FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
D'AIX-MARSEILLE

INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

Jérôme FISCHER

LE POUVOIR MODÉRATEUR DU JUGE
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

Préface
Philippe Le TOURNEAU
Professeur à la Faculté de Droit de Toulouse

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
– 2004 –

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE 11

SOMMAIRE 15

ABRÉVIATIONS 17

INTRODUCTION 19
I : L'idéal de justice, le droit formel et le jugement 20
II : La place ambiguë des juges 21
III : Une définition du pouvoir modérateur du juge 25
IV : L'exclusion des hypothèses voisines 27
V : Ce qu'il faut « démontrer » 32

PREMIÈRE PARTIE

LA SIMPLE FACULTÉ DE MODÉRATION JUDICIAIRE

TITRE I – Les fondements philosophiques de la modération judiciaire 39

CHAPITRE I – L'exclusion de la modération judiciaire par les courants philosophiques radicaux 41

Section 1 – Le scientisme juridique et la négation de la modération judiciaire 41
§ 1. Le positivisme formaliste 42
A/ Le formalisme continental 42
1/ Le légalisme 43
2/ Le normativisme 46
B/ L'utilitarisme 50
1/ Un droit égoïstement utile 50
2/ Un droit utilement égoïste 53
§ 2. Le courant « anti-formaliste » 56
A/ L'école sociologique 57
1/ Le juge et l'origine sociale du droit 57
2/ Le juge et la fonction sociale du droit 59
B/ Le droit judiciaire du réalisme américain 61
1/ La prédiction de l'action des juges. 61
2/ La prévision ou la prédiction impossible 63

Section 2 – L'idéalisme radical et l'insuffisance de la modération judiciaire 64
§ 1. L'idéalisme classique. 64
A/ L'immanence et la transcendance du droit idéal. 65
1/ Un droit immanent 65
2/ Un droit transcendant 68
B/ Le droit comme juste mesure 70
1/ La juste proportion 71
2/ L'égalité proportionnelle 72
§ 2. L'idéalisme moderne 73
A/ Les droits de l'homme. 74
1/ Des droits subjectifs 74
2/ Des droits fondamentaux 76

B/ Le pouvoir modulateur du juge. 81
1/ la modulation de la règle de droit 81
2/ Un pouvoir normatif 86

CHAPITRE II – Les courants humanistes et l'acceptation de la modération judiciaire 91

Section 1 – Le scientisme humaniste et la tolérance de la modération judiciaire 92
§ 1. La nature chaotique du droit 92
A/ Le droit un système intrinsèquement chaotique 93
1/ La systémique juridique 93
2/ Le désordre du droit 96
B/ Le droit un système ouvert donc chaotique 100
1/ Le droit et son environnement social 100
2/ L'entropie d'un système juridique ouvert 102
§ 2. La nécessaire correction de l'excès 104
A/ La nécessaire axiologie du droit 104
1/ Les valeurs du droit 105
2/ La rencontre du fondement et de la finalité 106
B/ La nécessité de la modération judiciaire 109
1/ L'interprétation judiciaire 109
2/ La modération judiciaire 111

Section 2 – L'idéalisme humaniste et le compromis de la modération judiciaire 113
§ 1. Le droit ou l'art de justice 114
A/ L'harmonie du monde 114
1/ La nature immuable et transcendante de la justice 115
2/ Le « progrès » du droit ou l'éternel retour 117
B/ La prééminence de la personne humaine 119
1/ L'insuffisance du subjectivisme 119
2/ L'universellement différent 121
§ 2. Le juge artiste 123
A/ Le jugement de valeur 123
1/ Le jugement intuitif 124
2/ La prudence judiciaire 126
B/ La modération judiciaire ou le compromis d'une justice impossible 128
1/ La réaction à l'injustice 128
2/ Le retour à l'équilibre 130

TITRE II – Le domaine de la modération judiciaire 133

CHAPITRE I – La prévention des conséquences manifestement excessives provoquées par la règle de droit 135

Section 1 – La modération des conséquences manifestement excessives du droit processuel 135
§ 1. La modération de l'exécution provisoire 136
A/ L'appréciation judiciaire de l'excès 138
1/ La faculté souveraine ou discrétionnaire du premier président 139
2/ Le contrôle de la Cour de cassation 140
B/ La nature de l'excès entre disproportion et anormalité 142
1/ L'excès comme disproportion 143
2/ L'excès comme anormalité 145

§ 2. La modération du retrait du rôle 148
A/ La modération en droit interne 149
1/ L'objet de la modération : le retrait du rôle 150
2/ La condition : les conséquences manifestement excessives 152
B/ La modération au regard du droit européen des droits de l'homme 154
1/ L'exigence d'un procès équitable 155
2/ La conformité du droit français 156

Section 2 – La modération des conséquences excessives des règles de fond 159
§ 1. La modération contestée du principe de résolution judiciaire 160
A/ La dérogation judiciaire à l'article 1184 alinéa 3 du Code civil 161
1/ La reconnaissance exceptionnelle de la résolution unilatérale 163
2/ L'élargissement actuel 165
B/ L'excès manifeste provoqué par le principe de résolution judiciaire : une condition contestée 167
1/ Les conséquences manifestement excessives du principe de résolution judiciaire 167
2/ La gravité du comportement du cocontractant 169
§ 2. La modération judiciaire et le droit de la famille 171
A/ La modération de l'évaluation des biens sous le régime de participation aux acquêts 172
1/ Les conditions de la modération 174
2/ Le domaine limité de la modération 176
B/ La modération judiciaire dans le droit du divorce 178
1/ La modération judiciaire prévue par les articles 238 et 240 du Code civil 179
2/ La modération judiciaire prévue par l'article 280-1 du Code civil 182

CHAPITRE II – La correction du comportement manifestement excessif du justiciable 185

Section 1 – La modération de la liberté contractuelle 186
§ 1. La modération des obligations manifestement excessives 187
A/ Les obligations excédant la capacité financière du débiteur : le cautionnement et le crédit excessifs 187
1/ Le fondement de la modération 188
2/ L'appréciation du caractère manifestement excessif 193
B/ Les obligations disproportionnées par rapport au but poursuivi 194
1/ La modération de la clause « pénale » 195
2/ La fausse modération de la clause de non-concurrence 198
§ 2 : La modération du déséquilibre manifeste des obligations respectives 201
A/ La disproportion entre des contractants inégaux : les clauses abusives 202
1/ L'objectivation du déséquilibre caractérisant la clause abusive 203
2/ L'appréciation d'un déséquilibre significatif 206
B/ La disproportion ignorant la qualité des contractants 208
1/ L'exclusion des clauses léonines 209
2/ La cause comme instrument de la modération judiciaire 211

Section 2 – La modération de l'excès dans l'usage d'un droit 214
§ 1. Quelques exemples d'excès dans l'usage d'un droit 215
A/ L'usage d'un droit de mauvaise foi : la clause résolutoire expresse 215

1/ L'appréciation subjective de la mauvaise foi révélatrice d'une faculté de sanction 216
2/ L'appréciation objective de la mauvaise foi révélatrice d'une faculté de modération 218
B/ L'anormalité de l'usage d'un droit : les troubles anormaux du voisinage 221
1/ De l'usage anormal d'un droit 223
2/ Aux conséquences anormales de l'usage d'un droit 226
§ 2. L'abus comme excès dans l'usage d'un droit 229
A/ L'objectivation de l'abus des droits 230
1/ Le déclin d'une conception exclusivement subjective de « l'abus-sanction » 231
2/ L'affirmation d'une conception objective de « l'abus-modération » 233
B/ La modération judiciaire et l'abus des droits 236
1/ La dérogation au droit 237
2/ L'excès manifeste 239

DEUXIÈME PARTIE

PLAIDOYER POUR UN VÉRITABLE POUVOIR MODÉRATEUR DU JUGE

TITRE I – La prudence et la modération judiciaire 249

CHAPITRE I – La prudence et la reconnaissance d'une faculté de modération 251
Section 1 – La circonscription de la modération d'origine légale 251
§ 1. Le refus d'élargir les hypothèses de rescision pour cause de lésion 252
A/ La stricte délimitation de la lésion 253
1/ Le domaine limité de la lésion 254
2/ La mise en œuvre restreinte de la lésion 257
B/ La fausse extension par la vileté du prix 259
1/ L'analogie impossible avec la lésion 260
2/ La persistance d'une lacune dans la modération judiciaire 263
§ 2. Le refus d'élargir par analogie la modération des clauses pénales 264
A/ Le refus évident de l'analogie 265
1/ L'indemnité fixée comme contrepartie 265
2/ L'indemnité fixée en compensation 267
B/ Le refus prudent de l'analogie 268
1/ La difficulté théorique de distinguer les indemnités liées à l'absence d'exécution 269
2/ L'ambiguïté des solutions pratiques 271
Section 2 – Les lacunes de la modération judiciaire d'origine prétorienne : l'exemple du refus de l'imprévision 272
§ 1. L'exécution manifestement excessive du contrat en cas de changement des circonstances économiques 274
A/ Le changement des circonstances économiques 275
1/ L'imprévision de l'imprévisible 275
2/ La comparaison avec la force majeure en matière contractuelle 278
B/ L'exécution excessive du contrat 280
1/ Le bouleversement de l'économie générale du contrat 281
2/ Les conséquences manifestement excessives pour le débiteur 282
§ 2. Le refus de déroger à l'article 1134 alinéa 1 du Code civil 284

A/ Le refus de déroger à la force obligatoire du contrat 285
1/ Le principe pacta sunt servanda 285
2/ Les tempéraments refusés à la force obligatoire 287
B/ Le refus de déroger à la loi des parties 289
1/ Le principe de l'intangibilité des conventions 290
2/ Les tempéraments refusés au principe de l'intangibilité 292

CHAPITRE II – La prudence et la mise en œuvre de la modération judiciaire 295
Section 1 – L'évidence de l'excès 296
§ 1. L'existence d'un excès manifeste 297
A/ L'excès provoqué par l'application trop stricte de la règle 297
1/ La rationalité limitée des règles de droit 298
2/ Le dispositif manifestement excessif de la règle générale 300
B/ Le dépassement d'un seuil 302
1/ Le dépassement d'un seuil qualitatif 302
2/ Le dépassement d'un seuil quantitatif 304
§ 2. L'appréciation judiciaire de l'excès manifeste 305
A/ Question de fait et question de droit 306
1/ Le caractère manifestement excessif : une question de fait 306
2/ la définition de l'excès manifeste : une question de droit 308
B/ Juridictions du fond et juridiction du droit 310
1/ L'obligation de motiver des juges du fond 310
2/ Le contrôle de la Cour de cassation 312
Section 2 – L'uniformisation prétorienne de la modération judiciaire 315
§ 1. La normativité relative des décisions judiciaires 316
A/ Le précédent judiciaire en droit anglais 316
1/ Les conditions restrictives du précédent 317
2/ Les effets relatifs du précédent 318
B/ L'absence de précédent judiciaire en droit français 320
1/ La prohibition des arrêts de règlement 320
2/ L'existence des arrêts de principe 322
§ 2. L'exemplarité des décisions judiciaires antérieures 324
A/ Le mimétisme juridique 325
1/ La connaissance extensive des décisions judiciaires 326
2/ Le classicisme pragmatique du juriste 328
B/ La standardisation de la modération 329
1/ L'égalité de traitement des cas « semblables » 330
2/ La catégorisation des exceptions 332

TITRE II – Le pouvoir modérateur et l'œuvre de Justice 337

CHAPITRE I – L'injustice et le pouvoir modérateur du juge 339
Section 1 – L'injustice, une condition du pouvoir modérateur 340
§ 1. L'iniquité, condition du pouvoir modérateur des juges du fond 340
A/ L'iniquité d'un cas d'espèce 341
1/ L'exceptionnelle dureté de la règle appliquée 342
2/ L'inégalité entre les parties à l'instance 343
B/ L'exception à la règle stricte 345
1/ La dérogation à la règle normalement applicable 345
2/ La décision modératrice 346
§ 2. L'injustice, condition du pouvoir modérateur des juges du droit 347
A/ L'injustice de la règle générale 348

B/ La règle prétorienne dérogatoire 350
1/ Les règles dérogatoires positives 351
2/ Quelques règles possibles 353

Section 2 – L'injustice, une limite au pouvoir modérateur 354
§ 1. La confrontation du pouvoir modérateur à un intérêt supérieur 355
A/ La contradiction à l'intérêt général 356
1/ L'intérêt général et l'égalité 357
2/ L'intérêt général limitant la modération judiciaire 358
B/ La valeur privilégiée de certains droits subjectifs 359
1/ Les droits purement discrétionnaires 360
2/ Les droits quasiment discrétionnaires 362
§ 2. La crainte de la boite de Pandore 363
A/ Le développement d'un contentieux de masse 363
1/ Les causes du contentieux de masse 364
2/ L'administration impossible d'une bonne justice 365
B/ Le bouleversement de l'ordonnancement juridique 366
1/ Le risque relatif d'insécurité juridique 367
2/ L'atteinte aux règles fondamentales 368

CHAPITRE II – Le bénéfice d'un véritable pouvoir modérateur du juge 371

Section 1 – Un meilleur droit 372
§ 1. Un droit plus vivant 373
A/ L'inadaptation de la réponse législative 373
1/ Les limites intrinsèques du législateur 374
2/ Le risque de dénaturation de la loi 376
B/ L'efficacité de la réponse judiciaire 378
1/ La souplesse de la réponse judiciaire 379
2/ La proximité renforcée du droit et de son objet 380
§ 2. Un droit plus crédible 383
A/ La nécessaire croyance dans le droit 383
B/ Le risque de discrédit du droit 385

Section 2 – Le principe général d'un pouvoir modérateur du juge 387
§ 1. L'affirmation d'un principe général du droit 388
A/ Un principe technique et rationalisant 389
B/ Un principe éthique 390
§ 2. La reconnaissance d'un pouvoir d'exception 392
A/ Un pouvoir subordonné à l'absence d'interdiction du législateur 393
B/ Un pouvoir subordonné à la demande des parties 394

CONCLUSION GÉNÉRALE 399
I : La remise en cause du syllogisme judiciaire classique 399
II : La poursuite nécessaire d'un idéal du droit 400
III : Le risque limité d'arbitraire judiciaire 401
Propositions de thèse 402

Bibliographie 405

Index alphabétique 431

Table des matières 431