

**LE JUGE ET LA LOI.
UNE CONTROVERSE INTERPRÉTATIVE À L'ÉPOQUE
RÉVOLUTIONNAIRE.
CONSIDÉRATIONS SUR LA GENÈSE DE L'ARTICLE 4
DU CODE CIVIL**

Paolo ALVAZZI DEL FRATE*

Dans notre intervention, nous nous proposons de développer des considérations à propos du rôle du juge à l'époque révolutionnaire et de la controverse sur l'interprétation de la loi qui est à l'origine de l'article 4 du Code civil. On peut affirmer que ce célèbre article – qui établit que « 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 » – conclut la controverse grâce à un compromis raisonnable et pragmatique entre la culture juridique révolutionnaire et la tradition d'Ancien Régime.

I. LE DÉNI DE JUSTICE SOUS L'ANCIEN RÉGIME

On considère habituellement que l'article 4 du Code civil a renouvelé le rôle du juge en inaugurant une conception nouvelle des rapports entre l'interprète et la loi, grâce à l'obligation de juger, imposée au juge, et à l'abrogation du « référé législatif » révolutionnaire¹. Tout cela dans le cadre

* Professeur à l'université Rome 3.

¹ À propos de l'article 4 du Code civil, v. A. BAYART, « L'article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation », *Journal des tribunaux*, t. LXXI, 1956, pp. 353-355 ; L. HUSSON, « Un débat révélateur : la discussion de l'art. 4 du Code Napoléon », in F. E. RODRIGUEZ GARCIA (dir),

de la réhabilitation de la jurisprudence. L'innovation fut en réalité une restauration, car l'article 4 reprend la conception traditionnelle de la juridiction, afin de restituer de vastes fonctions au juge.

Afin de mieux comprendre cette affirmation il faut, à mon avis, réfléchir d'abord sur la fonction du juge sous l'Ancien Régime afin d'en suivre l'évolution à l'époque révolutionnaire et napoléonienne.

Sous l'Ancien Régime la fonction judiciaire s'identifiait encore à la conception traditionnelle de la *jurisdictio* du Moyen Âge et correspondait à des fonctions très vastes exercées par l'autorité titulaire du pouvoir d'*imperium*². Ce pouvoir de *jurisdictio* ne doit pas être considéré comme borné à la fonction purement juridictionnelle, car « juger » provoquait nécessairement une création de nouveau droit. Au juge incombait donc un rôle très étendu sous l'Ancien Régime : l'hétérogénéité et l'incohérence des sources du droit lui conféraient un pouvoir remarquable.

La séparation entre le pouvoir de créer la règle juridique abstraite et générale (*normation*) et celui de l'appliquer à l'espèce concrète, afin de trancher un litige ou réprimer un crime (*jurisdiction*), était inconnue, voire même inconcevable. Quand le juge ne disposait pas d'une norme précise pour trancher le litige, il pouvait se servir de l'analogie ou juger selon les principes généraux du droit et de l'équité. Les concepts de « silence de la loi » et de « lacune législative » étaient méconnues, dans la mesure où le système juridique n'était pas considéré comme étant « complet » et que le juge disposait d'un pouvoir élargi.

On peut affirmer que le « déni de justice » était un principe connu au Moyen Âge et sous l'Ancien Régime. Toutefois le caractère de ce déni de justice était différent, par rapport à celui prévu par l'article 4 du Code civil. Il s'agissait du « refus fait par le juge de rendre la justice qui lui est

Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches, Mexico, Univ. Nacional de Autónoma, 1980, pp. 525-553 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Commentaire de l'article 4 du Code civil », *Juris-classeur de droit civil*, 1996 ; G. FAURE et G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, Economica, 2003 (not. les articles de J. CHEVALLIER, R. LIBCHABER, M. DAURY-FAUVEAU) ; H. MONHAUPT, « Il divieto del diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice », *Giornale di storia costituzionale*, n° 14, 2007, pp. 101-124 ; L. CONDE, « Devoir juridictionnel et droit à la protection juridictionnelle - Art. 4 », *Juris-classeur de droit civil*, 2013.

² Il suffit de rappeler l'iconographie des rois de France, comme la célèbre image de saint Louis qui administrait personnellement la justice sous un chêne. Jean-Pierre Royer a souligné que « le chêne de Vincennes symbolise les liens essentiels qui n'ont jamais séparé pouvoir et justice [...] *jurisdictio* et *imperium*, [le roi] est un prince parfait s'il est un prince justicier, qui possède et gardera toujours la prérogative de rendre personnellement la justice » (J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, Presses universitaires de France, 1995, p. 93).

demandée »³. Si le juge ne rendait pas la justice, son refus n'avait en effet rien à voir avec la conception de « lacune législative », c'était simplement un manque à son devoir. « Ne pas rendre la justice – selon l'*Encyclopédie méthodique* (1783) –, quand elle est due, c'est de la part du juge trahir ses devoirs, manquer à ses concitoyens et tromper le souverain qui se repose sur lui de la portion la plus noble de son autorité »⁴.

L'Ordonnance civile de 1667 confirmait l'institution de la « prise à partie », avec le titre XXV qui enjoignait « à tous juges de nos cours, juridictions, et justices, et des seigneurs, de *procéder incessamment au Jugement des causes*, instances et procès qui seront en état de juger, à peine de répondre en leur nom, des dépens, dommages et intérêts des parties »⁵. Ensuite, le Code pénal de 1810 intégra la prise à partie dans l'article 185 selon lequel « tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi »⁶. La prise à partie fut prévue aussi dans les articles 505⁷ et 506⁸ du Code de procédure civile de 1807.

On peut conclure que sous l'Ancien Régime, grâce à l'amplitude de ses pouvoirs interprétatifs, le juge tranchait habituellement le litige et son refus éventuel ne dérivait pas d'une lacune législative – car il était toujours en condition de trancher le litige – mais de la négligence du juge même.

³ « Déni (Jurispr.) », *Encyclopédie méthodique*, vol. III, Paris, 1783, p. 621. V. L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, LGDJ, 1965, p. 7.

⁴ « Déni (Jurispr.) », *Encyclopédie méthodique*, *op. cit.*

⁵ Ordonnance civile, titre XXV, art. 1.

⁶ « Et sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt ». L'article, modifié, est devenu l'article 434-7-1 du Code pénal de 1994.

⁷ « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° Si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° Si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages et intérêts ; 4° S'il y a déni de justice [omiss.] ».

⁸ « Il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes, ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées ».

II. LA CONTROVERSE SUR L'INTERPRÉTATION

Le rôle traditionnel du juge et ses fonctions interprétatives furent l'objet d'une critique radicale de la part de la doctrine révolutionnaire. La controverse qui se développa présenta deux thèses opposées :

- Une thèse traditionnelle : le *juge créateur* (conception de l'Ancien Régime caractérisée par l'ampleur des pouvoirs interprétatifs dont disposait le juge) ;
- Une thèse révolutionnaire : le *juge « bouche de la loi »* (fondée sur le principe du « syllogisme judiciaire » et sur le système du référé législatif).

La nouvelle conception de la juridiction dérivait du refus radical de la tradition juridique, théorisé par la pensée des Lumières, et de l'influence des sciences naturelles et de leurs méthodes⁹. Au nom de la séparation des pouvoirs, la juridiction aurait dû se borner à appliquer la règle juridique sans l'interpréter, grâce au syllogisme judiciaire. Cette « application mécanique » de la loi aurait été assurée par le système du référé législatif qui interdisait toute interprétation au juge, en la réservant au législateur¹⁰. Dans le cadre du phénomène de la « politisation du droit », qui s'affirma à partir de 1789, la loi fut considérée comme étant la source unique du droit et l'instrument privilégié de la transformation radicale de la société. L'exaltation du rôle du législateur, devenu symbole de la vertu, « infaillible », seul interprète et expression de la volonté générale, fut la conséquence naturelle de ce climat culturel¹¹.

Il faut remarquer que la controverse sur l'interprétation des années révolutionnaires fut, en réalité, une *controverse cachée*, car personne ne soutenait (et ne pouvait soutenir, à cause du conditionnement politique remarquable) ouvertement la thèse traditionnelle du *juge créateur de droit*. L'idéologie dominante et la volonté de faire table rase du passé imposaient aux juristes l'adhésion à la nouvelle conception de la juridiction.

Le but de la législation révolutionnaire, grâce au début du processus de codification, fut la construction d'un système entièrement législatif. Un système législatif complet sous-entend un juge qui doit simplement

⁹ P. COSTA, « I 'padroni della legge'. Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico », *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2001, pp. 14-39.

¹⁰ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 1965 ; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e "référé législatif"* in *Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Turin, Giappichelli, 2005.

¹¹ V. les considérations de R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

appliquer la règle juridique à l'espèce concrète avec un syllogisme parfait : donc une application de la loi, sans interprétation.

III. COMMENT RESTAURER SANS L'ADMETTRE ?

Après 1799 le changement idéologique fut radical. La nouvelle atmosphère politique et culturelle peut être interprétée comme la « revanche du *droit* sur la *politique* » à cause du pragmatisme dominant qui favorisait le compromis entre la culture juridique de l'Ancien Régime et le rationalisme abstrait de la Révolution. Le débat sur les articles préliminaires du Code civil nous montre la rapidité de ce changement culturel.

Il faut rappeler que les membres de la commission du code étaient des juristes de l'Ancien Régime, des praticiens modérés à la recherche d'un compromis avec les principes de 1789. Ils constataient l'échec du système du référé législatif révolutionnaire qui avait provoqué la paralysie de la justice et visaient le retour à une conception traditionnelle des fonctions du juge.

Le débat à propos du titre préliminaire du Code nous montre une « restauration cachée » : l'article 4 en est un excellent exemple. En imposant au juge de trancher le litige – même dans l'obscurité ou le silence de la loi – on restaurait les pouvoirs du juge de l'Ancien Régime. En même temps, l'article 5 sauvegardait l'interdiction des arrêts de règlement et précisait les pouvoirs du juge.

IV. PRUDENCE ET COMPROMIS

Selon l'article 11 du projet du « Livre préliminaire » (du 24 thermidor an VIII) « dans les matières civiles, le juge, à défaut de la loi précise, est un *ministre d'équité*. L'équité est un retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ». Considérer le juge comme « un ministre d'équité » – comme le faisait cet article – représentait toutefois une démarche excessive. La prudence de la commission – et notamment de Portalis – suggèrent d'effacer cette expression et de transformer le « Livre préliminaire » en un « Titre préliminaire » de six articles. Surtout on jugea nécessaire d'effacer complètement du Code toute référence à l'interprétation de la loi. Ainsi, les articles 4 et 5 ne contiennent pas une discipline de l'interprétation et le terme même d'*interprétation* ne paraît jamais dans le « Titre préliminaire ».

À cause de cette nouvelle attitude, les partisans du juge « bouche de la loi » ne font plus entendre leur voix. Seulement certains magistrats des tribunaux d'appel critiquent le projet de la commission afin de conserver le système du référé législatif : ce fut le cas des tribunaux de Lyon¹², Rouen¹³ et Montpellier¹⁴. Comme l'affirme Y.-L. Hufteau « il est permis de se demander si ces Tribunaux [...] ne vont pas défendre le référé législatif pour s'émanciper du contrôle du Tribunal de Cassation »¹⁵.

À plusieurs reprises, Portalis souligna les dangers du référé législatif : « sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois, et qu'il leur est défendu de les interpréter, les Tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure »¹⁶, pour conclure : « Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes ; ce serait renouveler parmi nous, la désastreuse législation des rescrits. Car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n'est pas plus à l'abri des surprises que les Tribunaux. 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 »¹⁷.

Du débat qui se développa émerge un consensus presque unanime concernant la nouvelle conception de la juridiction. Il suffit de citer les interventions de Tronchet au Conseil d'État : « On a abusé, pour réduire les

¹² Observations du Tribunal d'appel de Lyon : « N'est-ce point autoriser formellement les usurpations du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif ? N'est-ce point consacrer cet arbitraire si odieux et si funeste, source de plaintes et de l'indignation qui anéantissent si facilement les anciens Tribunaux dès les premiers instants de la révolution ? [...] il faut un régulateur général et commun des jugements ; [...] *ce régulateur est la loi*, qui seule peut être regardée comme l'expression certaine de l'équité, et que le *juge doit être esclave de la loi* [...] on ne voit aucun motif de rétracter ce principe [celui du référé législatif] il en existe de puissants pour le maintenir et pour rejeter les dispositions proposées dans ce titre [...] on a démontré que *c'est au législateur, et non aux juges, qu'il appartient d'y statuer* », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, vol. IV, pp. 34-36.

¹³ Observations du Tribunal d'appel de Rouen : « trop de latitude à l'arbitraire des juges. Il n'est pas besoin d'appeler, de provoquer, pour ainsi dire, les interprétations, les commentaires, les jurisprudences locales. Ces fléaux destructeurs de la loi, qui affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne disparaîtront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu'on lui fait dire ! Où l'opinion d'un homme, que le temps seul aura accréditée, balancera l'autorité de la loi [...] », *Ibid.*, vol. V, p. 456.

¹⁴ *Ibid.*, p. 421.

¹⁵ Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶ « Le Tribunal de Cassation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice », P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux...*, *op. cit.*, vol. I, p. 474.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 474-475.

juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée constituante, d'interpréter les lois et de régler. Cette défense n'avait pour objet que d'empêcher les Tribunaux d'exercer une partie du pouvoir législatif, comme l'avaient fait les anciennes cours, en fixant le sens des lois par des interprétations abstraites et générales, ou en les suppléant par des arrêts de règlement. Mais, pour éviter l'abus qu'on en a fait, il faut laisser au juge l'interprétation, sans laquelle il ne peut exercer son ministère »¹⁸.

De Jean-Nicolas Dèmeunier au Tribunal : « [le code établit] un nouveau système qui supprime tous les référés, qui fixe un point contesté, qui, à mon avis, réforme un abus que les événements de la Révolution ont fort augmenté, qui rend aux Tribunaux le caractère qui leur est propre, et qu'ils n'auraient jamais dû perdre »¹⁹. De Théodore-François Huguet au Tribunal : après « les conséquences funestes et ruineuses [provoquées par le référé] qui en résultaient pour les plaideurs qui éprouvaient des dénis de justice, [...] il était temps de faire cesser ce scandale et de rendre aux juges le droit de juger, lors du silence de la loi, suivant leur équité naturelle. Ils ont joui de ce droit jusqu'à l'époque de la Révolution »²⁰. De Jean-Baptiste Chazal au Tribunal : « Ces deux articles, relatifs aux juges, ont pour objet de leur donner indirectement un caractère nouveau, celui d'arbitres d'équité dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des lois positives, à la charge de n'en user que sur des cas particuliers. [...] Je reconnais que ce pouvoir est nécessaire, parce que la loi, qui se ressent de l'imperfection des hommes qui la font, n'a pas toujours tout prévu »²¹.

V. CONSIDÉRATIONS CONCLUSIVES

Entre 1789 et 1804 le changement d'attitude de la culture juridique française est rapide et radical : on passe du mythe de la *perfection de la loi* à la conscience de son *insuffisance*.

François Gény remarque que l'article 4 efface les « illusions », « pour condamner sans rémission l'utopie révolutionnaire, avouer l'existence de lacunes et d'obscurités dans la législation, reconnaître à l'interprète le pouvoir d'y suppléer à la lumière de l'équité »²². Grâce à l'article 4, la

¹⁸ *Ibid.*, vol. VI, p. 22.

¹⁹ *Ibid.*, p. 86.

²⁰ *Ibid.*, pp. 138-139.

²¹ *Ibid.*, p. 75.

²² F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. I, Paris, LGDJ, 1919, p. 102.

législation française est devenue « une de celles, qui, sous le contrôle de la Cour de Cassation, *laisse la plus grande latitude à l'appréciation juridique de l'interprète* »²³. Comme l'affirme Jean Carbonnier, à propos de l'article 4, « le silence de la loi n'arrête pas le cours de la justice »²⁴.

Le rôle du juge défini par l'article 4 n'est pas un rôle nouveau, mais la restauration de celui de l'Ancien Régime. La période révolutionnaire peut donc être considérée comme une parenthèse. Une époque dans laquelle la suprématie du rationalisme sur le pragmatisme et de la « politique » sur le « droit » s'était imposée.

Mais la restauration ne fut pas complète. La codification du droit avait introduit des changements profonds et irréversibles. La vraie révolution fut celle des sources du droit, unifiées et simplifiées.

²³ *Ibid.*, p. 103. « La législation, codifiée ou non, reste impuissante à fournir à elle seule, toutes les solutions, que requiert l'ordre juridique », *ibid.*, p. 118.

²⁴ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 313.