

POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE

Marie-Claire Belleau

Volume 28, numéro 1-2, 1997–1998

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1108020ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12738>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Belleau, M.-C. (1997). POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 28(1-2), 67–120. <https://doi.org/10.17118/11143/12738>

Résumé de l'article

L'article relate l'histoire du Livre préliminaire du Code de Napoléon, lequel témoignait de la philosophie des codificateurs au sujet de la codification et de la fonction judiciaire. Avant son adoption, le projet du Code de Napoléon avait été distribué aux juges des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation pour commentaires, lesquels mettaient en relief les divergences fondamentales qui séparaient les juges et les codificateurs. Les juges idéalisaient l'effet du Code de Napoléon, alors que les codificateurs en mesuraient les limites et les insuffisances. Cependant, quand il s'agissait de l'expression de la loi, les juges demandaient l'élimination des principes abstraits et généraux proposés par les codificateurs et réclamaient des dispositions concrètes et précises. De plus, pour les codificateurs, la jurisprudence formait une science, alors que pour les tribunaux, elle constituait une véritable plaie. Résultat du débat : un Projet de Livre préliminaire de 39 dispositions réduit à un Titre préliminaire qui n'en compte plus que six.

Lors de l'adoption du nouveau Code civil du Québec, le législateur de 1991, à l'instar des codificateurs du Code de Napoléon, a opté pour un pouvoir discrétionnaire judiciaire accru. Dans le contexte contemporain, le débat presque bicentenaire entre les codificateurs et les juges français prend une signification actuelle et soulève la question de savoir quelles auraient été les réactions et les opinions de la magistrature québécoise si elle avait été consultée spécifiquement, comme le furent les juges français au début du 19^{ième} siècle.

ARTICLE

POUVOIR JUDICIAIRE ET CODIFICATION : PERSPECTIVE HISTORIQUE

par Marie-Claire BELLEAU*

L'article relate l'histoire du Livre préliminaire du Code de Napoléon, lequel témoignait de la philosophie des codificateurs au sujet de la codification et de la fonction judiciaire. Avant son adoption, le projet du Code de Napoléon avait été distribué aux juges des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation pour commentaires, lesquels mettaient en relief les divergences fondamentales qui séparaient les juges et les codificateurs. Les juges idéalisait l'effet du Code de Napoléon, alors que les codificateurs en mesuraient les limites et les insuffisances. Cependant, quand il s'agissait de l'expression de la loi, les juges demandaient l'élimination des principes abstraits et généraux proposés par les codificateurs et réclamaient des dispositions concrètes et précises. De plus, pour les codificateurs, la jurisprudence formait une science, alors que pour les tribunaux, elle constituait une véritable plaie. Résultat du débat : un Projet de Livre préliminaire de 39 dispositions réduit à un Titre préliminaire qui n'en compte plus que six.

Lors de l'adoption du nouveau Code civil du Québec, le législateur de 1991, à l'instar des codificateurs du Code de Napoléon, a opté pour un pouvoir discrétionnaire judiciaire accru. Dans le contexte contemporain, le débat presque bicentenaire entre les codificateurs et les juges français prend une signification actuelle et soulève la question de savoir quelles auraient été les réactions et les opinions de la magistrature québécoise si elle avait été consultée spécifiquement, comme le furent les juges français au début du 19^{ième} siècle.

The article recounts the history of the Preliminary Book of the Napoleonic Code, which set out the philosophy animating the codifiers with regards to codification and the judicial function. Prior to its adoption, a draft of the projected Code Napoléon was circulated for comment amongst members of the French Courts of Appeal and the Tribunal de cassation. This revealed the fundamental philosophical differences between the judges and the codifiers. The judges tended to idealise the impact of the Code Napoléon while the codifiers were more aware of its shortcomings. However, on the question of how the law should be expressed, the magistracy demanded the elimination of general abstract principles and their replacement by more specific, concrete rules. Moreover, for the codifiers, jurisprudence constituted a science whereas for the judiciary, it was to be execrated. As a result, instead of a Preliminary Book including 39 provisions, the codification contained a mere six provisions set out in a Preliminary Title.

With the adoption of the new Québec Civil Code in 1991, the legislator clearly opted for increasing the discretionary powers of the judiciary. In the contemporary context, the nearly two hundred year ongoing debate between the codifiers and the French courts takes on a new significance and raises the question as to what indeed would have been the reactions and opinions of the Québec judiciary if it had been specifically consulted prior to adoption of the Code, as had been the French judges at the beginning of the 19th century.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

INTRODUCTION HISTORIQUE	71
PARTIE 1 - LA LOI	75
A - Conception de la loi et de son rôle	75
B - Expression de la loi telle que consacrée par le Code	85
PARTIE II - LA JURISPRUDENCE ET LA FONCTION JUDICIAIRE	97
A - Conception de la jurisprudence	97
B - Conception de la fonction judiciaire	101
CONCLUSION	116
ANNEXE 1 - TEXTE DU LIVRE PRÉLIMINAIRE PROPOSE PAR LES CODIFICATEURS	120
ANNEXE 2 - TEXTE DU TITRE PRÉLIMINAIRE ADOPTE	124

Le Code civil du Québec, adopté en 1991 et mis en vigueur en 1994, est truffé de dispositions législatives qui augmentent explicitement le pouvoir discrétionnaire des juges en droit civil québécois. Pas moins de 242 dispositions du nouveau code prévoient un pouvoir d'intervention discrétionnaire des juges par des expressions telles que «le tribunal détermine», «le tribunal fixe...», «le tribunal prononce» ainsi que «le tribunal peut»: «...ordonner», «...autoriser», «...dispenser», «...attribuer», «...interdire».¹ Il s'agit sans doute d'un des changements les plus fondamentaux qui distinguent le Code civil du Bas Canada de 1866 de la codification de 1991. Par l'effet de cette politique législative, les juges sont appelés spécifiquement à intervenir «selon leur bon jugement» dans les institutions juridiques de droit privé. Le législateur de 1991 invite ainsi les membres de la magistrature à participer explicitement dans le développement des institutions juridiques et donc à exercer pleinement et ouvertement leur rôle de créateur du droit. Déjà certains auteurs s'interrogent sur l'impact d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire accru dans le nouveau Code civil du Québec parce qu'il entraîne une instabilité juridique.²

S'agit-il de la codification d'un pouvoir dont les juges s'étaient investis au cours de leur interprétation du Code civil du Bas Canada? Où s'agit-il plutôt d'un pouvoir accru conféré aux tribunaux québécois? Seule une étude approfondie de l'interprétation jurisprudentielle du Code civil de 1866 permettrait de répondre à ces questions. Néanmoins, il est possible d'avancer l'hypothèse que cet accroissement législatif du pouvoir discrétionnaire judiciaire s'explique en partie par l'effet de l'avènement de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit canadien en général, et ses répercussions sur le droit privé. La Charte canadienne change le rôle traditionnel des juges dans l'élaboration du droit canadien en les invitant à intervenir et à décider dans le domaine réservé à la réglementation politique et sociale de questions morales. En cette fin de siècle, la visibilité accrue du rôle des juges en droit canadien remet en question la légitimité même de l'institution judiciaire.

Dans ce contexte, il est d'intérêt de retourner à certaines pages philosophiques méconnues de la codification en droit civil français. En effet, la polémique, déjà bicentenaire, qui eut lieu entre les codificateurs et les membres des tribunaux et qui transforma nettement la perspective philosophique

-
1. Je remercie le professeur Daniel Gardner de la Faculté de droit de l'Université Laval pour m'avoir mentionné cette idée.
 2. P.-G. Jobin, «La stabilité contractuelle et le *Code civil du Québec* : un rendez-vous tumultueux», dans Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Yvon Blais, 1997, 417.

du Code de Napoléon, soulève des débats contemporains sur la loi et la fonction judiciaire dans le contexte de la codification. Est-il nécessaire de rappeler que le Code civil du Bas Canada de 1866, que la codification de 1991 a remplacé, avait lui-même comme principale source d'influence le Code civil de Napoléon.

Si la célébrité des discours des quatre codificateurs, et surtout les paroles légendaires de Portalis, est acquise, l'histoire du projet de Code civil de Napoléon demeure obscure. Les commentaires formels des juges des cours d'appel de la France ainsi que du Tribunal de cassation, qui transformeront le projet des codificateurs, restent au silence de l'histoire. En effet, les juges de l'époque cultivent une conception bien différente de celle des codificateurs sur le rôle de la loi et de la jurisprudence. Les codificateurs souhaitent laisser les juges intervenir librement dans les institutions du droit privé. La loi doit prévoir les balises et les paramètres d'un pouvoir judiciaire souple. Contrairement à ces attentes, les juges, qui avaient subi le régime de la terreur et qui conservaient le souvenir et la peur de la guillotine, exigent des contraintes législatives irréalistes. Loin de profiter de l'occasion de la codification pour augmenter leurs pouvoirs et pour jouer un rôle social accru, ils désirent ardemment voir leurs libertés d'intervention restreintes et dictées par la loi. Les échanges écrits entre les codificateurs et les juges au sujet du rôle de la loi et des juges ressuscitent un débat contemporain.

À la suite d'un bref rappel historique, nous allons comparer les perspectives philosophiques des codificateurs et des juges au sujet du rôle de la loi et de la jurisprudence lors de l'élaboration du projet du Code de Napoléon.

INTRODUCTION HISTORIQUE

Le grand Livre préliminaire «Du Droit et des Lois» proposé par les codificateurs dans le projet de Code civil de Napoléon, comprend, à l'origine, 39 articles et porte principalement sur les concepts de loi et de jurisprudence et sur leur rôle dans le nouvel ordre juridique. Il allait se transformer radicalement suite aux commentaires des tribunaux en un simple Titre préliminaire «De la publication, des effets et de l'application des lois en général» composé de six articles. Les vives critiques des tribunaux furent déterminantes pour les rédacteurs du projet de Code civil. Celles-ci les ont influencé et ont provoqué l'élimination presque complète du Livre préliminaire.

La France pré-révolutionnaire constituait un pays diversifié tant dans son organisation sociale que dans son système juridique. Les régions s'opposaient

à l'unification du Royaume. Le droit «romain» dominait dans le Midi, et se distinguait du droit coutumier de la France du Nord. Cette division, déjà en place au XIII^e siècle, se consolida au cours des siècles qui suivirent par l'action des parlements et la rédaction officielle des coutumes. L'ancien droit se caractérisait par une grande diversité de sources qui rendait son application de plus en plus complexe et arbitraire. La loi jouait un rôle modeste dans ce système dominé par les usages, les coutumes et la jurisprudence. L'unification du droit civil, en marche depuis longtemps, progressait lentement. Les tentatives législatives de Colbert³ puis de Daguesseau⁴ échouèrent dans leur objectif d'unification par la codification. Mais déjà, les œuvres de Grotius, Descartes et Puffendorf laissaient leurs traces dans les pensées. Leur influence ainsi que celle de la philosophie des lumières et la montée du rationalisme entraînaient la naissance d'une conception rationnelle, organisée, systématisée et laïque du droit.⁵ Les juristes français commencèrent leur initiation aux théories de l'école du droit naturel moderne. Par contre, le mouvement janséniste, et avec lui Montaigne et Pascal, entretenaient un contre-courant sceptique, anti-rationaliste et anti-utilitariste.⁶

La révolution de 1789, avec la suppression de l'État monarchique et des privilèges, bouleversa profondément la société française. La «souveraineté nationale» fut proclamée comme fondement de la nouvelle société. À l'idée de souveraineté nationale s'associa celle de souveraineté de la loi.⁷ Les révolutionnaires français consacrèrent la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire en dogme constitutionnel.⁸ L'acquis révolutionnaire sanctionna les principes de laïcisation du droit, d'individualisme égalitaire ainsi qu'une conception volontariste ou spiritualiste de l'homme – mais non de la

-
3. Les principales ordonnances de Colbert sous Louis XIV portaient sur la procédure civile (1670), le commerce terrestre (1673) et maritime (1681), le système hypothécaire (1673), le droit criminel (1670) et l'esclavage (le Code noir, 1685).
 4. Les ordonnances de Daguesseau sous Louis XV sont plus détaillées et d'objet plus limité que celles de Colbert. Elles portaient sur les donations (1731), les testaments (1735), les faux (1737) et les substitutions fidéicommissaires (1747). Une de ces ordonnances maintenait sur certains points la division du pays en droit écrit et en droit coutumier.
 5. A.-J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil Français*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, aux pp. 10-15.
 6. *Ibid.* aux pp. 14-18.
 7. J. Hilaire, *Histoire du Droit et des Institutions (Licence 1ère année)*, Paris, Les Cours de Droit, 1975, p. 174 [ci-après *Histoire du droit*].
 8. Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

femme. Désormais la loi constituait l'expression de la volonté des citoyens mâles,⁹ fondée sur la raison universelle et sur le droit naturel des hommes.

Dès le mois d'août 1789, la réforme judiciaire figure à l'ordre du jour. Plusieurs lois adoptées entre la révolution et la codification commencèrent la mise en œuvre de certaines idées révolutionnaires.¹⁰ La révolution conduisit à la rédaction, par le Comité de législation, de plusieurs projets de Code civil¹¹ qui deviendront cependant victimes des changements idéologiques qui, déjà, remettaient en question les idées révolutionnaires.¹² Le besoin d'ordre et de stabilité entraînaient un rejet de l'esprit révolutionnaire conçu par ceux qui avaient vécu la révolution comme «le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'état».¹³

-
9. Par exemple, l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen stipulait : «La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation.»
 10. Par exemple, des dispositions légales portant sur l'obligation de motiver les jugements (Loi du 16-24 août 1790), l'interdiction des arrêts de réglemens (Loi du 16-24 août 1790), la création du Tribunal de cassation (Loi de 27 novembre-1 décembre 1790) et du référé législatif (Loi du 16-24 août 1790). L'organisation de la justice civile sous la révolution est fondée sur quatre idées maîtresses (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 302) : «1) la recherche du règlement de tous les conflits entre particuliers par tous les moyens "naturels" permettant de réduire le plus possible l'intervention [par exemple : l'arbitrage, la justice de paix, la conciliation et le "bureau de paix"]; 2) la simplification des degrés de juridiction; 3) l'organisation de l'appel [...]; 4) enfin l'abandon de la justice retenue.»
 11. Les trois projets de Cambacérès dont deux furent présentés en 1793 et le dernier en 1797 ainsi que le projet Jacqueminot présenté le 30 frimaire an VII.
 12. Par exemple, le premier projet de Cambacérès fut repoussé parce que trop compliqué. On veut des conceptions plus simples et plus philosophiques. On reprochait au second le contraire : son «style lapidaire», trop concis. Voir P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Osnabrück, O. Zeller, 1968 à la p. xlvij et s. [ci-après *Travaux préparatoires du Code civil*].
 13. *Ibid.* à la p. 463 et s.

Les commissaires Tronchet,¹⁴ Portalis,¹⁵ Bigot-Préameneu¹⁶ et Malleville¹⁷ rédigèrent le dernier projet de Code civil, celui qui sera finalement adopté. Ces hommes, formés dans l'ancien régime, mais profondément marqués par l'expérience révolutionnaire, proposent un Code civil modéré cherchant à adapter l'œuvre à son milieu social tout en sauvegardant le patrimoine intellectuel de l'héritage juridique. Ce projet de Code civil acheva le projet d'unification, commencé plus de deux siècles auparavant, par son effort de synthèse de tous les apports.¹⁸ Il provoque un renversement des sources du droit et constitue le chef-d'œuvre du nouveau système légaliste. Avant son adoption, le projet fut distribué au Tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel du pays pour avis. Un débat implicite s'instaura entre les tribunaux d'appel et le Tribunal de cassation et les codificateurs sur le contenu du nouveau code.

Les membres des tribunaux, consultés par le législateur sur le projet de Code civil, furent fortement ébranlés par les transformations apportées au corps judiciaire par la révolution. En effet, il résulta de la période révolutionnaire un climat tendu de surveillance et de concurrence, une dépendance ou une extrême prudence des juges, qui se traduisit par un abandon des responsabilités et des fonctions judiciaires au profit d'autres instances décisionnelles à caractère législatif.¹⁹ Dans ce contexte de réformes fluctuantes et de changements idéologiques, le projet de Code civil fut soumis aux tribunaux d'appel et au Tribunal de cassation pour consultation. Le Livre préliminaire, en particulier, devient la cible de vives critiques des tribunaux d'appel. Même le Tribunal de cassation, lequel manifeste le plus de sympathie pour le Livre préliminaire des

-
14. Président du Tribunal de cassation; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; *ibid.* à la p. Ixij.
 15. Commissaire au Conseil des prises; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. Ixij.
 16. Commissaire au gouvernement auprès du Tribunal de cassation; Article 1 de l'arrêté du 24 thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. Ixij.
 17. Membre du Tribunal de cassation et chargé de remplir la fonction de secrétaire rédacteur; Article 2 de l'arrêté du 24 Thermidor; Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. Ixij.
 18. Ces apports consistent en l'ancien droit, le droit romain, le droit intermédiaire et l'acquis révolutionnaire.
 19. C. Bloch et J. Hilaire, «Nouveauté et modernité du droit révolutionnaire» dans M. Vovelle, *La révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, t. 1, Paris P.U.F., 1987-1988 à la p. 470 [ci-après Nouveauté et modernité]; C. Bloch et J. Hilaire, «Interpréter la loi : Les limites d'un grand débat révolutionnaire» dans *Miscellanea forensia historica*, Amsterdam, 1988, p. 31 [ci-après Interpréter la loi] ; J.-L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation sous la Révolution (1790-1799)*, Thèse de Doctorat d'État, Paris II, 1985 à la p. 326.

codificateurs, critique les ambiguïtés du projet et propose une nouvelle rédaction.

Résultat du débat : un Livre préliminaire de 39 dispositions réduit à un Titre préliminaire qui n'en compte plus que six. Cet article vise à analyser la teneur des arguments et des critiques des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation pour mieux cerner leur influence sur les codificateurs, en comparant les idées émises par ces derniers dans leurs observations et la version définitive du projet et du discours préliminaire présentée par les codificateurs.

Des 27 tribunaux d'appel consultés,²⁰ huit n'ont fait aucune observation sur le Livre Préliminaire.²¹ Parmi les tribunaux qui ont émis des critiques, plusieurs n'ont commenté qu'un ou deux des 39 articles du Livre préliminaire proposé. Dans cet article, nous tentons de reconstituer l'enseignement que les codificateurs recueillirent de l'ensemble des critiques des tribunaux d'appel et du Tribunal de cassation. La codification allait entraîner plusieurs transformations fondamentales dans l'exercice de la fonction judiciaire. Ce sujet les touchant intimement, les tribunaux suscitèrent deux pôles de discussion : le premier, axé sur le rôle désormais prépondérant de la loi dans le nouveau système juridique (Partie 1) ; le deuxième, orienté sur la nature de la fonction juridique proprement dite et l'influence de la jurisprudence par rapport à cette nouvelle souveraineté de la loi (Partie 2).

PARTIE 1 - LA LOI

A - Conception de la loi et de son rôle

La philosophie du XVIII^e siècle a exalté le rôle de la loi comme source du droit.²² La souveraineté nationale, fondement de l'idéologie révolutionnaire, se double d'une «véritable **religion** de la loi».²³ Dans les premières années de

20. Ces Tribunaux d'appel sont : Agen, Aix, Amiens, Angers, Besançon, Bordeaux, Bourges, Bruxelles, Caen, Colmar, Dijon, Douai, Grenoble, Liège, Limoges, Lyon, Metz, Montpellier, Nancy, Nîmes, Orléans, Paris, Poitiers, Rennes, Riom, Rouen, Toulouse. Il faut ajouter à cette liste, le Tribunal de cassation que nous traiterons séparément.

21. Il s'agit des Tribunaux d'appel de : Aix, Angers, Besançon, Colmar, Dijon, Limoges, Nancy et Orléans.

22. Halpérin, *supra* note 19 à la p. 36.

23. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 174.

la révolution, la «mystique de la loi» s'exprime dans des formules comme : «“mon Dieu, c'est la Loi; je n'en ai pas d'autre”; “non seulement le peuple doit observer la loi, mais il doit l'adorer”; “la loi est la religion de l'État”». ²⁴ Ce discours idéaliste influence codificateurs et tribunaux.

Les juristes de l'époque cherchent d'abord les causes qui ont entraîné la nécessité d'un renversement des sources du droit. ²⁵ Le Tribunal de Lyon énonce les causes ayant conduit à la codification. Il expose les déficiences de l'ancien système que la diversité des sources du droit rendait, selon lui, difficile à appliquer et arbitraire. Il rappelle les nombreuses tentatives d'unification dans les siècles passés et attribue à la révolution, «que dicta le désir de se régénérer par des lois sages et dirigées pour l'utilité commune», le renversement de «l'édifice abhorré de la jurisprudence ancienne». ²⁶ Selon ce tribunal, la diversité des opinions, responsable de la diversité et de l'imprévisibilité des décisions, oblige l'établissement d'une loi commune et prouve la nécessité de la codification. La loi devient ainsi «un régulateur général et commun des jugements», «l'expression certaine de l'équité». ²⁷

24. *Ibid.* à la p. 175.

25. France. Tribunaux d'appel, *Observations des Tribunaux d'appel sur le Projet de Code civil*, Paris, Imprimerie de la République, IX-X, 1802-03 [ci-après Nom de la ville où le Tribunal d'appel siège].

26. «Lyon», *ibid.* à la p. 1.

27. *Ibid.* à la p. 8 : «Aussi tous les juges, tous les législateurs, ont tenu pour principe fondamental, que l'équité naturelle absolument nécessaire aux juges pour l'application de la loi, ne peut pas être la règle unique, la règle fondamentale de leurs décisions; qu'il faut un régulateur général et commun des jugements; que ce régulateur est la loi, qui seule peut être regardée comme l'expression certaine de l'équité[...]»

Ce rappel historique diffère de celui des codificateurs²⁸ en ce que le Tribunal de Lyon attribue un rôle beaucoup plus important à la diversité de la jurisprudence comme élément causal de l'entreprise de la codification. Les codificateurs confèrent à la diversité des coutumes et au désir d'unification la principale responsabilité de la nécessité d'une loi uniforme. De plus, le Tribunal de Lyon tire des conséquences plus fondamentales de l'effet des lois sur la jurisprudence, comme si la loi constituait le salut, la condamnation et la contrainte capitale de l'arbitraire des juges. Les codificateurs, pour leur part, loin d'attribuer un rôle important à la jurisprudence, insistent sur l'effet destructeur de la révolution, sur la nécessité d'un climat de paix sociale pour entreprendre l'édification d'une loi uniforme et enfin sur les bienfaits des bonnes lois civiles.

Dans le discours préliminaire, les quatre commissaires présentent les bonnes lois civiles comme «le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir».²⁹ À la suite de cette déclaration, une longue tirade énumère ces bienfaits :

«[...]elles sont la source des mœurs, le *palladium* de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne fondent pas le gouvernement, elles le maintiennent; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa

28. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 463-465 : «La France, ainsi que les autres grands états de l'Europe, s'est successivement agrandie par la conquête et par la réunion libre de différents peuples. Les peuples conquis et les peuples demeurés libres ont toujours stipulé, dans leurs capitulations et dans leurs traités, le maintien de leur législation civile [...] De là cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire [...] Des magistrats recommandables avaient, plus d'une fois, conçu le projet d'établir une législation uniforme [...] Mais comment donner les mêmes lois à des hommes qui quoique soumis au même gouvernement, ne vivaient pas sous le même climat et avaient des habitudes différentes? [...] Tout-à-coup une grande révolution s'opère. On attaque tous les abus; on interroge toutes les institutions [...] Alors on revient aux idées d'uniformité dans la législation, parce qu'on entrevoit la possibilité de les réaliser. Mais un bon code civil pouvait-il naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France? [...] Aujourd'hui la France respire; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité.»

29. *Ibid.* à la p. 465.

personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité toute entière.»³⁰

Les tribunaux d'appel s'accordent avec les auteurs du projet quant au but des lois, soit garantir les droits et la propriété de chaque individu,³¹ mais ils vont plus loin. Le Code civil tout entier doit viser, «dans chaque disposition, le rétablissement et le maintien des mœurs et de la paix publique».³² Toutes les lois sont saintes et chaque loi constitue la sanction d'elle-même.³³

Les codificateurs ne s'arrêtent pas à une présentation abstraite de la loi. Pour eux, les lois ne constituent pas seulement «de purs actes de puissance»³⁴ où le pouvoir, comme au temps de la révolution et de la monarchie, impose son idéologie. Au contraire, elles incarnent des «actes de sagesse, de justice et de raison»³⁵ qui s'inspirent de l'héritage du passé et de l'expérience. Ils énoncent d'abord les éléments que le législateur doit prendre en ligne de compte pour atteindre l'idéal des lois civiles et présentent ensuite les limites de l'entreprise de la codification.

Dans leur exposé des considérations nécessaires à l'édification des lois, les codificateurs incitent le législateur à tenir compte de l'histoire, de la société qu'il gère, et à se montrer humble dans l'élaboration de la codification entreprise.

Premier avertissement fait au législateur : «les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois».³⁶ Les codificateurs soulignent, par ce passage, l'importance de créer une loi adaptée à l'organisation sociale qu'elle

30. *Ibid.* aux pp. 465-466.

31. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 2 : «[...] la garantie des droits et de la propriété de chaque individu est le principe constitutif de l'ordre social, et doit être le but des lois.»

32. *Ibid.* à la p. 4.

33. «Riom», *supra* note 25 aux pp. 12-13 : «[...] toutes les lois sont saintes, [...] : aucune n'est la sanction des autres; mais elles sont toutes sanctionnées par la puissance législative qui les établit. [...] chaque loi est la sanction d'elle-même, en ce qu'elle ne souffre pas qu'on l'enfreigne».

34. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 466.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

ordonne.³⁷ Or, le Tribunal de Riom qualifie cette observation de dangereuse et d'inexacte. Il souligne l'antériorité de la loi, «en tant qu'elle est l'ordre, la sagesse et la justice de Dieu», sur l'homme. Il précise que l'homme est fait pour vivre sous les lois civiles et politiques du Gouvernement qui doivent être formées sur les lois immuables de la nature (c'est-à-dire la loi de Dieu). Cette remarque manifeste la confusion entre deux niveaux de loi : la loi naturelle et la loi du parlement. En somme, pour ce tribunal, l'affirmation que les hommes ne se soumettent pas aux lois équivaut presque à soutenir que les hommes ne sont pas assujettis à Dieu :

«[...] cette idée, qui peut éblouir d'abord, ne lui a point paru exacte et pourrait être dangereuse : car l'homme est né sous la loi, puisque la loi est antérieure à l'homme, en tant qu'elle est l'ordre, la sagesse et la justice de Dieu, qui a créé l'homme à son image; il est même fait pour vivre sous les lois politiques et civiles du Gouvernement où il plaît à Dieu de le placer, puisque, d'une part, il est destiné par sa nature à vivre en société, et que, de l'autre, les lois de son Gouvernement et de sa société doivent être formées sur les lois immuables de la nature, c'est-à-dire, sur ces lois d'ordre, de justice et de sagesse dont les commissaires eux-mêmes conviennent que les législateurs humains ne doivent être que les religieux interprètes. D'où il résulte que dire que l'homme n'est pas fait pour les lois, c'est presque dire que l'homme n'est pas fait pour Dieu, ou, ce qui est la même chose, qu'il n'est pas fait pour sa nature.»³⁸

Ce commentaire du Tribunal de Riom constitue un des seuls passages des observations sur le Livre préliminaire qui s'appuie sur une argumentation religieuse. Il montre la vision idéaliste du Tribunal qui voit dans la loi divine la source des lois civiles alors que les codificateurs désirent, quant à eux, s'inspirer de la société qui les entoure.

Cette vision se discerne aussi dans le discours sur la raison humaine. Les tribunaux font appel à la raison naturelle et universelle de l'homme comme source de toute loi positive. La raison naturelle constitue l'essence de l'homme,

37. En effet, les codificateurs précisent dans la phrase qui suit : «qu'elles [les lois] doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites [...]» (*Ibid.*).

38. Observation du Tribunal de Riom sur l'affirmation que les «lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois» («Riom», *supra* note 25 à la p. 2).

elle demeure inséparable de sa nature.³⁹ Par la puissance de ses lumières naturelles, l'homme élabore les lois qui le régissent.⁴⁰ Lors de la rédaction des principes du droit commun, le législateur n'agit pas en tant que créateur des lois, il n'incarne «qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle».⁴¹

Deuxième mise en garde des codificateurs : continuité avec le passé et humilité. «Les codes des peuples *se font avec le temps* mais, à proprement parler, *on ne les fait pas*».⁴² Le Code civil est conçu comme «l'œuvre de la conscience collective».⁴³ En conséquence, les codificateurs invitent le législateur à «être sobre» en innovations législatives que la théorie loue mais que seule la pratique montre sous leur vrai jour.⁴⁴ Au lieu de proposer des lois nouvelles, il demeure préférable de «présenter aux citoyens de nouveaux motifs

39. *Ibid.* à la p. 11.

40. Le Tribunal de Riom commente l'article 1 du Titre I, Définitions générales (*Ibid.*) : «Même dans les connaissances acquises par l'expérience, même dans ses lois arbitraires, l'homme se sert ou doit se servir de sa raison, et ne peut rien faire de bon s'il le fait contre ses lumières naturelles. La raison est inséparable de la nature de l'homme, puisque c'est elle qui [constitue essentiellement ce qu'il est]. Il peut obscurcir cette lumière, en abuser parce qu'il est libre; mais il ne cesse pas plus pour cela d'être animal raisonnable, qu'il ne peut cesser d'être homme. Ainsi, dire que la raison naturelle est la source de toutes les lois positives, **en tant que** [...], c'est limiter la puissance de la raison, c'est supposer qu'on peut faire des lois sans le secours de la raison, ou contre les lumières de la raison.» Plus loin, le même tribunal écrit sur l'article 4 du même Titre (*ibid.* à la p. 11) : «Cependant les lois propres à chaque peuple, soit qu'on les lui ait données ou qu'il les ait adoptées, soit qu'il se les soit données lui-même par l'usage, ne sont ou ne doivent être que des lois déduites de la raison[...]. Or, dire que **le droit intérieur ou particulier** de chaque peuple se compose **en partie** de la raison naturelle, c'est dire nécessairement que, dans les autres parties, il est ou peut être composé ou contre cette raison, ou au moins hors de cette raison; ce qui est évidemment faux, contraire même à ce qu'on vient de dire, que la raison naturelle est la source de tout droit positif.»

41. Le Tribunal de Rouen s'exprime ainsi sur le sujet («Rouen», *supra* note 25 à la p. 2) : «Il y a en effet dans toute législation civile deux parties différentes. La première n'est autre chose que la collection des principes du droit commun; c'est celle qui détermine les notions générales du droit, et surtout l'effet des obligations, la nature et les conséquences de chaque contrat, les règles d'interprétation qui s'y rapportent, &c... Là, le législateur ne crée point la loi; il n'est au fond qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle [...] L'autre partie du droit civil forme la législation particulière et positive de chaque peuple.»

42. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476.

43. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 215.

44. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 466.

de les [anciennes lois] aimer». ⁴⁵ Les rédacteurs prennent garde de répudier le patrimoine national. Enfin, le législateur ne doit pas «se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative». ⁴⁶ Ces idées rappellent celles de Montesquieu pour qui les «lois sont des faits naturels; le législateur leur donne seulement une forme définie». ⁴⁷ Elles révèlent aussi l'idéologie des rédacteurs qui, marqués par la longue expérience révolutionnaire, se refusent à utiliser la codification pour transformer complètement et brutalement le droit.

Les codificateurs se montrent réalistes aussi sur les limites d'une codification des lois civiles. Premièrement, «[t]out prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre» ⁴⁸ :

«Quoique 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[...]

[...] 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? [...]

Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais.» ⁴⁹

Une des conséquences de l'impossibilité de tout prévoir consiste en la nécessité pour les juges d'interpréter la loi afin de l'appliquer à des situations nouvelles. ⁵⁰ Ainsi, en 1769, Cl. de Ferrière dans son *Dictionnaire de droit et de*

45. *Ibid.* à la p. 467.

46. *Ibid.*

47. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748) Paris, Garnier, 1962; Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 215.

48. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 467.

49. *Ibid.* à la p. 469.

50. À ce sujet, voir Partie 2 traitant de la jurisprudence.

pratique écrivait que le législateur devant l'impossibilité de tout prévoir, la loi ne peut échapper à l'interprétation.⁵¹

Contrairement à cette vision des codificateurs, le Tribunal de Lyon parle des «temps paisibles d'un ordre légal» lorsque «le Code aura statué, comme on a le droit de l'espérer, sur tous les contrats connus». ⁵² Il demeure perplexe quant à la possibilité que des circonstances imprévues se produisent, circonstances qui devront être réglées par le législateur et non par les juges.⁵³

Les codificateurs visent aussi la simplification des lois.⁵⁴ Cette tâche s'avère essentielle au lendemain de la révolution où l'on reste aux prises avec une diversité toujours grandissante de lois, de coutumes et de jurisprudence. Cependant, les codificateurs cherchent à éviter les dangers d'une trop grande simplification qui «[laisserait] les citoyens sans règle et sans garantie sur leurs plus grands intérêts». ⁵⁵

La codification s'avère nécessaire pour faire face à l'inévitable et nécessaire abrogation des lois par la désuétude ou le non-usage que les codificateurs reconnaissent mais refusent d'ériger en principe.⁵⁶ Pour les codificateurs, cette abrogation s'opère par :

«[...] [une] puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui

51. C. de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique : contenant l'explication des termes de droit d'ordonnances, de coutumes & de pratique; avec les juridictions de France*, t. 1 et 2, Paris, Chez Bailly, 1771. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 38; Sur l'interprétation des lois voir Partie 2 traitant de la jurisprudence et du rôle du juge.

52. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

53. *Ibid.*

54. Sur le souci de simplifier, les codificateurs écrivent (Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 467-468) : «Il ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation. Mais un grand Etat comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes, et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite.»

55. *Ibid.* à la p. 469.

56. *Ibid.* à la p. 479 : «Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire.»

semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même». ⁵⁷

Au contraire, le Tribunal de Riom juge toutes les lois justes tant qu'elles demeurent en vigueur. ⁵⁸

Enfin, pour les codificateurs, la loi ne possède pas le caractère d'autosuffisance : coutume, usages et jurisprudence ⁵⁹ en constituent les sources supplétives. ⁶⁰ Les tribunaux d'appel désapprouvent. Ils critiquent les relations entre les coutumes et les usages et la loi telles que décrites à l'article 4 du Titre I, Définitions générales. L'article 4 se lit : «Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois.»

Les tribunaux de Lyon, de Paris et d'Amiens opinent que le Code civil est destiné à remplacer, et donc à abroger, toutes les coutumes et tous les usages. ⁶¹ Pour eux, un Code «complet et uniforme» ⁶² abolit tout le droit

57. *Ibid.*

58. «Riom», *supra* note 25 à la p. 14.

59. Sur la jurisprudence, voir Partie 2-A.

60. Après avoir expliqué l'impossibilité de tout prévoir par la loi, les codificateurs écrivent (Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 469) : «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.» Et plus loin, (Travaux préparatoires du Code civil, *ibid.* à la p. 471) : «Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.»

61. Tribunal d'Amiens («Amiens», *supra* note 25 à la p. 2) : «Les coutumes non écrites ne pouvant faire loi sans donner lieu à une variation continuelle de jurisprudence, il faut supprimer les quatorze derniers mots de l'article 4.» Tribunal de Paris («Paris», *supra* note 25 à la p. 2) : «[...] le Code ayant pour objet de faire disparaître la diversité des lois, occasionnée sur-tout par la reconnaissance d'usages nécessairement variables, et de remplacer ce qui se pratique par ce qui doit se pratiquer [...] il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites.» Voir aussi : «Lyon», *supra* note 24 à la p. 2

62. «Lyon», *ibid.* à la p. 1.

antérieur et non consacré dans son texte. Le Code civil fait table rase du passé.⁶³ Cette idée d'une abrogation générale et implicite de l'ancien droit est déjà généralement répandue et encouragée dans les réponses du Comité de législation aux tribunaux sous le régime précédant immédiatement la codification.⁶⁴

Tous les bons citoyens en demandant un Code souhaitent «que les lois romaines, les coutumes, les statuts, la jurisprudence, fussent absolument abrogés par la publication du Code civil; que ce Code fût seul la règle des droits et des devoirs du citoyen».⁶⁵ Le Code vise l'élimination de la diversité de l'ancien droit. Pour le Tribunal de cassation, «les coutumes et usages **ne doivent et ne peuvent** être que le supplément des lois[...]».⁶⁶ Ils ne «peuvent leur être **contraires**, ni les **abroger!**».⁶⁷ De son côté, le Tribunal de Montpellier ne conteste pas le rôle que peuvent avoir la coutume et l'usage dans l'élaboration du droit mais se contente de demander des précisions sur le «temps pendant lequel la coutume a dû être observée pour avoir acquis force de loi».⁶⁸

63. *Ibid.* aux pp. 1-2 : «Mais lorsque les Français, indignés de n'avoir pas une législation nationale, fatigués des lois romaines, étrangères à leurs moeurs et à la plupart de leurs relations, d'un amas de coutumes et d'usages bizarrement incohérents, de leurs propres lois insuffisantes et souvent obscurcies par les lois romaines, les usages et les coutumes, des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variables suivant les circonstances, et toujours d'un arbitraire effrayant, demandaient à grands cris, depuis plusieurs siècles, un code complet et uniforme; lorsqu'une révolution que dicta le désir de se régénérer par des lois sages et dirigées pour l'utilité commune, a renversé l'édifice abhorré de la jurisprudence ancienne; lorsque déjà plusieurs législateurs se sont occupés d'en établir une nouvelle, serait-il possible qu'on laissât subsister encore les lois romaines, les coutumes, les usages, les statuts locaux, les règlements, et qu'ainsi le nouveau Code jeté au milieu de ce chaos, ne fût qu'un embarras, un malheur de plus?»

64. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 34.

65. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 2; Le Tribunal de Paris fait la même observation («Paris», *supra* note 25 à la p. 2) : «[...] le Code ayant pour objet de faire disparaître la diversité des lois, occasionnée surtout par la reconnaissance d'usages nécessairement variables, et de remplacer ce qui se pratique par ce qui doit se pratiquer [...] il ne doit pas être mention d'usages dans un code destiné à les remplacer par des lois uniformes et écrites»; Le Tribunal de Rouen partage le même avis («Rouen», *supra* note 25 à la p. 4) : «Les **coutumes et usages** non sanctionnés par l'autorité publique, ne peuvent avoir force de loi dans un bon Gouvernement, et sur-tout dans un Gouvernement républicain, où la loi doit être une comme sa constitution.»

66. Observations du Tribunal de cassation sur le Projet de Code civil, s.l.n.d., p. 1 [ci-après Tribunal de cassation].

67. *Ibid.*

68. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 2.

Les tribunaux entretiennent une conception des buts et des sources de la loi ainsi que des effets de la codification plus idéaliste et d'une plus extrême abstraction que celle des codificateurs. Ils tiennent un discours théorique lorsqu'ils discutent de la loi en dehors de son expression concrète dans un Code. Ce discours contraste avec celui des codificateurs qui, tout en étant abstrait, s'efforce de mettre en garde le législateur contre de trop grandes ambitions et expose *a priori* les limites de la codification. Nous verrons maintenant si ces deux approches de la loi se reflètent dans le projet de Code et dans les observations des juges faites à la suite de l'examen des dispositions concrètes qu'ils seront chargés d'appliquer.

B - Expression de la loi telle que consacrée par le Code

Pour les codificateurs, l'expression de la loi dans le Code doit demeurer générale et énonciative. L'excès de détails risque de lier trop rigoureusement le juge. Ainsi :

«[l]'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.»⁶⁹

Le Livre préliminaire «Du droit et des lois» proposé avant les consultations sert d'introduction à la philosophie du Code civil. Il se compose de six titres⁷⁰ qui traitent respectivement de la définition, de la division, des effets, de la publication, de l'interprétation et de l'abrogation des lois en termes abstraits. Par exemple, le premier article du livre édicte : «Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.» Cet article donne un fondement métaphysique au projet.⁷¹ Les auteurs du projet parlent de «droit des

69. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

70. Ces titres s'intitulent : I- Définitions générales; II- Division des lois; III- De la publication des lois; IV- Des effets de la loi; V- De l'application et de l'interprétation des lois; VI- De l'abrogation des lois.

71. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 217.

gens»,⁷² de «droit universel»,⁷³ de «droit des gens naturel»,⁷⁴ etc... Ils érigent en principes de droit des distinctions philosophiques difficiles à appliquer, en différenciant, par exemple, le «droit naturel» du «droit des gens» en ces termes⁷⁵ :

«La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment tous les hommes, s'appelle *droit naturel*; et elle est appelée *droit des gens*, dans les relations de peuple à peuple.

Si l'on parle d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer les principes éternels de justice que les peuples n'ont point faits, et auxquels les divers corps de nations sont soumis comme les moindres individus, d'avec les capitulations, les traités et les coutumes qui sont l'ouvrage des peuples.»

Ou encore, dans cette définition de la loi «chez tous les peuples», en la décrivant comme «une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun».⁷⁶

Les références à ces catégories abstraites s'expliquent. Par exemple, par le biais du concept de «droit naturel», les codificateurs tentent de relier dans un héritage commun le droit de l'ancien régime avec celui de la révolution. Il offre «la **méthode** susceptible d'assurer la **cohérence de l'ensemble**».⁷⁷ De plus, cette référence au «droit naturel» contribue à accentuer le caractère individualiste et spiritualiste de l'idéologie révolutionnaire telle qu'elle s'exprime dans le projet de Code civil. La réhabilitation du droit romain peut aussi servir d'exemple. Les codificateurs réintroduisent le droit romain, renié pendant la période révolutionnaire parce qu'associé à la jurisprudence de l'ancien régime, comme expression du droit naturel et de la raison.⁷⁸

72. Voir Annexe 1 : Articles 2 et 3 du Titre I, Définitions générales.
73. *Ibid.* Article 1.
74. *Ibid.* Article 3.
75. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 477.
76. Voir Annexe 1 : Article 6 du Titre I, Définitions générales.
77. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 217.
78. *Ibid.* aux pp. 217-218.

Or, même lorsqu'ils conviennent avec les codificateurs de la véracité des principes énoncés dans le projet, les tribunaux d'appel critiquent cette approche théorique et ce manque de détails. Ainsi, le Tribunal de Paris écrit⁷⁹ :

«Rien de plus vrai que ces maximes vagues et quelques autres semblables qui se trouvent dans ce livre préliminaire; mais on ne pense pas qu'on doive faire autant d'articles d'un code, qui ne doit présenter que des règles claires et précises, et non pas des vérités abstraites, qui sont elles-mêmes le résultat d'une méditation sur les lois.»

Le Tribunal de Lyon renchérit : toutes les maximes du projet constituent des «abstractions **métaphysico-légales** ... essentiellement sujettes à controverse, à discussion, à interprétation» qu'il demeure dangereux d'ériger en principes et de consacrer dans un Code.⁸⁰ Par exemple, le Tribunal de Lyon s'exprime sur l'article 7 du Titre I, Définitions générales dont la partie pertinente se lit comme suit :

«Elle [la loi] ne statue point sur des faits individuels; elle est présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses.»

Le Tribunal de Lyon écrit à son sujet :

«Le principe, que la loi ne statue point sur des faits individuels, doit sans doute être dans l'esprit du législateur, et quelquefois dans la conscience du juge; mais n'est-il pas dangereux de l'énoncer dans un Code civil? ne pourrait-on pas en abuser, en soutenant dans chaque affaire que le fait est individuel, et forme une exception à la loi générale?»⁸¹

Le Tribunal de Paris apporte un commentaire similaire lorsqu'il écrit que le «livre préliminaire érige en article de loi des maximes et des réflexions qui paraîtraient mieux placées dans un traité du droit que dans un code».⁸²

79. «Paris», *supra* note 25 à la p. 3.

80. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

81. *Ibid.* à la p. 2.

82. «Paris», *supra* note 25 à la p. 3.

Les tribunaux d'appel suggèrent l'élimination des idées vagues et faibles. Par exemple, l'article 1 du Titre IV, **De l'effet des lois**, édicte que «[l]e premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle». Le Tribunal de cassation propose son élimination parce qu'il demeure «insignifiant en point de droit; et en fait il n'est que trop vrai que la loi devient la matière des raisonnements qu'elle aurait pour objet de terminer». ⁸³ Le Tribunal de Rouen propose aussi sa suppression parce que l'idée en «est faible et peint mal l'effet de la loi». ⁸⁴ Le Tribunal de Toulouse adhère à ce verdict parce que l'article demeure «trop vague, et d'ailleurs inutile». ⁸⁵

Si les codificateurs tiennent à l'édification de principes abstraits en règles de droit, ils s'efforcent aussi de les ranger dans des catégories suivant les «diverses espèces de rapports qui existent entre des hommes vivant dans la même société». ⁸⁶ Selon eux, cette démarche de catégorisation des divers «ordres de lois» s'impose parce qu'il ⁸⁷ :

«importe, même en traitant uniquement des matières civiles, de donner une notion générale des diverses espèces de lois qui régissent un peuple; car toutes les lois, de quelque ordre qu'elles soient, ont entre elles des rapports nécessaires.»

Montesquieu avait déjà classé les différents ordres de lois en catégories : le droit naturel, le droit divin, le droit ecclésiastique, le droit des gens, le droit civil de l'univers, etc... ⁸⁸ Diderot et D'Alembert reconnaissent la nécessité de ces catégories :

«[...] la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, & à ne point mettre de confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.» ⁸⁹

83. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 5.

84. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 5.

85. «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

86. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 477.

87. *Ibid.*

88. Montesquieu, *supra* note 47.

89. Diderot et D'Alembert, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Genève, Pellet, 1777. Voir «Loi».

Or, les tribunaux remettent en question ces classifications et la qualification de certains types de lois. Les tribunaux suggèrent l'abandon des controverses sur les distinctions faites par les codificateurs ou demandent des précisions. Sur le principe de la division des lois en général, le Tribunal de Paris observe que «les différentes espèces de lois ayant un rapport intime entre elles, et ces espèces se confondant sous divers aspects, il est très difficile de faire une division rigoureusement exacte».⁹⁰ Le Tribunal de Lyon commente les articles 2 et 3 du Titre II, Division des Lois qui édictent :

«Art. 2 Les lois, de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois, et le public et les particuliers. Celles qui intéressent plus immédiatement la société que les individus, forment le droit public d'une nation.

Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la société.

Art. 3 Les lois diffèrent des règlements : les règlements sont variables; la perpétuité est dans le vœu des lois.»

Le Tribunal de Lyon observe ⁹¹:

«On cherche en vain dans cet article la démarcation expresse et exacte du droit public et du droit privé, des lois et des règlements; démarcation très difficile, peut-être impossible, et cependant d'une absolue nécessité, si ces articles subsistent; démarcation qu'on devrait peut-être abandonner aux controverses des publicistes, loin d'en faire la matière d'une loi.»

De plus, certains tribunaux doutent de l'existence de lois intéressant uniquement l'autorité administrative qui les applique comme le laisse entendre l'article 4 du Titre III, De la publication des lois qui prévoit : «Les lois dont l'exécution et l'application appartiendraient à la fois aux tribunaux et à d'autres autorités, leur sont respectivement adressées; et elles sont exécutoires en ce qui

90. «Paris», *supra* note 25 à la p. 2.

91. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 5.

est relatif à la compétence de chaque autorité, du jour de la publication par l'autorité compétente».

Les tribunaux d'appel exigent aussi des précisions sur des expressions ambiguës ou controversées utilisées par les codificateurs. Par exemple, l'article 3 du Titre IV, Des effets de la loi statue «Néanmoins, une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée». Sur l'expression «loi explicative» utilisée par les codificateurs, le Tribunal de Lyon commente⁹² : «Pour que cet article ne puisse jamais masquer une rétroactivité, il est important de fixer les bornes dans lesquelles doit se renfermer une loi explicative». Le Tribunal de Toulouse complète en ces termes⁹³ : «Pour prévenir l'abus qui pourrait résulter de cette disposition, ajouter qu'on ne reconnaîtra comme lois explicatives que celles portant qu'elles sont rendues en interprétation d'une autre loi.»

Les Tribunaux d'appel expriment aussi des réticences sur l'emploi de l'expression «loi prohibitive» de l'article 9 du Titre IV, Des effet de la loi qui prévoit «Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée». Ainsi, le Tribunal de cassation pose la question : «Cet article IX du projet n'est-il pas inutile et dangereux? A quoi reconnaîtra-t-on le vrai caractère d'une loi prohibitive?»⁹⁴ Et le Tribunal de Montpellier d'ajouter : «Pour éviter des contestations, il faudrait exprimer à quels caractères on doit connaître les lois prohibitives; si elles doivent être conçues en termes prohibitifs formels, ou bien en termes équivalents.»⁹⁵ Les tribunaux s'interrogent aussi sur le caractère absolu de l'article. Les Tribunaux de Metz et de Paris veulent y ajouter une exception pour les «lois prohibitives qui prononcent elles-mêmes la peine attachée à leur infraction».⁹⁶

Enfin, certains tribunaux proposent l'abolition de l'article 10 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois qui consacre la distinction entre «lois odieuses» et «lois favorables» en stipulant : «La distinction des lois

92. *Ibid.* à la p. 6.

93. «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

94. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 7.

95. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3.

96. «Metz», *supra* note 25 aux pp. 2-3; «Paris», *supra* note 25 à la p. 4 : «Il est, il peut y avoir des prohibitions avec indication d'une peine attachée à leur infraction; celui qui y contrevient, ne doit encourir que la peine annoncée.»

odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive». Le Tribunal de cassation se pose la question de savoir «si l'on [peut] supposer qu'il y eût des lois **odieuses**; et, en le supposant, si le législateur pouvait défendre à l'homme sensible de n'en faire l'application qu'avec réserve». ⁹⁷ Pour le Tribunal de Riom, il n'y a aucun doute :

«Il n'y a point de lois odieuses, ou considérées comme telles : on doit les regarder toutes comme justes, tant qu'elles sont en vigueur.» ⁹⁸

Le mode de publication des lois constitue un des exemples les plus frappants de la divergence d'attitude entre les codificateurs et les tribunaux sur l'expression de la loi consacrée par le Code.

Sous l'ancien régime, le texte législatif adopté par le roi était envoyé à la chancellerie pour sa mise en forme et le scellé du sceau royal sous forme de lettres patentes. Le chancelier vérifiait et corrigeait la forme des actes mais, sous ce prétexte, il en contrôlait aussi le fond. Les lettres patentes devenaient exécutoires dès l'apposition du sceau royal. Cependant, au Moyen Âge, la pratique d'expédier les lettres patentes aux parlements et aux autorités chargées de les appliquer s'imposa comme système de publication. L'enregistrement qui se faisait par la transcription des lettres patentes dans les registres du greffier se généralisa et le roi l'ordonnait parfois. Au XIV^e siècle, le procédé de vérification, qui consistait en un examen de conformité aux ordonnances, préalable à l'enregistrement, fit son apparition.

Cette procédure de contrôle par la vérification de conformité, que les cours souveraines finirent par étendre aux lois royales, allait constituer un obstacle à l'exécution des actes jusqu'à la révolution. L'indépendance toujours grandissante des cours souveraines entraînait un ralentissement de la justice à cause de la multiplication des actions de retardement telles les «remontrances». Les lois non publiées n'étaient pas appliquées dans le ressort de la cour. ⁹⁹ Au cours des siècles, la royauté adopta en alternance une attitude ferme ou

97. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 9.

98. «Riom», *supra* note 25 à la p. 14.

99. Histoire du droit, *supra* note 7 aux pp. 168-170.

conciliante et dût même recourir à la force¹⁰⁰ pour faire face à la résistance des parlements. Cependant, à la veille de la révolution, Louis XVI abandonna la résistance en rétablissant les cours souveraines dans leur état antérieur. L'opposition des parlements se révélait plus grande que jamais.¹⁰¹

Au moment de la révolution, ces parlements, malgré la résistance qu'ils manifestaient à l'égard du pouvoir absolu du roi, demeuraient suspects à l'Assemblée parce qu'ils personnifiaient toujours l'ancien régime. Ils tombèrent parmi les premières victimes de la révolution. Suite à leur disparition, les lois furent simplement expédiées aux tribunaux et aux municipalités. Le décret du 14 frimaire an II instituait le Bulletin des lois mais il ne fixait pas la date d'entrée en vigueur des lois publiées. Enfin, la Constitution de l'an VIII prévoyait que les décrets du Corps législatif devenaient exécutoires dix jours après leur adoption.¹⁰²

Au moment de la codification, le mode de publication et d'exécution des lois s'avère nettement insuffisant. Les codificateurs posent le principe que «les lois ne [peuvent] obliger sans être connues».¹⁰³ En conséquence, ils proposent au Titre III du Livre préliminaire que «les lois dont l'application appartient aux tribunaux, [soient] exécutoires dans chaque partie du territoire de la république, du jour de leur publication, par les tribunaux d'appel».¹⁰⁴

Les tribunaux d'appel considèrent ce mode de publication inadéquat et proposent une multitude de mesures concrètes pour que les lois deviennent connues de tous, partout, en même temps.¹⁰⁵

-
100. Louis XV, en suivant les conseils du Chancelier Maupeou, dispersa les parlementaires et procéda à une réforme des cours de justice et du statut des magistrats. (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 171).
101. *Ibid.* aux pp. 170-172.
102. *Ibid.* à la p. 181.
103. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 478.
104. Voir Annexe 1 : Article 2 du Titre III, De la publication des lois.
105. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2.

D'abord, la publication dans les tribunaux d'appel n'atteint pas un assez grand nombre de citoyens. Plusieurs tribunaux proposent donc l'affichage de la loi dans toutes les communes.¹⁰⁶

Les tribunaux de première instance doivent être informés de la loi puisqu'ils sont les premiers à l'appliquer. Il faut donc les informer du jour de la publication en envoyant, par exemple, un extrait du procès-verbal du greffier à tous les tribunaux du ressort,¹⁰⁷ une note des époques des publications des lois,¹⁰⁸ un bordereau,¹⁰⁹ ou encore, en rétablissant l'usage du bulletin décadaire de publication¹¹⁰ ou de la procédure d'enregistrement de la loi au moment de sa réception.¹¹¹

Une autre solution proposée consiste à faire commencer l'exécution des lois à partir de leur publication dans les tribunaux d'arrondissements,¹¹² ou dans le tribunal d'appel et de première instance,¹¹³ ou encore seulement dans le tribunal de première instance.¹¹⁴ Le concept même de «tribunal d'appel» demeure imprécis. Les tribunaux d'arrondissements constituent des tribunaux d'appel par rapport aux juges de paix, de même, les tribunaux criminels par rapport aux juges de paix.¹¹⁵ Dans ses commentaires, le Tribunal de Metz interroge les codificateurs : les tribunaux d'arrondissements et les tribunaux criminels «sont-ils compris dans la dénomination générale de **tribunaux d'appel**? ou bien l'article n'entend-il parler que des tribunaux que l'organisation judiciaire désigne sous la qualification de **tribunaux d'appel**?». ¹¹⁶

106. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2; «Rennes», *supra* note à la p. 2; «Lyon», *supra* note 25 à la p. 6 : «Il est d'une nécessité absolue de rétablir l'affiche de chaque loi dans toutes les communes;[...]»

107. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

108. «Nîmes», *supra* note 25 à la p. 1.

109. «Poitiers», *supra* note 25 à la p. 1.

110. «Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 2.

111. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 6.

112. «Douai», *supra* note 25 à la p. 2.

113. «Liège», *supra* note 25 à la p. 3; «Rennes», *supra* note 25 à la p. 3 («publiée dans tous les tribunaux»).

114. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 2; «Riom», *supra* note 25 à la p. 13.

115. «Metz», *supra* note 25 à la p. 2.

116. *Ibid.*

Il importe aussi d'«éviter l'inconvénient d'une trop grande variété d'époques pour l'exécution des mêmes lois dans le même pays».¹¹⁷ Les tribunaux suggèrent l'établissement d'un délai fixé à l'expiration duquel la loi deviendrait exécutoire.¹¹⁸

Enfin, les tribunaux d'appel critiquent la sévérité de la peine de forfaiture prévue dans les cas de non-publication de la loi à l'audience du Tribunal d'appel qui suit immédiatement le jour de sa réception. L'article 3 du Titre III, De la publication des lois se lit comme suit :

«Cette publication doit être faite, à peine de forfaiture, à l'audience qui suit immédiatement le jour de la réception, par la section qui est de service. Le greffier en dresse procès-verbal sur un registre particulier.»

Les tribunaux parlent de peine «plus que sévère»,¹¹⁹ «trop sévère»,¹²⁰ «excessive».¹²¹ Ils mentionnent les cas possibles de simple retard,¹²² de négligence¹²³ ou de cas fortuit¹²⁴ susceptibles d'empêcher la prompt publication. Certains proposent que seul le refus constant soit si sévèrement puni.¹²⁵

Le Tribunal de Lyon cite le Chancelier de l'Hôpital qui opinait : «La loi commande; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de

117. «Douai», *supra* note 25 à la p. 2; «Lyon», *supra* note 25 à la p. 5.

118. «Agen», *supra* note 25 à la p. 2 («délai fixé»); «Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 2 (délai de «dix jours après celui où elles auraient été publiées par le tribunal d'appel»); «Bruxelles», *supra* note 25 à la p. 1 («loi obligatoire qu'après un temps moral, à dater de la publication»); «Lyon», *ibid.* à la p. 6 (établir une époque unique déterminée : vingt ou trente jours de la promulgation par le premier Consul); «Nîmes», *supra* note 25 à la p. 1 (cinq ou dix jours de la publication au tribunal d'appel); «Rennes», *supra* note 25 à la p. 2 («délai nécessaire pour que la loi soit parvenue dans toutes les communes les plus éloignées du centre politique», par exemple un «délai d'un mois à compter de cette promulgation par le Premier Consul»); «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1 («délai de dix jours, au moins, à compter de leur publication»).

119. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

120. «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3; «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

121. «Besançon», *supra* note 25 à la p. 2.

122. *Ibid.*; «Caen», *supra* note 25 à la p. 3.

123. «Besançon», *ibid.*; «Caen», *ibid.*; «Toulouse», *supra* note 25 à la p. 1.

124. «Besançon», *ibid.*; «Montpellier», *supra* note 25 à la p. 3.

125. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 2.

convaincre». ¹²⁶ Il incite le gouvernement à réduire le Livre préliminaire «aux seules dispositions impératives, incontestables et nécessaires sur la publication, les effets et l'abrogation des lois». ¹²⁷ Il semble que ces commentaires du Tribunal de Lyon influencèrent les codificateurs puisque le Titre préliminaire adopté fut réduit à seulement six dispositions dont trois portent sur les sujets retenus par le Tribunal de Lyon. ¹²⁸ Le Tribunal de Rouen va même jusqu'à suggérer la suppression complète du discours et du Livre préliminaire parce qu'ils contribuent à «affaiblir et énerver la force de la loi par la très grande latitude qu'ils donnent à l'arbitrage du juge et aux usages locaux». ¹²⁹

Les conceptions de la loi, telles qu'énoncées dans un code, divergent entre les codificateurs et les tribunaux. Mais cette fois, les tribunaux exigent des règles concrètes et pratiques alors que les auteurs du projet privilégient des principes philosophiques et abstraits. Dans ce nouveau système légaliste dont le Code constitue le chef-d'œuvre, une analyse des différentes approches adoptées par les codificateurs et les tribunaux, quant à la jurisprudence et au rôle du juge, nous éclaire sur ces divergences d'opinion concernant le concept de loi.

126. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 9.

127. *Ibid.*

128. Il s'agit des dispositions 1,2 et 3 qui prévoient :

Art. 1 Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par (le Président de la République). Elles seront exécutées dans chaque partie de (la République) du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par (le Président de la République) sera réputée connue dans le département où siège le gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où en aura été faite et le chef-lieu de chaque département.

Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.

Art. 3 Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.»

Les trois autres dispositions du Titre préliminaire adopté concernent l'application des lois (Voir Annexe 2).

129. «Rouen», *supra* note 25 aux pp. 3-4 : «Il nous paraît inutile, et peut-être il est dangereux de faire entrer le livre **du droit et des lois** dans le système du code civil. Cela nous paraît dangereux surtout, lorsque plusieurs des principes contenues dans ce livre préliminaire, ont nécessairement l'effet d'affaiblir et énerver la force de la loi par la très grande latitude qu'ils donnent à l'arbitrage du juge et aux usages locaux. Il ne faudrait, ce nous semble, ni discours préliminaire, ni livre du droit et des lois. Laissons à la loi toute sa force, elle ne sera encore que trop souvent éludée.»

PARTIE II - LA JURISPRUDENCE ET LA FONCTION JUDICIAIRE

A - Conception de la jurisprudence

Dans les années qui précédèrent la révolution, deux conceptions de la jurisprudence coexistaient dans le monde juridique. Par exemple, dans leur encyclopédie de 1777, Diderot et D'Alembert, écrivaient que «l'étude de la jurisprudence a toujours été en honneur chez toutes les nations policées». Ils qualifiaient la jurisprudence de «science étroitement liée avec le gouvernement politique». ¹³⁰ Mais déjà en 1783, les auteurs de la mise à jour de cet ouvrage laissaient entrevoir un scepticisme certain. D'abord, ils définissaient la jurisprudence comme un «art» d'application ou de jugement. ¹³¹ Ensuite, ils écrivaient ¹³² :

«L'expérience apprend que les sentiments contradictoires des commentateurs causent bien des incertitudes dans les tribunaux, & font de l'administration de la justice un jeu de hasard, ou au moins une science embrouillée & fort équivoque.»

Deux décennies plus tard, cette différence de perception réapparaît dans le débat sur le projet de Code civil qui oppose les codificateurs et la magistrature. En effet, les codificateurs épousent la vision de Diderot et D'Alembert : pour eux, la jurisprudence constitue une «science» ¹³³ qui «adoucit et règle le pouvoir», ¹³⁴ «qui [fixe] le talent, [flatte] l'amour-propre et [réveille] l'émulation». ¹³⁵ La jurisprudence demeure le supplément nécessaire et constant de la loi ¹³⁶ :

«[...] chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt

130. Diderot et D'Alembert, *supra* note 89 voir «Jurisprudence».

131. *Encyclopédie Méthodique - Jurisprudence*, Paris, 1783, voir «Jurisprudence» : «La jurisprudence peut être définie l'art d'appliquer les lois aux actions des hommes, ou les actions des hommes aux lois, ou autrement, l'art de juger des actions des hommes suivant les lois.»

132. *Ibid.*

133. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 471-472.

134. *Ibid.* à la p. 472.

135. *Ibid.* à la p. 471.

136. *Ibid.* à la p. 470.

de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

Seul le Tribunal de cassation manifeste son accord avec cette conception positive de la jurisprudence.¹³⁷

Pour les codificateurs, la jurisprudence reste indispensable puisque l'application d'une combinaison de textes demeure généralement requise pour régler l'immensité d'objets divers qui composent les matières civiles.¹³⁸ L'application d'un texte précis suffit rarement. «On ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois».¹³⁹

Contrairement à cela, la conception des tribunaux se rapproche du scepticisme des auteurs de l'Encyclopédie Méthodique. Les termes utilisés par ces tribunaux pour décrier les incertitudes et la diversité de la jurisprudence marquent par leur virulence. Pour certains tribunaux d'appel, la jurisprudence représente un «fléau destructeur de la loi»,¹⁴⁰ qui l'affaiblit, la mine, puis lui usurpe ses droits.¹⁴¹ Une suite de préjugés qui étouffent la voix du législateur,¹⁴²

137. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 2 : «Il convient d'énoncer les **jugements** dont la **constante uniformité** a toujours formé cette **jurisprudence** que tous les peuples admettent comme véritable supplément de la loi.»

138. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476 : «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger, mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois.»

139. *Ibid.*

140. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 1.

141. *Ibid.* : «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 l'affaiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne reparaitront 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! où une erreur hasardée par l'un, et successivement adoptée par les autres, deviendra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge, et étouffera la voix du

la jurisprudence, et plus encore la diversité de la jurisprudence, incarne l'arbitraire funeste et désastreux.¹⁴³

Le Tribunal de Lyon applaudit la consécration du principe de la division du pouvoir législatif et du judiciaire dans l'interdiction faite aux juges de créer de la législation sous forme de dispositions générales. En effet, l'article 3 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois dispose que «Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges». Cependant, il condamne la consécration de certaines réflexions contenues dans les articles en principes fondamentaux parce qu'ils équivalent à «autoriser formellement les usurpations du pouvoir judiciaire sur le législatif».¹⁴⁴ Le Tribunal de Lyon dénonce certaines dispositions du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois, telles :

1) Le principe qui permet au juge d'interpréter par voie de doctrine;

Art. 2 Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. 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.

2) La consécration du juge comme «ministre d'équité» à défaut de lois précises dans les matières civiles;

Art. 11 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.

législateur!»

142. *Ibid.*

143. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 1 : «Mais lorsque les Français, indignés de n'avoir pas une législation, fatigués[...]des funestes effets de la jurisprudence diverse dans les tribunaux, variable suivant les circonstances, et toujours d'un arbitraire effrayant, demandaient à grands cris, depuis plusieurs siècles, un code complet et uniforme;[...]»

144. *Ibid.* à la p. 7; Voir Partie 2-B sur le rôle du juge, discussion sur le «pouvoir» judiciaire et le pouvoir législatif.

3) La sanction du juge s'il refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi;

Art. 12 Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.

Lors de ses commentaires sur ces articles, le Tribunal de Lyon dévoile sa conception de la jurisprudence en ces termes¹⁴⁵ :

«[Ces principes consacrent] cet arbitraire si odieux et si funeste, source des plaintes et de l'indignation qui anéantissent si facilement les anciens tribunaux dès les premiers instants de la révolution! c'est certainement supposer que tous les hommes sont également capables de discerner les vrais principes de l'équité naturelle; et malheureusement l'expérience a démontré que cette supposition est une erreur.»

Si dans chaque tribunal, la raison naturelle doit suppléer à la loi, pourquoi voyait-on autrefois une si grande diversité de jurisprudence sur les mêmes points, entre les différents tribunaux, et même entre les chambres d'un même parlement?

Les créateurs de la jurisprudence la condamnent. Cette vision de la jurisprudence reflète les besoins des tribunaux de retrouver des règles précises et concrètes dans le Code civil qu'ils doivent appliquer. La loi constitue leur salut, la solution pour éliminer l'arbitraire des juges. Ils fondent d'énormes espoirs dans l'effet normatif de la codification.

145. «Lyon», *ibid.* aux pp. 7-8.

Pour les codificateurs, le Code civil s'inscrit dans un tout. Il doit prendre en compte l'histoire et l'expérience de la société qu'il régit. Les codificateurs fondent une confiance plus grande dans l'expérience et le savoir-faire des juges que ceux-ci dans leurs propres capacités. Cette différence de conception de la jurisprudence trouve son écho dans celle de la fonction judiciaire.

B - Conception de la fonction judiciaire

Dès le début de la révolution s'engageait la grande réforme judiciaire. Le principe fondamental de la séparation des pouvoirs entraînait une remise en question du «pouvoir» judiciaire. En réaction à la résistance au pouvoir royal déployée par les parlements de l'ancien régime, l'Assemblée concluait à la limitation du pouvoir judiciaire à la matière judiciaire proprement dite. Le principe de souveraineté nationale, sur lequel se fondait la révolution, entraînait avec lui celui de la souveraineté de la loi. La loi écrite devait régler toutes les situations juridiques. Le rôle du judiciaire consistait à protéger les libertés et les droits individuels. Le judiciaire se concevait comme «**gardien de la loi**» et non comme son créateur. Selon cette conception du judiciaire, le juge exécutait plus une «fonction» qu'un véritable «pouvoir». Cette idée renforçait la procédure de l'élection des juges et rendait inutile la formation professionnelle.¹⁴⁶

Dans ce contexte, le rôle du juge consistait avant tout à respecter la loi mais surtout à l'appliquer à la lettre. Voltaire avait écrit, «toute loi [est] claire, uniforme et précise; l'interpréter c'est presque toujours la corrompre».¹⁴⁷ Montesquieu ajoutait que les juges ne sont que «la bouche qui prononce les paroles de la loi». En conséquence, les jugements devaient être fixes «à tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi».¹⁴⁸ Cette revendication avait conduit les juristes des débuts de la révolution à limiter le pouvoir d'interprétation des juges et à réprimer leurs violations de la loi.

L'histoire de cette restriction du pouvoir d'interprétation nous éclaire sur l'attitude des tribunaux et des codificateurs à l'égard du rôle du juge dans un système legaliste. L'ancien régime prohibait l'interprétation de portée générale. L'Ordonnance de 1667 de Louis XIV défendait aux juges d'«interpréter» les

146. Histoire du droit, *supra* note 7 aux pp. 174, 259-260.

147. Voltaire, *Dictionnaire philosophique* (1764) Paris, Garnier, 1969. Voir «Des lois civiles et ecclésiastiques».

148. Montesquieu, *supra* note 47.

ordonnances et les obligeait à se référer au roi pour connaître son intention.¹⁴⁹ Cette ordonnance influença plusieurs générations de juristes dans leur conception de l'interprétation de portée générale.¹⁵⁰ Par exemple, en 1769, Cl. de Ferrière¹⁵¹ écrivait que seules les cours peuvent interpréter la loi mais uniquement si cette interprétation de la loi «se peut tirer d'elle-même».¹⁵² Dans tous les cas, les juges des cours inférieures ne pouvaient apporter à la loi qu'ils appliquaient «aucun tempérament de leur chef».¹⁵³ Ces textes traduisent bien l'inquiétude des juristes que les juges, sous prétexte d'interpréter la loi, finissent par s'en affranchir totalement. Cette tradition introduite par l'Ordonnance de 1667 et suivie par de Ferrière continuera jusqu'à la révolution. Elle entraîne avec elle un ambiguïté terminologique à propos de l'interprétation qui, elle, ne sera clarifiée qu'au moment de la codification.

Le débat sur l'interprétation prendra une nouvelle tournure au moment de la création du Tribunal de cassation en 1790.¹⁵⁴ Le débat se situait d'abord

149. L'article 7 du Titre I de l'Ordonnance de 1667 se lisait comme suit : «Si dans les jugements des procès qui seront pendans dans nos cours de parlement, et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter : mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention.» Voir *Interpréter la loi*, *supra* note 19 à la p. 39.
150. L'interprétation qui vise le travail d'adaptation aux cas concrets était admise et était considérée comme relevant de la seule application de la loi. En effet, jusqu'à la révolution, le terme «interpréter» semblait confiné à l'interprétation de portée générale. L'expression «appliquer la loi» étant plutôt réservée à l'interprétation «in concreto» tel qu'on l'entend aujourd'hui. Voir *ibid.*
151. *Ibid.* à la p. 38; *supra* note 51, en 1769, Claude de Ferrière dans son Dictionnaire de droit et de pratique (voir «Interpréter les lois») parlait de la loi sujette à interprétation faite pour le législateur de pouvoir tout prévoir. Il écrivait qu'il ne faut pas «toujours s'opiniâtrer à en chercher le véritable sens dans les termes dans lesquels elle est conçue, principalement quand la raison y répugne» mais plutôt chercher ce sens «dans la raison qui a servi de fondement à cette loi.» L'auteur poursuivait en référant au mot «intention», réminiscence de l'Ordonnance.
152. Ferrière, *ibid.*; *Interpréter la loi*, *supra* note 19 à la p. 39.
153. Ferrière, *ibid.*; *Interpréter la loi*, *ibid.*
154. Le Tribunal de cassation fut créé par la loi du 27 novembre - 1er décembre 1790. La notion de cassation se développa à la fin du XVIe siècle. Selon Jean-Louis Halpérin, plusieurs facteurs contribuèrent à son épanouissement (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 19) : «En fait, la notion de cassation n'a pu s'épanouir réellement qu'à partir de la fin du XVIe siècle : elle est liée en effet au développement de la législation royale, à une meilleure distinction des erreurs de fait et des erreurs de droit et à la multiplication des conflits de compétence entre cours souveraines. La cassation se développa également à la faveur du mouvement de

autour du principe de la séparation du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire. L'existence même d'un «pouvoir» judiciaire suscitait déjà de vives discussions. L'Assemblée se pencha sur la question de savoir si le futur Tribunal de cassation appartiendrait ou non au pouvoir judiciaire. Les membres de l'Assemblée se divisèrent sur la question. Selon Merlin de Douai, la cassation correspondait à la nature judiciaire parce que le Tribunal de cassation devait «être unique comme le Corps Législatif et le roi».¹⁵⁵ Dans son discours du 25 mai 1790, Robespierre défendit la thèse qui faisait de la cassation et de l'interprétation de la loi une fonction législative. Jean-Louis Halpérin résume cette thèse ainsi¹⁵⁶ :

«La cassation est nécessaire pour réprimer les violations de la loi commises par les tribunaux. Mais l'existence d'un Tribunal de cassation indépendant serait dangereuse. Comme toute institution, ce tribunal serait animé d'une volonté particulière et pourrait avoir ses intérêts propres.... A partir de cette analyse empruntée à la théorie du gouvernement de Rousseau (*Du contrat social*, Livre III, chapitre I et X), Robespierre évoque le danger d'une «connivence» entre les tribunaux inférieurs et le Tribunal de cassation pour violer la loi. Alors les lois deviendraient, dit-il, de «vaines formules», le pouvoir suprême appartiendrait aux tribunaux, et plus particulièrement au Tribunal de cassation ... Cet équilibre [des pouvoirs], qui suppose en fait la primauté du pouvoir législatif, serait détruit si les juges pouvaient violer la loi.»

Robespierre tentait de justifier, par un rappel historique à la cassation par le Conseil du roi, l'attribution exclusive de l'interprétation des lois au Corps législatif. Certains juristes estimaient que Robespierre aurait voulu prohiber aux tribunaux non seulement l'interprétation par voie d'arrêts de règlement mais aussi toute interprétation sur la portée d'une loi, même dans des situations concrètes.¹⁵⁷ Ainsi, le Corps législatif, par son intervention continuelle, se serait

spécialisation qui, à l'intérieur du Conseil du roi, attribua le jugement de la majorité des recours des particuliers contre les arrêts des Parlements au Conseil des parties ou Conseil privé.» La notion de cassation était familière aux juristes du XVIIIe (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 18). Au moment de la révolution, la réforme de la cassation ne visait pas à écarter un abus criant de l'ancien régime. Ce n'est qu'à partir de mars 1790 que le problème de la cassation commença à susciter de véritables débats (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 42).

155. *Ibid.* à la p. 62.

156. *Ibid.* à la p. 64.

157. *Ibid.* à la p. 65.

transformé en véritable tribunal en ne laissant aucune discrétion aux juges chargés d'appliquer la loi.¹⁵⁸

Suite à ce discours de Robespierre, la Constituante introduisit le principe que les «tribunaux ne pourront point faire de règlements mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle».¹⁵⁹ La signification de cet article demeurerait sujette à controverse parce qu'il renfermait la même ambiguïté que le discours de Robespierre.¹⁶⁰ Cependant, nul doute que les constituants, inspirés par un légalisme strict et marqués par les pratiques judiciaires de l'ancien régime, visaient à mettre la loi hors de l'atteinte des tribunaux.¹⁶¹ Enfin, au début de la révolution, l'idée que les jugements n'établissaient que de purs syllogismes dont

158. *Ibid.*; Au sujet du Tribunal de cassation: «La thèse de Robespierre ne fut pas adoptée. Dès sa création, le Tribunal de cassation fut considéré comme un organe du pouvoir judiciaire, bien qu'il fut placé "auprès du Corps Législatif"» (*ibid.* à la p. 67).

159. Article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790.

160. Robespierre, dans son discours du 18 novembre 1790 affirmait : «Dans un état qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence»(Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76). Il utilisait le terme «jurisprudence» dans son acception sous l'ancien régime, c'est-à-dire dans le sens général et ancien de «science du droit» mais aussi dans celui d'«une suite de jugements uniformes sur une même question qui forment un usage» (Diderot et D'Alembert, *supra* note 89; Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76). Le mot «jurisprudence» avait donc son sens contemporain malgré qu'il soit marqué par les pratiques judiciaires de l'ancien régime comme les arrêts de règlements des parlements et les jurisprudences provinciales qui rectifiaient et complétaient le droit coutumier et le droit écrit. Robespierre condamnait ces pratiques en conformité avec l'article 12 du Titre II de la loi du 16-24 août 1790 qui interdisait les arrêts de règlements et prévoyait le système du référé législatif. De plus, le projet de Code civil annonçait l'abolition des courants jurisprudentiels locaux en contradiction avec la nouvelle suprématie de la loi. La Constituante avait ainsi statué pour «l'identité de jurisprudence». Cependant, comme le souligne Jean-Louis Halpérin, le discours de Robespierre laissait planer une ambiguïté qui allait engendrer un long débat sur l'interprétation de la loi (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 76) : «Mais la pensée de l'orateur ne va-t-elle pas plus loin lorsqu'il affirme que "la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi"? N'est-ce pas à nouveau une condamnation de toute interprétation de la loi par les tribunaux inférieurs comme par le Tribunal de cassation?»

À ce sujet, la position des constituants demeurait imprécise. L'expérience du passé avait fortement marqué l'Assemblée qui restait «inspirée par un légalisme strict et un refus total de tout ce qui pourrait rappeler les arrêts de règlements ou les pratiques judiciaires de l'Ancien Régime»(Halpérin, *supra* note 19 à la p. 78); voir aussi Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 29; Halpérin, *supra* note 19 à la p.65.

161. Halpérin, *ibid.* aux pp. 65-78.

le fait constituait la majeure et la loi constituait la mineure demeurait fort répandue.¹⁶² En conséquence, les juristes de l'époque ne croyaient pas rencontrer de difficultés liées à la qualification des actes et des faits juridiques qui rendraient nécessaire une explication du texte de loi.¹⁶³

Au moment de la rédaction du projet de Code civil, une théorie de l'interprétation commence à se dessiner. À propos de l'interprétation par voie de disposition générale, les codificateurs évitent le terme «interprétation» et proposent : «Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges».¹⁶⁴ Le Tribunal de Rouen suggère l'ajout du principe fondamental de l'interdiction au juge de faire des règlements.¹⁶⁵ Cette proposition semble avoir été entendue par les codificateurs, puisque l'article 5 du Titre préliminaire adopté en consacre le principe en ces termes :

«Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

Les codificateurs distinguent l'interprétation par voie de doctrine, qui constitue le ministère du juge, de l'interprétation par voie d'autorité réservée au pouvoir législatif et interdite aux tribunaux.¹⁶⁶ L'article 2 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois du Livre Préliminaire prévoit :

-
162. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 317. Cette idée avait été exprimée par Dupont devant l'Assemblée Constituante.
163. Halpérin, *supra* note 19 à la p. 66.
164. Voir Annexe 1 : Article 3 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois.
165. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 6 : «Les tribunaux ne peuvent faire aucun règlement, si ce n'est pour l'ordre de leurs audiences et le service des officiers ministériels, sauf l'homologation par le Gouvernement de ces règlements de police intérieure. Ne faudrait-il pas insérer dans le livre *du droit et des lois*, une disposition qui consacrerait le principe? ou dire au moins que nul ne peut faire de règlements, si ce n'est dans les cas prévus par le code judiciaire?»
166. À ce propos, Merlin citait la discussion au Conseil d'État au moment des travaux préparatoires du Code civil. Il observait : «Le Ministre de la justice dit qu'il y a deux sortes **d'interprétations**, celle de **législation** et celle de **doctrine**; que cette dernière appartient essentiellement aux tribunaux; que la première est celle qui leur est interdite; que lorsqu'il est défendu aux juges **d'interpréter**, il est évident que c'est de l'interprétation législative qu'il s'agit. Il cite l'art. 7 du titre I de l'ordonnance de 1667, qui défend aux juges **d'interpréter les ordonnances**. Il en conclut que le sens de ce mot étant fixé, il n'y a aucun inconvénient à l'employer.» (Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 41).

«Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. 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.»

Cette distinction ne fut pas reprise dans le Titre préliminaire et le terme «interpréter» a été soigneusement évité.¹⁶⁷ Selon Bloch et St-Hilaire, sa suppression s'avère lourde de sous-entendus :

«En somme les excès révolutionnaires commandaient de limiter à l'avenir l'utilisation de ce vocable à ce qui relevait de la fonction judiciaire, l'interprétation doctrinale; c'était opérer du point de vue terminologique un renversement complet par rapport aux usages d'Ancien Régime dans un but essentiellement conservatoire à l'égard de la fonction du juge.»¹⁶⁸

Les codificateurs semblent toujours craindre les empiétements du judiciaire sur le domaine législatif.¹⁶⁹ Mais ils appréhendent aussi la passivité des juges dans leur fonction judiciaire causée par de trop grandes restrictions à leur devoir d'interpréter.¹⁷⁰

Cette passivité des juges remontait aux débuts de la révolution ou, plus exactement, à la création du Comité de législation en septembre 1789.¹⁷¹ Ce

167. Voir le texte du Titre préliminaire adopté (Annexe 2).

168. Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 42.

169. Cependant, il semble que les membres du Comité législatif aient été d'un tout autre avis. Pour eux, les craintes de 1790 d'un retour à l'arrêt de règlement de l'ancien régime étaient dépassées. La conception du rôle du juge au sein du Comité se détachait de celle qui prévalait au début de la révolution. *Ibid.* à la p. 37. Les craintes des codificateurs s'expliquent cependant par la présence de plus en plus imposante des tribunaux et surtout celle du Tribunal de cassation au moment de la codification. De plus, les auteurs du Projet visent à la création d'un Code civil qui passe l'épreuve du temps et donc qui couvre le plus d'éventualités possible.

170. L'intervention de Tronchet, telle que rapportée dans *ibid.* à la p. 42, est révélatrice : «M. Tronchet dit que l'on a abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée constituante d'interpréter les lois et de régler. [...] il faut laisser au juge l'interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère».

171. *Ibid.* à la p. 29.

Comité avait joué un rôle fondamental de surveillance des tribunaux. Les tribunaux demeuraient imprégnés par la consigne que les juges ne devaient se «permettre aucune interprétation de la loi».¹⁷² Dans l'application de cette règle, les recours au Comité allaient de la quête de renseignements au référé législatif.¹⁷³

Les réponses du Comité aux tribunaux rappelaient d'abord que le pouvoir d'interpréter la loi relevait de la Convention. En conséquence, le Comité n'octroyait que des «avis» sans vocation générale, ni force contraignante. Cependant, ces avis rédigés d'une manière didactique exercèrent une influence considérable sur des juges et des commissaires souvent fort peu expérimentés.¹⁷⁴

Tout en s'interdisant eux-mêmes l'emploi de méthodes interprétatives, les membres du Comité encourageaient les juges à faire face aux devoirs de leur charge en faisant appel aux ressources de leur fonction, à leur conscience et à leurs responsabilités. On incitait les juges à «se pénétrer de l'esprit de la loi».¹⁷⁵ Les auteurs Bloch et Hilaire écrivent :

«Tout en faisant référence à l'interdiction d'interpréter, les membres du Comité paraissaient, en grande majorité, admettre parfaitement que le juge puisse résoudre par lui-même à l'aide d'un raisonnement structuré les questions qui se posaient à lui quant au sens de la loi dans les affaires dont il avait journallement connaissance.»¹⁷⁶

Dès les débuts de l'existence du Comité, ses membres reprochaient donc aux tribunaux de s'abandonner à la passivité intellectuelle en ayant trop souvent recours à eux lors de difficultés rencontrées en appliquant la loi. Les membres du Comité de législation limitaient l'interdiction d'interpréter à la prohibition de juger par voie d'arrêt de règlement. Cette vision du Comité de législation annonce la rédaction particulière des articles 4 et 5 du Code civil¹⁷⁷ :

172. Citation du Commissaire national du Tribunal de district de Dijon rapportée dans *ibid.* à la p. 33.

173. En pratique, les requêtes au Comité tendaient souvent aux conclusions du référé législatif même si ce recours n'était pas formellement utilisé.

174. Le Comité ne rendait pas de décisions judiciaires; Interpréter la loi, *supra* note 19 aux pp. 30, 35-36.

175. *Ibid.* à la p. 36.

176. *Ibid.* à la p. 37.

177. *Ibid.* à la p. 43.

«[...] les textes du Code ont été rédigés de telle manière que l'on ne puisse pas en inférer une défense de toute interprétation, même doctrinale, et que le juge ne puisse pas davantage y trouver un appui pour échapper à ce devoir de sa charge.»

En effet, l'article 4, tel qu'adopté dans le Code civil, dispose 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.» L'article 5 prévoit «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.» Le projet de Code civil ajoute aux infractions le cas du juge qui «diffère de juger» et l'accuse aussi de commettre un abus de pouvoir en plus d'un déni de justice. L'article 12 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois du Livre préliminaire stipule :

«Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.»

Ainsi, les articles 4 et 5 du Code civil de Napoléon, mais plus particulièrement les articles du projet, découlent aussi des idées sur le référé législatif.

Sous la Constitution de l'an III, le Tribunal de cassation décidait «que le recours au Corps législatif pour l'interprétation de la loi n'était permis aux tribunaux que "sous le point de vue d'ordre général" et non pour décider de l'application d'une loi existante à un cas particulier[...]».¹⁷⁸ En conséquence, un juge ne pouvait retarder sa décision pour se conformer à la réponse du Corps législatif. Il interdisait au juge de surseoir à sa décision jusqu'au rapport de référé législatif sous peine de commettre un déni de justice. Comme le Comité de législation, la jurisprudence du Tribunal de cassation encourageait les juges à ne pas abdiquer les responsabilités de leurs fonctions judiciaires, et donc à interpréter la loi si cela s'avérait nécessaire. Ainsi, le Tribunal de cassation poursuivit l'œuvre du Comité puis le Code civil en consacra légalement les

178. *Ibid.* à la p. 42.

principes.¹⁷⁹ De plus, dans les cas prévus par l'article 4, le juge se voit octroyer l'obligation d'interpréter la loi et de recourir aux notions d'équité puisqu'il interdit au juge de refuser de juger.¹⁸⁰

Dans ce contexte, la différence de conception du rôle du juge entre les codificateurs et les tribunaux s'explique. Pour les premiers, le juge dirige la loi,¹⁸¹ pour les seconds, le juge en est l'esclave.¹⁸² Les codificateurs continuent l'œuvre commencée par le Comité de législation et le Tribunal de cassation, en encourageant les juges à prendre un rôle actif dans l'application de la loi. Par contre, les tribunaux, marqués par la surveillance et le contrôle de leurs décisions par les commissaires nationaux et par le Comité de législation, rejettent toute attribution de responsabilité à l'égard de l'interprétation de la loi. La loi souveraine doit tout prévoir de manière concrète et le rôle du juge se borne à une application mécanique des dispositions du Code.¹⁸³

Fidèles à l'idéologie qui prévaut au début de la révolution, les tribunaux réduisent le rôle du juge à l'application d'un syllogisme «quasi-

179. Il convient de mentionner que certains tribunaux se méfient déjà du Tribunal de cassation, créé depuis 1790 par la Constituante (Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790). À leur avis, il dépasse les cadres de son institution en «s'érig[ant] en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs». Le Tribunal de Bordeaux écrit («Bordeaux», *supra* note 25 à la p. 3) : «On se plaint déjà, et ce n'est peut-être pas à tort, que ce tribunal établi pour veiller à l'observation des formes, au lieu de se renfermer dans les bornes de son institution, s'érige en tribunal d'appel de tous les tribunaux supérieurs.» Or, les compétences du Tribunal de cassation s'étendent, depuis sa création, au-delà des recours de cassation des parties, aux pourvois en cassation du commissaire du roi près le Tribunal de cassation, aux litiges concernant les règlements de juges, aux renvois pour suspicion légitime et aux prises à partie (Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790). L'article 27 du chapitre sur le pouvoir judiciaire de la Constitution de 1791 attribuait au Tribunal de cassation le pouvoir d'annuler les «actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs.» Ces compétences permirent donc au Tribunal de cassation, qualifié dès 1790 de «tribunal régulateur» (selon l'expression de Stanislas de Clermont-Tonnerre rapportée par Halpérin, *supra* note 19 à la p. 438), d'élargir son champ d'enquête et de contrôle à l'examen des faits (Halpérin, *supra* note 19 à la p. 439).

180. Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 318.

181. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

182. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 8.

183. Voir Partie 1 sur la conception de la loi et son expression dans le Code.

mathématique». ¹⁸⁴ La loi n'a donc pas à être interprétée. ¹⁸⁵ Cette différence conceptuelle se manifeste dans l'évaluation de la fréquence du rôle interprétatif du juge proposée par les codificateurs et les tribunaux. Ainsi, pour les auteurs du projet, «[i]l est **souvent** nécessaire d'interpréter les lois». ¹⁸⁶ Mais les tribunaux opinent que cela n'est que «**quelquefois**» nécessaire ¹⁸⁷ ou encore «**peut [l']être**», ¹⁸⁸ «car il serait à souhaiter que les juges ne fussent jamais dans la nécessité d'interpréter». ¹⁸⁹

Les codificateurs fondent leur projet sur une conception idéale et libérale d'une société constituée d'**hommes** égaux entre eux. L'**homme** du Code consiste en un être abstrait, un esprit surpuissant, animé par la seule volonté. Le juge des codificateurs incarne la même image : un **surhomme** équitable, objectif et guidé par la raison naturelle. Pour eux, le magistrat, pénétré de l'esprit général des lois, dirige l'application de la loi. ¹⁹⁰ Le Tribunal de Riom semble en accord avec cette vision lorsqu'il écrit :

«Qui ne voit en effet que les lois sont aux conventions des hommes ce que les éléments sont à la composition des corps; qu'elles doivent être simples comme eux, et que c'est aux juges à discerner, dans les diverses conventions, les principes élémentaires auxquels elles se rapportent, et par lesquels elles doivent être jugées.» ¹⁹¹

Pour les codificateurs, le magistrat détient une science qui consiste à :

«[...]mettre ces principes [les principes du législateur] en action, [à] les ramifier, [à] les étendre, par une application sage et raisonnée, aux

184. Il est intéressant de constater que les membres du Comité de législation avaient déjà commencé à remettre en question le syllogisme de l'acte juridictionnel (Interpréter la loi, *supra* note 19 à la p. 37).

185. La raison politique avait déjà été énoncée par Robespierre (Histoire du droit, *supra* note 7 à la p. 317) : «Si la loi peut être interprétée, augmentée ou appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète.»

186. Voir Annexe 1 : Article 2 du Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois.

187. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 3.

188. Tribunal de cassation, *supra* note 66 à la p. 7.

189. «Amiens», *supra* note 25 à la p. 3.

190. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 470.

191. «Riom», *supra* note 25 à la p. 2.

hypothèses privées; [à] étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue; et [à] ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle, et [à] désobéir par esprit de servitude.»¹⁹²

Ainsi, les codificateurs encouragent les juges à appliquer l'esprit de la loi quand l'application formelle du texte conduit à l'injustice. Les codificateurs signalent certaines situations que les juges doivent éviter dans l'exercice de leur fonction. D'abord le juge devient esclave de la loi s'il se contente de l'appliquer aveuglément sans se soucier des conséquences injustes que cette application entraîne. Le juge se voit justement accusé de «désobéir à la loi par esprit de servitude» si cette application stricte du texte de loi conduit le juge à contrarier l'esprit de celle-ci. Ensuite, le juge se montre «rebelle» si par souci de respect de l'esprit de la loi, il passe outre au texte.

Ce discours témoigne du souci des codificateurs de rationaliser le devoir d'interprétation des juges, leur rôle actif dans l'application de la loi. Enfin, il révèle la distance qui sépare les codificateurs de la magistrature. Pour les premiers, le juge doit éviter la servitude par rapport au texte de la loi, alors que pour les seconds, le rôle du juge consiste précisément à en être l'esclave.

De l'opinion des codificateurs, l'équité constitue un «retour à la loi naturelle» à laquelle il faut recourir dans plusieurs cas, notamment «le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives».¹⁹³ De plus, en l'absence d'un texte précis, plusieurs sources extérieures peuvent tenir lieu de loi tels «un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue [...]».¹⁹⁴

192. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 à la p. 476.

193. *Ibid.* à la p.474 : «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.»

194. *Ibid.* à la p. 471 : «Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.»

Les tribunaux se montrent beaucoup plus stricts. L'intervention du juge constitue un mal nécessaire, se limitant aux seuls cas imprévus.¹⁹⁵ Et même alors, les décisions particulières doivent avoir pour unique objet d'éviter la diversité de la jurisprudence.¹⁹⁶ Le Tribunal de Rouen propose d'instituer l'obligation par le ministre de la justice de provoquer des lois interprétatives et supplétives pour contrôler la divergence des principes d'équité.¹⁹⁷ Les lois interprétatives, vérités législatives, remettraient les juges errants dans le droit chemin.¹⁹⁸

Dans un système légaliste, le magistrat doit être dirigé par des règles. Pour les codificateurs, les lois constituent ces règles en tant que raison publique.¹⁹⁹ Ainsi, un échange s'installe entre le législateur et la jurisprudence; «il [le législateur] peut être éclairé par elle [la jurisprudence], et il peut, de son côté, la corriger, mais il faut qu'il y en ait une».²⁰⁰ «Le législateur veille sur la jurisprudence».²⁰¹ Pourtant, les codificateurs proposent d'abolir le référé législatif qu'ils qualifient de funeste parce qu'il équivaut à la reconnaissance de la désastreuse législation des rescrits.²⁰² Les codificateurs rappellent les abus de

195. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 1 : «Il faut, nous le savons, laisser d'abord les cas imprévus à l'équité du juge; mais c'est sur ces cas imprévus seulement qu'il peut s'établir une jurisprudence.»

196. *Ibid.* : «[...] encore ne faut-il pas que cette jurisprudence [des cas imprévus] varie suivant les lieux, et que la loi, comme un vieux tronc, reste oubliée au milieu de branches parasites, divergentes dans tous les sens; il faut que les décisions particulières qui peuvent avoir l'effet de former avec le temps une jurisprudence, soient dirigées vers un résultat unique.»

197. *Ibid.* : «[...] il faut que les décisions particulières [...] soient dirigées vers un résultat unique. Nous voudrions donc que dans chaque tribunal d'appel, le commissaire du Gouvernement fût tenu de transmettre au ministre de la justice tous les jugements qui auraient pour base un principe d'équité ou de doctrine **interprétatif ou supplétif** de la loi; et qu'en cas de divergence dans les principes adoptés, le ministre fût tenu de provoquer une loi **interprétative** ou supplétive.»

198. *Ibid.* à la p. 2 : «De cette manière, les juges ne flotteraient que momentanément dans le vague de l'arbitraire; ils seraient confirmés dans leur principe de décision, si ce principe était adopté, et rappelés à la vérité s'ils avaient erré.»

199. Travaux préparatoires du Code civil, *supra* note 12 aux pp. 479-480 : «Le pouvoir judiciaire, établi pour appliquer les lois, a besoin d'être dirigé, dans cette application, par certaines règles. Nous les avons tracées : elles sont telles, que la raison particulière d'aucun homme ne puisse jamais prévaloir sur la loi, raison publique.»

200. *Ibid.* à la p. 476.

201. *Ibid.*

202. *Ibid.* à la p. 474 : «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.»

ce recours au législateur par les tribunaux.²⁰³ Ils préférèrent l'arbitraire des juges à celui, tout puissant, du pouvoir législatif :

«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 [...] il [le recours au législateur] compromettrait la sagesse et la sainteté des lois.»²⁰⁴

Contrairement à cette vision des choses, les tribunaux privilégient le recours au législateur pour se soustraire à une plus lourde responsabilité. Certains tribunaux opinent que le «juge doit être esclave de la loi».²⁰⁵ Le juge ne doit pas substituer son opinion au texte.²⁰⁶ Ainsi, le recours au référé législatif créé par l'Assemblée constituante demeure essentiel et nécessaire pour les tribunaux.²⁰⁷ Mais, selon le Tribunal de Lyon, ce recours demeurerait rare puisque le Code civil aurait statué sur tout le droit connu. Les circonstances imprévues, si elles survenaient, relèveraient de l'autorité du législateur.²⁰⁸

La conception du rôle du juge, et plus particulièrement sa fonction interprétative, telle qu'envisagée par les codificateurs, diffère fondamentalement de celle entretenue par les tribunaux. Les tribunaux souffrent encore des

203. *Ibid.* : «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. Le Tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus, comme un déni de justice.»

204. *Ibid.* aux pp. 474-475.

205. «Lyon», *supra* note 25 à la p. 8.

206. «Rouen», *supra* note 25 à la p. 2 : «Il nous semble que quand la lettre de la loi tue, elle est claire, formelle et impérieuse. Or, sera-ce dans ce cas qu'il sera permis au magistrat de substituer au texte précis d'une loi qui commande avec rigueur, son opinion sur l'esprit de cette loi?» Le Tribunal de Riom ajoute («Riom», *supra* note 25 à la p. 12) : «[...] le magistrat, qui ne fait que l'appliquer [la loi], l'exécute, sans rien ordonner de son chef.»

207. Le Tribunal de Lyon («Lyon», *supra* note 25 aux pp. 8-9) rappelle que l'Assemblée constituante s'était empressée de consacrer en France le principe de la loi comme «régulateur général et commun des jugements» en statuant que : «les juges s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle». Le Tribunal de Lyon ne voit aucune raison de rétracter ce principe : «Il en existe de puissants pour le maintenir et pour rejeter les dispositions proposées dans ce titre [Titre V, De l'application et de l'interprétation des lois].»

208. *Ibid.*

séquelles laissées par les nombreuses réformes judiciaires et les mécanismes de surveillance et de contrôle que le régime de la terreur n'a fait que rendre plus menaçants et immédiats. Ils visent à abdiquer leur pouvoir au profit du législatif. Les codificateurs, au contraire, projettent une vision plus réaliste et globale de la codification. Inspirés par l'ère de changement engagée par les avis du Comité législatif et la jurisprudence du Tribunal de cassation, ils aspirent à donner un rôle actif aux juges du nouveau droit.

CONCLUSION

Au moment de la naissance du Code de Napoléon, les codificateurs et la magistrature entretiennent des opinions opposées de la loi, de la jurisprudence et de la fonction judiciaire. Les tribunaux idéalisent l'effet qu'aura le nouveau Code civil alors que les codificateurs réalisent les limites et les insuffisances d'une loi civile générale. Cependant, quand il s'agit de l'expression de la loi, les rôles s'inversent. Les tribunaux demandent la suppression des principes abstraits proposés par les codificateurs et exigent des dispositions concrètes et précises. De plus, pour les codificateurs, la jurisprudence forme une science alors que pour les tribunaux elle constitue un fléau destructeur. Enfin, pour les premiers, le juge doit éviter la servitude par rapport au texte de la loi, alors que pour les seconds, le rôle du juge consiste précisément à en être l'esclave.

Cette différence fondamentale de conception du droit s'explique en partie par les rôles respectifs que les codificateurs et les tribunaux sont appelés à jouer dans le nouveau système légaliste mais aussi par leurs attentes des effets de la codification. Les codificateurs, hommes d'influence coupés de la vie courante des juges, visent à rédiger un Code qui consacre le «droit universel et immuable». ²⁰⁹ Pour les tribunaux, le problème se situe ailleurs. Ils désirent un Code qui les dirige, les guide mais surtout un Code qui les lie. À la lecture du *Titre préliminaire* qui a introduit le Code civil, les rédacteurs ont eu la sagesse ou la folie d'écouter les cris d'alarme poussés par les praticiens du droit, ceux à qui revient la difficile tâche de juger et de trancher.

L'histoire de la pensée juridique du 19^{ème} siècle démontre que la **conception** des juges et leur **volonté de croire** en la réduction possible, voire l'annihilation, de leur pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur fonction

209. Voir Annexe 1 : Article 1 du Titre I, Définitions générales.

judiciaire allaient triompher. L'hégémonie du classicisme juridique tout au cours du siècle dernier, baptisé l'École de l'exégèse en France, allait élever le culte de la loi au point de dissimuler le rôle créateur des juges. En effet, la conception classiciste du droit civil véhiculait l'hypothèse très répandue selon laquelle le droit privé civil est, et n'a toujours été, qu'un système de droit purement et simplement formel et positiviste. Plus précisément, la conception classiciste du droit consistait en une croyance en la simplification, la systématisation, l'abstraction et la généralisation de principes et de règles de droit par le biais de la loi écrite et surtout de la codification. Ce système s'ordonnait conceptuellement en ce que les règles substantives dérivait d'un petit nombre de concepts et de principes abstraits dans des formes et des catégories génératives et abstraites perçues comme des éléments objectifs, neutres et rationnels. Ces concepts et ces principes se voulaient également formalistes parce qu'ils devaient être susceptibles de s'appliquer, exactement et inévitablement par toute personne initiée, par le biais d'un raisonnement rationnellement irrésistible qui prédéterminaient de façon cohérente toutes les solutions à toutes les situations passées, présentes et futures. Bref, ce système conçu comme cohérent, complet et autonome desservit par un raisonnement juridique neutre, rationnel et objectif attribuait au juge un pouvoir discrétionnaire très modeste, voire inexistant. Si, en 1802, les juges de la codification française aspiraient à un tel système de droit, leurs contemporains codificateurs émettaient déjà des réserves quant à son réalisme.

Or, cette conception classiciste du droit, prévalant tant en France qu'au Québec et qu'aux États-Unis,²¹⁰ se heurta tout au cours de son existence à une résistance qui ne fit qu'augmenter au cours du 20^{ième} siècle. En effet, contrairement à la perspective traditionnelle, il existe de fait une très vive tradition critique dans le savoir juridique français.²¹¹ Une tradition critique

210. Voir T. C. Grey, «Langdell's Orthodoxy», (1983) 45 U. Pitt. L. Rev. 1; D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought, 1850-1940*, non publié, 1975; D. Kennedy, «Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness : The case of Classical Legal Thought in America 1850-1940», (1980) 3 Research in Law and Sociology 3; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Cambridge, Harvard University Press, 1997 aux pp. 133-179; M. J. Horwitz, *The transformation of American Law 1870-1960 : The crisis of legal orthodoxy*, Cambridge, Harvard University Press, 1992 aux pp. 3-7.

211. M.-C. Belleau, «The «Juristes Inquiets» : Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France», (1997) Utah Law Review 379. Une longue tradition historique contribua à l'étude et à l'analyse de la perspective critique américaine, connue sous le nom de *Legal Realism*, qui battit en brèche le classicisme juridique américain. Voir, e.g. G. Gilmore, «Legal Realism : Its Cause and Cure», (1960) 70 Yale Law Journal 1037; Horwitz, *ibid.*; L. Kalman, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, Chapel Hill, University of North Carolina

similaire existait, fort probablement, également en droit civil québécois.²¹² Cette conception critique élaborée en France, entre autres par les Raymond Saleilles, François Gény et René Demogue, allait dévoiler les limites inévitables et intrinsèques de la codification, dénoncer le processus des constructions juridiques et révéler l'action créatrice et l'ingéniosité des juges et de leur jurisprudence.²¹³ Ces auteurs critiques français, que nous avons baptisé les «*Juristes Inquiets*»,²¹⁴ étaient-ils les héritiers des codificateurs du Code de Napoléon dans leur réalisation de l'impossibilité d'une loi écrite omniprésente et d'une fonction judiciaire mécanique et mathématique?

Près de deux siècles après la codification du Code de Napoléon, de l'autre côté de l'Atlantique, le législateur québécois augmente explicitement le pouvoir d'intervention des juges et favorise ainsi le rôle créateur de la jurisprudence en droit privé au moment de la réforme du Code civil du Québec. Quelle conception de la codification et du rôle des juges le législateur du Québec de 1991 a-t-il tenté de promouvoir? Dans le contexte contemporain, comment les tribunaux accueilleront-ils ce pouvoir sinon accru, dû moins ouvertement reconnu? Comment les juges répondront-ils et répondront-elles à l'invitation explicite d'intervention qui leur est faite? Quelles auraient été les

Press, 1986; Kennedy, *ibid.*; E. A. Purcell, *The Crisis of Democratic Theory : Scientific Naturalism and the Problem of Value*, Lexington, University Press of Kentucky, 1973; J. Singer, «Legal Realism Now», (1988) *California Law Review* 465; M. G. White, *Social Thought in America : The Revolt Against Formalism*, New York, Viking, 1949.

212. Toutefois peu d'études ont été faites à ce sujet. Voir, e.g., J.-G. Belley, «Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : La Revue du droit (1922-1939)», (1993) 34 *Cahiers de droit* 183; J.-G. Belley, «Vers une sociologie historique de la justice québécoise : réflexion en marge d'un ouvrage récent sur la justice civile sous le régime français», (1983) 24 *Cahiers de droit* 409; N. Kasirer, «Apostolat Juridique : Teaching Everyday Law in the Life of Marie Lacoste Gérin-Lajoie (1867-1945) : Québec», (1992) 30 *Osgoode Hall L.J.* 427; N. Kasirer, «Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed», (1990) 35 *McGill L.J.* 841; N. Kasirer, «The Infans as bon père de famille : "Objectively Wrongful Conduct" in the Civil Law Tradition : Comparing French Law with the Law in Québec», (1992) 40 *AM. J. COMP. L.* 343; S. Normand, «Justice civile et communauté rurale au Québec», (1984) 25 *Cahiers de droit* 579; S. Normand, «Les officiers de justice : des origines de la colonie jusqu'à nos jours», (1986) 27 *Cahiers de droit* 983; S. Normand, «Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil du Québec», (1986) 27 *Cahiers de droit* 347; S. Normand, «Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec 1760-1840», (1994) 35 *Cahiers de droit* 961; S. Normand, «Profil des périodiques juridiques québécois au XIXe siècle : Études en histoire de droit québécois», (1993) 34 *Cahiers de droit* 153.

213. M.-C. Belleau, *supra* note 211.

214. *Ibid.*

réactions et les opinions des membres des tribunaux québécois s'ils et elles avaient été consultés spécifiquement comme le furent les juges français en 1802? Le corps judiciaire serait-il parvenu à ébranler et à influencer le codificateur québécois en cette fin de siècle? Comme les codificateurs du Code de Napoléon et les *Juristes Inquiets* après eux, le législateur québécois de 1991 est-il parvenu à la reconnaissance explicite et expresse des limites intrinsèques de la codification, concluant ainsi à la nécessité de la reconnaissance de l'intervention discrétionnaire judiciaire? Si plusieurs de ces questions demeureront sans réponse, le recul du temps en éclairera d'autres.

ANNEXE 1

TEXTE DU LIVRE PRÉLIMINAIRE PROPOSE PAR LES CODIFICATEURS

Source : P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, Osnabrück, O. Zeller, 1968. Voir «Projet de la Commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor.

LIVRE PRÉLIMINAIRE DU DROIT ET DES LOIS

TITRE I - Définitions générales.

- Art. 1 Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.
- Art. 2 Tout peuple reconnaît un droit extérieur ou des gens, et il a un droit intérieur qui lui est propre.
- Art. 3 Le droit extérieur ou des gens, est la réunion des règles qui sont observées par les diverses nations, les unes envers les autres.
Dans le nombre de ces règles, les unes sont uniquement fondées sur les principes de l'équité générale; les autres sont fixées par les usages reçus ou par des traités.
Les premières forment le droit des gens naturel; les secondes, le droit des gens positif.
- Art. 4 Le droit intérieur ou particulier de chaque peuple se compose en partie du droit universel, en partie des lois qui lui sont propres, et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont le supplément des lois.
- Art. 5 La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune.
- Art. 6 La loi, chez tous les peuples est une déclaration solennelle du pouvoir législatif sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun.
- Art. 7 Elle ordonne, elle permet, elle défend, elle annonce des récompenses et des peines. Elle ne statue point sur des faits individuels; elle est présumée disposer, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le cours ordinaire des choses. Elle se rapporte aux personnes ou aux biens, et aux biens pour l'utilité commune des personnes.

TITRE II -Division des lois.

- Art.1 Il est diverses espèces de lois. Les unes règlent les rapports de ceux qui gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et les rapports de chaque membre de la cité avec tous : ce sont les lois constitutionnelles et politiques. Les autres règlent les rapports des citoyens entre eux : ce sont les lois civiles. Les troisièmes règlent les rapports de l'homme avec la loi. Cette partie de la législation est la garantie et la sanction de toutes les lois : elle se compose des lois relatives à l'ordre judiciaire, des lois criminelles, des lois concernant la police, et de toutes celles qui ont directement les mœurs ou la paix publique pour objet. Les quatrièmes disposent sur des objets qui n'appartiennent exclusivement à aucune des divisions précédentes : ce sont les lois fiscales, les lois commerciales, les lois maritimes, les lois rurales.
- Art. 2 Les lois, de quelque nature qu'elles soient, intéressent à la fois, et le public et les particuliers. Celles qui intéressent plus immédiatement la société que les individus, forment le droit public d'une nation. Dans le droit privé sont celles qui intéressent plus immédiatement les individus que la société.
- Art. 3 Les lois diffèrent des règlements : les règlements sont variables; la perpétuité est dans le vœu des lois.

TITRE III - De la publication des lois.

- Art. 1 Les lois sont adressées aux autorités chargées de les exécuter ou de les appliquer.
- Art. 2 Les lois dont l'application appartient aux tribunaux, sont exécutoires dans chaque partie du territoire de la république, du jour de leur publication, par les tribunaux d'appel.
- Art. 3 Cette publication doit être faite, à peine de forfaiture, à l'audience qui suit immédiatement le jour de la réception, par la section qui est de service. Le greffier en dresse procès-verbal sur un registre particulier.
- Art. 4 Les lois dont l'exécution et l'application appartiendraient à la fois aux tribunaux et à d'autres autorités, leur sont respectivement adressées; et elles sont exécutoires en ce qui est relatif à la compétence de chaque autorité, du jour de la publication par l'autorité compétente.

TITRE IV - Des effets de la loi.

- Art. 1 Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements, et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle.

- Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir : elle n'a point d'effet rétroactif.
- Art. 3 Néanmoins, une loi explicative d'une autre loi précédente règle même le passé, sans préjudice des jugements en dernier ressort, des transactions et décisions arbitrales passées en force de chose jugée.
- Art. 4 La loi oblige indistinctement ceux qui habitent le territoire : l'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède, et pour sa personne pendant sa résidence.
- Art. 5 Le Français résidant en pays étranger, continue d'être soumis aux lois françaises pour ses biens situés en France, et pour tout ce qui touche à son état et à la capacité de sa personne. Son mobilier est réglé par la loi française comme sa personne.
- Art. 6 La forme des actes est réglée par les lois du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.
- Art. 7 On ne peut, par des conventions, déroger aux lois qui appartiennent au droit public.
- Art. 8 La loi règle les actions; elle ne scrute pas les pensées; elle réfute licite tout ce qu'elle ne défend pas. Néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi, n'est pas toujours honnête.
- Art. 9 Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée.

TITRE V - De l'application et de l'interprétation des lois.

- Art. 1 Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité.
- Art. 2 Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. 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.
- Art. 3 Le pouvoir de prononcer par forme de disposition générale, est interdit aux juges.
- Art. 4 L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue. Les objets qui sont d'un ordre différent ne peuvent être décidés par les mêmes lois.
- Art. 5 Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit

préférer le sens le plus naturel et celui qui est le moins défectueux dans l'exécution.

- Art. 6 Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut en combiner et en réunir toutes les dispositions.
- Art. 7 La présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi : il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas; et les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être suppléées.
- Art. 8 On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider.
- Art. 9 Lorsque, par la crainte de quelque fraude, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux.
- Art. 10 La distinction des lois odieuses et des lois favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive.
- Art. 11 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.
- Art. 12 Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice.
- Art. 13 Dans les matières criminelles, le juge ne peut, en aucun cas, suppléer à la loi.

TITRE VI - De l'abrogation des lois.

- Art. 1 Les lois ne devant point être changées, modifiées ou abrogées sans de grandes considérations, leur abrogation ne se présume pas.
- Art. 2 Les lois sont abrogées, en tout ou en partie, par d'autres lois.
- Art. 3 L'abrogation est expresse ou tacite. Elle est expresse quand elle est littéralement prononcée par la loi nouvelle. Elle est tacite si la nouvelle loi renferme des dispositions contraires à celles des lois antérieures.

ANNEXE 2

TEXTE DU TITRE PRÉLIMINAIRE ADOPTÉ

Source : *Le Code civil : Textes antérieurs et version actuelle*, Paris, GF Flammarion, 1988.

TITRE PRÉLIMINAIRE DE LA PUBLICATION, DES EFFETS ET DE L'APPLICATION DES LOIS EN GÉNÉRAL

Décret du 5 mars 1803

- Art. 1 Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par (le Président de la République). Elles seront exécutées dans chaque partie de (la République) du moment où la promulgation en pourra être connue. La promulgation faite par (le Président de la République) sera réputée connue dans le département où siège le gouvernement, un jour après celui de la promulgation; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où en aura été faite et le chef-lieu de chaque département.
- Art. 2 La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.
- Art. 3 Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.
- Art. 4 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.
- Art. 5 Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.
- Art. 6 On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.