

Une révolution inaperçue
À propos de l'acte juridique

Philippe Jestaz, Professeur émérite de l'Université Paris-Est

Il y a plus d'un quart de siècle, notre éminent collègue Paul Amselek publiait aux Archives de philosophie du droit un article intitulé « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann »⁽¹⁾, lequel renouvelait de fond en comble la théorie de l'acte juridique. Systématisant les recherches d'Eisenmann, elles-mêmes fondées sur l'apport de Kelsen, faisant en outre appel à la théorie des actes de langage, cette analyse présentait la particularité de valoir tout à la fois pour le droit public et le droit privé : elle convenait au contrat ou au legs comme à la nomination des fonctionnaires, *item* à la loi et au jugement - qui après tout sont des actes juridiques et non des moindres - comme au « oui » des mariés ou au carton rouge de l'arbitre sportif, le tout avec beaucoup plus de précision que dans l'analyse classique. Bref, une grande réussite de la science juridique.

Ce travail n'a pas eu l'écho qu'il méritait, cela non seulement chez les publicistes (qui à vrai dire ont surtout besoin d'une théorie de l'acte administratif), mais surtout de la part des privatistes qui l'ont complètement ignoré. Les manuels de droit civil n'en portent aucune trace, pas davantage certaines monographies où l'auteur a eu l'occasion d'approfondir tant soit peu la notion d'acte juridique ; et l'on cherche désespérément cette référence dans la bibliographie pourtant profuse des nombreuses thèses de droit privé. Seul à notre connaissance, M. Claude Brenner cite l'article, mais sans s'y attarder, dans le *verbo* Acte juridique (publié en 2013) du Répertoire civil Dalloz. Ainsi la doctrine entend rester assise sur la chaise bancale de la définition classique, si vague et approximative soit-elle, et de la distinction entre l'acte et le fait juridique.

Pourquoi bancale ? D'abord parce que le « fait juridique » est un fourre-tout dont on ne voit pas l'intérêt de l'ériger en notion ni de l'opposer à l'acte par un inutile balancement rhétorique : ne suffisait-il pas de dire que les faits (sans plus) se prouvent sauf exception par tous moyens ? Mais surtout l'acte juridique a été défini au départ comme une manifestation de la volonté en vue de produire des effets de droit, ce qui n'est bien entendu pas faux mais ne renseigne guère celui qui aborde une notion aussi fondamentale. Quelles sortes d'effets et à l'égard de qui ? Quelles sont la nature exacte et le mode d'expression de cette manifestation de volonté qui semble se promener dans la quatrième dimension, détachée qu'elle est aussi bien de son ou de ses auteurs que du contexte où elle agit ? Et pourquoi la volonté produit-elle des conséquences juridiques sans qu'apparemment le droit objectif ait son mot à dire ? Certes la définition a été par la suite complétée en ce sens que la manifestation de volonté doit être *nécessaire* à la production des effets recherchés : précision fort utile, grâce à quoi chacun comprend que cette nécessité résulte d'un élément extérieur à la volonté, lequel ne peut être que la loi *lato sensu*. Mais le mécanisme de ce présupposé (une manifestation de volonté) et des effets qui lui sont imputés par le droit échappe encore à l'entendement du juriste débutant et même confirmé.

Aussi a-t-il paru urgent de porter à la connaissance des civilistes une définition plus complète en nous faisant le vulgarisateur d'une théorie méconnue. L'acte juridique, si nous résumons bien la pensée de M. Amselek, est *un acte de langage (ou de comportement), institué par le droit, en vertu duquel une ou plusieurs personnes exercent la compétence qui leur est reconnue d'établir soit une prescription de caractère normatif, soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique*. Reprenons ces éléments un à un.

Un acte de langage (ou de comportement)

Ne nous attardons pas sur la catégorie ultra-minoritaire de l'acte de comportement, lequel peut aussi être une abstention : il suffit de penser au renouvellement tacite du bail (personne ne donne congé, le locataire continue de payer le loyer). L'acte de langage, entendu au sens large où les linguistes emploient cette expression, nous retiendra plus longuement.

Écrit, oral ou gestuel, c'est un acte par lequel son ou ses auteurs disent ou édictent⁽²⁾ : je lègue ma maison à X, je vends (vous achetez) ma maison, le ministre nomme un fonctionnaire, etc. La maison est léguée ou vendue, le fonctionnaire est nommé par cela seul que cela a été *dit*. L'acte juridique ressortit à l'univers du *performatif*, tel que défini par John Austin⁽³⁾, où le discours devient à soi seul une forme d'action. Nous avons cité des actes écrits, mais dans le cas du mariage, il s'agit d'un acte de langage au sens étroit du terme (deux questions, deux réponses affirmatives et une déclaration, toutes orales). De même lorsque le président proclame que la séance est ouverte ou lorsque l'acheteur, dans une vente publique, a porté la dernière enchère : le coup de marteau du commissaire-priseur sanctionne la vente en fournissant au passage un exemple d'acte juridique gestuel (le geste étant une forme de langage *lato sensu*), comme dans le cas de l'agent qui règle la circulation ou de l'arbitre qui avertit (voire expulse) en brandissant un carton jaune (ou rouge) le footballeur coupable d'un manquement grave à la règle sportive. Mais par quel miracle la parole ou le geste, qu'on oppose d'ordinaire à l'action (« en paroles ou pour gesticuler Un tel est très fort, mais quand il faut agir c'est autre chose !... ») se confondent-ils avec celle-ci ? C'est que l'acte juridique est...

...institué par le droit

Ce point est capital. On l'a bien vu avec le mariage gay : tant que celui-ci n'est pas institué par la loi (en l'occurrence), les homosexuels ne peuvent se marier et si d'aventure ils profèrent leur « oui » devant un officier d'état civil complaisant, ce

cérémonial est non avenu. Le contrat est institué par l'article 1134 du code civil, les actes des autorités publiques par la constitution ou par la loi, l'acte de notoriété (pour établir la qualité d'héritier) par la pratique notariale et la jurisprudence, puis pour finir par l'article 730-1 du code civil, etc. On peut multiplier les exemples à l'infini ou presque. Ce qui importe est de souligner que l'acte juridique n'intervient pas *en l'air* ou bien alors il n'a pas d'autre effet que le légendaire coup d'épée dans l'eau, si l'on veut bien nous pardonner la contradiction entre ces deux métaphores, du reste élémentaires à tous les sens du terme.

...en vertu duquel une ou plusieurs personnes

Chacun connaît l'acte unilatéral (congé, résiliation, société unipersonnelle, interruption de prescription, etc. mais aussi décret ou arrêté), le contrat (deux personnes au moins, parfois davantage) et l'acte collectif, que celui-ci soit pris à l'unanimité (règlement de copropriété, statuts d'une société) ou à la majorité (la loi pour commencer, les décisions d'assemblées générales). Ce point n'appelle pas de commentaire particulier.

...exercent la compétence qui leur est reconnue

Autre question capitale : l'acte prétendument juridique accompli par une personne incompétente n'a aucune valeur. Ainsi la phrase « La séance est ouverte » ne vaut comme acte que si elle est prononcée par le président de séance. Dans une autre bouche, elle se borne tout au plus à constater que le président a effectivement dit les paroles rituelles ! C'est toute la différence entre l'indicatif qui ne fait qu'indiquer et l'indicatif performatif, réservé aux bénéficiaires d'une habilitation.

Quant aux personnes ayant reçu compétence, leur nombre varie beaucoup. Seul le président de la République peut nommer le Premier ministre, mais toute personne ayant la capacité juridique peut contracter. Les tribunaux ont reçu de la loi une compétence *ratione loci* et *materiae* qui leur permet de *dire* le droit : « par ces motifs, dit que... », cette expression caractérise bien l'acte de

langage qu'est le jugement. Certains d'entre eux peuvent constater les crimes, mais comme ce pouvoir n'appartient pas au législateur, une loi constatant un génocide n'a que la portée d'une simple résolution. Les célibataires, veufs ou divorcés ont le droit de se marier à l'exclusion des gens déjà mariés, etc. L'habilitation sera selon les cas très large et vague (le contrat) ou précise et étroite (le règlement d'administration publique pris pour l'application d'une certaine loi, les pouvoirs des différents mandataires).

Bien entendu, l'attribution de compétence a lieu sous certaines conditions de fond et de forme : pour hypothéquer un immeuble, il faut en être propriétaire et l'hypothèque sous seing privé vaut tout au plus comme une simple promesse. Inutile de s'attarder sur ces différentes questions, fort bien traitées par M. Brenner.

...d'établir soit une prescription de caractère normatif

Laissons de côté les proclamations générales de caractère platonique contenues le cas échéant dans une loi ou un contrat, car l'exception confirme la règle : il s'agit en effet d'éléments qui éclairent la partie normative du texte.

Cela dit, la prescription de caractère normatif se comprend de soi-même dès lors qu'on se réfère au sens de Kelsen comme au sens courant du terme, lesquels sont tous deux synonymes d'obligatoire et point n'est donc besoin de se demander si le contrat mérite ou non le nom de norme, querelle qui ressemble d'ailleurs à celle du sexe des anges (car c'est une simple question de terminologie, et non de fond). Tout le monde sait, depuis que M. Pascal Ancel en a fait ici-même la démonstration lumineuse, que le contrat a un effet *obligationnel* (en ce que par définition il est créateur d'obligations) et un effet obligatoire, puisque loi des parties. Or dans les deux cas, on doit lui obéir... effet normatif par conséquent !

Dans l'exemple cet effet se limite aux parties, mais les tiers ont quand même le devoir de respecter le contrat en tant que fait, du moins quand ils en ont eu connaissance. Tout autre est la portée

de l'acte administratif : chacun doit s'incliner devant les pouvoirs des ministres et des différents fonctionnaires, en se gardant par exemple d'empiéter sur ceux-ci et bien sûr en obéissant à leurs injonctions. Le règlement de copropriété s'impose à tout acquéreur d'un lot dès lors qu'il est censé l'avoir approuvé en consentant à l'acquisition. Et nul n'est censé ignorer la loi. Il y a une part non négligeable de fiction dans les effets de l'acte juridique...

...soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique

La reconnaissance d'enfant naturel ou le mariage ne sont pas normatifs par eux-mêmes, mais ils établissent une situation de parent ou d'époux dont résulte un ensemble de droits et de devoirs, autrement dit un régime juridique. Cela se comprend de soi-même, sauf à noter que la nomination d'un fonctionnaire présente à la fois un aspect normatif (il est obligé de rejoindre son poste, d'en assumer la charge) et un aspect créateur d'un statut particulier, avec droits et obligations corrélatifs. De même le jugement est à cheval sur les deux catégories et cela qu'il soit déclaratif ou constitutif, car les deux distinctions ne se recoupent pas : il apparaît dans la plupart des cas comme un ordre donné (celui de payer, de vider les lieux, de cesser une certaine activité), mais souvent aussi comme authentifiant ou créant une situation juridique complexe (jugement déclaratif : partage de responsabilités, déclaration de paternité ; jugement constitutif : adoption, divorce).

Tout est-il dit ? Bien sûr que non, car il conviendrait encore d'affiner, de nuancer ou de prolonger la recherche. D'abord il faudrait à coup sûr inventer une nouvelle catégorie d'effets pour les avis et recommandations qui fleurissent aujourd'hui dans les domaines les plus divers et ont une normativité atténuée⁽⁴⁾, mais cette affaire excède notre propos. Et de toute façon, il serait bon de mettre à l'épreuve la définition pour chaque hypothèse d'acte juridique, le tout en l'affinant si nécessaire. En outre, une analyse - voire une synthèse - de ce qui *n'est pas* acte juridique mais néanmoins produit des effets de droit, mériterait de plus

amples recherches. Point ne suffit en effet de mentionner brièvement un « fait juridique ». Encore faudrait-il se demander *pourquoi*, parmi la foule des agissements ou abstentions humains, parmi tous les événements fortuits ou semi-volontaires, le droit choisit de s'intéresser à certains d'entre eux et en quoi cela révèle une philosophie sous-jacente. Que ce soit pour les interdire (cas minoritaire en vertu de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) ou pour en faire des éléments de preuve. Pour les punir ou les récompenser (d'une décoration par exemple). Pour protéger certaines victimes (cela va du contractant en position de faiblesse au cas de catastrophe naturelle et à la préservation de l'environnement en passant par le tabagisme actif et passif) ou par mesure de police au sens large (naissance et décès)...

La matière a encore de beaux jours devant elle, à condition de ne pas trop focaliser sur le contrat, inconsciemment considéré par beaucoup comme l'acte juridique par excellence réduisant les autres à la portion congrue. Et le temps n'est-il pas venu, dans une Introduction au droit (sous-entendu : et pas seulement au droit privé), de prendre en compte la notion *générale* d'acte juridique ?

Mots clés :

GENERALITES * Acte juridique * Fait juridique * Définition * Distinction

(1) Archives Phil. dr., t. 32, Le droit international, p. 305 s.

(2) M. Brenner remarque à juste titre (au n° 15 de son article) que l'importance de la déclaration de volonté ne doit pas être exagérée dès lors qu'en cas de conflit la volonté interne l'emporte (« en principe », précise-t-il). Reste que c'est cette déclaration, autrement dit cette édicition qui fait accéder l'acte à la vie juridique. La question d'un éventuel conflit avec la volonté profonde n'intervient qu'après, quand il s'agit d'interpréter l'acte (un contrat, le plus souvent). En outre, une écrasante majorité d'actes juridiques produisent irrémédiablement effet par leur seule édicition.

(3) How to do things with words, traduit en français sous le titre « Quand dire, c'est faire », Paris, Seuil, coll. Essais, 1991. *Adde* Cayla et Halperin (dir.), Dictionnaire des grands oeuvres juridiques, Dalloz, 2008 et l'article d'Olivier Cayla, p. 14 s.

(4) La normativité englobe évidemment l'impératif, mais aussi l'apprécatif (V. C. Thibierge, Le droit souple, RTD civ. 2003. 599 s. ).

Copyright 2016 - Dalloz – Tous droits réservés