Document généré le 17 juil. 2025 09:17

Les Cahiers de droit

Épilogue
Libres propos sur le silence

Philippe Jestaz

Volume 56, numéro 3-4, septembre–décembre 2015

Le silence

Date de fraîcheur du texte en juin 2015.

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1034467ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1034467ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Jestaz, P. (2015). Épilogue : libres propos sur le silence. *Les Cahiers de droit*, *56*(3-4), 733–740. https://doi.org/10.7202/1034467ar

Tous droits réservés © Université Laval, 2015

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

Épilogue

Libres propos sur le silence

Philippe JESTAZ*

Avant tout, primordialement, le droit est un phénomène linguistique, qu'il s'exprime par écrit, en paroles ou même par un simple geste (pour exemple, celui du policier accordant ou interdisant le passage). Pourvu qu'un langage comporte un nombre suffisant de signes, au sens large du terme, la communication et par conséquent le droit deviennent possibles ; et même ce dernier ne tarde guère à se révéler nécessaire. Il suit de là qu'*a priori* le droit est le contraire du silence. Le droit, que l'on sache, est l'œuvre de volontés humaines. Or en bonne logique, le silence doit être l'absence de toute volonté. Le législateur, le juge, les contractants n'en ont exprimé aucune. Mais alors pourquoi les juristes attachent-ils tant d'importance au silence ?

Volonté et silence

L'explication tient en partie, mais en partie seulement, à une facilité de langage par laquelle le silence sert souvent à désigner une volonté qui, pour être tacite, n'en est pas moins certaine ou supposée telle avec un faible risque d'erreur. Or faut-il vraiment expliquer la tacite reconduction du bail par « qui ne dit mot consent » et s'agit-il bien de silence en pareil cas ? Le locataire continue d'occuper les lieux et de payer son loyer, cette attitude n'a rien de passif et le fait que pas un seul mot ne soit prononcé ni écrit n'y change rien. Le bailleur s'abstient de donner congé, voilà ce que je qualifierai plutôt d'abstention significative : elle indique visiblement que ce bailleur n'a ni besoin de reprendre son local ni envie de se chercher un autre locataire. À l'inverse, on pourrait vraiment parler de silence si l'intéressé

* Professeur émérite, Université Paris-Est.
Date de fraîcheur du texte en juin 2015.

Les Cahiers de Droit, vol. 56 nos 3-4, septembre-décembre 2015, p. 733-740

était tombé dans un coma profond à l'époque de l'éventuel renouvellement du contrat. En fait ce cas ne vient pas devant les tribunaux, car les ayants droit du bailleur ont d'autres préoccupations que de s'échiner à prouver une volonté, empêchée par force majeure, de donner congé. Mais l'exemple conserve sa valeur théorique. D'où ce théorème nº 1 : le silence ne mérite pas ce nom quand il est significatif d'une volonté.

Le cas d'une requête déposée sans suite auprès de l'administration nous met au contraire en présence d'un silence qui ne signifie rien. Naguère la loi française, afin de protéger le citoyen, décidait qu'au bout de quatre mois ce silence valait décision implicite de rejet, laquelle décision pouvait alors être attaquée devant le juge administratif. Pourquoi quatre mois au lieu de trois ou cinq ? Réponse : parce qu'il fallait bien fixer un délai ! Mais une loi nouvelle du 12 novembre 2013 a disposé, dans un souci accru de protection (et peut-être dans le dessein de désencombrer le juge administratif), que le silence gardé pendant deux mois vaudrait acceptation. Nous avons ici la preuve tangible que ce silence n'a aucune signification puisque le législateur a pu lui attribuer successivement, et sans choquer le moins du monde, deux fonctions opposées. D'ailleurs nul commentateur ne fera d'allusion à un processus mental tacite, la loi se bornant à fixer une équivalence : le silence « vaut »… De fait, l'administration n'a rien voulu du tout, car selon toute probabilité, le fonctionnaire compétent a levé les yeux au ciel et placé le dossier en haut d'une pile où se sont entassées les diverses requêtes déposées ultérieurement. De là ce théorème nº 2 : le vrai silence ne signifie rien, toutefois il appartient au droit de lui donner le cas échéant non pas une signification tacite, mais une fonction accordée dans un dessein précis.

Ces deux exemples, celui du coma profond et celui d'une administration ensommeillée, nous montrent que le véritable silence, c'est… un néant, une absence, en somme trois fois rien. On peut produire du bruit, on ne peut produire du silence qui est l'absence de bruit. De la même façon que l'on peut fabriquer de la lumière, mais pas de l'obscurité, qui est l'absence de lumière ; de la chaleur, mais pas du froid qui est l'absence de chaleur (contrairement à une idée répandue, le réfrigérateur ne produit pas du froid, il se borne à ôter de la chaleur, en la chassant à l'extérieur).

Mais *quid* du cas où une volonté est non pas certaine ou quasi certaine, mais supposée avec plus ou moins de vraisemblance ? La prescription reposerait, dit-on, sur une renonciation sans cesse renouvelée à une action devant les tribunaux… Mais en vérité nul n'en sait rien. Elle s'explique surtout par une raison d'ordre : il faut, au bout d'un certain temps, couper les branches mortes, quitte à éliminer du même coup une toute petite minorité de branches encore vertes. D'une façon moins imagée, cette institution

permet de détruire des archives encombrantes… Et l'invocation d'une prétendue renonciation ne sert qu'à réconforter ceux chez qui la prescription susciterait des états d'âme. Voici donc un théorème n° 3 : une volonté qui n'est pas certaine, mettons à plus de 90 p. 100, équivaut à un silence, dont le droit tirera toutes conséquences.

Ce qui reste vrai, c'est que, le cas échéant, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'intéressé a eu connaissance d'un certain fait sans lequel il ne peut même pas avoir l'idée d'agir en justice (par exemple le dol du partenaire contractuel), car jusque-là on ne peut prêter aucune intention à son silence. Toutefois cela ne veut pas dire pour autant que la prescription de son action reposera sur une renonciation tacite, mais simplement qu'il faut bien mettre fin un jour ou l'autre à cette possibilité d'agir.

Et imaginons — ce n'est pas, hélas, un exemple d'école — la victime d'un viol qui garde le silence pendant un temps plus ou moins long. Voilà un vrai silence, susceptible de toutes les interprétations : crainte de n'être pas crue, honte de révéler publiquement ce traumatisme et surtout danger de représailles diverses. Aucun rapport, évidemment, avec le créancier qui préfère passer par pertes et profits la somme relativement négligeable à laquelle il aurait droit. Par conséquent, j'appuierai volontiers la démarche qui consiste à suspendre la prescription jusqu'au moment où le danger aura cessé.

De la même façon, je tends à penser que les conséquences tirées du silence des parties dans une procédure ne reposent pas sur une supposition plus ou moins fondée, mais sur un principe qui domine tout le procès, à savoir la protection des droits de la défense. Et le droit au silence mérite une mention particulière. Bien entendu, dans un pays civilisé qui ne pratique pas la torture, tout le monde peut garder le silence. Mais ce qui est capital, c'est l'interdiction pour le juge — et d'abord pour la police, dans l'hypothèse de garde à vue — de tirer quelque conséquence que ce soit de ce silence.

En revanche, je tiens que les abstentions coupables ne relèvent pas d'un quelconque silence. Soit l'obligation de porter secours à personne en danger : elle pèse sur tout un chacun, à condition tout de même qu'on puisse agir sans mettre en péril sa propre personne. À mon humble avis, regarder d'un autre côté et presser le pas, cela revient à exprimer une ferme volonté de se défiler. Même chose pour la réticence dolosive d'un contractant. Et pour le manquement à l'obligation de renseignement, dont on fait tant de cas depuis que la jurisprudence du XX^e^ siècle passe pour l'avoir inventée. Pothier avait déjà exposé que quand il achetait un tonneau, le tonnelier lui demandait : pour quel vin ? Et pour quelle durée ? Le simple bon sens indique que le professionnel qui ne pose pas ce genre de questions a décidé

de se comporter ni plus ni moins comme une machine à facturer et à encaisser : il doit penser que le client a toujours tort…

Le juge et l'interprétation du silence

À la différence du législateur ou des parties au contrat ou au procès, le juge n'a pas droit au silence : il doit statuer même au cas de silence de la loi (article 4 du code Napoléon, mais sous une forme ou une autre, la règle paraît assez générale). Par analogie, il a aussi le devoir d'interpréter le contrat silencieux et d'ailleurs le même code fournit des conseils d'interprétation qui, depuis le doyen Carbonnier, portent le nom mémorable de « petit guide-ânes ». Mais le silence du contrat offre un terrain relativement stable. Car c'est, par définition, un silence entouré de clauses juridiques assez précises, lesquelles l'enferment dans un cercle plus ou moins étroit. De sorte que l'économie générale du contrat permet de reconstituer non pas ce que les parties ont voulu, mais ce qu'elles auraient pu vouloir si seulement elles s'étaient posé la question. Hasardons un théorème nº 4 : plus le contrat est détaillé, plus la marge de manœuvre se restreint pour le juge.

Mais ce théorème ne peut être extrapolé qu'avec la plus extrême prudence au cas de silence législatif. Il n'y a certes pas de difficulté quand une loi détaillée a des objectifs clairs. Ainsi une loi française a rendu l'assurance construction obligatoire pour le maître de l'ouvrage. L'idée, claironnée à son de trompe et de caisse, était qu'en cas de sinistre, l'assureur indemnise le maître de l'ouvrage sans recherche préalable de responsabilité, puis subisse seul l'inconvénient d'avoir à recourir contre les différents constructeurs, lesquels en pratique se renvoient la balle à coup d'expertises. Or les textes en vigueur gardaient le silence sur une éventuelle franchise. Consulté sur ce point, j'exposai que certes le législateur n'avait pas songé à la question, mais que la loi manquerait son but si le maître de l'ouvrage devait exercer ses recours pour le montant de la franchise. Que par conséquent on pouvait reconstituer avec certitude la volonté absente de ceux qui avaient voté la loi de façon à interdire cette pratique. Par parenthèse, mon raisonnement paraissait contredire la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 selon laquelle « tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché » (article 5), mais il fallait évidemment tenir compte du contexte ! Là-dessus la Cour de cassation me donna raison, ce dont je ne tirai aucune vanité, m'étonnant seulement qu'il ait fallu monter jusqu'à notre plus haute juridiction pour un résultat aussi prévisible.

Les difficultés commencent au cas d'indétermination sémantique, bruit confus qui équivaut à un silence et autorise toutes les interprétations. Cette fois, il ne s'agit plus de reconstituer une volonté absente, mais de l'inventer. Presque toujours un conflit de valeurs surgira, compliqué par une

querelle des anciens et des modernes. Il faudra par conséquent opérer un choix difficile, contestable et bien entendu imprévisible. Même s'il se pare de la fiction d'une volonté implicite du législateur, ce choix sera celui du juge et de lui seul. Il y a beau temps que les juristes ont renoncé à chercher la *bonne* méthode d'interprétation qui devrait conduire à la *bonne* solution, car cette quête repose sur l'idée fausse que l'interprétation serait de nature cognitive. Il est vrai qu'en pays de droit écrit et par conséquent légaliste, le fameux syllogisme judiciaire encourage cette idée. Mais point ne faut oublier que dans les cas indécidables, le rapporteur rédige couramment deux projets d'arrêts opposés, chacun nanti de son habillage syllogistique, avant de mettre la solution aux voix !

Et que dire des hypothèses que les auteurs de la loi n'ont même pas pu envisager ! Le code civil français garde le silence, et pour cause, sur l'électricité, les nuisances industrielles ou l'informatique. Mais ces objets nouveaux sont entourés par le bruit que fait le droit français dans son ensemble : le juge, aidé au besoin par la doctrine, ne va-t-il pas tordre et solliciter les règles existantes afin de les adapter tant bien que mal en attendant que le législateur intervienne ? Car il convient de dissimuler autant que possible ce fait que le pouvoir prétorien des tribunaux concurrence un pouvoir normatif qui n'appartient qu'à la loi. Une technique à toute épreuve consiste à citer un texte en en déduisant des conséquences que celui-ci n'implique nullement. La palme ici revient peut-être à la Cour de cassation française invoquant l'article 1382 du code civil (relatif à la responsabilité pour faute) pour habiller la réparation des troubles de voisinage, autrement dit un cas de responsabilité sans faute ! Bien mieux, et cela vaut aussi pour les cas d'obscurité sémantique, la Haute juridiction ne va-t-elle pas chercher refuge dans la zone mystérieuse entre toutes des principes généraux pour affirmer, par exemple, l'interdiction de s'enrichir au détriment d'autrui ou l'effet obligatoire de la recommandation patronale ?

Positivisme et droit naturel se rejoignent dans cette zone silencieuse. Le positivisme repose sur le postulat — la fiction — de la complétude du droit : autrement dit, il peut exister des lacunes dans la loi, mais non pas dans le droit où analogie, induction ou déduction seront censées combler le silence législatif. Quant aux partisans du droit naturel, ils ne croient évidemment pas à la complétude du droit positif, mais s'offrent à le compléter par des principes supérieurs de justice, sur le contenu desquels ils n'émettent d'ailleurs que des idées assez vagues. Le résultat pratique est à peu près le même, en ce que le juge choisit une interprétation par un acte de volonté qui s'oppose au silence assourdissant de l'indétermination législative ! Ou plutôt il est le même dans un système de droit donné, mais pas nécessairement dans n'importe quel autre !

En France, nul ne peut témoigner dans son propre procès. Aucun texte n'en dispose ainsi, mais peu importe ce silence, car c'est évident. Aux États-Unis, tout au contraire, chacun peut être entendu comme témoin dans son propre procès. Aucun texte ne le dit, parce que c'est évident ! Il y a donc, en suspension dans les mœurs juridiques ambiantes, deux principes diamétralement opposés, qui néanmoins paraissent évidents aux juristes nourris respectivement à l'un ou l'autre des systèmes de droit correspondants. Ces principes relèvent-ils du droit naturel ou du droit positif ? Dans le cas des États-Unis, Dworkin parlerait peut-être de principe métapositif. En droit français, je répondrai par une proposition dont les Normands, dit-on, se sont fait une spécialité : il y a un peu de l'un et un peu de l'autre… Bref, le silence de la loi peut faire l'objet d'interprétations fort diverses.

En principe le silence de la loi pénale vaut exclusion de la répression. Mais en principe seulement, car j'apprends aujourd'hui que la jurisprudence canadienne a créé pas moins de quatre catégories d'omissions susceptibles d'engager la responsabilité pénale de leur auteur. En principe le silence de la Constitution se comble à coup d'amendements, mais en principe seulement, car parfois les hommes politiques, que ce soit par habileté ou par timidité, se livreront ou se résigneront à des pratiques rebaptisées en règles coutumières.

Enfin il faut se garder de voir un prétendu silence de la loi — on dit aussi un vide juridique — dans le fait que certains justiciables n'y trouvent pas de solution qui les satisfasse et nous rencontrons ici le phénomène de la quérulence. Ainsi le code civil français et les lois subséquentes, jusqu'à une époque très récente, ne soufflaient mot d'un éventuel mariage homosexuel, mais reposaient à l'évidence sur l'idée que le mariage ne pouvait être qu'hétérosexuel : par conséquent il y avait là non pas un vide, mais une volonté bien arrêtée quoique implicite, et les couples d'hommes dont un officier d'état civil complaisant avait célébré le mariage en ont été pour leurs frais, car les tribunaux saisis par le ministère public ont annulé cet acte. Cela dit, pareille mise en scène préparait peu ou prou les esprits à la réforme qui a été votée ultérieurement…

Du silence gardé par le juge ou par la doctrine

Le juge n'a pas droit au silence en ce sens qu'il ne peut refuser de juger. Mais il est tenu au silence sur l'affaire pendante devant lui et sur le délibéré. *Quid* alors si un magistrat publie une note sous un arrêt auquel il a participé ? Un exercice de corde raide lui impose alors d'écrire comme s'il commentait de l'extérieur… En revanche, il est courant que le conseiller rapporteur publie son rapport ou le ministère public ses conclusions, une

tradition française considérant implicitement qu'il s'agit d'une simple opinion. Mais on pourrait en discuter…

En tout cas le juge ne doit pas statuer *ultra petita* et par conséquent doit garder le silence sur tout ce qui ne concerne pas les prétentions des parties. Cela ne l'empêche pas quelquefois de glisser une incidente sur ce qu'il pourrait décider dans un autre cas : cet *obiter dictum* est fréquent en pays de common law, mais très rare dans les systèmes dits de droit civil. Mais qu'à cela ne tienne ! La doctrine parle à la place du juge et lui fait dire, avec prudence et à titre de simple hypothèse, ce qu'il n'a pas dit. D'ailleurs deux commentateurs peuvent prêter au juge deux discours opposés, ce qui enrichit la controverse juridique : jusqu'ici, cette divergence d'interprétation n'a que des avantages. Mais quand les commentateurs unanimes prêtent une intention au juge, il arrive le cas échéant que, de fil en aiguille, l'arrêt soit désormais cité dans les répertoires comme donnant pour certaine ce qui n'était qu'une simple supposition au départ. Or cette supposition ne lie bien entendu pas le juge et s'il la dément dans un arrêt ultérieur, celui-ci fera figure de pavé dans la mare dormante de la sécurité juridique… Pour autant les juristes savants n'ont fait que leur métier et il serait bien étrange de vouloir leur imposer un quelconque silence.

Les auteurs en effet n'ont-ils pas toute liberté d'écrire sur ce qui les intéresse et de se taire sur les autres sujets ? Toutefois une règle morale, voire déontologique, en tout cas non écrite, les oblige peut-être à dénoncer une loi scélérate. Je veux dire une loi réellement scélérate, et pas seulement une loi qui leur déplaît, comme c'est le cas souvent de certaines lois sociétales permissives. En vérité, la question demeure largement théorique parce que, en pratique, cette loi verra le jour dans un régime autoritaire qui a déjà établi une censure et prévu la prison ou la déportation pour ceux qui se prévaudraient de leur liberté d'opinion. Bien entendu tout le monde pense au Statut des Juifs imposé par le régime de Vichy sous l'Occupation allemande.

Du coup la question se renverse. Pas la peine, évidemment, de courir à une punition certaine pour n'être même pas publié… Mais la même morale impose alors le silence parce que commenter le texte risquerait de banaliser et, si peu que ce soit, de légitimer l'inacceptable. Il faut ici rendre hommage à Léon Julliot de la Morandière, futur doyen de sa faculté et qui enseignait le droit civil à Paris. Le Statut des Juifs, il se refusait à en traiter sous prétexte que cela relevait du droit public (!). On aime à croire que symétriquement un professeur de droit public renvoyait au droit privé pour l'étude de la question… Le silence considéré comme un devoir n'a d'ailleurs rien de nouveau : c'est la base même du secret professionnel. La

nouveauté consiste à en faire peser la charge sur ceux qui ont pour métier de parler, les mauvaises langues diront sur des bavards professionnels…

Reste une interrogation…

… celle qui a servi de point de départ. Pourquoi, chez les juristes, cette fascination du silence ? C'est que les juristes, avec les meilleures intentions du monde, voudraient tout organiser. Or ils butent sur le for intérieur, sur l'obscurité, sur l'entre-les-lignes, sur les lacunes. En un mot, sur le silence et ils hésitent, mais pas de la même façon.

Le législateur prend tout son temps. Çà et là, il attribue une signification ou une fonction — ou une fonction sous couleur de signification — au silence gardé par les parties. Mais ses propres silences ne le troublent guère : il laisse le juge les combler et ne s'offre que rarement à démentir l'interprétation de ce dernier.

En revanche, le juge n'a pas tout son temps. Il doit juger et son hésitation n'a pour limite extrême que le temps de la procédure. Alors il prend son parti et… « le reste est silence ».