkin », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), Dalloz, 2008, p. 153 et s.
  - « Complétude », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2<sup>ème</sup> éd., 1993, p. 79 et s.
  - « Théorie et Ontologie du droit chez Dworkin », *Droit et société*, n°2, 1986, p. 15 et s.
- GUILLIEN, R., « Nul n'est censé ignorer la loi », *Mélanges Roubier*, 1961, t. I, p. 253 et s
- GUINCHARD, S., « Le droit à un procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, 1998. 191.
- GUTMANN, D., « Droit subjectif », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 529 et s.
- « Le juge et l'équité. Enjeux philosophiques », *Revue Histoire de la justice*, n°11, 1998, p. 144.
- HABA, E. P., « Logique et idéologie dans la théorie des « sources » », *Sources du droit*, APD., t. 27, 1982, p. 235 et s.
- HACHEZ, I., « Balises conceptuelles autour des notions de « sources du droit », « force normative » et « soft law » », *RIEJ*, vol. 65, 2010, p. 1 et s.
- HALPERIN, J.-L., « Portalis », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 454 et s.
- « Hart », in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (dir.), Dalloz, 2008, p. 240 et s.
  - « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, LGDJ, 1996, n°17, p. 238.
- HASCHER, D. et des membres de la rédaction, Comité français de droit international privé, *Compte rendu des travaux de l'année 2000-2001*, *Rev. Crit. DIP.* 2002. 175.
- HASSLER, T., « L'intérêt commun », *RTDcom.* 1984. 581.
- HAURIOU, M., « Police juridique et fond du droit », *RTDciv.* 1926. 265.
- HAUSER, J., « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », *Mél. M. Vidal*, 2010, p. 591 et s.
- HEALY, T. H., « Théorie générale de l'ordre public », *RCADI*, 1925, IV, t. 9, p. 412 et s.
- HEBRAUD, P., « Notion et rôle du temps en droit civil », in *Mélanges Kayser*, PU Aix-Marseille, 1979, t. 2, p. 1 et s.
- « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 329 et s.
- HENRY, X., « Vidons les greffes de la République ! De l'exhaustivité d'accès aux arrêts civils des cours d'appel », *D.* 2011. 2609.
- HERVIEU, V. A., « Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle », *RRJ* 1989. 257.
- HERZOG-EVANS, M., *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, Dalloz, rubrique « Confusion de peines », septembre 2009 (dernière mise à jour : juin 2012).
- HEUSCHLING, L., « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* dir. M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET, Bruylant, 2012, p. 27 et s.
- HEUZE, V., « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005. I 130. 671.

- HOLMES, O. W., « Le droit comme prédiction des décisions des tribunaux », in *Le positivisme juridique*, dir. C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, LGDJ, Coll. La pensée juridique moderne, 1992, p. 123 et s.
- HUET, J., « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit : une nouvelle lex mercatoria ? », *LPA* 10 nov. 1995. 6.
- HUGON, C., « Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du retrait des pourvois du rôle de la Cour de cassation », *D.* 2001. 3369.
- HUSSON, L., « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *RTDciv.* 1976. 431.
- IZORCHE, M.-L., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « action directe », octobre 1994.
- JACQUÉ, J.-P., *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Budget », août 2009 (dernière mise à jour : avril 2011).
- JACQUET, J.-M., « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Mél. B. Oppétit*, Litec, 1999, p. 331 et s.
- JAMIN, C., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002. 901.
- « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », *Droit et patrimoine*, mars 1998, p. 45 et s.
  - « Typologie des théories doctrinales de l'abus », *Revue Concurrence et consommation*, n°92, juillet-août 1996. 7.
  - « Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, 1992, LGDJ, p. 263 et s.
- JARROSSON, C. et TESTU, F.-X., « Equité », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 635 et s.
- JAUFFRET-SPINOSI, C., « La structure du droit français », in *La structure des systèmes juridiques*, O. MORETEAU et J. VANDERLINDEN (dir.), XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 2002, éd. Bruylant Bruxelles 2003, p. 259 et s.
- « Comment juge le juge anglais ? », *Droits*, 1989, n°9, p. 57 et s.
- JEAMMAUD, A., « De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 49 et s.
- « Fraus omnia corrumpit », *D.* 1997. Chron. 19.
  - « La règle comme modèle », *D.* 1990. 199.
  - « Les principes dans le droit français du travail », *Dr. soc.* 1982. 618.
- JEAMMAUD, A. et SERVERIN, E., « Evaluer le droit », *D.* 1992. 263.
- JEANNEAU, B., « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve du temps », *EDCE* 1981-1982, n°33, p. 33 et s.
- JESTAZ, P., « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p. 169 et s.
- « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTDciv.* 1996. 299.
  - « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *RTDciv.* 1992. 73.
  - « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTDciv.* 1990. 625.
  - « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989. Chron. 149.
  - « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983. 334.
  - « Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux-arts, éléments de Métajuridique amusante », *RTDciv.* 1979. 480.

- JESTAZ, P. et JAMIN, C., « Doctrine et jurisprudence : cent ans après, *RTDciv.* 2002. 1.
- « L'entité doctrinale française », *D.* 1997. 167.
- JOBARD-BACHELLIER, M.-N., « Apparence », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 73 et s.
- JOBARD-BACHELLIER, M.-N. et HILLEL, S., « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. BEHAR-TOUCHAIS, (dir.), Economica, 2001, p. 53.
- JOLOWICZ, J.-A., « La jurisprudence en droit anglais: aperçu sur la règle du précédent », *La jurisprudence, APD*, Sirey, t. 30, 1985, p. 105 et s.
- JORDA, J., « La modernisation du droit communautaire des concentrations », *AJDA* 2005. 179.
- JOUANJAN, O., « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », *RFDA* 2004. 676.
- « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, 2003, n°37, p. 31 et s.
- JOUVE, E., « Recherche sur la notion d'apparence en droit administratif français », *RDP.* 1968. 283.
- KAYSER, P., « Essai de contribution aux notions de droit, de justice et d'équité », *RRJ* 2001-1. 15.
- « L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit privé français », *RRJ* 1999-1. 13.
  - « La justice selon Aristote », *RRJ* 1996-2. 314.
- KELSEN, H., « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940. 33.
- KERNALEGUEN, F., in *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), 2004, « Excès de pouvoir », p. 487 et s.
- « L'excès de pouvoir du juge », *Justices* n°3, 1996. 151.
- KHAIRALLAH, G., « Le « raisonnable » en droit privé français - Développements récents », *RTDciv.* 1984. 439.
- KRYNEN, J., « Le droit romain « droit commun de la France » », *Droits*, 2003, n°38, p. 21 et s.
- LABETOULLE, D., « L'avenir du dualisme juridictionnel, Point de vue d'un juge administratif », *AJDA* 2005. 1770.
- LAGARDE, P., *Rép. Droit international* Dalloz, rubrique : « ordre public », décembre 1998 (mis à jour mars 2009).
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986-II.1 (t. 196).
  - « Approche critique de la lex mercatoria », in *Etudes offertes à B. GOLDMAN*, 1982, p. 125 et s.
- LAGARDE, X., « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *La création du droit par le juge, APD*, 2007, t. 50, p. 77 et s.
- « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007. 740.
  - « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006. 678.
- LAMARCHE, M. et LEMOULAND, J.-J., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Mariage (2° conditions de formation) », janvier 2010 (dernière mise à jour : mars 2012).
- LARROUMET, C., « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *JCP G.* 1997, I, 4011.
- LASCOUMES, P. et SERVERIN, E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société* 1986. 101.

- LASSER, M., « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation, Le regard bienveillant, mais inquiet, d'un comparatiste nord-américain », *RTDciv.* 2006. 691.
- LEBEN, C., « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1113 et s.
- « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice », *Droits*, n°11, 1990. 35
- LECÈNE-MARÉNAUD, M., « Le rôle de la faute dans les quasi contrats », *RTDciv.* 1994. 515.
- LECLERCQ, J., « Le juriste confronté aux « réflexes » interprétatifs du juge », *LPA*, 19 décembre 2001. 19.
- LECUYER, H., « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mel. en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s.
- LEROUX, E., « Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945 », *RTDciv.* 1974. 509.
- LEROYER, A.-M., « Langage du droit et terminologie juridique », in *Regards sur le droit*, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, 2010, p. 27 et s.
- LESCOT, P., « Les tribunaux face à la carence du législateur », *JCP* 1966. I. 2007.
- LEVY, E., « Responsabilité et contrat », *Rev. Crit.* 1899. 367.
- LIBCHABER, R., « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURE et G. KOUBI (dir.), éd. Economica, 2003, p. 143 et s.
- « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle*, 1996, p. 65 et s.
- LINDON, R., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975, I, 2681.
- LOMBARDI-VALLAURI, L., « Jurisprudence », *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, t. 35, 1990, Dalloz, p. 191 et s.
- LOUSSOUARN, Y., « L'évolution de la règle de conflit de lois », *Travaux comité fr. droit international privé*, Journée du cinquantenaire, 1988, p. 79 et s.
- « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *Travaux comité fr. droit international privé* 1980-1981, t. 2, p. 43.
- LOQUIN, E., « Équité », in *Dictionnaire de la justice*, L. CADIET (dir.), PUF, 2004, p. 425 et s.
- LUXEMBOURG, F., « La Cour de cassation, juge du fond », *D.* 2006, Chron. 2358.
- MAGNON, X., « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel(1), Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA.* 2011. 761.
- MALAURIE, P., « La pensée juridique du droit civil au XXème siècle », *JCP G.* 2001. I. 283.
- MALECKI, C., « Les dirigeants des filiales », *Revue des sociétés* 2000. 453.
- MALINVAUD, P., « A propos de la rétroactivité de la jurisprudence, A propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *RTDciv.*, 2005. 312.
- MANNO, T. DI, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, Présentation », *Cah. Cons. const.* 20/2006. 101.
- MARMISSE, A., « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (1re partie) », *LPA*, 19 septembre 2002 n° 188. 4.
- « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle (suite et fin) », *LPA*, 20 septembre 2002 n° 189. 4.
- MARTEAU-PETIT, M., « Les voies de recours prétorienne en procédure civile », *RRJ.* 1999-3. 703.
- MATHIEU, B., « La norme, le juge et la sécurité juridique », in *Justice et cassation, La norme : déclin ou renouveau ?*, 2012, p. 67 et s.

- MAULIN, E., « L'invention des principes », in *Les principes en droit*, S. CAUDAL (dir.), Economica, 2008, p. 23 et s.
- MAURY, J., « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », t. 1, *Mél. Ripert*, 1950, p. 28 et s.
- MAYER, P., « Existe-t-il des normes individuelles ? », in *Mél. M. Troper*, Economica, 2006, p. 679 et s.
- « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n°2, p. 129 et s.
- MAZEAUD, D., « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », *D.* 2008. 2675.
- « La confiance légitime et l'estoppel : rapport français », in *La confiance légitime et l'estoppel*, B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), Droit privé comparé et européen vol. 4, Société de législation comparée, 2007, p. 247 et s.
  - « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », *D.* 2007. 2959.
  - « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à F. Terré*, 1999, Dalloz, p. 603 et s.
  - « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la commission Lando », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 205.
- MAZEAUD, H., « Les notions de « droit », de « justice » et d' « équité » », in *Mélanges Auguste Simonius*, Basel, 1955, p. 223 et s.
- « La maxime « error communis facit jus », *RTDciv.* 1924. 929.
- MEKKI, M., « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », in *Droit et morale*, dir. D. BUREAU, F. DRUMMOND et D. FENOUILLET, Dalloz, 2011, p. 27 et s.
- « Hardship et révision des contrats 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G* 2010. 1219.
  - « La gestion contractuelle du risque de la preuve (2<sup>ème</sup> partie) », *RDC*, 01 avril 2009 n° 2. 453.
- MELLERAY, F., « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA* 2005. 637.
- « Réjouissant mais déroutant », *RTDciv.* 2005. 320.
- MENARD, C., « Imprévision et contrats de longue durée », in *Etudes Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 661 et s.
- MIAILLE, M., « Définir le droit », *Droits*, 1990, n°11, p. 41 et s.
- MICHAELIDES-NOUAROS, G., « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTDciv.* 1966. 216.
- MICHAUD, F., « Vers une conception postmoderne du droit. La notion de droit chez Ronald Dworkin », in *Dworkin, un débat*, S. WESCHE et V. ZANETTI (dir.), éd. Ousia, 1999, p. 205 et s.
- « Le rôle créateur du juge selon l'Ecole de la « sociological jurisprudence » et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RIDC* 1987-2. 343.
- MICHELET, K., « La loi inconventionnelle », *RFDA* 2003. 23.
- MILLARD, E., « Qu'est-ce qu'une norme juridique », *Cah. Cons. Constitutionnel*. n°21/2007.
- « Réalisme », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1297 et s.
- MODERNE, F., « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *RFDA* 1999. 722.
- MOLFESSIS, N., « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTDciv.* 2003. 567.

- « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », in *Le contrat : questions d'actualité*, *LPA*, 5 mai 2000. 41.
  - « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *LPA* 30 sep. 1998, n°117. 21.
- MOLINIER, J., *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « principes généraux », mars 2011(dernière mise à jour : juin 2012).
- MONÉGER, J., « La maîtrise de l'inévitable revirement de jurisprudence : libres propos et images marines », *RTDciv.* 2005. 327.
- MONIN, M., « Réflexions à l'occasion d'un anniversaire : trente ans de hiérarchie des normes », *D.* 1990. 27.
- MONTEIRO, E., « À propos des revenus des biens propres des époux dans le régime légal », *RTDciv.* 1998. 23.
- MORISSET, X., « Le renvoi de proximité », *D.* 2006. 1726.
- MORVAN, P., « La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin) », *D.* 2005. Chron. 2421.
- « Principes », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1201 et s.
  - « En droit, la jurisprudence est source de droit », *RRJ* 2001.77.
- MOULY, C., « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53.
- « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, 1994, p. 123 et s.
  - « Le revirement pour l'avenir », *JCP.* 1994. I. 3776.
  - « Crise des introductions au droit », *Droits*, n°4, 1986, p. 99 et s.
- MOURY, J., « De quelques aspects de l'évolution de la juridiction », in *Mélanges R. Perrot*, 1996, Dalloz, p. 301.
- MUIR-WATT, H., « Pour l'accueil de l'estoppel en droit français », in *Mélanges Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303 et s.
- NIVET, F., « Équité et légalité », *Justices*, janv.-mars 1998, p. 157 et s.
- NORMAND, J., *Dictionnaire de la justice*, sous la dir. de L. CADIET, « Office du juge », PUF, 2004, p. 925 et s.
- OPPETIT, B., « Ethique et vie des affaires », *Mélanges A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 319 et s.
- « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, t. 234, 1992-III, Martinus Nihoff Publishers, pp. 339 et s.
  - « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Entretiens de Nanterre des 17-18/3/1989*, *Cah. dr. ent.* 1989, n°5, p. 14 et s.
- ORS, A. D', « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droits* 1989, n°10, p. 51 et s.
- OSMAN, F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTDciv.* 1995. 509.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., « "Juris-dictio" et définitions du droit », *Droits*, 1989, n°10, p. 53 et s.
- PACTEAU, P., « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA.* 1995. 151.
- PAGNON, C., « L'apparence face à la réalité économique et sociale », *D.* 1992, Chron. 285.
- PELLÉ, S., « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011. 1230.
- PERELMAN, C., « Ontologie juridique et sources du droit », *Sources du droit*, *APD.*, t. 27, 1982, p. 23 et s.
- « De la justice », in *Justice et raison*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 26.

- PERROT, R., « Le rôle du juge dans la société moderne », *Gaz. Pal.* 12 février 1977. 91.
- PETIT, Y., *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Agriculture », janvier 2007 (dernière mise à jour : juin 2012).
- *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Environnement », janvier 2007 (dernière mise à jour : juin 2012).
- PEYREFITTE, L., « Considérations sur la règle : « Aliments n'arrangent pas » », *RTDciv.* 1968. 286.
- PEZARD, A., « L'éthique du juge », *LPA*, n°113, 20 septembre 1995. 17.
- PFERSMANN, O., « Norme », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1079 et s.
- « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 911 et s.
- PIAZZON, T., « La sécurité juridique », *Deffrénois*, 2009. 273-275.
- PICOD, Y., « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM, 1993, p. 57 et s.
- PIN, X., *J.Cl. Civ.*, art. 1370 à 1381, fasc. 10 : Quasi-contrats. – Enrichissement sans cause. II. A. n°27, 03, 2007.
- PIROVANO, A., « La fonction sociale des droits, Réflexions sur la destinée des théories de Josserand », *D.* 1972. Chron. 67.
- PITCHERS, C., « L'équité dans la décision pénale », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998.
- PLANIOL, M., « Classification des causes des obligations », *Rev. Crit. lég. et jurisp.* 1904. 224.
- POILLOT-PERUZZETTO, S., *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Concentrations », mars 2010 (dernière mise à jour : janvier 2012).
- POLLAUD-DULIAN, F., « À propos de la sécurité juridique », *RTDciv.* 2001. 487.
- « Abus de droit et droit moral », *D.* 1993. 97.
- POMBIELH-JEAUNEAU, D., « L'élément psychologique de la théorie de l'apparence à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation », *RRJ* 2004-3. 1547.
- PORTERO, C., *Rép. Pén.* Dalloz rubrique : « Lois et décrets », juin 2002.
- POTIER DE LA VARDE, B., « Le droit d'accès au juge est au dessus de toute autre garantie », Editorial, in *L'accès au juge : Justice & Cassation*, Dalloz, 2008, p. 8.
- PRADEL, J., « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001. 1039.
- PRADO, D. LE, Editorial, in *L'office du juge*, Justice et cassation 2010, p. 8 et s.
- PUIGELIER, C., « Nul n'est censé ignorer la loi », in *La loi, Bilan et perspectives*, éd. Economica, 2005, p. 309 et s.
- « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1. 17.
- PUISSOCHET, J.-P. et LEGAL, H., « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. Cons. Const.*, 2001, n°11, p. 98.
- RACINE, J.-B., « La valeur juridique des codes de conduites privés dans le domaine de l'environnement », *RJE* 1996. 409.
- RADE, C., « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005. 988.
- « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003. 2247.
- RAIMON, M., « L'abus du droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP G* 2000. I. 256.
- RAKOTOVAHINY, M.-A., « Entre confusion et résolution », *D.* 2005. 3003.
- RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126 et s.

- RAYNARD, J., « À propos de la subsidiarité en droit privé », *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 1, p. 131 et s.
- RAYNAUD, P., « Le juge, la loi, le droit : de Platon à Aristote », in *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, O. CAYLA et M-F. RENOUX-ZAGAME, LGDJ, La pensée juridique, 2001, p. 5 et s.
- REVET, T., « La jurisprudence », *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 377 et s.
- « Les apports au droit des relations de dépendance », in *La détermination du prix : nouveaux enjeux un an après les arrêts de l'Assemblée plénière*, Dalloz, « Thèmes et commentaires », 1997, p. 37 et s.
- RÉMY, P., « Éloges de l'exégèse », n°1, 1985. 123.
- RÉMY-CORLAY, P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. Crit. DIP* 2003. 37.
- RENARD, M.-R., « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2007. 6.
- RENOUX-ZAGAME, M.-F., « Le « Royaume de la loi » : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et équité, Revue générale de droit processuel : Justices* 1998, Dalloz, p. 17 et s.
- RIALS, S., « L'office du juge », in *La fonction de juger, Droits*, n°9, 1989, p. 3 et s.
- RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », *Rép. de Contentieux administratif*, Dalloz, mars 2001 (dernière mise à jour : janvier 2012).
- RIPERT, G., « Abus ou relativité des droits », *Rev. Crit. lég. et jurisp.* 1929. 33.
- RIPERT, G. et TEISSEIRE, M., « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTDciv.* 1904. 727.
- RIVERO, J., « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968.15.
- « Apologie pour les faiseurs de système », *D.* 1951, Chron. 99.
- RIVIER, M.-C., « La jurisprudence expliquée aux apprentis juristes », D'autres propos sur la jurisprudence, *RTDciv.* 1993. 89.
- « L'alibi du vide juridique », *Economie et Humanisme*, n°318, juillet-septembre 1991, p. 22 et s.
- ROBERT, P., SOUBIRAN-PAILLET, F. et VAN DE KERCHOVE, M., « Normativités et internormativités », in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, dir. P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, t. I, L'Harmattan, 1997, p. 17 et s.
- ROETS, D., « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997. Chron. 92.
- ROMANI, A.-M., *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique : « enrichissement sans cause », mars 2012
- ROME, F., « Le juge se rebiffe », *D.* 2009. 353.
- ROSS, A., « La validité dépend de l'efficacité », in *Le positivisme juridique*, C. GRZEGORCZYK, M. TROPER et F. MICHAUD (dir.), LGDJ, 1992, p. 323 et s.
- ROTONDI, M., « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTDciv.* 1980. 66.
- « Équité et principes généraux du droit dans l'ordre juridique italien », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY*, Sirey, vol. 2, 1935, p. 401 et s.
- ROUAST, A., « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTDciv.* 1944. 1.
- « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTDciv.* 1922. 33.
  - « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTDciv.* 1904. 727.
- ROUAST-BERTIER, P., « Société fictive et simulation », *Revue des sociétés* 1994. 725.
- ROUBIER, P., « L'ordre juridique et la théorie des sources du droit », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I, LGDJ, 1950, p. 9 et s.



- ROULAND, N., « Penser le droit », in *Droits*, 1989, n°10, p. 78 et s.
- SAK, H., « Que reste-t-il de l'équité ? Essai sur le présent et l'avenir d'une notion en droit français », *RRJ* 2002-4. 1679.
- SALAS, D., *Dictionnaire de la Culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF, « Juge », 2003, p. 862 et s.
- SARGOS, P., « L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, 2005. 123.
- « les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous de l'excès du droit », *JCP G.* 2001, I. 306.
- SAUVEL, V., « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, Chron. 93.
- SAVATIER, R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTDciv.* 1934. 525.
- SAVAUX, É., « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision - Rapport français », *RDC* 2010. 1057.
- SCHAEGIS, C., « La fonction rhétorique de l'équité », in Centre d'études et de recherches administratives et politiques de l'Université de Paris XIII, *Égalité et équité : antagonisme ou complémentarité ?*, Colloque du 13 mai 1997, 1999, *Economica*, p. 13 et s.
- SCHNEIDER, T.-W., « La codification d'institutions prétorienne », *RIDC.* 2002. 959.
- SÉRIAUX, A., « Abus de droit », in *Dictionnaire de la Culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 2 et s.
- « Les sources du droit : vision jusnaturaliste », *RRJ* 1990, p. 167 et s.
- SERINET, Y.-M., « Par elle, avec elle et en elle ? La Cour de cassation et l'avenir des revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 2005. 328.
- SERVERIN, E., « Plaidoyer pour l'exhaustivité des bases de données des décisions du fond », *D.* 2009. 2282.
- « Jurisprudence », *Dictionnaire de la Justice*, dir. L. CADIET, PUF, 2004, p. 711 et s.
  - « Juridiction et jurisprudence : deux aspects des activités de justice », *Droit et société* 25-1993. 339.
- SIMON, D., « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n°14, p. 73 et s.
- SIMON, D. et RIGAUX, A., « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », *Mel. G. Isaac*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2004, vol. 2, p. 559 et s.
- SOREL, J.-M., *Rép. droit international* Dalloz, rubrique « Equité », décembre 2000.
- SORTAIS, J.-P., *Rép. dr. des sociétés*, rubrique : « Abus de droit (Majorité, minorité, égalité) », mars 2003 (dernière mise à jour : janvier 2012).
- SOURIOUX, J.-L., « La croyance légitime : histoire d'un concept » in *Par le droit, au-delà du droit : Ecrits du professeur Jean-Louis Souriou*, Lexis Nexis, 2011, p. 161 et s.
- *Rép. dr. civ.* Dalloz, rubrique « Droit », juillet 2004 (dernière mise à jour : mars 2009).
  - « Y a-t-il lieu de distinguer le langage du droit et le langage juridique ? », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 577-585.
  - « Le concept de source du droit », in *Les sources du droit, aspects contemporains*, société de législation comparée, Colloque des 11 et 12 mai 2006, 2007, p. 25 et s.
  - « Le concept de principe général », in *Les principes généraux du droit, droit français, droit des pays arabes, droit musulman*, Bruylant, 2005, p. 59 et s.
  - « Genèse de l'équité en droit français », in *L'équité ou les équités – Confrontations Occident-Monde arabe*, Cedroma et Société de législation comparée, 2004, p. 9-15.
  - « « Source du droit » en droit privé », *Sources du droit, APD.*, t. 27, 1982, p. 33 et s.
  - « La croyance légitime », *JCP G.* 1982. I, 3058.

- « Pour l'apprentissage du langage du droit », *RTDciv.* 1999. 343.
- SOURIOUX, J.-L. et LERAT, P., Compte rendu, de D. BOURSIER et alii, « Le discours juridique : analyse et méthode », *La loi, APD*, t. XXV, 1980, Sirey, p. 540 et s.
- STAMATIS, M., « La systématique du droit chez Kelsen et les apories de la norme fondamentale », *Le système juridique, APD*, t. 31, 1986, p. 45 et s.
- STORCK, M., « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987. Chron. 67.
- SUDRE, F., « À propos du « dialogue des juges » et du contrôle de conventionnalité », in *Mél. J.-C. GAUTRON*, A. Pedone, 2004, p. 207 et s.
- « À propos du droit de juger équitablement », in *L'équité dans le jugement : actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 novembre 2000*, M.-L. PAVIA (dir.), L'Harmattan, 2003, chap. 3, p. 41 et s.
- SZABO, I., « Le traitement de l'équité dans les divers systèmes juridiques », *Rapport général du VIII<sup>e</sup> congrès international de droit comparé*, Pescara, 29 août – 5 septembre 1970, Institut Belge de Droit Comparé, Bruxelles, 1970, p. 12 et s.
- TALLON, D., « Précédent », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, p. 1185 et s.
- TERRÉ, F., « Les lacunes du droit », in Ch. PERELMAN (éd), *Le problème des lacunes en droit*, Travaux du centre de national de recherche de logique, Bruylant, 1968, p.146 et s.
- « Forces et faiblesses de la norme », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 19-21.
- « Réflexions sur un couple instable : égalité et équité », *L'égalité, APD*, t. 51, 2008, p. 21 et s.
- « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », in *La création du droit par le juge*, J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER (dir.), Dalloz, 2007, p. 89 et s.
- « Pitié pour les juristes ! », *RTDciv.* 2002. 247.
- « Le rôle actuel de la maxime Nul n'est censé ignorer la loi », *Trav. et recherches de l'Institut de droit comparé*, t. XXX, 1966, p. 91 et s.
- TESTU, F.-X., in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), PUF, 2003, « Casuistique », p. 169 et s.
- « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G.* 1993. I. 3673.
- TEXIER, S.-L., « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011. 116.
- THERON, J., « De la « communauté d'intérêts » », *RTDciv.* 2009. 19.
- THIBIERGE, C., « Au cœur de la norme. Le tracé et la mesure », in *L'égalité, APD*, Dalloz, vol. 51, 2008, p. 341-371.
- THIBIERGE, C., « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 519 et s.
- THIBIERGE, C., « Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit », *RTDciv.* 2003. 599.
- « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDciv.* 1997. 357.
- TOUFFAIT, A. et TUNC, A., « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment celles de la Cour de cassation », *RTDciv.* 1974. 487.
- TOURNEAU, P. LE, *Rép. Civ.* Dalloz, rubrique « Responsabilité (en général) », mai 2009 (dernière mise à jour : mars 2012).
- *J.-Cl. Civil*, app. art. 1131 à 1333, fasc. unique, 2007.
- « La spécificité et la subsidiarité de l'exception d'indignité », *D.* 1994. 298.
- « Quelques aspects de l'évolution des contrats », *Mélanges offerts à P. Raynaud*, 1985, Dalloz-Sirey, p. 349 et s.

- « La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mental », *JCP* 1971.1. 2401.
- TROPER, M., « Réplique à Otto Pfersmann », *Droits*, 2002, n°50, p. 335 et s.
- « Pour une définition stipulative du droit », in *Droits*, 1989, n°10, p. 101 et s.
- « Système juridique et État », in *Le système juridique*, APD, tome 31, 1986, p. 29 et s.
- TUNC, A., « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in *L'hypothèse du non-droit*, XXX<sup>ème</sup> séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 281 et s.
- TUSSEAU, G., « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009. 641.
- VANDERLINDEN, J., « Contribution en forme de mascaret à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *RTDciv.* 1995. 69.
- VEDEL, G., « Indéfinissable mais présent », *Droits*, 1990, n°11, p. 67 et s.
- VERPEAUX, M., « Les principes en droit constitutionnel », in *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 149 et s.
- VIDAL, J., « Fraude en général », *Lamy droit du contrat*, mai 2010, n°241-3 et s.
- VINCELLES, C. DE, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente, Aperçu rapide », *JCP G.* 2011. 1376.
- VULLIERME, J.-L., « Les anastomoses du droit », in *Sources du droit*, APD, Sirey, 1982, t. 27, p. 5 et s.
- WENGLER, W., « Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat », *Rev. Crit. DIP.*, 1982, p. 467 et s.
- WHITTAKER, S., « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005. 49.
- WITZ, C., « Libres propos d'un universitaire français à l'étranger », *RTDciv.* 1992. 737.
- WROBLEWSKI, J., « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société* n°8, 1988, p. 13 et s.
- ZAGREBELSKY, G., « La doctrine du droit vivant et la question de constitutionnalité », *Constitutions*, 2010/1, p. 9 et s.
- ZAKI, M.-S., « Définir l'équité », *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, 1990, t. 35, p. 87 et s.
- ZENATI, F., « La nature juridique de la Cour de cassation », *BICC*, 15 avril 2003.
- « L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil », *D.* 2002. 15.
- « Clore enfin de débat », *RTDciv.* 1992. 359.
- ZENATI-CASTAING, F., « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, Chron. 1553.
- ZIEMBINSKI, Z., « Le langage du droit et le langage juridique. Les critères de leur discernement », *Le langage du droit*, APD, 1974, t. 19, Sirey, p. 25 et s.
- ZIMMER, W., *Rép. de droit communautaire*, Dalloz, rubrique « Marchés publics », janvier 2006 (dernière mise à jour : décembre 2010).

## V. Notes, observations

- Communiqué relatif à l'arrêt n° 573 rendu le 27 février 2009 par l'assemblée plénière, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- AGOSTINI, E., « L'estoppel et les Trois unités », *D.* 2010. 285
  - « Estoppel : rendons à César », *D.* 2006. 1424
  - AGUILA, Y., « Le contrôle juridictionnel du code de déontologie des commissaires aux comptes, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres* », *RFDA* 2006. 463

- AMRANI MEKKI, S. et FAUVARQUE-COSSON, B., « Panorama droit des contrats octobre 2009 - novembre 2010 », *D.* 2011. 472
- ATIAS, C., « Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon », *D.* 2000. 593.
- AUBERT, J.-L., « Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être (à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *D.* 2001. Chron. 489.
- « Contrats et conventions », *Defrénois* 1997. 346.
  - « Exécution. Bonne foi. Aménagement de la convention », *Defrénois* 1993. 1377.
  - Note, Civ. 1<sup>ère</sup> 12 juillet 1989, n°88-11443, *Defrénois* 1990, art. 34750. 358.
- AUCKENTHALER, F., « La pension, le prêt de titres et la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Bulletin Joly Bourse*, 01 septembre 2002 n° 5. 387.
- AUDIT, B., « Application de la loi du lieu du dommage malgré la localisation en dehors de ce lieu de certains éléments du fait générateur », *D.* 1999. 295.
- Note, Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, n° de pourvoi : 80-11498, *JDI* 1982. 453.
- AVOUT, L. D' et BOLLEE, S., « Panorama, Droit du commerce international, juillet 2006 - août 2007 », *D.* 2007. 2562.
- AYNÈS, A., « Responsabilité des avocats et avoués face aux revirements de jurisprudence », *D.* 2008. 1448.
- AYNÈS, L., « Préjudice de l'enfant né handicapé : la plainte de Job devant la Cour de cassation », *D.* 2001. Chron. 492.
- BANDRAC, M., DELAISI DE PARSEVAL, G. et DEPADT-SEBAG, V., « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007) », *D.* 2008. 434.
- Cass. Civ. 7 août 1883, *D. P.* 1884. 1. 5, concl. BARBIER.
- BÉCHILLON, D. DE, « L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité des lois », *JCP G* 2010. 676.
- « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTDciv* 2001. 47.
  - « Observations sur le contrôle de proportionnalité », *JCP* 2016. 29 suppl. au n° 1-2.
- BÉNABENT, A., « Doctrine ou Dallas ? », *D.* 2005, Point de vue. 852.
- BERGEL, J.-L., « À défaut d'autre possibilité, un propriétaire ne peut sans abus de droit refuser à son voisin de passer sur son fonds pour réaliser des travaux, Cour de cassation, civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 2012, *M<sup>me</sup> X... c/ Époux Y...*, n° 10-22.899 », *Revue de droit immobilier* 2012. 272.
- BERTHIAU, D. et BRUNET, L., « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011. 1522.
- BIGOT, C., « Atteinte à la présomption d'innocence : changement du régime de la prescription », *D.* 2004. 2956.
- « L'exercice du droit de réponse ne saurait dégénérer en une tribune libre à laquelle les organes de presse ne pourraient se soustraire », *D.* 1995. 271.
- BISCHOFF, J.-M., « Utilisation du principe de proximité pour désigner la loi compétente en cas de délit complexe Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 11 mai 1999, *Mobil North Sea Ltd et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres* », *Rev. Crit. DIP* 2000. 199.
- BLATTER, J.-P., « Révision : la loi MURCEF ne s'applique pas aux instances en cours », *AJDI* 2004. 201.
- BORZEIX, A., « Question prioritaire de constitutionnalité », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2010, n° 348. 10.
- BOTTEGHI, D. et LALLET, A., « *I'll be back* », *AJDA* 2010. 2202.

- BOUCHER, J., Conclusions du rapporteur public, sur CE, sect., 1<sup>er</sup> octobre 2010, « Époux Rigat », n° 314297.
- BOULOC, B., « Loi pénale de fond. Interprétation jurisprudentielle. Non-rétroactivité, Crim. 30 janvier 2002, Bull. n° 16 », *Revue de science criminelle* 2002. 581.
- « Transports terrestres. Prescription. Prescription annale. Suspension. Ignorance par le créancier de la naissance de son droit (Com. 13 avr. 1999, Bull. civ. IV, n° 89) », *RTDcom.* 1999. 948.
- BOURDELOIS, B., « La loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat est celle de leur premier domicile matrimonial, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 5 novembre 1996, *Consorts Boureghda c. M<sup>me</sup> L., Boureghda* », *Rev. Crit. DIP* 1998. 596.
- BOUREL, Civ., 1<sup>ère</sup>, 30 mai 1967, *R.* 1967. 728.
- BOVAL, M., Rapport sur Ass. Pl. 27 février 2009 (07-19.841).
- BRACONNIER, S., « Accès des tiers au juge du contrat : excès de prudence », *AJDA* 2007. 1497.
- BRUN, P., « Les différences de régime de l'action réhabilitative et de l'action résolutoire de droit commun, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2006 (quatre arrêts), pourvois n<sup>os</sup> 02-19236, 03-16075, 03-16307 et 03-16407 », *RDC* 01 octobre 2006 n° 4. 1140.
- BUREAU, D., « La fraude dans les cessions de parts sociales entre membres d'une même famille. COUR DE CASSATION (Com.). 21 janvier 1997. *SARL Le Cristal c/ Consorts Groc.* », *Revue des sociétés* 1997. 349.
- BUY, F., « Responsabilité civile : l'avocat, l'avoué et le moyen de défense inopérant », *JCP E* 2008. 1742.
- « Responsabilité professionnelle, Le notaire et la jurisprudence », *JCP N* 2006. 1217
- CACHARD, O., « La contagion rétroactive de l'obligation médicale d'information », *JCP G* 2002. II. 10045.
- CALLE, P., « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G* 2009. II. 10073.
- CANEDO-PARIS, M., « Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation* », *RFDA* 2007. 935.
- CAPITANT, D., « Simplification des recours contre les contrats administratifs », *D.* 2007. 2500.
- CARON, C., « Utilisation de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux », *D.* 2004. 1633.
- CARVAL, S., « Contrats », *RDC* 2007. 1144.
- CASAS, D., « Un nouveau recours de pleine juridiction contre les contrats administratifs, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* », *RFDA* 2007. 696.
- CASSIA, P., « Consécration, par le Conseil d'État, du principe de sécurité juridique (Conseil d'État, Ass. 24 mars 2006, n° 288460 288465 288474 288485) », *D.* 2006. 1224.
- CHABAS, F., Civ. 1<sup>ère</sup> 12 juillet 1989, n°88-11443, *Gaz. Pal.* 1991, 1, jur., p. 374.
- CHENEDE, F., « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010. 2744.
- « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016. 796.
- CHOLET, D., « Irrecevabilité du pourvoi contre un arrêt non signifié », *JCP G* 2008, II, 10009.
- CLAY, T., « Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 1<sup>er</sup> février 2005, *État d'Israël c. National Iranian Oil Company* », *Rev. Crit. DIP* 2006. 140.

- « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 », *D.* 2005. 3050.
- COLLIN-DEMUMIEUX, M., « Le système français d'indemnisation des victimes contaminées par le virus VIH saisi par le droit européen », *D.* 1996, Jur. 357.
- COURBE, P. et JAULT-SESEKE, F., « Panorama, Droit international privé, janvier 2009 - février 2010 », *D.* 2010. 1585.
  - « Panorama, Droit international privé, janvier 2006 - février 2007 », *D.* 2007. 1751.
- CORRE, P.-M. LE, « Redressement judiciaire, Cass. com., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.751 [Arrêt n° 135 FS-P+B] », *Gaz. Pal.*, 14 avril 2007 n° 104, p. 54.
- DAGORNE-LABBE, Y., Civ. 1<sup>ère</sup> 12 juillet 1989, n°88-11443, *JCP G* 1990, II, n°21546.
- DALEAU, J., « La copie privée n'est pas toute puissante, Arrêt rendu 1<sup>re</sup> civ. 28 février 2006, n° 05-15.824 (n° 549 FS-P+B+R+I) », *D.* 2006. 784.
- DELEBECQUE, P., « Commission de transport. Loi applicable. Convention de Rome. Article 4-2. Article 4-5. Combinaison, (Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-19.723, arrêt n° 1450 FS-P+B, *Sté Danzas Gmgh c/ Sté Tapiola general mutual insurance company*, Bull. civ. IV, n° 255) », *RTDcom.* 2007. 628.
  - « La clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat de transport rapide ne saurait porter sur l'obligation essentielle du transporteur à savoir le délai d'acheminement prévu au contrat », *D.* 1997. Somm. 175.
  - « Contrats et conventions », *Defrénois* 1999. 1324.
  - « La fraude corrompt tout et permet à un indivisaire d'agir seul », *D.* 1992, somm. 401
- DELPECH, X., « Qualité à agir : nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (Com. 20 septembre 2011, n° 10-22.888 (n° 852 F-P+B) », *D.* 2011. 2345.
  - « Consécration limitée de la règle de l'*estoppel* », *D.* 2009. 723.
  - « Indivisibilité contractuelle et obligation essentielle, (Com. 13 février 2007, n° 05-17.407 (n° 227 FS-P+B+R+I)), *D.* 2007. IR. 654.
  - « Clause limitative de responsabilité : le manquement à l'obligation essentielle chasse la faute lourde », *D.* 2007. AJ. 1720.
- DEUMIER, P., « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTDciv.* 2011. 90.
  - « Quand la Cour de cassation assume ses revirements, (Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.896) », *RTDciv.* 2011. 493.
  - « La jurisprudence des juges du fond et l'interprétation constitutionnelle conforme des Cours suprêmes (Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC) », *RTDciv.* 2011. 495.
  - « Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ? », *RTD Civ.* 2011. 87.
  - « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi), (not. Cass., 19 mai 2010, n° 09-82.582, *D.* 2010. 1352 ; *ibid.* 1352) », *RTDciv.* 2010. 508.
  - « Application de la jurisprudence dans le temps : retour vers le passé (à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 2009, deux arrêts, pourvois n° 07-14.932 et 08-16.914, P+B+I) », *RTDciv.* 2009. 495.
  - « Effet rétroactif de la jurisprudence : le retour (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 2008) », *RTDciv.* 2008. 442.
  - « La pratique notariale, entre faux-semblants coutumiers et pouvoir hybride d'interprétation » (à propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, n° 06-12.831, à paraître au Bulletin), *RTDciv.* 2007. 499.
  - « Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges », *RTDciv.* 2007. 72.
  - « Nouvelles évolutions des juges nationaux (encore) », *RTDciv.* 2007. 531.

- « Mode d'emploi de la (mal nommée ?) « clause d'exception » de la Convention de Rome », Cass. com., 19 décembre 2006 », *RDC* 2007 n° 2. 467.
  - « La formation de la jurisprudence vue par elle-même (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2006, pourvoi n° 04-10.101) », *RTD Civ.* 2006. 521.
  - « Petit guide des conflits de normes par le Conseil d'État - à l'attention du Conseil constitutionnel ?, (CE 5 janv. 2005, *M<sup>lle</sup> Deprez et M. Baillard*) », *RTD Civ.* 2005. 561.
  - « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTDCiv.* 2016. 578.
- DEVERS, A., « Un droit à une « allocation suffisante » après le divorce ? », *D.* 2007. 280.
- DEVYS, C., « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative, Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* », *RFDA* 2004. 454.
- DJOUDI, J., « La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause, (à propos de Cass. com., 18 mai 1999, *Crédit du Nord c/ TP Trouville-sur-Mer*) », *D.* 2000. 609.
- DONDERO, B., « L'annulation des conventions réglementées non autorisées et la sécurité juridique : de Charybde en Scylla ? », *JCP E* 2011. 1151.
- DRAGO, R., « Un avocat doit être commis d'office pour la présentation d'une requête en rabat d'arrêt », *D.* 1995, Jur. 513.
- DREYER, E., « La Cour de cassation suspend l'application de l'article 6, § 3, de la Convention européenne jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011 », *D.* 2010. 2809.
- « Application dans le temps du revirement de jurisprudence sur la prescription de l'acte en réparation de l'atteinte à la présomption d'innocence », *JCP G* 2007. 35.
- DROSS, W., « L'apparence : erreur invincible et commune ou simple absence de faute ? (Civ. 3e, 20 mai 2014, n° 10-10.293, non publié, *AJDI* 2014. 633) », *RTDCiv.* 2014. 913.
- DUPONT, N., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTDciv.* 2010. 459.
- DURAND-LEPINE, G., « L'abus de minorité et le jugement valant acte, Cour d'appel de Paris (3<sup>e</sup> Ch. civ.), 25 mai 1993, *P. L. Besson et autres c. Bézia et autres* », *Revue des sociétés* 1993. 827.
- ENCINAS DE MUNAGORRI, R., « Application immédiate d'un décret à des contrats en cours : le Conseil d'État exige des mesures transitoires pour des motifs de sécurité juridique (CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*) », *RTDciv.* 2006. 527.
- « Le contrat individuel parmi les sources du droit : le cas de l'indemnisation des chômeurs (TGI Marseille, 15 avr. 2004, *RJS* 6/2004, n° 729) », *RTDciv.* 2004. 594.
- FABRE-MAGNAN, M., « Avortement et responsabilité médicale », *RTDciv.* 2001. 285.
- FAGES, B., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, érigée au rang de principe (Com., 20 sept. 2011, n° 10-22.888) », *RTDciv.* 2011. 760.
- « Le déséquilibre résultant d'une évolution des circonstances économiques peut-il rendre sérieusement contestable, au sens de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, l'obligation dont une partie sollicite l'exécution devant le juge des référés ? (Com., 29 juin 2010, n° 09-67.369) », *RTDciv.* 2010. 782.
- FATTACCINI, C., « L'intensité du contrôle de cassation (le contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation), Le point de vue d'un avocat aux Conseils », *D.* 2015. 1734.
- FAUVARQUE-COSSON, B. et FRANCOIS, J., « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *D.* 2008. 2512.
- FAUVARQUE-COSSON, B., « L'estoppel, concept étrange et pénétrant, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2005 », *RDC* 2006. 1279.
- FAVARIO, T., « La Cour de cassation révisé sa perception de l'imprévision... en toute discrétion », *JCP G* 2010. 1056.

- FAVRE, Ass. Plén. 23 janvier 2004, n° 03-13.617, *BICC* n° 594 du 15 mars 2004.
- FLOUR, J., « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Deffrénois* 1975, art. 30854.
- FOYER, J., « La loi étrangère prohibant la filiation naturelle et l'ordre public français, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 10 février 1993. », *Rev. Crit. DIP* 1993. 620.
- Note, Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, n° de pourvoi : 80-11498, *Rev. crit. DIP* 1982. 669
- FRICERO, N., « Procédure civile, janvier 2009 - octobre 2009 », *D.* 2010. 169.
- FRICERO, N. et PEREZ, S., « Accès concret et effectif à un tribunal et durée de la procédure en matière d'indemnisation des transfusés contaminés par le sida », *D.* 1999, Somm. 269.
- FROGER, R., « L'enrichissement sans cause dans les jurisprudences administrative et judiciaire convergences et divergences, note de jurisprudence », in *L'office du juge*, Justice et cassation 2010, p. 389 et s.
- FULCHIRON, H., « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? » *D.* 2014. 153.
- « Flexibilité de la règle, souplesse du droit, À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016. 1376.
- GAC-PECH, S. LE, « L'équilibre du contrat au travers de la cause : un substitut à la théorie de l'imprévision ? », *JCP E* 2010. 2108.
- GALLMEISTER, I., « Adoption simple : l'article 365 du code civil conforme à la Constitution (Décision rendue par Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, n° 2010-39-QPC », *D.* 2010. 2744.
- GAUTIER, P.-Y., « Le notaire et l'agent immobilier auraient dû mieux connaître l'évolution de la Cour de cassation, dans l'intérêt de leur client (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 136), *RTDciv.* 2006. 580.
- « Rétroactivité des lois et révision du loyer commercial : la Cour de cassation fête le Bicentenaire du code civil », *D.* 2004. 1108.
  - « Doux revirement : l'action directe du sous-mandataire à l'encontre du mandant n'est plus parfaite (Com. 3 déc. 2002, *Bull. civ. IV* n° 188), *RTDciv.* 2003. 312.
  - « Les distances du juge, à propos d'un débat éthique sur la responsabilité civile », *JCP G* 2001. I. 287.
  - « 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 ! (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000 », *RTDciv.* 2000. 592.
  - « L'obligation de loyauté du mandant poussée trop loin ? Sur les « prix concurrentiels » de l'agent commercial », *RTDciv.* 1999. 646.
- GEFFRAY, E. et BOURGEOIS-MACHUREAU, B., « *De minimis aliquando curat praetor* », *AJDA* 2008. 1316.
- GENICON, T., « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », *D.* 2010. 2485.
- GHESTIN, J., « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004. 2239.
- GOBERT, M., « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? », *LPA*, 8 déc. 2000. 4.
- « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (À propos de la maternité de substitution) », *RTDciv.* 1992. 489.
- GOUTTENOIRE, A. et BONFILS, P., « Droits de l'enfant. juin 2009 - mai 2010 », *D.* 2010. 1904.
- GOUTTENOIRE, A. et RADE, C., « La jurisprudence relative à l'adoption de l'enfant du concubin devant le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2010. 1145.
- GRANET-LAMBRECHTS, F., « Panorama filiation, avril 2011- février 2012 », *D.* 2012. 1432.



- GRIMALDI, M., « La libéralité par laquelle l’auteur entend maintenir une relation adultère repose-t-elle sur une cause illicite pour contrariété aux bonnes mœurs ? », *D.* 1999. 307.
- GUETTIER, C., « La responsabilité du fait des lois : nouveaux développements, Note sous Conseil d’État, 2 novembre 2005, *Coopérative agricole Ax’ion* », *RFDA* 2006. 355.
- GUIHO, Civ. 1re, 17 novembre 1981, n° de pourvoi : 80-11498, *D.* 1982. 573.
- GUYOMAR, M. et COLLIN, P., « Vers une correction des effets de la règle dite du forfait à pension sur la réparation par les personnes publiques du préjudice subi par les agents publics », *AJDA* 2001. 158.
- HAUSER, J., « L’autorité parentale et l’adoption simple (Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39-QPC), *RTDciv.* 2010. 776.
- « Conjoint trompé : la morale ou la réserve, telle est la question », *RTDciv.* 2005. 104.
  - « Vie privée et vie en société : le bermuda, la manche, la toge et l’accordéon », *RTDciv.* 2003. 680.
  - « L’enfant et les sortilèges... de l’autonomie de la volonté », *RTDciv.* 2001. 103.
  - « L’obligation de fidélité et les libéralités : une nouvelle mise en cause du mariage ? », *RTDciv.* 1999. 364.
  - « Empêchement : la belle-fille, le beau-père et l’article 5 du code civil », *RTDCiv.* 2014. 88.
- HENRY, L.-C., « Loi applicable à l’action directe contractuelle en droit international », *JCP G* 1996, II 22742.
- HEUZE, V., « Du droit applicable à un contrat de travail qui exclut le droit français sans en élire aucun autre, Angers, 18 mai 1989, *Soc. Minéo c. Albert* », *Rev. Crit. DIP* 1990. 501.
- HOMONT, A., CE, Ass., 11 janv. 1963, Synd. national des administrateurs de la France d’outre-mer, *Lebon* 16, *AJDA* 1963. 289.
- HONTEBEYRIE, A., « L’adage Contra non valentem... a-t-il survécu à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ? », *D.* 2014. 244.
- HOTTE, S., « Droit au juge et arbitrage international », *D.* 2005. 2727.
- HOUTCIEFF, D., « La consécration de l’interdiction de se contredire », *JCP G* 2011. 1250.
- « La demi-consécration de l’interdiction de se contredire au préjudice d’autrui », *D.* 2009. 1245.
- JACQUES, P., « D’adage en général et de l’interprétation stricte en particulier (Civ. 1re, 6 déc. 2007, n° 05-18.795, P+B) », *RTDciv.* 2008. 431.
- JAMIN, C., « Droit des obligations », *JCP G* 1999. I. 143.
- « une restauration de l’effet relatif du contrat (à propos de l’arrêt Cass. Ass. plén. 12 juillet 1991, Besse) », *D.* 1991. Chron. 257.
- JANVILLE, T., « Procédure civile », *Gaz. Pal.* 19 mars 2009. 10.
- JAULT-SESEKE, F., « Loi applicable au contrat : première interprétation de la Convention de Rome par la CJCE », *D.* 2010. 236.
- JÉOL, M., « Un droit « constitutionnel » : accéder au juge avec l’assistance d’un défenseur », *D.* 1995, Jur. 513.
- JESTAZ, P., Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mars 1968, *D.* 1970. J. 663.
- JOUBERT, N., « Une loi étrangère qui ne prévoit pas d’allocation financière suffisante après divorce est contraire à l’ordre public international ; Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 28 novembre 2006, *M. Larbi S. c. M<sup>me</sup> Fatima H.* », *Rev. Crit. DIP*, 2007. 584.
- JOURDAIN, P., « L’indemnisation du préjudice de l’enfant né handicapé consacrée par l’Assemblée plénière », *D.* 2001. 332.
- « Quel est le point de départ du délai de prescription de l’action en responsabilité contractuelle ? », *RTDciv.* 1997. 957.

- KNOEPFLER, F., « Conditions d'application de la clause d'exception du droit suisse au divorce de deux époux américains domiciliés en Suisse, Tribunal fédéral suisse (2<sup>o</sup> Cour civile). - 28 novembre 1991, *X. c. M<sup>me</sup> X.* », *Rev. Crit. DIP* 1992. 484.
- KULLMANN, J., « Assurance en général », *RGDA* 2004. 933.
- LAGARDE, P., « Mise en œuvre de la clause d'exception de l'article 4 de la Convention de Rome, Cour de cassation (Ch. com.). - 19 décembre 2006, Cour de cassation (1<sup>re</sup> Ch. civ.). - 22 mai 2007 », *Rev. Crit. DIP* 2007. 592.
- LAGARDE, X., « Modulation dans le temps des effets d'un revirement de jurisprudence : l'assemblée plénière de la Cour de cassation confirme », *JCP G* 2007. 27.
- LAITHIER, Y.-M., « Le déclin de la bonne foi ? (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 févr. 2010, n<sup>o</sup>09-11352) », *RDC* 2010 n<sup>o</sup> 3. 814.
- LAMANDA, V., Rapport d'information de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, J.-L. Warsmann, 5 oct. 2010.
- LAMY, B. DE, « Le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle », *D.* 2003. 173.
- LANDAIS, C. et LENICA, F., « Sécurité juridique : la consécration », *AJDA* 2006. 1028.
- LANGLADE-O'SUGHRUE, J.-P., « Maintenir une relation adultère en consentant une libéralité n'est pas contraire aux bonnes mœurs », *D.* 1999. 267.
- LARROUMET, C., « La libéralité consentie par un concubin adultère », *D.* 1999. Chron. 351.
- LASSNER, M., « Révision à propos de la non-application de la loi « Murcef » aux instances en cours », *AJDI* 2004. 175.
- LAVRIC, S., « Atteinte à la présomption d'innocence : application de la prescription trimestrielle », *Dalloz actualité* 11 mai 2009.
- « Action en défense de la présomption d'innocence : obligation d'interrompre la prescription trimestrielle », *Dalloz actualité* 13 février 2008.
- LEDUC, F., « Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt *Perruche*) », *Resp. civ. et assur.* févr. 2001. 4.
- LEMOULAND, J.-J., « La cause des libéralités entre concubins et les bonnes mœurs », *D.* 1999. somm. 377.
- LENICA, F. et BOUCHER, J., « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence : « Never say never » », *AJDA* 2007. 1577.
- LEROYER, A.-M., « Réforme de la prescription civile. Loi n<sup>o</sup> 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile (JO 18 avr. 2008, p. 9856) », *RTDciv.* 2008. 563.
- LIBCHABER, R., « Contrats et conventions », *Defrénois* 2004, 12-30, n<sup>o</sup> 24, art. 38073. 1732.
- « Retour sur une difficulté récurrente : les justifications du caractère rétroactif ou déclaratif de la jurisprudence (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 249, p. 157) », *RTDciv.* 2002. 176.
  - « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *RTDciv.* 2001. 226.
- LICARI, F.-X., « Conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans le contrat d'agent commercial », *JCP G* 2003. II. 10164.
- LIENHARD, A., « Convention réglementée : prescription de l'action en nullité », *D.* 2011. 515.
- « Société civile en liquidation judiciaire : poursuite contre les associés, Arrêt rendu par Cour de cassation, com. 26 octobre 2010, n<sup>o</sup> 09-68.928 (n<sup>o</sup> 1058 F-P+B) », *D.* 2010. 2647.

- « Commissaire à l'exécution du plan : qualité à agir en cas de nouvelle procédure, Com. 13 novembre 2007, n° 05-13.248 », *D.* 2007. 3010.
  - « Première application par la Cour de cassation de la loi de sauvegarde des entreprises (Com. 29 novembre 2005, n° 04-17.972 (n° 1629 FS-P+B+I)) », *D.* 2005. AJ 3085.
- LINDITCH, F., « Quelques conséquences pratiques à propos de l'admission du recours des candidats évincés contre les contrats publics », *JCP A* 2007. 2212.
- LOQUIN, E., « La contribution des juridictions françaises au bon fonctionnement de l'arbitrage international *ex urbi et orbi*, (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2005, *État d'Israël c/ Sté National Oil Company*, inédit), *RTDcom.* 2005. 266.
- LUCAS, F.-X. et LE CORRE, P.-M., « Droit des entreprises en difficulté, décembre 2006 - novembre 2007 », *D.* 2008. 570.
- LUCIANI, A.-M., « La notion de dommage à l'épreuve du handicap congénital », *LPA*, 27 juin 1997.
- MARECHAL, C., « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.* 2012. 167.
- MARGUENAUD, J.-P., « De l'utilité européenne du commentaire de la jurisprudence nationale (Cour EDH, 2<sup>e</sup> section, *Broca et Texier-Micaul c/ France*, 21 oct. 2003) », *RTDciv.* 2004. 365.
- MARKESINIS, B., « Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt *Perruche* », *RTDciv.* 2001. 77.
- MARLANGE, A., « Le pourvoi-nullité, Note de jurisprudence », in *L'accès au juge : Justice & Cassation*, Dalloz, 2008, p. 237 et s.
- MARMOZ, F., « La Cour de cassation révèle sa nouvelle jurisprudence en matière de prescription de l'action en nullité des conventions réglementées dissimulées », *D.* 2011. 1321.
- MARTIN-SERFBULL, A., « Le commissaire à l'exécution d'un plan de cession n'a pas qualité pour engager une action en nullité des paiements ou des actes faits durant la période suspecte antérieure à l'ouverture de la procédure initiale, après résolution d'un précédent plan de redressement dans le cadre duquel il exerçait déjà les mêmes fonctions (Com. 13 nov. 2007, pourvoi n° 05-13.248, arrêt n° 1248 FS-P+B+R+I) », *RTDcom.* 2008. 868.
- MATHIEU, B., « La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC », *JCP G* 2010. 1071.
- « Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité - 5 février - 25 avril 2011 », *JCP* 2011. 604.
  - « Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'État », *AJDA* 2006. 841.
  - « La Cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot, À propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 23 janvier 2004 », *RFDA* 2004. 224.
- MAULEON, E., « Les leçons du droit de la Cour européenne en matière d'opposabilité d'une décision jurisprudentielle... (CEDH, 21 octobre 2003) », *LPA* 15 septembre 2005, n° 184. 15.
- MAYAUX, L., « Rente non révisable allouée en équité, à titre exceptionnel, sur le fondement de l'art. 280-1 c. civ. », *D.* 1991. 126.
- MAYAUD, Y., « Ultime plainte après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 29 juin 2001 », *D.* 2001. 2917.
- MAZEAUD, D., « L'arrêt Canal « moins » ? », *D.* 2010. 2481.
- « Contrats », *RDC* 2007. 1121.
  - « Du nouveau sur l'obligation de renégocier », *D.* 2004. 1754.
  - « Réflexions sur un malentendu », *D.* 2001. 332.

- « Chambre commerciale de la Cour de cassation : de l'audace, toujours de l'audace ! », *Deffrénois*, 1999. 371.
  - « Contrats et conventions », *Deffrénois* 1997. 333.
- MAZIAU, N., « Brefs commentaires sur la doctrine du droit vivant dans le cadre du contrôle incident de constitutionnalité, retour sur l'expérience italienne et possibilités d'évolutions en France », *D.* 2011. 529.
- MEKKI, M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015. 816.
- MELLERAY, F., « L'arrêt *KPMG* consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA* 2006. 897.
- MÉMETEAU, G., « L'action de vie domageable », *JCP G* 2000. I. 279.
- MERLE, P., « Définition et sanction de l'abus de minorité, Cour de cassation (Ch. com.), 15 juillet 1992, *Six c. SA Tapisseries de France* », *Revue des sociétés* 1993. 400.
- MESTRE, J., « Où le devoir de loyauté fait naître pour l'un des contractants le droit de rester concurrentiel », *RTDciv.* 1999. 98.
- « Le professionnel du droit n'est pas tenu d'un devoir de divination », *RTDciv.* 1998. 367.
  - « L'article 1131 du code civil au service de la lutte contre les clauses abusives dans les relations entre professionnels », *RTDciv.* 1997. 418.
  - « La règle *contra non valentem*, obs. sous Com. 11 janv. 1994 », *RTDciv.* 1995. 114.
  - « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! » *RTDciv.* 1993. 124.
  - Obs. Civ. 1<sup>ère</sup> 12 juillet 1989, n°88-11443, *RTDciv* 1990. 468.
- MESTRE, J. et FAGES, B., « L'adage *nemo auditur* à l'envers ou la restitution du dessous-de-table... (Civ. 3<sup>e</sup>, 25 févr. 2004, n° 02-15.269, à paraître au Bulletin) », *RTDciv.* 2004. 279.
- MICHEL, J., concl. sur CAA Douai, 26 avril 2005, *Rev. dr. fisc.* 2005, p. 1353.
- MIRKOVIC, A., « Gestatrice indienne : transcription sur les registres de l'état civil », *D.* 2012. 878.
- MODERNE, F., « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence, A propos de l'arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007 *Société Tropic-Travaux-Signalisation-Guadeloupe* », *RFDA* 2007. 917.
- « Sécurité juridique et sécurité financière », *RFDA* 2006. 483.
- MOLFESSIS, N., « La jurisprudence *supra constitutionnem* », *JCP* 2010. 1039.
- « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence (à propos des arrêts de la première Chambre civile du 11 juin 2009) », *D.* 2009. 2567.
  - « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 3<sup>e</sup>, 10 mai 2001, à paraître au Bulletin ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 105, p. 67 ; Crim. 13 mars 2001 ; Com. 27 févr. 2001, pourvoi n° 99-15.414 ; Soc. 9 janv. 2001, Bull. civ. V, n° 237, p. 186 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2000, Bull. civ. I, n° 249, p. 163 ; Soc. 20 juin 2000, Bull. civ. V, n° 237, p. 186) », *RTDciv.* 2001. 699.
  - « La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même », *RTD civ.* 2000. 666.
  - « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD Civ.* 1998. 221.
  - « La portée des revirements de jurisprudence », *RTDciv.* 1998. 210.
- MOLFESSIS, N. et KLEIN, J., « Point de départ de la prescription de l'action en nullité d'une convention réglementée et motivation des revirements de jurisprudence », *D.* 2011. 1314.

- MORELLI, N., « L'article 1859 du code civil : du revirement prospectif à l'illusion rétrospective, Note sous Cour de cassation (com.) 26 octobre 2010, F-P+B, n° 09-68.928, *Hofnung c/ S<sup>té</sup> Mabidel* », *Revue des sociétés* 2011. 359.
- MORVAN, P., « Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable », *D.* 2007. 835.  
 – « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005. 247.
- MOULY, J., « Prise d'acte de la rupture et contrat de travail à durée déterminée : nécessité d'une faute grave de l'employeur », *D.* 2007. 1640.
- MOYSE, D., « Naissances coupables ? A propos de l'« affaire Nicolas Perruche » et d'autres du même genre », *Esprit*, janv. 2001. 6 et s.
- NORMAND, J., « Référés. La prévention du dommage imminent. Ses conditions. Le choix des mesures (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, arrêt n° 1724, Société Trésis et IPIB, *Bull. civ. I*, n° 286, p. 185) », *RTDciv.* 2002. 137.
- ORTSCHEIDT, J., « Droit de l'arbitrage », *JCP G* 2005. I. 179.
- PACTEAU, B., « La citation abusive devant les juridictions administratives spéciales. Un apport jurisprudentiel et... son report, Note sous Conseil d'État, sect., 6 juin 2008, *Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes*, req. n° 283141 », *RFDA* 2008. 964.
- PAILLET, M., CE, 5 novembre 1982, « Soc. Propétrol », *Lebon*, p. 381, *JCP G.* 1984 II. 20168.
- PATARIN, J., « Annulation d'une société civile immobilière et d'un bail d'immeuble pour fraude aux droits de l'un des héritiers d'un associé », *RTDciv.* 1993. 390.
- PELLETIER, C., « Pourvoi en cassation en cas d'excès de pouvoir de la Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire », *D.* 2002. 2013.
- PEREZ, S., « Accès à un tribunal pour obtenir une indemnisation complémentaire du préjudice subi par un hémophile infecté par le virus du SIDA à la suite de transfusions sanguines », *D.* 1997, *Somm.* 205.
- PERINET-MARQUET, H., « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », *RDI* 2015. 251.
- PERROT, R., note Civ. 1, 28 avril 1998, *Procédures* 1998. 6.
- PIEDELIEVRE, S., « CONCUBINAGE, Cass., Ass. plén., 29 octobre 2004 », *Defrénois* 2005, 02-15, n° 3, art. 38096. 234.
- POLLAUD-DULIAN, F., « Exceptions (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 févr. 2006, *Universal et Syndicat de l'Édition Vidéo c/ S. Perquin et UFC Que Choisir*, à paraître au *Bulletin*) », *RTDcom.* 2006. 370.
- POUYAUD, D., « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé, Note sous Conseil d'État, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe* », *RFDA* 2007. 923.
- PUIG, P., « L'excès de proportionnalité (À propos de la réforme de la Cour de cassation et quelques décisions récentes), *RTDciv.* 2016. 70.
- RADE, C., « Être ou ne pas naître ? Telle n'est pas la question ! (premières réflexions après l'arrêt *Perruche*) », *Resp. civ. et assur.* janv. 2001. 4.
- RAVANAS, J., « Liberté de l'information et droit de chacun au respect de sa vie privée : la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime est à privilégier », *JCP G* 2003. II. 10139.
- RITLENG, D., BOUVERESSE, A. et KOVAR, J.-P., « Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire, 1<sup>er</sup> janvier - 31 décembre 2007 », *RTDeur.* 2008. 835.
- ROME, F., « Stérile randonnée... », *D.* 2011. 1001.

- ROUAULT, M.-C., « Naissance d'un nouveau recours en matière contractuelle : une construction prétorienne alliant protection de la légalité et sécurité juridique », *JCP A* 2007. 2221.
- ROUSSEAU, D., « L'art italien au Conseil constitutionnel : les décisions des 6 et 14 octobre 2010 », *Gaz. Pal.* 21 oct. 2010, n° 294. 12.
- ROUSSEL GALLE, P., « Confusion de patrimoines, relations financières anormales, fraude. À propos de l'affaire *AOM Air Liberté*, Note sous Cour de cassation (com.) 10 janvier 2006, *M. Gilles Pellegrini, mandataire judiciaire c/ Société Holco* », *Revue des sociétés* 2006. 629.
- SAINTE-ROSE, J., « Réparation du préjudice de l'enfant empêché de ne pas naître handicapé », *D.* 2001. 316.
- SAINTE-ROSE, J., RASSAT, M.-L. et SARGOS, P., « L'enfant à naître peut-il être victime d'un homicide involontaire ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position », *JCP G* 2001, II, n° 10569.
- SALEILLES, R., Cass. Civ. 16 juin 1896, *DP* 1897, 1, 433.
- SARGOS, P., « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001. 3470.
- « Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero », *JCP G* 2000. II. 10438.
- SAVATIER, X., « Maintenir une relation adultère en consentant une libéralité n'est pas contraire aux bonnes mœurs », *D.* 1999. 267.
- SAVAUX, É., « Frémissement en matière d'imprévision », *RDC* 2011 n° 1. 34.
- SCHLUMBERGER, E., « Expertise de l'article 1843-4 du code civil : limitation du recours pour excès de pouvoir, Note sous Cour de cassation (com.) 3 mai 2012, n° 11-16.349, 15 mai 2012, n° 11-12.999 et 15 mai 2012, n° 11-17.866 », *Revue des sociétés* 2012. 491.
- SEILLER, B., « Le juge administratif officialise enfin son propre pouvoir normatif », *JCP G* 2007. 10160.
- SÉRIAUX, A., « L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.* 1997. 121.
- SERINET, Y.-M., « Droit judiciaire privé », *JCP G* 2009. I. 142, n°7.
- SERRA, G. et WILLIATTE-PELLITTERI, L., « Droit du divorce janvier 2008 - décembre 2008 », *D.* 2009. 832.
- STOFFEL-MUNCK, P., « Responsabilité civile », *JCP G* 2006, I, 166.
- SUDRE, F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2004. I. 107.
- TERRÉ, F., « Le prix de la vie », *JCP G* 2000. Actualité. 2267.
- TEXIER, S.-L., « Réflexions sur le règlement du litige au fond par la Cour de cassation », *D.* 2017.63.
- THÉRY, P., « De la question prioritaire de constitutionnalité comme révélateur des mentalités : La Cour de cassation demeure et ne se rend pas.. », *RTDciv.* 2010. 810.
- « Pouvoirs du juge : pas de revirement de jurisprudence sur les revirements (Cass., Ass. plén. 21 déc. 2006 à paraître au Bulletin) », *RTDciv.* 2007. 168.
  - « À propos d'un arrêt sur les revirements de jurisprudence ou comment faire une omelette sans casser des œufs... (Civ. 2<sup>ème</sup>, 8 juillet 2004, bull. civ. II, n°387) », *RTDciv.* 2005. 176.
  - « Le droit à une législation figée ? », *RTDciv.* 2004. 341.
- THIELLAY, J.-P., « Dommages-intérêts pour citation abusive : demande reconventionnelle relevant de la compétence du juge de l'action, Conclusions sur Conseil d'État, section,

- 6 juin 2008, Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de Paris c/ Banon, req. n° 283141 », *RFDA* 2008. 689.
- THOMASSIN, N., « Le fondement juridique du « tour d'échelle » », *D.* 2012. 1308.
- THOUVENIN, D., « Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin », *D.* 2001. 3470.
- UBAUD-BERGERON, M., « Ouverture aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat d'un recours contre ce contrat », *JCP G* 2007. 10156.
- VIGNEAU, D., « Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs », *D.* 2004. 3175.
- VINEY, G., « Contrats », *RDC* 2009. 1019.
- « Brèves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion », *JCP G* 2001. I. 286.
- VIRASSAMY, G., « Contrats commerciaux. — Distribution de produits pétroliers. Fournisseur. Contrat le liant à un distributeur agréé. Exécution de bonne foi (non). Distributeur privé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels. Absence de tout cas de force majeure. Réparation due », *JCP G* 1993. II. 22164.
- VOIRIN, P., « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences (à propos de l'arrêt du 18 juin 1958) », *JCP* 1959, I, 1467.
- WOEHLING, J.-M., « Trancher le nœud gordien de la distinction des contentieux », *AJDA* 2007 1777.

## INDEX ALPHABÉTIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

### A

Abus de droit : 4, 5, 168, 197, 209, 214, 241, 292 et s., 306, 308, 316.

- appréciation *in concreto* : 219.
- en droit allemand : 294.
- en droit de l'Union européenne : 293.
- mécanisme correcteur : 35.
- mécanisme correcteur du système : 184.
- origine : 88.
- principe : 154.

Accès du juge : 205, 212.

Action de in rem verso : 223, 246.

Action directe : 4, 190, 202.

- mécanisme : 119.
- mécanisme correcteur : 41.
- origine : 97.

Adage :

- notion : 167.
- et mécanisme : 168.

Ancien droit : 93, 188, 272, 280.

Aliments de s'arrangent pas : 152, 168, 226, 288.

Apparence : 4, 5, 206, 214, 245, 299, 308, 316.

- mécanisme : 118.
- mécanisme correcteur : 36.
- nécessité : 236.
- origine : 95.
- principe : 154.
- souplesse : 300.
- subsidiarité : 225.

Appréciation *in concreto* : 219.

d'Aquin Thomas : 272.

Aristote : 43, 55, 261, 271.

Assurance : 116, 140.

### B

Bobbio Noberto : 162.

Bonne foi : 159, 294, 313.

### C

Carbonnier Jean : 4, 68, 145, 147, 196, 204, 233, 282.

Clause d'exception : 4, 171.

- mécanisme : 118.
- mécanisme correcteur : 39.

*Common law* : 100, 132, 152, 225, 285-286, 300.

*Contra non valentem agere non currit praescriptio* : 64, 168, 220.

- origine : 94.
- principe : 154.

Contrat :

- institution : 172.
- mécanisme : 117, 147.
- norme individuelle : 147, 164.

Contrôle de conventionnalité : 236, 306.

Contrôle concret de conventionnalité : 7, 185, 219, 235, 236, 299.

Cornu Gérard : 4, 59, 82, 131, 135, 145, 172, 263, 314.

Correction : 4, 20 et s., 148, 155, 254 et s.

- dans le langage légal : 26-27.
- dans le langage jurisprudentiel : 28-31.
- dans la doctrine : 34 et s.
- de la règle : 43-44.
- de l'application de la règle : 45-46.



- en droit administratif : 263-265.
- en droit de l'Union européenne : 293.
- et création : 47.

Coutume : 93, 94.

Création : 86 et s.

## D

Dabin Jean : 173, 197.

Découverte : 99.

Dérogation : 48, 220 et s.

Doctrines : 32, 90, 306.

Droit : 124 et s.

- définition : 126.
- manifestations formelles/matérielles : 128.
- et morale : 196.
- norme : 141-142, 164.
- objectif : 127.
- règle : 131-132.
- subjectif : 127, 184.
- système : 162, 164.

Droit libre (Ecole) : 273.

Droit naturel : 271, 273.

Droit romain : 76, 132, 225, 284, 299.

Droit souple : 156 et s.

- notion : 157.
- et mécanisme : 158.
- standard : 159.

Droit vivant : 269.

Dworkin Ronald : 131, 152, 163.

## E

Effet relatif des conventions : 190.

Efficacité : 239.

- inefficacité : 240-241.

Enrichissement sans cause : 189, 202, 246.

- principe : 154.
- subsidiarité : 223.

Equité : 68, 201 et s.

- correctrice : 43.
- décision d'espèce : 6, 147, 262, 279 et s., 305.
- notion : 201, 278 et s.
- objective : 283 et s.
- subjective : 279 et s.

*Equity* : 285-287, 299, 300.

*Estoppel* : 89, 106.

Eviction de la norme : 4, 36, 40, 57, 189, 226, 230 et s., 264.

## F

Force majeure

- mécanisme correcteur : 38.

Force obligatoire des conventions : 179, 310 et s.

Fraude : 4, 5, 198, 209, 214, 241, 308.

- effet d'éviction de la norme : 232.
- nécessité : 236.
- origine : 95.
- principe : 154.
- souplesse : 300.

## G

Garantie : 114.

Gény François : 5, 151, 273.

Gestation pour autrui : 210, 214.

## H

Hart Herbert Lionel Adolphus : 152, 162, 163, 169.

## I

Indemnisation : 114.

Imprévision : 310 et s.

- en droit allemand : 294.
- mécanisme correcteur : 315-316.
- projets de réforme et d'harmonisation européenne : 314.

Institution : 109, 164, 172.

- et mécanisme : 173-174.

Interdiction de se contredire au détriment d'autrui : 200, 240.

- origine : 89.
- principe : 154.

Interprétation : 262 et s.

- notion : 262.
- en droit administratif : 263-265.
- et correction : 274-275.
- et création : 269.

Invention : 100 et s.

## J

Josserand Louis : 151, 184, 197, 198, 209, 306.

Juge : 13, 153, 188, 306, 308.

- mission : 257 et s.

Jurisprudence : 188.

- notion : 81.
- et la règle : 82 et s.

- rétroactivité : 187.
- source du droit : 46, 82, 236, 269, 306.

Justice : 128, 260-261.

## K

Kelsen Hans : 142, 146, 162, 273.

## L

Lacune : 189.

Langage juridique : 24, 142.

## M

Mécanisme : 105 et s.

- dans la doctrine : 118 et s.
- dans la jurisprudence : 115-117.
- dans les textes : 113-114.
- et décision d'espèce rendue en équité : 148.
- définition : 121.
- de l'assurance (voir assurance).
- le contrat (voir contrat).

Mécanisme correcteur :

- effet d'éviction de la norme : 232 et s.
- emplois de l'expression : 4.
- et décision d'espèce : 6, 198 et s.
- nécessité : 236.

Mécanismes correcteurs du système : 183-184.

Mécanismes correcteurs particuliers : 186 et s.

Méthode : 161, 184, 236.

Méthodes à suivre : 170-171.

- et mécanisme : 171.

Modération : 4, 58 et s.

- et correction : 63 et s.

Modulation : 53 et s.

- et correction : 55-56.

Modulation dans le temps des revirements de jurisprudence : 57, 188, 205, 212, 236, 295 et s., 306, 307.

- appréciation *in concreto* : 219.
- création du mécanisme correcteur : 304.
- droit transitoire : 248.
- effet d'éviction de la norme : 235.
- en droit administratif : 205, 212, 248, 296.
- en droit allemand : 297.

- en droit de l'Union européenne : 205.

- en droit européen des droits de l'homme : 205.

Morale : 163, 196.

Motulsky Henri : 136, 184.

## N

*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* : 190, 199, 240.

- origine : 93.
- principe : 154.
- subsidiarité : 224.

Norme

- et le mécanisme : 146, 164.
- notion : 142.
- normes individuelles : 145, 164.
- normes secondaires : 169.
- et règle : 142.
- et standard : 159.

## O

Ordre public international : 4, 106, 210, 214, 220, 244.

- appréciation *in concreto* : 218.
- effet d'éviction de la norme : 232.
- mécanisme correcteur : 39.
- mécanisme correcteur du système : 183.
- nécessité : 236.
- principe : 154.
- valeurs : 210, 214.

Origine : 73 et s.

## P

Planiol Marcel : 184, 246, 306.

Platon : 271.

Portalis : 1, 145, 260, 281, 308.

Pouvoir correcteur : 252 et s.

- reconnaissance : 304 et s.

Pouvoir modérateur : 59, 236, 262, 305, 308.

Préexistence : 99.

Préteur : 76, 284.

Prétorien : 76.

- et jurisprudence : 77 et s.

Principe : 99, 149 et s., 188, 190, 204.

- effet d'éviction de la norme : 236.
- notion : 150-151.
- critère : 152.

- fonction : 153.
- et mécanisme : 154-155.
- et règle : 152.

## Q

QPC : 269.

*Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* : 226, 288, 300.

## R

Recours-nullité : 4, 213, 220, 247.

- effet d'éviction de la norme : 234.
- en droit administratif : 265.
- mécanisme correcteur : 34.
- subsidiarité : 224.

Réalisme : 269, 273.

- Réalisme américain : 273.

Règle : 128, 134 et s., 184.

- caractères : 135 et s.
- définition : 134 et s.
- et mécanisme : 140.
- et standard : 159.

Ripert Georges : 1, 74, 131, 197, 198, 199, 246, 275, 306.

## S

Sécurité juridique : 204 et s., 273, 299.

Source : 74.

- de/du droit : 74.
- formelle : 74, 93.
- réelle : 74, 90.

Subsidiarité : 222 et s.

Système : 161 et s.

- mécanismes : 164.
- notion : 162.

## T

Technique : 109, 121, 159.

## V

Valeurs : 155, 163, 193 et s.

- Recherche des valeurs : 273.

## Table des matières

Sommaire .....	4
INTRODUCTION.....	5
§ 1 – Objet de l'étude .....	8
A. Les mécanismes correcteurs d'origine prétorienne ? .....	8
B. Délimitation du champ de l'étude .....	19
§ 2 – Angle adopté .....	22
A. Intérêt de l'étude.....	22
B. La méthode utilisée .....	26
PARTIE 1 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UN CONCEPT.....	30
TITRE 1 : LA CORRECTION PRÉTORIENNE .....	31
CHAPITRE 1 : LA CORRECTION.....	32
Section 1 : Le concept de correction.....	32
§ 1 - Le sens du concept de correction.....	33
A. La notion de « correction » dans le langage du droit .....	34
1. L'emploi de la notion de correction dans le langage légal .....	34
2. L'emploi de la notion de correction dans le langage jurisprudentiel.....	37
B. La notion de correction dans le langage sur le droit.....	40
1. La correction attachée à une notion juridique particulière .....	41
2. Le concept de correction, une technique autonome.....	47
§ 2 - L'objet de la correction.....	51
A. La correction de la règle ou de son application ? .....	52
B. La correction de l'application inadaptée de la règle.....	55
Section 2 : La distinction entre la correction et des concepts voisins.....	56
§ 1 - Correction et modulation .....	56
A. Les concepts .....	57
1. Des conditions de déclenchement différentes.....	58
2. Des manifestations différentes.....	60
B. Illustration .....	60
§ 2 - Correction et modération .....	63
A. Le concept de modération du droit.....	63
B. Distinction entre la correction et la modération .....	67
1. Correction et vision restrictive de la modération du droit .....	67
2. Correction et vision extensive de la modération du droit .....	68
a. La modération d'un excès manifeste du droit .....	69
b. Un excès manifeste caractérisé par une iniquité .....	70
CHAPITRE 2 : L' « ORIGINE PRÉTORIENNE » DE LA CORRECTION .....	74
Section 1 : La notion d' « origine prétorienne » .....	74
§ 1 – « Origine » et sources du droit .....	74
§ 2 – Prétorien et jurisprudence .....	78
A. Le terme « prétorien » .....	79
B. Création prétorienne et jurisprudence .....	81
1. La jurisprudence, le choix d'une conception .....	82
a. La notion de jurisprudence .....	83
b. La conception de la jurisprudence retenue.....	85
2. Mécanisme correcteur d'origine prétorienne et jurisprudence .....	88
Section 2 : L' « origine prétorienne », une notion complexe.....	90
§ 1 – Les créations prétoriennes.....	91
A. Les sources réelles du droit et les mécanismes correcteurs .....	91
1. L'abus de droit et la doctrine .....	91
2. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et les exemples étrangers .....	92
B. Incidence sur la création prétorienne.....	95
§ 2 – L'invention de mécanismes correcteurs par le juge.....	98

A.	La concurrence de sources formelles du droit dans la création de mécanismes correcteurs .	98
1.	Mécanismes correcteurs et coutume .....	99
2.	Mécanismes correcteurs et texte .....	102
B.	Entre découverte et création : l'invention .....	108
1.	La thèse de l'invention du droit par le juge .....	108
2.	Application de la thèse de l'invention du droit par le juge aux mécanismes correcteurs	111
	<b>TITRE 2 : L'INSTRUMENT DE LA CORRECTION : LE MÉCANISME</b> .....	114
	<b>CHAPITRE 1 : LE MÉCANISME</b> .....	115
	Section 1 : L'emploi du terme « mécanisme » en droit .....	117
	§ 1 – Le « mécanisme » dans le langage du droit .....	118
	A. L'emploi du terme « mécanisme » dans le langage légal .....	118
	B. L'emploi du terme « mécanisme » dans le langage jurisprudentiel.....	119
	§ 2 - Le terme de « mécanisme » dans le langage sur le droit .....	121
	Section 2 : Proposition d'une définition du « mécanisme » en droit .....	123
	<b>CHAPITRE 2 : LE MÉCANISME AU SEIN DU DROIT</b> .....	126
	Section 1 : Le droit, de la règle à la norme et le mécanisme .....	126
	§ 1 – Le mécanisme au sein du droit assimilé à la règle .....	129
	A. Le règne de la règle .....	129
	B. Le règne de la règle et le mécanisme .....	131
	1. La règle de droit.....	131
	2. Règle et mécanisme .....	134
	§ 2 – Le mécanisme au sein du droit comme ensemble de normes .....	135
	A. Le droit, un ensemble de normes .....	136
	B. Le mécanisme et les normes.....	140
	1. Normes individuelles et mécanisme .....	140
	a. Les normes individuelles.....	140
	b. Le mécanisme, différent de la norme individuelle.....	143
	2. Principe et mécanisme .....	146
	a. Les principes .....	146
	b. Le mécanisme, différent du principe .....	154
	3. Droit souple et mécanisme.....	155
	a. Le droit souple.....	155
	b. Le mécanisme, différent du droit souple.....	156
	Section 2 : Le droit, un système et le mécanisme .....	158
	§ 1 – Le mécanisme au sein du système .....	158
	§ 2 - Le mécanisme et d'autres éléments du système .....	161
	A. Mécanismes et adages .....	162
	1. L'adage .....	162
	2. L'adage, différent du mécanisme .....	164
	B. Mécanismes et normes secondaires.....	164
	C. Mécanismes et « méthodes à suivre » .....	166
	D. Mécanismes et institutions .....	168
	<b>PARTIE 2 : LE MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE, UNE</b>	
	<b>TECHNIQUE</b> .....	173
	<b>TITRE 1 : LE RÉGIME DU MÉCANISME CORRECTEUR D'ORIGINE PRÉTORIENNE</b> .....	174
	<b>CHAPITRE 1 : LE BESOIN DE CORRECTION</b> .....	175
	Section 1 : Une norme compétente .....	175
	§ 1 - Les mécanismes correcteurs du système .....	176
	§ 2 - Des mécanismes correcteurs particuliers.....	184
	A. La difficulté d'identification de la norme écartée par le mécanisme correcteur particulier	184
	1. La norme écartée est implicite .....	185
	2. L'absence de norme à écarter ? .....	188
	B. La mise à l'écart d'un principe par un mécanisme correcteur d'origine prétorienne.....	190
	Section 2 : Le déclenchement de l'utilisation du mécanisme correcteur par le juge .....	192
	§ 1 – L'hypothèse d'utilisation des mécanismes correcteurs.....	192
	A. Les cas d'utilisation des mécanismes correcteurs d'origine prétorienne .....	193
	1. Les valeurs traditionnelles .....	193
	a. La morale .....	194
	b. L'équité .....	200

c. La sécurité juridique .....	202
2. La protection de valeurs contingentes .....	206
a. L'atteinte portée au droit lui-même.....	206
b. De nouvelles valeurs .....	209
B. La logique commune de l'utilisation des mécanismes correcteurs : l'atteinte portée aux valeurs du système juridique .....	212
§ 2 - Les mécanismes correcteurs témoins d'une approche casuelle du juge .....	214
A. Les manifestations de la démarche casuelle du juge .....	214
1. L'appréciation in concreto de l'atteinte portée au système juridique .....	215
2. Le recours exceptionnel aux mécanismes correcteurs .....	218
3. La subsidiarité du recours aux mécanismes correcteurs .....	220
B. L'approche casuelle du juge, mise en lumière par le recours aux mécanismes correcteurs .....	222
<b>CHAPITRE 2 : L'ACTION CORRECTIVE</b> .....	227
Section 1 : L'aspect négatif de la correction : la mise à l'écart de la norme .....	227
§ 1 – La mise à l'écart de la norme par les mécanismes correcteurs, de la pleine admission à la méfiance .....	227
A. La mise à l'écart assumée de la norme .....	228
B. La mise à l'écart tolérée de la norme .....	231
§ 2 – Analyse de la mise à l'écart de la norme opérée par le mécanisme correcteur .....	234
Section 2 : L'aspect positif de la correction, le règlement du litige .....	239
§ 1 - La réaction défensive du droit face à l'atteinte portée au droit par un justiciable : l'inefficacité .....	239
§ 2 - La souplesse, un remède à l'atteinte portée au système juridique par le droit lui-même .....	242
A. L'assouplissement du fonctionnement du système juridique .....	243
B. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence, vers un assouplissement ? .....	247
<b>TITRE 2 : LE FONDEMENT DE L'EXISTENCE DES MÉCANISMES CORRECTEURS</b>	
<b>D'ORIGINE PRÉTORIENNE : LE POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE</b> .....	254
<b>CHAPITRE 1 : LA CORRECTION, UN POUVOIR OCCULTÉ</b> .....	256
Section 1 : La correction paradoxalement occultée par l'interprétation .....	256
§ 1 - L'omniprésence de l'interprétation par rapport à la correction .....	256
A. L'interprétation et la correction en droit privé français .....	257
1. La mission du juge, entre droit et justice .....	258
2. L'interprétation, seul pouvoir du juge ? .....	262
B. Interprétation et correction en droit administratif .....	264
§ 2 – Deux pouvoirs distincts .....	269
A. Des assises différentes .....	269
1. L'interprétation, une notion discutée .....	270
2. La correction, toujours justifiée .....	273
B. Des réponses différentes .....	280
Section 2 : Les mécanismes correcteurs occultés par l'équité .....	283
§ 1 - Les voies traditionnelles de la correction et l'équité .....	283
A. Le recours au jugement rendu en équité dans l'évolution du droit français .....	283
1. Le recours à la décision rendue en équité dans l'Ancien Droit français .....	284
2. L'équité pendant le droit intermédiaire et la codification française .....	285
3. L'équité subjective aujourd'hui .....	287
B. Le recours à un corps de règles parallèle ou l'équité objective .....	289
1. Le droit prétorien romain .....	289
2. L'equity anglaise .....	291
3. L'équité objective en droit français .....	294
§ 2 - Les mécanismes correcteurs, une troisième voie .....	295
A. Une troisième voie présente de manière croissante dans les systèmes juridiques .....	296
1. Une voie présente par le biais de procédés incontournables tels que l'abus de droit .....	296
a. L'abus de droit en droit de l'Union européenne .....	296
b. L'abus de droit en droit allemand .....	299
2. Une voie en développement, l'exemple de la modulation dans le temps des effets de la jurisprudence .....	302
a. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence par le Conseil d'État .....	302
b. La modulation dans le temps des effets de la jurisprudence allemande .....	304
B. Avantages du mécanisme correcteur d'origine prétorienne .....	306
1. Le mécanisme correcteur, plus sûr que la décision d'espèce rendue en équité .....	306

2. Le mécanisme correcteur, plus souple que le corps de règles parallèle .....	308
<b>CHAPITRE 2 : L'AVENIR DU POUVOIR CORRECTEUR DU JUGE .....</b>	<b>311</b>
Section 1 : Une reconnaissance du pouvoir correcteur du juge pour qu'il soit encadré.....	311
§ 1 - La reconnaissance du pouvoir correcteur .....	311
§ 2 - L'encadrement de l'exercice du pouvoir correcteur du juge .....	316
Section 2 : Un pouvoir utilisé consciemment, l'exemple de l'imprévision.....	319
§ 1 - La gestion de l'imprévision, une question complexe .....	320
§ 2 - La correction de l'imprévision.....	327
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>336</b>
Table des matières .....	CCCLXXIX