



HAL
open science

Juge et partie. Les observations des tribunaux sur l'application et l'interprétation du futur Code civil (1801)

Alain Desrayaud

► **To cite this version:**

Alain Desrayaud. Juge et partie. Les observations des tribunaux sur l'application et l'interprétation du futur Code civil (1801). *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, 2019, *Liber amicorum. Mélanges réunis en hommage au Professeur Jean-Louis Thireau*, Numéro hors-série, pp.121-143. hal-04571692

HAL Id: hal-04571692

<https://hal.u-pec.fr/hal-04571692>

Submitted on 21 May 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

JUGE ET PARTIE.
LES OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX
SUR L'APPLICATION ET L'INTERPRÉTATION DU FUTUR CODE CIVIL (1801)

par Alain Desrayaud
Professeur à l'Université de Paris-Est

« Il est plus commode de juger arbitrairement »¹. En dénonçant ce péril lors de la discussion du Livre préliminaire du projet de code civil, le tribun Chazal renvoyait à la hantise des hommes des Lumières qu'un jugement fût l'expression de la volonté arbitraire d'un magistrat. Dans l'*Esprit des lois* (1748), Montesquieu l'avait enseigné : une décision judiciaire ne devait pas être « l'opinion particulière d'un juge. » (XI, VI, § 17). La Révolution avait poursuivi ce but dans sa politique de refondation de la justice. En institutionnalisant une double spécialisation des fonctions et des autorités (Législatif, Exécutif et Judiciaire) d'une part et d'autre part la dépolitisation de la magistrature, elle avait changé radicalement le rôle du juge. Il lui appartenait dorénavant d'"assurer l'empire des lois". Strictement limité à une fonction juridictionnelle, il avait pour partage de garantir le respect des droits de citoyens libres et égaux. Comme ces droits étaient définis par la loi, son office se ramenait à la stricte mise en oeuvre de la loi. Appliquer la règle de droit, norme générale et impersonnelle, à une situation concrète de fait épuisait la compétence du magistrat. La majesté de la loi réduisait le juge au rôle de fidèle ministre, un serviteur chargé de son exécution mécanique. L'interprétation de la loi était l'œuvre du Législatif par le moyen du référé et un tribunal de cassation, *établi auprès du Corps législatif*, avait la vocation d'organe régulateur.

Le Livre Préliminaire provoqua la réouverture d'un dossier que la Révolution semblait avoir clos. En effet il comportait un titre V *De l'application et de l'interprétation des lois* comprenant treize articles². Si l'article 1^{er} ne heurtait point l'orthodoxie légicentriste³, l'article 2 était de nature à alerter la vigilance des gardiens du temple. Sans doute il distinguait l'interprétation par voie d'autorité (proscrite) de l'interprétation par voie de doctrine (permise), mais il portait également : « Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois⁴. » L'article 11 levait toute ambiguïté : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de la loi précis, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive⁵. » En décembre 1801, au Tribunal, Mailla-Garat se ferait le champion des opposants au titre V. Il y dénoncerait « un attentat aux droits des citoyens et à la sainteté des lois⁶. » Sous les auspices de l'*Esprit des lois*, il ne manquerait pas de rappeler que le juge n'était « que la bouche qui prononce les paroles de la loi⁷ » (XI, VI, § 49) et que « dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi⁸. » (VI, III, § 2). Pour lui, accorder un pouvoir d'interprétation au juge revenait à ébranler toutes les garanties et à ruiner les fondements mêmes de la république⁹. Loin de donner des apaisements, le tribun Dêmeunier, favorable au projet,

¹ Tribunal, séance du 18 frimaire an X, F. VI 77. *Brevitatis causa*, F. pour P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, 15 vol.

² F. II 6-8.

³ « Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité », *ibid.*, II 6.

⁴ « Il y a deux sortes d'interprétation : celle par voie de doctrine, et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement », *ibid.*, 7.

⁵ *Ibid.*

⁶ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, F. VI 152.

⁷ F. VI 151. Sur cette expression de Montesquieu : T. Hanisch, La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition anglaise dans *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2010, 2, pp. 131-165, spécialement pp. 150-165.

⁸ F. VI 155.

⁹ « La loi, dans une république, est une émanation de la souveraineté ; c'est l'ouvrage du peuple par lui-même ou par ses représentants, [...] c'est la volonté nationale. [...] Les citoyens sont sujets de la loi, parce que tous ont consenti à sa réalisation et ils ne sont même citoyens que parce qu'ils sont sujets de la loi », F. VI 162.

exposerait que l'article 11 impliquait la disparition du référé législatif sur lequel la loi de réorganisation judiciaire du 27 ventôse an VIII était demeurée muette¹⁰.

Tels devaient être les termes du débat. Quel avait été le sentiment des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation qui, six mois auparavant, avaient présenté leurs observations ? Comment eux-mêmes s'étaient-ils représentés leur fonction dans le système judiciaire naissant, voire dans le nouvel ordre constitutionnel du Consulat ? En vérité, ils s'étaient trouvés juges et parties. Leur situation s'était avérée d'autant plus équivoque que le Discours préliminaire, prononcé lors de la présentation du projet et adressé aux tribunaux, ne laissait aucun doute sur les intentions de la commission de rédaction. Il plaidait pour un rehaussement du ministère du juge et mettait en avant l'utilité et les bienfaits de la jurisprudence des arrêts¹¹.

D'emblée, il faut relever que les observations ne comportaient aucune proposition téméraire ou hérétique. Bien au contraire, une nomophilie du meilleur aloi s'y affichait. Ainsi, par exemple, le Tribunal d'appel de Lyon affirmait : « la loi étant réputée la sagesse universelle, il ne doit pas être permis de vouloir être plus sage qu'elle¹². » Celui de Riom ne demeurait pas en reste, il faisait du code « un ouvrage public, et en quelque sorte élémentaire, qui instruit et qui commande, qui est destiné à être la lumière et la règle de tous, et dont l'autorité irréfragable impose un respect religieux¹³. » Le principe était encore posé que seule la loi possédait la vertu de restreindre l'empire de l'arbitraire des décisions judiciaires¹⁴.

Evidemment les tribunaux n'avaient pas été appelés à se prononcer exclusivement sur le titre V du Livre préliminaire. Il leur avait été imparti la tâche d'examiner l'ensemble du code. Leurs observations présentent ainsi l'intérêt de permettre de discerner comment ils concevaient leur ministère à travers les réflexions, les critiques ou les interrogations formulées au détour de l'analyse d'articles portant sur les matières les plus diverses. S'ils ne regardaient pas à commenter sans détour le titre V dont la portée politique ne leur avait pas échappé, ils cherchaient par ailleurs à définir (au sens premier) l'étendue de leur pouvoir à partir des questions pratiques que posait la mise en oeuvre de telle ou telle disposition. Qu'il s'agît d'appliquer la loi ou de l'interpréter¹⁵, une constante apparaissait : ils étaient comme hantés par le spectre de l'arbitraire¹⁶. Au fil de leur discours, dans les termes les plus explicites, tribunaux d'appel et Tribunal de cassation développaient un thème tiré de l'*Esprit des lois* et converti en lieu commun par les Lumières : ils se voulaient « des êtres inanimés qui ne (pouvaient) modérer ni la force ni la rigueur [de la loi]¹⁷. » Cependant il n'en demeurait pas moins que « la justice [était] la première dette de la souveraineté ». En conséquence, un litige devait s'achever par une solution judiciaire afin de ne pas ouvrir la voie à la justice privée ni de faire retourner la république à l'état de nature¹⁸. Pour le tribun Huguet, cette représentation politique légitimerait la nécessité de « rendre au juge le droit de juger¹⁹. » Elle autoriserait Berlier à rendre cette sentence tautologique : « le devoir du juge est

¹⁰ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, F. VI 86. Sur le débat au Tribunal : B. Beignier, Portalis et le droit naturel dans le Code civil dans *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, VI, pp. 87-91.

¹¹ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), F. I 469-472 et 474-476.

¹² F. IV 132 (sur les clauses pénales, *cf infra*).

¹³ F. V 438.

¹⁴ Grenoble, F. III 529 et Lyon, F. V 536-537.

¹⁵ Le Tribunal d'appel de Paris, Fenet V 97, amendant la rédaction des articles 5 et 11 du titre V du Livre préliminaire, définissait le ministère du juge dans les termes suivants : « Art. 12. Le ministère du juge est d'appliquer les dispositions des lois aux espèces particulières qui lui sont soumises. [...] - Art. 13. Quand la loi est claire, on ne doit pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. Si la loi paraît présenter de l'obscurité, le sens le plus naturel et le moins défectueux dans l'exécution doit être préféré ; mais c'est surtout dans la combinaison et la réunion de toutes les dispositions de la loi, qu'il faut en chercher le véritable sens. - Art. 14. Lorsque la loi ne présente pas de disposition qu'on puisse appliquer, le juge devient un ministre d'équité ; il ne peut pas refuser de juger sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi écrite : il applique alors la loi immuable et éternelle de la raison. [...] ».

¹⁶ Comp. S. Dauchy, La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806 dans *1806 - 1976 - 2006. De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France* sous la direction de L. Cadiet et G. Canivet, Paris, 2006, pp. 4-8.

¹⁷ *De l'esprit des lois* (1748), XI, VI, § 49. Rapp. Beccaria, *Des délits et des peines* (1764), § 4.

¹⁸ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), F. I 474.

¹⁹ Tribunal, séance du 19 frimaire an X, F. VI 139.

de juger²⁰. » Il n'était aucune équivoque : le Discours préliminaire²¹ comme le projet de code civil promouvaient le juge en magistrat au sens romain. C'est pourquoi, d'un côté, les tribunaux se reconnaissaient volontiers comme fidèles ministres de la loi et en tant que tels "êtres inanimés" (I). Dans le même temps, d'un autre côté, leurs observations remplissaient assurément le vœu du législateur, quand, ils s'attachaient à définir « l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat²². » (II).

I. UN ETRE INANIME

« Le juge doit être esclave de la loi » proclamait le TA Lyon²³. Nul mieux que le tribun Chazal n'éclairerait sa sentence : « car nos juges criminels et civils n'existent constitutionnellement que pour la seule et passive application des lois civiles et criminelles²⁴. » Conformément aux idées des Lumières, la personne du magistrat devait s'évanouir, absorbée par sa charge. Par delà la loi de réorganisation judiciaire de l'an VIII, le discours des tribunaux manifestait toujours une foi en le juge-citoyen, -hier encore élu, aujourd'hui nommé-, investi d'un honneur public. Sa fonction confisquait sa personnalité selon la formule d'Antoine de Monzie. En revanche, les observations se défiaient du juge-homme, prisonnier de ses passions, de ses intérêts et de ses erreurs²⁵. *Instrumentum vocale* d'un nouveau genre, le juge était vu comme asservi à la loi (A). De surcroît, l'esprit du Siècle portait à considérer qu'il n'était pas de réalité autre que physique ni de vérité autre qu'expérimentale. En conséquence, le syllogisme judiciaire devait reposer sur un constat objectif des faits plutôt que sur une appréciation nécessairement subjective et *ipso facto* propice à l'arbitraire. Le juge serait aussi asservi aux faits (B).

A. L'asservissement à la loi

La loi du genre le leur imposait. L'examen du projet de code civil conduisait les tribunaux à se livrer à l'analyse de sa lettre. Il fut passé au crible d'une critique textuelle rigoureuse ; des observations sans nombre portaient sur la ponctuation²⁶, des *lapsus calami*²⁷, des inélégances de style²⁸, des néologismes contestables²⁹, etc. Plus intéressant pour notre propos, d'autres révélaient une lecture strictement littérale des articles du projet, elles constituaient une manière de commentaire anticipé de telle ou telle disposition. Le législateur était appelé à en amender la rédaction, lorsque sa plume semblait avoir trahi sa pensée. A défaut, il était tenu pour constant que le juge en ferait une application passive. Autrement dit, les juges concevaient leur office comme l'application de la volonté du législateur telle qu'elle apparaissait *déclarée* dans le dispositif des articles. De toute évidence, l'opinion commune était qu'en en dépassant la lettre, le magistrat outrepasserait son pouvoir par une entreprise sur le Législatif et exposerait ainsi légitimement son jugement à une cassation pour "contravention expresse au texte de la loi"³⁰. Le légicentrisme

²⁰ Corps législatif, séance du 24 frimaire an XI, F. VI 335.

²¹ F. I 470-476.

²² Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), Fenet I 474-475. A propos de l'interprétation de la loi, il opposait l'arbitraire du magistrat à celui du législateur : « On a moins à redouter l'arbitraire réglé, timide et circonspect d'un magistrat qui peut être réformé, et qui est soumis à l'action en forfaiture, que l'arbitraire absolu d'un pouvoir indépendant qui n'est jamais responsable ».

²³ F. IV 35.

²⁴ Tribunat, séance du 18 frimaire, F. VI 78.

²⁵ Sur cette distinction : P. Legendre, *Histoire de l'administration publique de 1750 à nos jours*, Paris, 1968, pp. 272-274.

²⁶ P. ex. Lyon Fenet 114.

²⁷ P. ex. Agen et Paris (interdit pour individu), F. III 11 et V 201 ; Bourges (demandeur pour défendeur), F. III 213 ; Bourges et Caen (donateur pour donataire), F. III 240 et 442 ; Amiens (accusé pour prévenu), F. III 126.

²⁸ P. ex. Agen, F. III, 11 ; Metz, F. IV 377-378 ; Rennes, F. V 398 et 401 ; Riom, F. V 446-447.

²⁹ P. ex. Rouen, F. V 549 (mot <successible>).

³⁰ Sur ce premier motif d'ouverture à cassation institué dès la création du Tribunal de cassation (1790) : J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, p. 86, voir également du

révolutionnaire n'avait guère perdu de sa vigueur. «L'observation religieuse de la loi» (Hérault de Séchelles)³¹ était largement professée. Elle impliquait une application littérale de la loi plutôt qu'une exégétique : la lettre de la loi sans rechercher son esprit ni l'intention du législateur.

Ainsi le projet d'article : « Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi » pouvait être interprété comme signifiant qu'il n'existait plus de présomption légale autre qu'irréfragable³². Proscrire en termes exprès seulement la renonciation à succession future pouvait être compris comme en permettant l'acceptation³³. Une inquiétude des tribunaux semble avoir été le silence de la loi et la contrariété des dispositions. Dans l'un et l'autre cas, le juge n'apparaissait pouvoir statuer qu'en s'arrogeant un pouvoir normatif hors de sa compétence. Ainsi il revenait au législateur de préciser expressément les cas dans lesquels un enfant adultérin pouvait être reconnu³⁴ ou encore pour quels motifs les parents et aïeux avaient la faculté de faire opposition au mariage de leurs descendants majeurs de vingt-cinq ans³⁵. Il était encore estimé que le projet créait des dilemmes insolubles. D'une part la peine de la confiscation était abolie, mais, d'autre part, le mort civil était frappé d'une incapacité de transmettre et de disposer à cause de mort des biens acquis postérieurement à sa condamnation. *Quid* s'il n'en avait pas disposé entre vifs³⁶ ? De même comment juger, quand une disposition posait le principe que nul n'était tenu d'accepter une succession d'un côté, mais que, d'un autre côté, un délai de prescription pour la renonciation était institué³⁷ ? Par ailleurs, l'application passive -mécanique- de la loi conduisait à considérer que, lorsqu'un article portait une série de conditions, elles étaient nécessairement cumulatives³⁸. Dans le même esprit, toute énumération était interprétée comme limitative. Le TA Rennes s'en expliquait : « Le Code civil doit ou ne présenter que des principes généraux, ou, lorsqu'il entre dans le détail des espèces particulières, il doit les prévoir toutes autant qu'il est possible ; parce que, quand la loi est muette, il ne peut se faire d'extension d'un cas particulier à un autre cas particulier ; et l'on pourrait conclure de l'expression de l'un, que l'intention de la loi a été d'exclure les autres, quelque corrélation qu'il y ait entre eux et celui qui est exprimé³⁹. » Pour cette raison, nombre de tribunaux recommandaient au législateur d'utiliser des termes génériques plutôt que des nomenclatures⁴⁰. Les juges se refusaient à s'autoriser à raisonner par analogie. Ainsi, par exemple, l'article qui exonérait « les septuagénaires, les femmes mariées et les filles » de la contrainte par corps, sauf stellionat, ne pouvait être étendu aux veuves sans une modification de la rédaction du projet de code⁴¹. Recourir à l'esprit de la loi n'entraînait pas dans les vues des tribunaux. Ainsi la veuve qui, de son propre mouvement, aurait exercé son droit de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques pendant le délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer, risquait d'être réputée s'être immiscée dans la communauté et *ipso facto* de perdre sa faculté d'opter, sauf disposition légale contraire⁴².

Cette application littérale de la loi impliquait que le législateur se montrât particulièrement rigoureux dans la terminologie. Il devait se garder des expressions équivoques génératrices d'incertitude du droit. Ainsi un article pouvait prendre un sens radicalement différent, si le mot garde était entendu dans son acception vulgaire de surveillance et de gouvernement de la

même : Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne dans *Une autre justice* (sous la direction de R. Badinter), Paris, 1989, p. 228.

³¹ Cité par J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)* précité, p. 103.

³² Paris, F. V 239.

³³ Rennes, Fenet V 369. Voir aussi p. ex. Douai, F. III 509, Orléans, F. V 38 et T. cass., F. II 456 (empêchement à mariage) ; Dijon, F. III 499 (indignité successorale) ; Metz, F. IV 399 (définition de la donation) ; Rouen, F. V 493 (délégation).

³⁴ Bourges, F. III 225.

³⁵ Angers, F. III 144.

³⁶ Amiens, F. III 127.

³⁷ Caen, F. III 416.

³⁸ P. ex. Toulouse F. V 563 et T. cass., F. II 503-504 (définition de la possession d'état).

³⁹ Rennes, F. V 401. Dans le même sens, p. ex. Ajaccio, F. III 123 (incapables de contracter) ; Douai et Liège, F. III 509 et 622 (étendue de l'incapacité de la femme mariée) ; Metz, F. IV 410-411 (composition de la communauté).

⁴⁰ P. ex. Paris, F. V 236. Rapp. T. cass., F. II 539.

⁴¹ Amiens, F. III 136.

⁴² Caen, F. III 448.

personne des enfants ou dans le sens de l'ancien droit coutumier emportant jouissance des biens des enfants⁴³. Donner pouvait s'entendre soit transférer la propriété d'un bien (*dare*), soit concéder une libéralité⁴⁴. Quant au mot absent, il désignait, dans le projet de code, tantôt un individu dont l'existence était certaine et connue, tantôt un dont l'existence était douteuse⁴⁵. Surtout les tribunaux ne se faisaient pas faute de relever que certains faits et actes étaient insuffisamment caractérisés par le projet pour permettre une application des lois assurément conforme à la volonté du législateur. « Le ministère du juge qui les applique n'est pas l'art de deviner⁴⁶. » Qu'était-ce qu'un délégué "suspect"⁴⁷ ? Qu'était-ce qu'un "scandale public"⁴⁸ ? Quels actes impliquaient une acceptation tacite d'une succession ou une immixtion dans la liquidation d'une communauté⁴⁹ ? Ces imprécisions ouvraient la voie à l'arbitraire du juge. C'est pourquoi, à l'inverse des législateurs, les tribunaux ne balançaient guère sur la question de l'introduction de définitions dans un code civil. Si quelques conseillers d'Etat et tribuns estimerait qu'elles relevaient de l'enseignement du Droit et de la science des jurisconsultes⁵⁰, les tribunaux les appelaient de leurs vœux. Peut-être les magistrats des tribunaux d'appel les regardaient-ils comme une sage précaution : les compétences des juges de première instance, nommés dans la précipitation au lendemain de la réforme judiciaire de l'an VIII, étaient parfois « davantage présumées que prouvées »⁵¹. En tout cas, en dernier lieu, les quatre membres de la commission de rédaction se ralliaient à leur point de vue : ils considéreraient que non seulement elles trouvaient légitimement leur place dans un code, mais encore qu'elles avaient force de loi⁵². Le TA Metz les regardait comme « des règles immuables d'interprétation dans les circonstances infiniment variées que la loi ne peut ni ne doit prévoir⁵³. » En vérité, il n'était guère que le TA Riom pour inciter à la prudence en rappelant l'avertissement du Digeste : « *Omnis definitio in jure civili periculosa*⁵⁴. » Le TA Toulouse écartait l'objection en délivrant aux rédacteurs un *satisfecit* pour l'exactitude de leurs définitions⁵⁵. Il n'est pas excessif d'affirmer qu'elles constituaient une exigence universellement partagée. Mais il faut établir, semble-t-il, une distinction entre les différents tribunaux. Pour les uns, ces demandes ponctuelles n'avaient pas d'autre but que d'éclairer les juges dans l'application d'une disposition du code⁵⁶, notamment lorsqu'il introduisait un droit nouveau, tel le régime de communauté⁵⁷. Pour d'autres, peut-être à l'instar des compilations de Justinien⁵⁸, il était de la nature d'une codification de comprendre des définitions. De fait, les sollicitations récurrentes de certains tribunaux⁵⁹ avaient pour pendant les inventaires

⁴³ Orléans, F. V 80. Dans le même sens : T. cass., F. II 515.

⁴⁴ Rouen, F. V 487.

⁴⁵ Paris, F. V 106.

⁴⁶ Montpellier, F. IV 546.

⁴⁷ Bourges, F. III 252 (qualité de la personne que s'est substitué un mandataire).

⁴⁸ Grenoble, F. III 536 et Rouen, F. V 466 (preuve de l'adultère de l'épouse).

⁴⁹ Bourges, F. III 243-244.

⁵⁰ Cambacérès, Conseil d'Etat, séance du 4 thermidor an IX, F. I lxx-lxxi ; Regnaud et Bérenger, Conseil d'Etat, séance du 7 pluviôse an XI, F. XII 261 et 263, rapp. Galli plus nuancé, *ibid.*, 262.

⁵¹ Sur ce point : J.-P. Royer, J.-P. Jean, B. Durand, N. Derasse et B. Dubois, *Histoire de la justice en France*, Paris, 2010, n° 284, p. 453 et plus généralement sur la qualité des juges au début du Consulat, n° 285-287, pp. 454-459.

⁵² Bigot-Prémeneu, Tronchet, Maleville (plus réservé) et Portalis (plus nuancé, rapp. F. VI. 43), F. XII 261-262. Sur ce point, voir notamment J.-F. Niort, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du code civil français*, tome I, Aix-Marseille, 2004, pp. 116-117.

⁵³ Metz, F. IV 350-351.

⁵⁴ F. IV 421 renvoyant à D. I, 17, 202 qui poursuivait en expliquant : « *parum est enim, ut non subverti possent.* »

⁵⁵ F. V 630.

⁵⁶ P. ex. Aix, F. III 43-44 (servitude négative) ; Bruxelles, F. III (séances et mauvais traitements) ; Nîmes, F. V 9-10 (concubinage) ; Toulouse, F. V 586 (gens de la campagne).

⁵⁷ P. ex. Caen, F. III 446 ; Colmar, F. III 487 ; Toulouse, F. V 613.

⁵⁸ Rapp. Portalis, F. XII 262.

⁵⁹ P. ex. pour le TA Agen, il convenait de définir les biens vacants, sévices et délits (dans la définition de l'ingratitude), actes d'immixtion et actes conservatoires (acceptation d'une succession), vices rédhitoires et actes de tolérance, F. III, 11, 19, 22, 23 et 26 et pour le TA Montpellier, coutume (détermination de sa durée), lois prohibitives, droits politiques, lois politiques, droit public, droit civil, loi civile, droits civils, sévices et délits (dans la définition de l'ingratitude), arrhes et abus (de la chose dans le contrat de gage), F. IV, 420, 422 453, 457 et 463.

des définitions manquantes que quelques uns dressaient en bonne et due forme⁶⁰. Le Tribunal de cassation franchissait un pas en proposant lui-même des définitions au législateur⁶¹. Evidemment il serait tentant d'établir un lien entre cette initiative et sa jurisprudence naissante fondée sur l'élargissement des cas d'ouverture à cassation, de la contravention expresse au texte de la loi à la fausse application de la loi, souvent à la limite de la fausse interprétation⁶². Mais il faut relever que le TA Grenoble, plus subsidiairement le TA Amiens et le TA Paris⁶³, entreprenaient la même démarche, le premier en choisissant pour guide les autorités les plus considérables, Domat et Pothier⁶⁴. Il faut plutôt considérer que l'introduction des définitions dans le code constituait en quelque sorte le stade suprême du légicentrisme⁶⁵. Dans la majeure du syllogisme judiciaire, elles avaient vocation à conférer à la loi « une autorité irréfragable impos[ant] un respect religieux⁶⁶. » Dans l'établissement de la mineure, l'arbitraire des juges n'était pas moins endigué.

B. L'asservissement aux faits

« Pourquoi ramener à l'arbitraire l'exécution d'une convention [...] ? », « c'est donner au juge un pouvoir trop étendu », « cet article donne donc au juge une latitude dangereuse, un pouvoir trop arbitraire », « supprimer ces mots, à moins qu'il ne soit trop modique, comme ramenant à l'arbitraire », « le mot à peu près laisse trop à l'arbitraire »⁶⁷, etc. A travers la litanie des observations dénonçant les pouvoirs conférés au juge par le projet de code résonnait, en matière civile, le paragraphe 4 du *Des délits et des peines* de Beccaria. Les tribunaux ne concevaient pas de laisser l'esprit du juge sans guide et son opinion dans le vague⁶⁸. Dans l'établissement comme dans l'appréciation des faits, la voie devait lui être tracée par la loi.

Ainsi les juges prétendaient-ils statuer exclusivement à partir de faits tangibles et non à partir d'états de conscience. Comment se prononcer en fonction de la bonne ou de la mauvaise foi à défaut d'éléments matériels probants⁶⁹ ? La présomption de bonne foi apparaissait d'un bien médiocre secours, tant l'expérience prouvait qu'« il [était] des circonstances qui la rend[ai]ent équivoque⁷⁰. » D'une manière générale, il n'entraînait pas dans l'office du juge de scruter dans les replis cachés du cœur des hommes, d'autant qu'il était « moralement impossible de prouver à un individu le secret de sa propre conscience⁷¹. » De même, sous la recherche d'une intention poignait l'arbitraire. Pour cette raison, le TA Rennes approuvait sans réserve que la haine et la colère, « sentiments intérieurs qui peuvent déterminer la volonté » ne permettent plus d'invalider

⁶⁰ La juridiction d'appel de Lyon est sans doute le tribunal qui s'est le plus attaché à la matière, réclamant une définition des mots trésor, impubère, officier ministériel, choses accessoires au bien vendu et destinés à son usage perpétuel (F. IV 98, 130, 184-185) et dressant une liste des omissions du code comportant nombre de définitions : « 1° La définition des actions personnelle, réelle et mixte, possessoire et pétitoire ; 2° les fautes très-graves, graves et légères, les cas où la faute est excusable, les cas où elle rend celui qui la fait responsable de l'événement ; 3° Les qualités requises pour porter témoignage en matière civile ; 4° La définition de l'erreur de fait, de l'erreur de droit, de l'erreur dans la chose, et de l'erreur dans la personne ; [...] », F. IV 128-129. Pour le TA Grenoble, *cf. infra*.

⁶¹ P. ex. fruits civils, réparations locatives ou contrat aléatoire, F. II 543, 731 et 741. Il est vrai aussi que le Tribunal de cassation a rédigé des observations parmi les plus longues (F. II 417-755), car il a procédé à une nouvelle rédaction de l'intégralité du projet.

⁶² J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne* précité, pp. 228-231.

⁶³ Le TA Grenoble donnait la définition des termes tutelle, servitude, contrat aléatoire et dol, condition positive ou négative, obligation dividuelle, transaction, paiement, novation, stellionat, contrat pignoratif, antichrèse, F. III 534, 545, 557, 560, 561, 561-562, 563, 566, 571, 596-597, 597. Il réclamait encore que les mots mobilier et affirmation judiciaire fussent définis par le législateur (F. III 541 et 570). Les TA Amiens et Paris définissaient respectivement l'immeuble et le contrat aléatoire, F. III 131 et V 284-285.

⁶⁴ Le Tribunal d'appel de Grenoble empruntait ses définitions de la servitude et de la transaction à Domat, celles du contrat aléatoire et du paiement à Pothier, *ibid.*

⁶⁵ Rapp. Bigot-Préameneu : « Les définitions sont de véritables dispositions, et même les dispositions fondamentales de la loi ; car elles fixent les incertitudes qui peuvent naître de la diversité des dispositions », *ibid.*, F. XII, 263.

⁶⁶ Riou, F. V 438 précité.

⁶⁷ Respectivement Douai, F. III 526 ; Metz, F. IV 390 ; Grenoble, F. III 565 ; Agen, F. III 8 ; Besançon, F. III 164.

⁶⁸ P. ex. Grenoble, F. III 586 et Rouen, F. V 496.

⁶⁹ Agen, F. III 26 ; Grenoble, F. III 601. Rapp. impl. Montpellier, F. IV 466-467.

⁷⁰ Grenoble, *ibid.*

⁷¹ Lyon, F. IV 343.

une donation⁷². A moins qu'une intention ne fût caractérisée par des faits patents⁷³, toute introspection portait en elle l'incertitude du droit. Aussi les tribunaux exigeaient du législateur qu'il caractérisât le plus précisément possible les circonstances dont dépendait la solution d'un litige. Leur religion était que le juge épuisait sa compétence en qualifiant les faits à partir de leur constat. Les appréciait-il, se livrait-il à une évaluation, à une estimation, et le justiciable n'apparaissait plus soumis « à la voix constante et précise de la loi », mais « aux fluctuations de l'âme humaine » d'un magistrat⁷⁴. C'est pourquoi le Tribunal de cassation rejetait les expressions qui « purement relatives, ne présent[ai]ent aucune idée force. » En l'occurrence, il critiquait l'usage de l'épithète considérable dans l'article sur les avulsions⁷⁵. Toute évaluation, de quelle que nature qu'elle fût, devait être réalisée d'après les critères établis exclusivement par la loi. « Il lui (le juge) faut un point d'appui » proclamait le TA Rouen⁷⁶. Les observations abondaient sur les dispositions les plus diverses. En matière d'évaluation pécuniaire, les tribunaux sollicitaient la fixation de taux et de quotités⁷⁷. Ils désapprouvaient unanimement des renvois aussi vagues qu'« à la somme que le domestique ou l'ouvrier pourra vraisemblablement gagner ailleurs »⁷⁸ ou « à la somme convenable pour subvenir aux premiers besoins »⁷⁹. Il en allait de même pour l'estimation d'un état physique. Dans le dispositif sur les comourants, l'expression d'individu « d'âge à peu près égal » « laissait trop à l'arbitraire⁸⁰. » La disposition relative au contrat de rente viagère qui faisait référence à « une personne qui était, au jour du contrat, dangereusement atteinte, etc. » présentait « une idée trop vague, indéterminée⁸¹. » Pour faire tomber la présomption de paternité, l'éloignement des époux rendant impossible leur cohabitation physique devait être caractérisé dans sa durée et sa distance par le législateur⁸². Alors que le TA Rennes avait envisagé de faire de l'« ivresse complète » une cause de nullité des conventions, il s'était finalement ravisé, car il lui avait semblé « difficile, pour ne pas dire impossible, de déterminer le degré d'ivresse rendant incapable de consentement⁸³. »

S'il était une matière dans laquelle tout arbitraire était absolument proscrit, c'étaient évidemment les conventions. La plus stricte observance de la force obligatoire des contrats s'imposait : la vocation du juge était d'être le serviteur de la volonté des parties. Pour notre propos, il est intéressant de relever que les tribunaux réprouvaient très généralement les facultés que le législateur était disposé à accorder au juge dans l'exécution des contrats. Qu'il s'agît notamment d'autoriser une division du paiement⁸⁴, d'accorder ou de proroger un délai⁸⁵ ou encore de modérer une clause pénale⁸⁶, la censure était ordinaire. En effet la décision se trouvait dans la dépendance de l'appréciation du juge. Nulle part ailleurs, la hantise de l'arbitraire du juge ne se manifestait avec plus d'éclat. Non seulement ces dispositions seraient appelées à devenir prétexte à consentir des faveurs ou à s'abandonner à une « fausse philanthropie »⁸⁷, mais encore elles ne manqueraient pas d'inciter les parties « à captiver l'esprit du juge par de vaines considérations⁸⁸. »

⁷² Rennes, F. V 382-383.

⁷³ Bruxelles, F. III 270, Nîmes et Poitiers, F. V 6 et 295.

⁷⁴ Beccaria, *op. cit.*, § 4 *in med.*

⁷⁵ F. II 540 (futur article 559 C. civ.)

⁷⁶ F. V 496.

⁷⁷ P. ex. Grenoble et Toulouse, respectivement F. III 586 et V 586 (lésion dans la vente d'immeuble), rapp. T. cass., F. II 784 (lésion dans le contrat de société) ; Metz, F. IV 377 (montant des aliments dus aux enfants adultérins ou incestueux) ; Liège, F. III 629 (frais de deuil) ; Agen, F. III 8 (obligation de faire emploi du mobilier de l'absent).

⁷⁸ Toulouse, F. V 622.

⁷⁹ Bourges, F. III 209.

⁸⁰ Besançon, F. III 164. Rapp. Orléans et Toulouse, F. V 57 et 576.

⁸¹ Orléans, F. III 87.

⁸² Orléans, F. III 46.

⁸³ F. V 368.

⁸⁴ Grenoble, F. III 565.

⁸⁵ T. cass., F. II 588 et Metz, F. IV 390-391 ; rapp. Lyon, F. IV 201-202.

⁸⁶ P. ex. T. cass., F. II 586 et 592 : Amiens et Bordeaux, F. III 136 et ; Montpellier, F. IV 443.

⁸⁷ Grenoble, *ibid.*

⁸⁸ Metz, *ibid.*

Errare humanum est. La définition que le projet donnait des présomptions du fait de l'homme ne laissait pas d'inquiéter : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit les admettre qu'avec la plus grande circonspection ; il ne doit admettre que des présomptions graves, précises, claires et uniformes, et dans le cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale, à moins que l'acte ne soit imprégné de fraude ou de dol⁸⁹. » Le TA Lyon jugeait que ces termes : « [étaie]nt vagues, insignifiants, et tend[ai]ent à introduire dans les jugements un arbitraire effrayant, et destructif de tous les titres⁹⁰. » Partageant ce sentiment, le TA Rouen proposait une autre rédaction destinée à asservir le magistrat au constat des faits : « La présomption judiciaire est celle qui se forme dans la conscience du magistrat, par la conviction intime que des faits constants il résulte la vérité du fait sur lequel il asseoit son jugement. Il ne doit admettre dans la combinaison des faits indicatifs, que des faits graves, précis, clairs et uniformes, etc.⁹¹. » De la sorte, le juge était supposé se prononcer à partir d'une évidence née de la réunion de faits matériels dûment établis. Sa démarche serait inductive, mais son jugement procéderait d'une réalité dont nul ne pourrait douter de la vérité. Par nature, une présomption devait être propre à « entraîner un esprit raisonnable⁹². » Il n'en restait pas moins que le juge-homme demeurait faillible et que les présomptions judiciaires offraient un vaste champ aux contestations et à l'arbitraire⁹³. Les tribunaux regardaient avec la plus grande faveur les présomptions légales. Montesquieu n'avait-il pas écrit : « En fait de présomption, celle de la loi vaut mieux que celle de l'homme. [...] Lorsque le juge présume, les jugements deviennent arbitraires ; lorsque la loi présume, elle donne au juge une règle fixe » (XXIX, XVI, § 18) ? Assurément, concédait le Tribunal de cassation, il arrivait qu'elles reposassent sur des circonstances peu concluantes, mais elles valaient mieux que « de laisser lieu à l'arbitraire absolu »⁹⁴. Le TA Paris faisait chorus à propos de la présomption légale de durée de grossesse. Plutôt que de faire dépendre le jugement de l'idée que le magistrat s'était forgé des mœurs de la mère à partir de sa conduite et de sa réputation, il considérait que les rédacteurs avaient sagement établi une présomption générale et abstraite, la loi ne jugeant personne en particulier⁹⁵.

Juger ne se ramenait-il plus qu'à raisonner ? Il est clair que les observations des tribunaux traduisaient la préoccupation d'assurer une sécurité juridique que la justice d'Ancien régime n'apparaissait pas avoir absolument garanti. Mais tant s'en fallait que les magistrats des tribunaux abusassent de l'usage de l'esprit philosophique. Il est indubitable que pour eux, le discours sur le juge-automate ne traduisait pas pleinement la vie du droit. « Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles sont écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours. [...] Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges⁹⁶. »

II. “L'ARBITRAIRE REGLE, TIMIDE ET CIRCONSPECT D'UN MAGISTRAT”

Sous la plume de Portalis, cet arbitraire s'entendait dans le sens ancien de pouvoir de décider appartenant à une autorité. Au reste, les qualificatifs *réglé*, *timide* et *circonspect* tendaient à dissiper toute ambiguïté. La doctrine du rédacteur était globalement partagée par les tribunaux et constituait l'opinion commune. Seule la nécessité légitimait d'abandonner au juge l'appréciation des circonstances de fait qui commandait l'application de la loi dans une espèce particulière. « La

⁸⁹ Art. 245 du titre II du livre III, F. II 197 (devenu l'article 1353 C. civ. après suppression de l'incise « qui ne doit les admettre qu'avec la plus grande circonspection »).

⁹⁰ F. IV 148.

⁹¹ F. V 496.

⁹² Paris, F. V 240.

⁹³ Rouen, F. V 474.

⁹⁴ F. II 553 (présomptions de survie).

⁹⁵ F. V 149-150. Rapp. dans une autre perspective Rouen, *ibid.*

⁹⁶ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), F. I 469-470.

variété infinie des circonstances ne permet peut-être pas d'établir une disposition également applicable dans tous les cas ; et la prudence du juge semble être le seul moyen auquel il soit possible de recourir⁹⁷. » Quant à l'interprétation, elle devait être, à proprement parler, extraordinaire. « Il serait à souhaiter que les juges ne fussent jamais dans la nécessité d'interpréter⁹⁸. » Malgré cette défaveur de principe, ces derniers se plaisaient à penser à l'instar du Discours préliminaire⁹⁹ que le magistrat se dirigerait plutôt par sa science du droit, les principes généraux, la doctrine et la jurisprudence que par sa volonté particulière. Ils se reconnaissaient deux guides : la prudence dans l'application de la loi (A) et la science du droit dans son interprétation (B).

A. La prudence dans l'application de la loi

Bon gré, mal gré, force était de se rendre à l'évidence. L'acte de juger impliquait qu'il était parfois nécessaire de s'en remettre à la prudence et à l'équité du magistrat¹⁰⁰. Le jugement pouvait donc dépendre « de l'examen et de l'arbitrage des tribunaux qui décideraient selon la nature et les circonstances de fait¹⁰¹. » C'était accorder une bien grande latitude au juge et, pour ainsi dire, redonner de la vigueur à un être inanimé.

Pour cette raison, les tribunaux faisaient montre de circonspection¹⁰². L'arbitrage du juge supposait que les faits fussent notoires, manifestes, ou encore qu'ils ne laissassent aucun doute¹⁰³. S'agissait-il de mettre à jour ou de caractériser une volonté ou une intention, elle devait résulter « évidemment » des circonstances¹⁰⁴. Autrement dit, le juge avait l'obligation de fonder son appréciation sur des éléments objectifs. Parmi eux, les tribunaux retenaient le statut social de la personne, à savoir ses usages et sa qualité, son état et sa condition, ses facultés et sa fortune, ses « besoins réels »¹⁰⁵. La contenance d'un bien était à considérer, lorsque le juge se prononçait sur la cherté ou la vileté d'un prix¹⁰⁶. Différents tribunaux reprochaient au projet d'avoir dressé une liste limitative des causes d'indignité successorale ou de révocation des donations pour ingratitude¹⁰⁷. Dans le même esprit, ils lui faisaient encore grief d'avoir interdit de rapporter la preuve d'une captation ou d'une suggestion pour impugner une libéralité¹⁰⁸. En la matière, les tribunaux de Rouen, de Paris et de Toulouse estimaient qu'il aurait convenu de conserver l'ancienne jurisprudence et de s'en remettre à la prudence du magistrat, dès lors qu'il était à même de porter un jugement de censure sur une conduite d'après des faits tels que des injures atroces, une suite caractérisée de mauvais offices ou d'insultes, un dol ou une fraude¹⁰⁹.

⁹⁷ Metz, F. IV 414.

⁹⁸ Amiens, F. III 123 (en réaction à l'art. 2, al. 1^{er} du titre V de Livre préliminaire précité, F. II 7, portant : « Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois »).

⁹⁹ F. I 470-472.

¹⁰⁰ Besançon et Caen, F. III 159 (réconciliation des époux) et 443 (donateur tombé dans l'indigence) ; Metz, F. IV 414 (lésion dans les contrats aléatoires) ; Orléans, Paris, Rouen et Toulouse, F. V 82-83 (défaut de contenance), 221 (aliments dus aux enfants adultérins et incestueux) et 250-251 (classement de créanciers privilégiés), 527 (révocation des donations pour ingratitude) et 561 (garde des enfants en cas de divorce).

¹⁰¹ Bruxelles, F. III 258 (mariage *in extremis*) ; dans le même sens, Orléans, F. V 74 (suggestion et captation dans les libéralités).

¹⁰² P. ex. Rouen, *ibid.*

¹⁰³ Respectivement Grenoble, F. III 540-541 (causes d'interdiction), Orléans, *ibid.* et Paris, F. V 158 (possession d'état).

¹⁰⁴ Orléans, *ibid.*

¹⁰⁵ Paris, F. V 250-251 ; rapp. Caen, F. III 443 précité et Metz IV 405-406 (impl., révocation des donations pour ingratitude).

¹⁰⁶ Orléans, F. V 82-83.

¹⁰⁷ Art. 22 du titre I^{er} du livre III, F. II 128 (art. 727 C. civ.) et art. 60 du titre IX du livre III, F. II 284 (comp. art. 955 C. civ.).

¹⁰⁸ Art. 4, al. 3 du titre IX du livre III, F. II 275 (comp. art. 901 C. civ.).

¹⁰⁹ Rouen, Paris et Toulouse, F. V 527, 220-221 et 265-266, 606 ; rapp. Rennes, F. V 382-383. En revanche, Metz et Rennes suggéraient de compléter le projet de loi par une disposition expresse (F. IV 405-406 et V 386-387), Caen optait pour une solution mixte (F. III 443).

En vérité, en l'occurrence, la hantise de l'arbitraire du juge s'estompait ou, plus exactement, une autre préoccupation prenait le pas sur elle. Faire appel à la prudence du juge pouvait aussi être admis, lorsqu'il s'agissait d'apprécier le comportement ou la conduite d'un individu. Il était alors jugé à l'aune de l'anthropologie des législateurs du temps¹¹⁰. La loi était supposée autoriser seulement les "actes essentiellement justes et raisonnables"¹¹¹ et le juge accorder sa sanction à l'expression d'une volonté libre et éclairée¹¹², à l'exclusion des "conventions extravagantes"¹¹³, effets « d'une passion qui égare, d'un espoir qui séduit, ou d'une imprévoyance absurde »¹¹⁴. Dès lors qu'un litige tenait aux mœurs¹¹⁵, la justice ne pouvait pas « être obligée de fermer les yeux et les oreilles »¹¹⁶. C'est pourquoi ce qui n'était pas été admis en règle générale était souffert par certains tribunaux. Les juridictions d'Orléans et de Rouen préconisaient ainsi de prendre en compte un ressentiment (la colère ou la haine), la preuve étant déduite de l'acte même¹¹⁷. Comme il était constant que le projet de code civil avait vocation à instituer une société et *ipso facto* « à former et à maintenir les mœurs publiques »¹¹⁸, il n'était pas concevable d'« encourager le vice, l'immoralité, qui se croira permis tout ce que les lois n'auront pas littéralement défendu »¹¹⁹. Si l'application passive de la loi procédait de la répartition constitutionnelle des pouvoirs, la sauvegarde de l'ordre public et des bonnes mœurs était commandée par l'objet même du contrat social. Magistrats s'estimant investis d'une fonction censoriale, les juges s'attribuaient un large pouvoir d'appréciation. Pour se prononcer, les arbitres des différends s'autorisaient à sonder les reins et les cœurs. S'ils rendaient leurs sentences à partir de faits matériels, leurs décisions n'en étaient pas moins déterminées par des jugements souverains sur la conduite des demandeurs et défendeurs. La famille, "pépinière de l'Etat"¹²⁰, constituait le domaine de prédilection de cette censure des mœurs. Outre le contentieux des conditions de validité des libéralités, étaient soumis à l'arbitrage du juge notamment les causes validant un mariage *in extremis* (respect de la parole donnée, honneur des familles, légitimation d'un enfant naturel) ou encore le mérite ou le démerite d'un époux ou d'un descendant dans des matières aussi différentes que les constitutions de dot, les fins de non-recevoir dans l'action en divorce, les dispositions officieuses ou encore la garde des enfants en cas de divorce¹²¹. En définitive, loin de paraître comme un excès de pouvoir, cet arbitraire réglé, timide et circonspect était avoué comme l'application de la loi par les tribunaux d'Orléans et de Lyon (au demeurant parmi les plus légalistes)¹²². "La sainteté des lois"¹²³ imposait parfois que leur esprit fût respecté par-delà leur lettre.

¹¹⁰ X. Martin, L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie dans *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1987, IV, pp. 87-144 et du même, *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Bouère, 1994, pp. 252-272.

¹¹¹ Rouen, F. V 525 (suggestion, captation, haine et colère dans les libéralités).

¹¹² Orléans, F. V 74 précité.

¹¹³ Lyon, F. IV 132 (clause pénale) ; dans le même sens, Rouen, *ibid.*

¹¹⁴ Lyon, *ibid.*

¹¹⁵ Paris, F. V 220 précité.

¹¹⁶ Rouen, *ibid.* Rapp Bruxelles, F. III 272-273 (convention non causée).

¹¹⁷ Orléans et Rouen, *ibid.*, *contra* Bordeaux, F. III 192 (ce tribunal critiquait l'article 159 du titre II du livre III, F. II 184, devenu l'art. 1273 C. civ. portant que « la preuve de la novation ne se présume pas ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte »).

¹¹⁸ Exposé des motifs devant le Corps législatif, 30 ventôse an XII, F. I cxvi.

¹¹⁹ Paris, F. V 266 précité. Rapp. Orléans, F. V 74, selon lequel interdire de rapporter la preuve d'une suggestion ou d'une captation était « en quelque sorte les autoriser et livrer la fortune des personnes faibles, mourantes, au crime, à la fraude ». Sur la moralisation du droit dans le Code civil : Ed. Gérard-Llorca, L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil dans *Les bonnes mœurs*, Curapp, Paris, 1994, pp. 61-79, spécialement pp. 70-78.

¹²⁰ Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), F. I 498.

¹²¹ Respectivement Bruxelles, F III 258-259 et 260 ; Besançon, F. III 159 ; Toulouse, F V ; Paris et Toulouse, F. V 178 impl. et 561.

¹²² Orléans, *ibid.* Le raisonnement du TA Lyon est particulièrement symptomatique : « puisque la loi annule des conventions qui n'ont pas une cause licite, qui contiennent des avantages indirects ou des conditions impossibles, qui sont contre les bonnes mœurs, elle peut et doit, par identité de raison, annuler les conventions extravagantes, au nombre desquelles se place de droit la soumission volontaire à des peines dont l'excessivité et la disproportion avec le tort qui en est le prétexte, prouvent évidemment qu'elles sont l'effet d'une passion qui égare, d'un espoir qui séduit, ou d'une imprévoyance absurde ; [...] », F. IV 132 précité.

¹²³ Orléans, *ibid.*

B. La science du droit dans l'interprétation de la loi

Le Livre préliminaire comme le Discours préliminaire ne laissent aucun doute : ils réhabilitaient l'interprétation judiciaire en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Faisant de cette dernière le palladium de la liberté civile et de la propriété¹²⁴, différents tribunaux avançaient un discours des plus hostiles. Pour eux, l'interprétation par voie de doctrine frayait le chemin à l'arbitraire du juge en autorisant « formellement le usurpations du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif¹²⁵. » L'interprétation judiciaire aurait pour conséquence inéluctable le développement d'une jurisprudence des arrêts dont le propre était la diversité, elle-même destructrice de l'uniformité de la loi¹²⁶.

Se sachant jugé trop entreprenant¹²⁷, le Tribunal de cassation supprimait l'article 11 du titre V du Livre préliminaire faisant du juge un "ministre d'équité" et complétait la disposition définissant l'interprétation par voie de doctrine ainsi : « [elle] consiste à saisir le véritable sens d'une loi dans son application à un cas particulier ; *celle-ci seule constitue le ministère du juge*¹²⁸. » Mais, en réalité, la question avait été tranchée pour les rédacteurs et Berlier, orateur du gouvernement, s'en ferait le porte-parole : « Il y a sur ce point une vérité simple et élémentaire, c'est que là où la volonté de la loi ne s'est pas fait connaître, le juge devient par la nature des choses un ministre d'équité¹²⁹. » Tout embrasser dans les lois était au dessus de la prévoyance humaine¹³⁰, il n'était d'autre choix que de renoncer à la "folle idée de décider de tous les cas"¹³¹ et de s'en remettre à l'équité des magistrats. Par delà les quelques voix dissidentes, les tribunaux d'appel prenaient acte de l'infléchissement survenu dans les rapports entre le Législatif et le Judiciaire depuis la nouvelle constitution.

Restait néanmoins à définir cette équité d'après laquelle le juge devait se prononcer. Comme le Code civil ne dispensait pas de la science du droit, mais qu'il la supposait¹³², le juge ne manquait donc pas de ressources pour interpréter la loi. Il lui suffisait notamment de se référer « à la loi immuable et éternelle de la raison¹³³. » Sans conteste, le droit romain demeurait la source première de la *ratio scripta*¹³⁴. Aussi bien, noterait Cambacérés en 1804, la nouvelle loi sur l'enseignement du droit (22 ventôse an XII) « obligeait d'étudier le droit romain¹³⁵. » Les compilations de Justinien n'étaient pas le seul oracle de la raison naturelle. Il était « des choses d'une telle évidence qu'elles s'imposaient d'elles-mêmes à la raison », par exemple la nullité de la vente de la chose d'autrui, l'exclusion de la lésion dans les contrats aléatoires ou l'obligation de réparer en cas d'abus du droit d'ester en justice¹³⁶. Bien que le bon sens fût la chose la mieux partagée du monde, il était une autre évidence – si l'on ose dire – : il se rencontrait des juges peu éclairés, d'autres moins encore¹³⁷... Et le TA Lyon d'ironiser sur la bizarrerie d'une triple interprétation de la raison naturelle dans une même procédure par un tribunal civil, un tribunal d'appel et le Tribunal de

¹²⁴ Respectivement Lyon, F. IV 35 et Grenoble, F. III 529.

¹²⁵ Lyon, F. IV 34.

¹²⁶ Montpellier, F. IV 534 et Rouen, F. V 456.

¹²⁷ Pour un TA Bordeaux plutôt hostile : F. III 178.

¹²⁸ F. II 419-421.

¹²⁹ Corps législatif, séance du 24 frimaire an XI, F. VI 335.

¹³⁰ Notamment Discours préliminaire sur le projet de Code civil (1^{er} pluviôse an IX), F. I 469 et Cambacérés, Conseil d'Etat, séance du 17 ventôse an XII, F. I lxxxvii.

¹³¹ Portalis, Corps législatif, séance du 4 ventôse an XI, Exposé des motifs du projet du titre préliminaire, F. VI 359.

¹³² Portalis, Conseil d'Etat, discussion du titre De la publication des lois, séance du 14 fructidor an IX, F. VI 23.

¹³³ Paris, F. V 97 précité ; rapp. Rouen sur la distinction entre les documents de la raison universelle et "le droit public en matière civile", F. V 457-458.

¹³⁴ Paris, F. V 228 et dans la perspective d'une critique du projet de code : Grenoble, F. III 529.

¹³⁵ Conseil d'Etat, séance du 19 ventôse an XII, F. I lxxxvii.

¹³⁶ Respectivement Limoges et Metz, F. IV 24 et 413, Paris, F. V 202.

¹³⁷ Tel était le constat de Portalis, Corps législatif, exposé des motifs du titre De la publication, des effets et de l'application des lois en général, F. VI 360.

cassation¹³⁸. Il convenait d'obvier à un tel non sens. Une nouvelle fois, les tribunaux sollicitaient du législateur des guides. Il leur semblait indispensable pour l'intelligence des articles d'offrir sur chacun d'eux des exemples qui en faciliteraient l'application, en orienteraient l'interprétation et laisseraient à l'arbitrage du juge les autres de même espèce, suivant les circonstances¹³⁹. Assortir les articles du code d'exemples afin de diriger le juge dans le détail des applications particulières, pour reprendre une expression du TA Montpellier¹⁴⁰, revenait comme un *leitmotiv*¹⁴¹. Les exemples éclaireraient sur l'esprit de la loi. De la sorte tout ministre d'équité qu'il serait, le juge interpréterait selon la volonté du législateur, les parties au procès ne seraient pas exposées au hasard des conjectures d'un magistrat. Enfin, en cas de manque absolu de dispositions légales, il était un dernier expédient, l'*ultima ratio*. L'ancien droit français, qu'il s'agît des lois romaines, des coutumes ou de la jurisprudence, servirait de guides et de règles, « comme raison écrite et monument de la jurisprudence française dans les cas non prévus, et lorsque d'ailleurs ils ne seront ni contraires à la lettre ni répugnant à l'esprit du Code¹⁴². » Toutefois, comme en délibéreraient les législateurs lors de la discussion de la loi de promulgation du Code civil, les anciennes dispositions non insérées ne donneraient pas ouverture à cassation¹⁴³. Ces propositions strictement conformes à l'orthodoxie légicentriste ne doivent pas dissimuler quel parti pouvait en tirer, dans le présent ou le futur, un praticien attaché aux particularismes locaux ou, plus simplement, prisonnier d'un esprit routinier¹⁴⁴.

Au total, le discours des tribunaux conduit à retenir le tableau de juges dont le partage aurait été la servitude volontaire à la loi. Il n'y a aucune mesure commune entre l'ampleur des observations consacrées aux critiques, interrogations et observations sur la prévention de l'arbitraire entendu comme l'expression de la volonté personnelle d'un juge et celles des développements portant sur l'interprétation par voie de doctrine. De toute évidence, à l'orée du Consulat, au sein de tribunaux très récemment installés, ni l'interprétation judiciaire ni la restauration d'une jurisprudence des arrêts n'étaient d'actualité. Il n'est pas sans intérêt de relever que, pour sa part, le Tribunal de cassation édulcorait singulièrement la définition de l'interprétation par voie de doctrine et que, de son côté, le Tribunal de Paris recomposait le titre V De l'application et de l'interprétation des lois du Livre préliminaire, en réduisait les dispositions relatives au pouvoir d'interprétation et en rectifiait l'intitulé en De l'application des lois¹⁴⁵. Selon toute apparence, le développement du Discours préliminaire sur les pouvoirs du juge traduisait la doctrine de Portalis plutôt qu'il ne reflétait l'opinion commune de magistrats, telle que développée dans les observations. Le rédacteur du Code conjugait considérations constitutionnelles et nécessités pratiques ; les tribunaux apparaissaient tempérer leur légicentrisme

¹³⁸ F. IV 35. Le TA Montpellier ne cachait pas non plus son hostilité aux jugements qui pourraient ne pas reposer « sur la base fixe des lois, mais sur des principes indéterminés d'équité, sur des usages vagues, sur des idées logiciennes, et, pour tout dire en un mot sur l'arbitraire. », F. IV 534.

¹³⁹ Rennes, F. V 373 et Bourges, F. III 246. Rapp. Lyon, F. IV 186 louant la rédaction de l'art. 62 du titre XI du livre III (F. II 342-343) qui donnait une série d'exemples de défauts de la chose vendue dont le vendeur devait garantir (elle fut supprimée dans la version définitive de l'art. 1641 C. civ.).

¹⁴⁰ F. IV 535.

¹⁴¹ Notamment Grenoble, F. 549 et 564 (servitudes continues non apparentes et servitudes discontinues apparentes ; paiement de bonne foi au détenteur d'une créance ultérieurement évincé), Lyon, F. IV 101 (meubles se détériorant par l'usage), Nîmes, F. V 4 et 18-19 (effet d'une loi explicative ; action purement personnelle), Rennes, F. V 373 (obligations individuelles et individuelles) ou encore Toulouse, F. V 583 (condition purement potestative).

¹⁴² Nîmes, F. V 28-29. Dans le même sens, Maleville, lors de la séance au Conseil d'Etat en date du 17 nivôse an XII, F. I lxxxii. Rapp. Caen, F. III 462 et Riom, F. V 409. Tel était également le point de vue des premiers commentateurs du Code civil (Merlin, Dupin, Toullier) : J. Poumarède, Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'école française du droit historique) dans J. Poumarède, *Itinéraire(s) d'un historien du droit (Regards croisés sur la naissance de nos institutions)*, CNRS-Université Toulouse-Le Mirail, 2011, p. 656.

¹⁴³ Nîmes, F. V 28 et Montpellier, F. IV 534. Dans le même sens : Maleville, Cambacérès et Bigot-Prémeneu, Conseil d'Etat, séance des 17 et 19 nivôse an XII, F. I lxxxii et lxxxvii.

¹⁴⁴ Rapp. l'exploitation des ressources offertes aux notaires par la flexibilité du Code civil : J. Poumarède, De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes dans *Itinéraire(s) d'un historien du droit (Regards croisés sur la naissance de nos institutions)* précité, pp. 196-197.

¹⁴⁵ F. V 97-98 précité. Rapp. le titre préliminaire du Code civil (De la publication, des effets et de l'application des lois en général) sans référence à l'interprétation de la loi.

par pragmatisme. Il est vrai que le gouvernement consulaire n'attendait pas d'eux un examen critique des rapports des pouvoirs législatif et judiciaire. En tous cas, leur état d'esprit portait en lui l'évolution prochaine. Les codes se font avec le temps ...¹⁴⁶ Quelques années plus tard, dès le lendemain de la promulgation du Code civil, les juges feraient l'expérience pratique des lacunes du Code civil et le débat sur l'interprétation se transporterait des assemblées aux prétoires. Le défaut de règles légales pour arbitrer un différend appellerait d'abord l'interprétation, bientôt la jurisprudence ; l'une comme l'autre seraient bien souvent inspirées de l'ancien droit dont était largement tiré le Code civil¹⁴⁷. *Ne varietur*, le juge se devrait de ne jamais « oublier que s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice ou à sa volonté¹⁴⁸. »

Novembre 2015

¹⁴⁶ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (1^{er} pluviôse an IX), F. I. 476 : « C'est à l'expérience à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas. »

¹⁴⁷ Le TA Grenoble avait anticipé explicitement cette évolution : « On abroge les lois romaines, les coutumes, les ordonnances, etc., dans les matières qui font l'objet du Code civil ; mais chaque tribunal sera obligé de recourir à ses anciennes maximes pour toutes les lacunes que laisse le projet de Code ; et les lois romaines et les coutumes se convertiront encore en jurisprudence dans une multitude de cas. », F. III 602. Rapp. Montpellier, plus critique, F. IV 534 précité.

¹⁴⁸ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* (1^{er} pluviôse an IX), F. I 472.