

Les modes prétoriens d'aménagement des principes du droit des obligations

par *Delphine LANZARA*

(p. 275 de la version papier des Annales de la Faculté)

Thèse soutenue le 25 novembre 2014 à Nice, sous la direction de M. le professeur Yves Strickler.

Membres du jury : M. Jean-Louis Bergel, professeur émérite de l'Université d'Aix-Marseille, M. Philippe Malinvaud, professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, M. Jean-François Renucci, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis, M. Yves Strickler, professeur à l'Université Nice Sophia Antipolis, M. Michel Troper, professeur émérite de l'Université de Paris-Ouest - Nanterre - La Défense.

Mention : Très honorable avec les félicitations du jury.

La jurisprudence est-elle une source du droit ? Cette question traditionnelle, devenue incontournable, vaut-elle encore d'être posée ? Elle a été défrichée, étudiée, débattue en doctrine pendant presque un siècle. Surtout, elle paraît avoir été résolue. Aujourd'hui, les auteurs s'accordent presque à l'unanimité pour considérer que la jurisprudence est une source du droit et crée des règles, à l'instar du législateur. L'ancienne controverse paraît donc close.

Un indice laisse croire, toutefois, que la réponse apportée n'a pas résolu toutes les difficultés : l'état de la documentation. Les recherches sur la jurisprudence n'ont pas cessé. Elles prennent même, ces dernières années, un caractère collectif, voire un caractère officiel. La controverse n'est donc pas terminée, mais bien renouvelée. En effet, si la jurisprudence est une source du droit, il reste encore à savoir *comment* elle crée des règles et *dans quelle mesure*.

L'étude vaut d'être menée en droit des obligations. Dans cette matière, le pouvoir du juge s'exprime avec une force toute particulière. Il s'agit, d'abord, d'une matière centrale et les mécanismes prétoriens qui s'y développent viennent, bien souvent, répondre à des carences générales du droit privé. Il s'agit, ensuite, d'une matière délaissée par le législateur. Le droit des obligations n'ayant pas encore subi, à ce jour, de profondes réformes, c'est la jurisprudence qui s'est chargée de l'adapter aux progrès des temps.

Sur ce terrain propice, les résultats ne tardent pas à apparaître : la richesse des méthodes utilisées par le juge est aussi impressionnante que leur potentiel. Le juge paraît exercer un pouvoir créateur pratiquement illimité. Non seulement il paraît libre à l'égard de la loi, dont il démontre qu'il peut la réécrire par voie d'interprétation ou la contredire par voie d'exception ou de suppléance. Mais en plus, il semble libre à l'égard de sa propre jurisprudence : ses aménagements prétoriens, il les crée et les supprime avec une désarmante facilité. Un seul revirement brutal suffit ainsi à changer l'état du droit.

L'immense liberté du juge est d'autant plus surprenante, qu'elle paraît provenir directement du fait, que dans le système juridique français, la jurisprudence *n'est pas* une source officielle du droit. Ainsi et puisqu'elle n'a aucun pouvoir reconnu, elle n'a aucune procédure officielle à respecter pour créer des règles. Curieusement, le juge paraît donc plus libre que le législateur lui-même, qui doit respecter une procédure législative, et plus libre que le juge de *common law*, dont le pouvoir est encadré par la règle du précédent ou la culture de l'abondante motivation judiciaire.

Faut-il en arriver à cette conclusion paradoxale que dans un pays où la jurisprudence n'est pas une source officielle du droit, le juge dispose, en fin de compte, d'un pouvoir illimité ? On peine à l'admettre. Dès lors qu'il y a un pouvoir, il doit y avoir des limites. Si celles-ci ne sont pas proclamées et codifiées, peut-être se manifestent-elles, informelles et diffuses, dans les réactions des autres juristes ? Ces derniers considèrent parfois, en effet, que le juge va trop loin et franchit les limites acceptables.

Plusieurs éléments peuvent servir d'indices. La critique doctrinale en est un, notamment lorsqu'elle est partagée par la grande majorité des auteurs. La résistance des juges du fond en est un autre, surtout lorsqu'elle est répandue et tenace. L'intervention du législateur, qui adopte une loi pour briser une jurisprudence, peut représenter un signe supplémentaire. Tout comme la sanction d'une Cour internationale, qui condamne le juge français pour avoir enfreint les traités en vigueur.

Cet ensemble de réactions permet d'aboutir à la conclusion suivante : le pouvoir créateur du juge, qui semble infini en apparence, comporte, en réalité, des limites. Même si elles ne sont pas encore formalisées, elles existent et sont de mieux en mieux perçues. À une époque où la Cour de cassation assume davantage son pouvoir normatif, les juristes semblent aspirer à un encadrement de la jurisprudence. Les limites au pouvoir créateur de la jurisprudence semblent être ainsi de deux ordres.

Il s'agit, d'abord, de limites *substantielles* : le juge ne peut créer n'importe quel aménagement. Un aménagement inéquitable ou contraire à l'ordre public, par exemple, sera souvent rejeté. Pour qu'il soit admis, il faut que le juge prenne en compte l'ensemble des intérêts particuliers, tout comme l'intérêt général, du moins dans une certaine mesure. Par ailleurs, il doit s'abstenir de violer ouvertement la loi ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux.

Les limites à la création prétorienne sont, ensuite, *méthodologiques* : le juge ne peut créer un aménagement n'importe comment. Il doit notamment tenir compte des exigences de sécurité juridique, ce qui implique d'atténuer l'incertitude et la rétroactivité des revirements de jurisprudence. Le juge doit également respecter les domaines de compétence du législateur et des juges du fond, pour ne pas empiéter sur leurs fonctions respectives.

Faudra-t-il formaliser ces limites, les faire sortir du non-droit pour leur donner force de loi ? Le rapport *Molfessis* de 2005 est en ce sens ; il établit les premiers éléments d'une méthodologie prétorienne officielle. Et si le législateur intervient parviendra-t-il à trouver un juste milieu entre les exigences de sécurité juridique et l'appréciable flexibilité de la jurisprudence ? C'est dire que les questions relatives à l'encadrement du pouvoir prétorien sont encore loin d'être résolues. Mais elles se posent aujourd'hui avec acuité. Et déjà, semble-t-il, ceci pourrait marquer un certain progrès.