

[...]

I. - Du SENS ET DE LA PORTÉE DE L'ADAGE « DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS »

4. - 1° Dans le cadre des concepts classiques et notamment des principes issus de la codification napoléonienne (et des codes contemporains qui s'y sont substitués : voir le NCPC et notamment ses dispositions liminaires), on s'accorde en général pour relever que :

5. - a) « Dabo tibi jus » correspond à la conception classique (en droit français) de l'office du juge à savoir rendre son jugement et faire ainsi justice après avoir apporté à la solution du litige sa connaissance du droit tel qu'il était avant cette décision (sous la seule réserve du risque de déni de justice : art. 4 Code civil). Il « peut » (donc, simple faculté) même « relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties » (art. 12 al. 3 NCPC).

6. - b) L'opération de qualification des faits (tels qu'apportés par les plaideurs dans le respect tout à la fois des règles de la charge de la preuve, des modes de preuve admissibles et des modalités processuelles dudit apport : articles 1315 à 1369 Code civil passim et articles 132 à 322 NCPC passim) constitue par elle-même une manière d'apporter le regard du droit sur les faits bruts, donc une opération relevant nécessairement de l'office du juge (cf. art. 12 al. 2 NCPC).

Il va de soi (surtout au regard d'un praticien) que cela est quelque peu entaché d'irréalisme. En effet, s'instaure nécessairement un équilibre instable entre ce qui relève du fait et ce qui relève du Droit puisque, par ailleurs, en dehors des matières répressives et sauf dérogation législative expresse (par exemple en matière de saisine d'office du tribunal dans le cadre des entreprises en difficulté), le litige doit rester la chose des parties. Ce principe, admis de longue date et mis en exergue par la doctrine (1), a été consacré par les articles liminaires du NCPC (art. 1, 2 et 4 al. 1 NCPC) : seules les parties ont le droit d'apporter au juge leur litige (et éventuellement de le lui retirer par la voie de la transaction, sauf ordre public contraire) mais chacune d'entre elle a donc la charge de lui apporter et de lui justifier, « conformément à la loi », les points de fait par elles allégués et « nécessaires au succès de sa prétention » (art. 9 NCPC).

7. - 2° Toutefois, on relèvera d'emblée que, au plan de la hiérarchie des normes au sein de la Cité, le juge contemporain n'est ni le préteur romain ni le grand juge charismatique et-ou autocrate de l'ancien monde.

De fait, de nos jours, la répartition constitutionnelle des pouvoirs est (surtout en France) quelque peu différente de celle de la Rome républicaine (2). L'Édit du préteur est en quelque sorte l'application du programme d'un candidat à des élections comme autorité judiciaire. Dans ce cadre, il annonce qu'il donnera une action (actio dabo) dans tel ou tel cas concret évoqué dans l'Édit. Certes, les Édits successifs se répètent pour l'essentiel et les créations ex nihilo d'une charge prétoriale à l'autre n'étaient ni fréquentes ni nombreuses. A vrai dire, la timidité des hauts

magistrats face à l'Empereur aboutira même à une codification de cet édit dès le II^e siècle de notre ère (3).

Or, la répartition actuelle des pouvoirs en France est infiniment différente de celle de la Rome impériale (et a fortiori byzantine) ainsi que de ses héritiers (prétendus!) à savoir le Saint Empire romain germanique et, en ce qui nous concerne, le Roy de France, autocrate et « Empereur en son royaume ... toute Justice émanant du Roy » selon deux principes célèbres. Toujours dans l'ordre charismatique, on ne relèverait aujourd'hui rien de comparable au rôle parallèle des juridictions ecclésiastiques dont la compétence au Moyen Âge était considérable (mariage et donc filiation légitime, contrat notamment par le respect des serments etc.) avec la possibilité éventuelle d'un recours au Pape lui-même, héritier en quelque sorte (et pas seulement par le vocable) des pontifes romains (4).

8. - Notre Constitution connaît tout au plus, une « autorité judiciaire » (art. 64 et suivants de la constitution de 1958 ... matière traitée au surplus de façon significative après les organes exécutifs législatifs et après le Conseil constitutionnel). Certes, l'indépendance de cette autorité judiciaire est aujourd'hui mieux assurée qu'hier. Cela se traduit d'ailleurs par quelques effets pervers. Dès lors et face à une tentation corporatiste, surgissent, on le sait, les débats actuels relatifs, d'une part, à la légitimité du juge notamment là où il risque d'empiéter sur les pouvoirs législatifs et-ou exécutifs (5) et, d'autre part, à sa responsabilité éventuelle tant prise en charge par l'État (au titre du service public judiciaire et dans l'intérêt général des citoyens) qu'à titre personnel.

Dès lors, la formule *dabo tibi jus* peut-elle s'entendre aujourd'hui comme autorisant légitimement ce que d'aucuns baptisent usuellement et quelque peu abusivement de droit prétorien? Il est permis d'en douter et cela d'autant plus que, au sens littéral, l'adage classique semble « éclater » (infra II). [...]

J. Dupichot, L'adage « *Da mihi factum, dabo tibi jus* », Mélanges J.-L. Aubert, 2005, p. 425 et s., spéc. n° 4-8, p. 427-429

(1). Cf. les travaux de Motulsky in *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948 et réédition Bibliothèque Dalloz, 2002, notamment p. 34 et s., 50 et s., 152 et s.

(2) En un certain sens et même si l'expression est ici entachée d'anachronisme, la Rome classique et républicaine pratiquait, par crainte du retour à la Monarchie, une rigoureuse séparation des pouvoirs (avec même un exécutif bicéphale... et un mandat d'un an : deux Consuls). Le(s) préteur(s), le tribun de la Plèbe, les divers édiles etc... étaient de hauts magistrats élus... donc de véritables bêtes politiques, dotées ainsi d'une légitimité et d'une responsabilité de nature politique (telle ou telle fonction de judicature correspondait, en pratique, à un échelon dans le

cadre du cursus honorum). Rien de tel aujourd'hui pour le concours d'entrée à l'ENM ou bien pour la désignation administrative du médiateur de la République.

(3) Cf. sur l'édictum perpetuum, R. Monier, op. cit. n° 68 et s.

(4) Cf. R. Monier, op. cit. notamment n° 39 sur la laïcisation progressive du droit à Rome. Cf. Fr. Olivier-Martin Histoire du droit français, réédition CNRS 1992 n° s 138 à 160 et 360 à 370 notamment.

(5) Cf. la réponse ministérielle du garde des Sceaux à un parlementaire quant aux conséquences respectives d'une mise en examen pour un ministre et pour un magistrat in Gaz. Pal. mars 1996 p. 45.