

Le droit civil et la tolérance, ou l'ombre portée de la transgression

Matthieu Robineau

Maître de conférences à l'École de droit d'Orléans

Centre de recherche juridique Pothier - EA 1212

Envisager le thème de la transgression revient, pour le juriste, à aborder une question à la fois familière et méconnue. Les liens entre le droit et la transgression apparaissent en effet de prime abord particulièrement étroits, d'une part, parce que le premier se définit en partie par rapport à la seconde et, d'autre part, parce qu'il comporte par essence les instruments de réaction face à elle. Pour autant, la transgression n'est pas une notion juridique, tout au moins lorsqu'on la compare avec la violation de la loi ou la fraude. De fait, aucune étude systématique et théorique n'a porté jusqu'ici sur la transgression. Il est dès lors pertinent de s'interroger sur celle-ci, d'en déterminer la nature et les effets. A cette fin, plusieurs approches sont possibles. Celle retenue ici est partielle et indirecte, voire détournée.

Elle est tout d'abord partielle parce que si la transgression suppose une vision pluridisciplinaire, c'est à l'aune du droit civil que l'étude sera menée. Il s'agit ainsi d'apporter un éclairage singulier au sein des riches contributions des publicistes, philosophes ou anthropologues qui participent à ce colloque. L'approche est ensuite indirecte car c'est en cheminant sur les terres de la tolérance qu'il est proposé d'aborder la transgression. Cette démarche part du présupposé que traiter de la tolérance, c'est envisager indirectement la place et le rôle de la transgression en droit et, possiblement, en dégager une conception affinée.

Quoi qu'il en soit, à ce stade et pour rester fidèle à l'étymologie¹, transgresser en droit, c'est passer outre la norme juridique, passer au-delà, la norme étant entendue comme ce qui a vocation à servir de modèle pour l'action et/ou pour le jugement². Transgresser, ce serait donc passer au-delà du modèle juridique. Il s'agirait non seulement de violer la norme, de commettre le délit ou la faute, de frauder, mais encore de s'accommoder de la loi, de jouer avec elle, de la tourner à son avantage, de faire preuve d'habileté³ et, plus encore, de faire usage de sa liberté⁴. L'idée semble bien éloignée de celle de tolérance.

Celle-ci consiste en effet en « une manière de se comporter envers l'autre. Elle invite à respecter la personne d'autrui, son comportement ou ses pensées⁵ ». De ce point de vue, comme en atteste l'histoire du mot, elle paraît relever essentiellement des libertés

¹ Transgressio, nom d'action tiré du supin – transgressum – de transgredi, avec le sens concret de « passer de l'autre côté, traverser », puis « dépasser » pour prendre enfin, à partir du XIII^e siècle, le sens abstrait juridico-morale « d'enfreindre » (Dictionnaire Historique de la langue française (dir. A. Rey), Le Robert, nouvelle éd. en un seul vol., 2010, v^o transgression, p. 2347).

² V. C. Thibierge, Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit, *Arch. Phil. Droit*, Dalloz, 2008, t. 51, p. 341 et réf. cit.

³ Pour une distinction éclairante et particulièrement convaincante de la fraude et de l'habileté, F. Dournaux, La notion de fraude en droit privé français, thèse Paris I, dir. L. Aynès, 2008.

⁴ V. *infra*.

⁵ J-M. Roy, La tolérance, *RRJ* 1995, p. 497

fondamentales, de la liberté d'opinion et de la liberté religieuse en particulier⁶. Pour autant, la tolérance n'est pas totalement étrangère au droit civil. Deux de ses acceptions ouvrent en effet des perspectives au civiliste.

En premier lieu, elle peut également être définie comme le choix essentiellement révocable du titulaire d'un droit de souffrir une atteinte portée à celui-ci par un tiers⁷, de demeurer passif⁸, de ne pas protester, de ne pas saisir le juge. La tolérance apparaît en ce sens essentiellement comme un acte volontaire, délibéré ; elle présuppose pour son auteur la connaissance à la fois de son droit et de la transgression de celui-ci par le tiers. Dans cette acception, font preuve de tolérance le propriétaire qui, en l'absence de servitude, accepte sans mot dire le passage de son voisin sur son fonds, la célébrité qui ne réagit pas à l'atteinte portée à sa vie privée, ou encore le créancier indifférent devant le retard de son débiteur. La tolérance résulte ainsi d'une pratique individuelle, quelles qu'en soient au demeurant les motivations profondes, qu'elle repose sur l'altruisme ou bien qu'elle ne soit pas totalement désintéressée⁹. Comme l'enseigne la jurisprudence¹⁰, elle a un caractère essentiellement précaire : elle n'est pas renonciation ou abdication¹¹ ; elle peut être révoquée¹², elle n'a pas d'effet abrogatoire¹³.

En outre, sauf à forcer le sens des mots, il nous semble que la tolérance ne peut être que spontanée¹⁴ : la « tolérance imposée » au sujet de droit n'est rien d'autre qu'obéissance, soumission à la règle. En conséquence, l'interdiction de discriminer, qui peut être envisagée comme une obligation de « tolérer » la différence¹⁵, ne relève pas à proprement parler de la tolérance. De même, l'imposition de délais de grâce au profit du débiteur ne peut être rattachée à l'idée de tolérance, parce que c'est la décision judiciaire qui rend obligatoire le report du terme ou l'échelonnement de la dette¹⁶. Sans doute pourra-t-on objecter que la tolérance se déplace alors du créancier vers le système juridique. En effet, le droit du surendettement des particuliers, au sens large de l'expression, peut être envisagé comme une tolérance du système envers les difficultés des personnes fragilisées par leur situation patrimoniale et, au fond, comme une transgression de principes séculaires cardinaux au premier rang desquels figure la force obligatoire des conventions¹⁷. Cependant, parce que raisonner ainsi revient à considérer que toute exception à une règle de droit prévue par une

⁶ M.-A. Dilhac, Deux concepts de tolérance dans le libéralisme politique, *Arch. Phil. Dr.*, 2005, t. 49, p. 137 ; O. Abel, Tolérance et laïcité, *Arch. Phil. Dr.* 2004, t. 48, p. 19 ; G. Koubi, La laïcité sans la tolérance, *RRJ* 1994, p. 715. – Adde, B. Melkevik, Tolérance et modernité juridique, PUL, Dikè, 2006.

⁷ S. Pesenti, La tolérance en droit civil, thèse Paris II, dir. D. Mazeaud, 2002.

⁸ Cette passivité permettrait de distinguer la tolérance de la complaisance, caractérisée par le service d'autrui, sans intention de se lier (A. Viandier, La complaisance, *JCP G* 1980, I, 2987).

⁹ J.-M. Roy, art. préc. – Rappr. A. Viandier, art. préc. : « Il n'y a pas d'actions ou de comportements humains qui soient totalement désintéressés ».

¹⁰ En ce sens, Cass. 3^{ème} civ. 17 mars 1981 : *Gaz. Pal.* 1981.2, panor. 258 à propos de l'absence de protestation du bailleur en présence d'une sous-location interdite : faute de manifestation positive d'une volonté contraire, il ne saurait y avoir renonciation au bénéfice de la clause. – Cass. soc., 9 oct. 1956 : *Bull. civ.* IV, n° 561, à propos de l'absence de renonciation du bailleur qui continue de percevoir les loyers à l'expulsion du preneur. – Cass. 1^{ère} civ., 17 oct. 1984 : *Bull. civ.* I, n° 27 et 7 mars 2000 : *Bull. civ.* I, n° 75, à propos de la passivité d'un créancier ne s'étant pas prévalu d'une astreinte conventionnelle.

¹¹ S. Pesenti, *op. cit.* – D. Houtcieff, Renonciation, *Rép. civ.* Dalloz, n° 65.

¹² Rappr. Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 1992 : *Bull. civ.* III, n° 212.

¹³ V. P. Amselek, Le rôle de la pratique dans la formation du droit, *Travaux de l'association H. Capitant*, 1983, p. 437.

¹⁴ *Contra*, S. Pesenti, th. préc.

¹⁵ Pour une telle présentation, J.-M. Roy, préc.

¹⁶ C. civ., art. 1244-1 et 1244-2.

¹⁷ Sur cette question, C. Gau-Cabée, « Enchaîné, affranchi, protégé, triomphant ». Endettement des particuliers et contrat sur fond de crise : étude diachronique, *RTD civ.* 2012. 33.

autre norme juridique s'analyse en termes de transgression, l'objection doit être écartée : selon l'acception stricte adoptée ici, la tolérance est spontanée ou elle n'est pas.

Il n'en demeure pas moins que rien n'interdit de la formaliser ou de la solenniser, sans en changer pour autant la nature. Que la convention se contente de rappeler les relations entre ceux qui la souscrivent, il sera encore question de tolérance ; que l'accord des parties consiste à créer des droits et des obligations, une autre qualification s'imposera. Par exemple, accorder à un voisin dans une convention, à titre précaire, l'autorisation de déroger à la servitude *non aedificandi* qui bénéficie au fonds dont on est propriétaire, relève de la tolérance¹⁸. En revanche, supprimer toute précarité, c'est-à-dire toute possibilité pour le propriétaire de mettre fin *ad nutum*¹⁹ à sa tolérance, c'est offrir un véritable droit, en l'occurrence un droit de construire, et éteindre la servitude par voie de renonciation.

En second lieu, dans une acception médicale, la tolérance peut être définie comme la manière de supporter l'administration d'une substance (un médicament, une drogue, un aliment) et ses « effets secondaires ». En ce sens, ferait preuve de tolérance l'ordre juridique qui survivrait sans trop de difficultés à un événement perturbateur étranger qui viendrait se fondre en lui sans le laisser totalement indemne. Dans cette perspective, le questionnement se déplace : il s'agit d'envisager non plus la tolérance en droit civil, celle qui émane des sujets et qui est plus ou moins appréhendée par le droit, mais la tolérance du droit civil, celle dont celui-ci fait montre à l'égard des sujets qui, d'une manière ou d'une autre, transgressent la norme.

En conséquence, il existe un lien très étroit – quoique non nécessaire – entre la transgression et la tolérance. « Celui qui prône la tolérance se fait l'apôtre d'une pratique subversive. Il néglige son droit et incite le toléré à contrevenir aux lois²⁰ ». Surtout, le droit lui-même, parce qu'il ne réagit pas identiquement devant toutes les transgressions, semble, lui aussi, animé de l'esprit de tolérance.

La transgression paraît ainsi entretenir avec le droit une relation complexe, au sens méthodologique du terme²¹. En particulier, elle semble inhérente au droit dans la mesure où, dans un mouvement perpétuel d'interaction, elle crée le droit qui lui-même la crée en retour. Au fond, c'est parce qu'il existe des transgressions qu'une production normative juridique incessante peut être constatée et c'est parce qu'il existe des normes que les transgressions trouvent à s'épanouir. Plus précisément, la transgression est consubstantielle à la normativité juridique, au sens où « le fait même d'ériger une chose en modèle indique que ce modèle est susceptible d'une transgression (...). La transgression n'est pas extérieure à la normativité juridique, mais elle en constitue la limite, la bordure »²². Elle apparaît alors comme un moteur paradoxal pour le droit, en tant qu'elle est à la fois sa condition et la plus sérieuse des menaces contre lui. Autrement dit, la transgression n'est pas qu'un acte contre le droit, c'est

¹⁸ Rappr. Req., 1^{er} déc. 1936 : *D.* 1937, I, p. 47. – CA Besançon, 12 déc. 1906 : *S.* 1907, II, p. 298.

¹⁹ V. par ex., Req. 1^{er} déc. 1936, préc. – Soc., 7 mars 1957 : *D.* 1957, somm. p. 107.

²⁰ J.-M. Roy, art. préc.

²¹ E. Morin, *Introduction à la pensée complexe*, Points, Essais, 2005.

²² F. Brunet, *Normativité et droit*, thèse Paris I, dir. E. Picard, 2011, spéc. pp. 466 et s. – Comp. C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, Carré droit, 2011, spéc. p. 93 : « L'ordre juridique a en propre d'inclure le désordre, la transgression. Le droit de l'exécution du contrat est, surtout, le droit de l'inexécution des obligations contractuelles ; il ne la réprime pas systématiquement. L'ordre juridique se compose sur le désordre et avec lui ».

aussi un acte dans le droit ou pour le droit, à l'image de la désobéissance civile, acte transgressif s'il en est²³.

Cette position invite à s'écarter d'une conception répandue du droit, selon laquelle celui-ci est « seulement un ensemble de règles contraignantes, assemblage plus ou moins cohérent d'ordres, d'interdictions, de permissions, de tolérances, si bien qu'indépendamment du plaisir que certains trouvent dans la transgression, la tranquillité, sinon le bonheur, n'existe sur Terre que lorsqu'il ne se manifeste pas²⁴ ».

Le lien entre la tolérance et la transgression mérite donc d'être examiné. Le droit civil offre à cette fin un terrain favorable dans la mesure où s'y côtoient les intérêts particuliers et l'intérêt général et où sont aux prises trois piliers fondamentaux de la société : la famille, la propriété, le contrat²⁵.

Il convient en conséquence de vérifier s'il existe effectivement une place pour la tolérance en droit et, par suite nécessaire, pour la transgression. Le cas échéant, il faudra en mesurer l'importance et, ce faisant, tenter de délimiter les frontières qui séparent le tolérable et l'intolérable, ou plutôt le toléré du non toléré.

Dès lors, à rebours de ce que la présentation des deux versants de la tolérance a pu laisser entendre, il ne s'agira pas d'examiner la tolérance en droit civil puis la tolérance du droit civil. Une telle articulation est en effet par trop artificielle tant les deux aspects sont liés. Une autre approche doit être préférée, qui met davantage en évidence la place et le rôle de la transgression en droit et confirme sa consubstantialité à celui-ci – et spécialement au droit civil. Il apparaît en effet que la tolérance, en tant qu'ombre portée de la transgression est à la fois « pacificatrice et subversive²⁶ ». Il convient donc d'opposer les transgressions tolérées, qui révèlent la souplesse du droit civil (I) et les transgressions intolérables, qui suscitent sa réaction (II).

§ 1. - La souplesse du droit civil : les transgressions tolérées

En droit civil, comme ailleurs probablement, il y a des transgressions tolérées. La tolérance peut survenir à deux niveaux, celui – éventuel – du sujet de droit qui admet la transgression, celui – permanent – de l'ordre juridique. Si l'on préfère, il existe en droit des possibilités de transgression qui sont offertes directement par l'ordre juridique ou qui passent par l'intermédiaire du sujet de droit, sous le regard bienveillant du premier. Peuvent en conséquence être identifiées des possibilités de tolérance (B), qui trouvent leur justification profonde dans la nécessité de la tolérance (A).

A. - La nécessité de la tolérance

La tolérance est certainement indispensable à l'ordre juridique. C'est si vrai que les pouvoirs publics s'imposent parfois de fermer les yeux devant certaines transgressions²⁷.

²³ V. J. Rawls, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Seuil, 1987, spéc. p. 405 : « la désobéissance civile peut être définie comme un acte public, non violent, décidé en conscience, mais politique, contraire à la loi et accompli le plus souvent pour amener un changement dans la loi ou bien dans la politique du gouvernement ». – *Adde*, R. Encinas de Munagorri, *La désobéissance civile : une source du droit ?*, RTD civ. 2005, pp. 73-78.

²⁴ F. Terré, *Le Droit*, Flammarion, Dominos, 1999, p. 15, écartant cette conception répandue.

²⁵ Selon la célèbre présentation de J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 1995

²⁶ J.-M. Roy, art. préc.

²⁷ L'appellation tolérance est alors contestable : la tolérance imposée, obligatoire, n'est plus de la tolérance.

Ainsi, l'administration fiscale est tenue de ne pas appliquer majorations et intérêts de retard aux contribuables qui ont omis, dans une proportion fixée par la loi, de déclarer une partie de leurs revenus. Il existe par ailleurs de nombreuses « tolérances » administratives²⁸. En outre, le droit admet à la fois des causes exonératoires, ce qui interdit la sanction de la transgression, et des faits justificatifs, ce qui légitime certaines transgressions. Plus généralement, il apparaît que la tolérance de chacun contribue au bon fonctionnement de la société. Elle introduit de la souplesse là où le jeu des normes juridiques pourrait conduire à une rigidité malvenue des rapports humains, c'est-à-dire à une juridicisation, voire une juridictionnalisation, excessives²⁹.

1. En premier lieu, la tolérance du sujet devant l'acte transgressif qui remet en cause ses droits, est avant tout la manifestation puissante de sa liberté. Tolérer n'est ni plus ni moins qu'une manière d'exercer son droit. Par exemple, dans l'hypothèse du passage sans titre sur le fonds d'un voisin, la tolérance de celui-ci est une expression de ses prérogatives de propriétaire, une manifestation de sa toute puissance³⁰. On le voit, ce qui explique que le droit de propriété ne puisse faire l'objet d'une prescription extinctive justifie pareillement que la tolérance ne puisse aboutir à la création de droits au profit de celui qui a transgressé et au détriment de celui qui a toléré. La tolérance n'est pas négligence, elle est exercice passif.

La décision d'agir en justice ou non relève du même type d'enjeu. S'il existe en droit pénal un principe d'opportunité des poursuites, un phénomène similaire se rencontre de fait devant les juridictions civiles. Sans doute, l'appréciation de l'opportunité de l'action en justice est-elle altérée par les obstacles réels ou imaginaires qui se dressent devant le justiciable au moment de saisir le juge, si bien qu'il n'est pas certain que l'absence d'action puisse s'analyser en une tolérance devant l'acte transgressif³¹. Cependant, le développement des dispositifs plus ou moins socialisés d'aide à l'accès à la justice, telles l'aide juridictionnelle et l'assurance de protection juridique, laisse espérer que, dans une certaine mesure, ce qui relève de la tolérance délibérée l'emporte ou l'emportera sur ce qui s'apparente à de la résignation désespérée. Aussi, l'abstention d'agir en justice peut-elle parfois s'analyser en une tolérance devant la transgression.

Sous un angle quelque peu différent, la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage offre une illustration pertinente du rôle de la tolérance en droit civil. Ce qui la déclenche en effet, c'est le trouble anormal, celui qui dépasse ce que le voisin est censé tolérer. Il y a ici quelque chose d'assez habituel : au-delà du seuil de tolérance, le voisin victime du trouble peut réagir. Ce seuil de tolérance est co-déterminé : il est défini par le demandeur et par le juge. L'appréciation du trouble est, si l'on préfère, à la fois subjective et objective alors que, fondamentalement, elle ne devrait relever que d'une approche subjective. Toutefois, il y a ici une dualité d'approches : une « tolérance imposée » côtoie une tolérance spontanée donc véritable. La première interdit d'agir lorsque le trouble est considéré comme normal, c'est-à-dire comme résultant du fait même du voisinage, ou s'il était connu du

²⁸ L. Tallineau, Les tolérances administratives, *AJDA* 1978, p. 3.

²⁹ Quoique le droit ne soit pas nécessairement dur. Il existe bien entendu de la souplesse en droit : Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, Thèmes et commentaires, t. XIII / Boulogne-sur-Mer, 2009.

³⁰ Rappr. F. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, *Droit fondamental*, 3^{ème} éd., 2008, n° 234 : « [Le droit de propriété] n'est pas, comme on l'enseigne traditionnellement, un droit d'user, mais un pouvoir de volonté qui permet à son titulaire de faire ce qu'il veut d'une chose [...], y compris de décider de ne rien faire. »

³¹ A l'inverse, un mauvais usage du droit d'agir sera sanctionné (CPC, art. 32-1 (disposition générale), art. 559 et 560 (appel), 581 (voies de recours extraordinaires, spéc. art. 628 pour le pourvoi en cassation)).

demandeur avant son installation³². La seconde relève de la liberté de demander ou non réparation en présence d'un trouble jugé intolérable.

La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage peut d'ailleurs nourrir la réflexion conceptuelle sur la transgression. En effet, elle est totalement déconnectée de la faute³³ et, en particulier, elle ne suppose pas, pour être retenue, que le défendeur ait violé une norme. Mieux, ce dernier ne peut s'exonérer en s'abritant derrière la législation à laquelle il s'est conformé³⁴. Il doit réparer le trouble anormal, quand bien même son comportement a été irréprochable. Il résulte dès lors de cette construction jurisprudentielle que la transgression ne saurait se réduire à la violation de la règle, puisque le comportement du défendeur est hors de cause. Si l'on admet en effet – pourquoi ne pas soulever cette hypothèse ? – que toute responsabilité repose sur une transgression³⁵, il est assez clair que le concept de transgression en droit ne se réduit pas à la violation de la norme juridique. Il est plus large et englobe des hypothèses plus subtiles.

Part indispensable de la liberté dans l'exercice des droits, la tolérance permet d'apporter au système juridique l'oxygène vital. Elle apparaît en conséquence nécessaire. A défaut, le droit ne serait qu'étouffement pour les sujets. Le caractère indispensable de la tolérance en présence d'actes transgressifs se ressent d'ailleurs sur un autre plan : la transgression est un moteur pour le droit.

2. En second lieu en effet, la transgression fait vivre le droit, elle le conduit à évoluer. Ce rôle peut être rempli sur deux terrains distincts. D'une part, certaines évolutions de la société dévoilent de nouvelles pratiques ressenties comme transgressives en soi, de manière pré-juridique en quelque sorte, et appellent alors à la réaction du droit, à la production normative. Tel est notamment le cas chaque fois que le progrès des sciences, et notamment celui de la médecine, interpelle les juristes³⁶. D'autre part, des pratiques de tolérance généralisée induisent une modification de la norme, soit quant à sa force normative, soit quant à sa signification elle-même. La transgression et la tolérance associée sont, par les mœurs, des vecteurs d'influence et d'action sur le système juridique. Le seuil du tolérable, autrement dit, le seuil du transgressif toléré, peut alors être déterminé au moins en partie par un consensus social. Si les relations de voisinage en offrent de bons exemples, l'appréciation du comportement des époux à l'occasion d'un divorce pour faute montre également combien la transgression et la tolérance peuvent évoluer. C'est ainsi que l'adultère, cause facultative de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975, donne lieu à une appréciation toute en nuance et certainement pas automatique. On en prendra pour preuve que si les accords entre époux par

³² Hypothèse de la pré-occupation prévue par l'article L. 112-6 du Code de la construction et de l'habitation, dispositif jugé conforme à la constitution (Cons. const., 8 avr. 2011, n° 2011-116 QPC : *AJDA* 2011. 1158, note K. Foucher ; *Constitutions* 2011. 411, obs. F. Nési ; *D.* 2008. 1258, note V. Rebeyrol ; *RDI* 2011. 369, obs. F.-G. Trébulle ; *Envir.* 2011. Repère 6, obs. C. Huglo).

³³ Cass. 3^{ème} civ., 4 févr. 1971, 2 arrêts, *Bull. civ.* III, n° 78 et 80 ; R. p. 46 ; *GAJC*, 12^{ème} éd., n^{os}79-80 (II) ; *JCP* 1971. II. 16781, note R. Lindon.

³⁴ Cass. 3^{ème} civ., 12 oct. 2005 : *Bull. civ.* III, n° 195 ; *RDI* 2005. 459, obs. Ph. Malinvaud ; *RDI* 2006. 43, obs. F.-G. Trébulle et 205, obs. J.-L. Bergel.

³⁵ Cela ne fait guère de doute en matière de responsabilités pour faute. L'idée pourrait également être admise à propos des responsabilités sans faute, lesquelles seraient justifiées par la transgression de valeurs fondamentales juridicisées, comme l'intégrité du corps humain (Comp., Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd. 2011.), la justice ou, en l'espèce, la vie harmonieuse en société.

³⁶ V. Ph. Pédrot, *Les seuils de la vie. Biomédecine et droit du vivant*, Odile Jacob, 2010.

lesquels ceux-ci se dispensent mutuellement de leur obligation de fidélité sont nuls³⁷, ils n'en produisent pas moins des effets lorsqu'il s'agit de se demander si les fautes commises sont graves ou renouvelées et rendent intolérable le maintien de la vie commune, comme l'exige l'article 232 du Code civil³⁸. Dans le même temps, la jurisprudence, certainement attentive à l'évolution des mœurs, assouplit considérablement sa conception de l'immoralité des libéralités³⁹ et admet, pour faire bonne mesure, la licéité du courtage matrimonial souscrit par un époux, certes dans un cas d'espèce singulier, mais avec une formule tout à fait générale⁴⁰.

Dans la continuité de ce qui précède, le droit se nourrit d'une autre transgression qui participe plus directement à la production normative et à la signification des normes. Cette transgression est celle que commet le juge à l'occasion de l'interprétation d'un texte⁴¹, lorsqu'il s'éloigne du sens hypothétique de celui-ci. Que la norme interprétée soit distincte de l'énoncé qui en est le soutien, peut être envisagé comme une transgression du texte, quoique l'on puisse objecter que dans ces conditions toute interprétation est transgression. La critique n'est cependant pas dirimante, dès lors que l'on considère que le siège de la norme réside précisément dans l'interprétation ; que tant qu'aucun sens n'a été donné à l'énoncé normatif, la norme n'est pas encore vraiment née. De sorte que la norme peut-être doublement transgressive : d'une part parce qu'elle repose sur une interprétation possiblement transgressive, d'autre part parce qu'elle naît de la transgression⁴².

Pour autant, que la tolérance soit nécessaire pour la respiration du droit et, au-delà, pour celle de la société, est une chose ; qu'elle soit possible en est une autre.

B. - La possibilité de la tolérance

La place réservée à la tolérance en droit civil peut être mise en évidence en montrant que le droit lui-même fait preuve de tolérance à l'égard des actes transgressifs, puis que lorsque la tolérance émane du sujet, le droit non seulement en prend acte, mais encore la protège voire l'encourage, au nom de la paix sociale. Il existe donc deux facettes ou plus exactement deux niveaux de tolérance en droit, celui du sujet et celui de l'ordre juridique, niveaux qui ne peuvent être tout à fait comparés⁴³.

1. En premier lieu, il convient de constater que le système juridique octroie une place de choix à la tolérance et, ce faisant, à la transgression. Trois exemples d'inégale valeur et aux enjeux différents peuvent en convaincre. Tout d'abord, de manière générale, il est assez clair

³⁷ V. toutefois, TGI Lille, JAF, 26 nov. 1999 : *D.* 2000. 254, note X. Labbé ; *RTD civ.* 2000.286, à propos de l'homologation d'une convention temporaire prévoyant la dispense mutuelle des époux du devoir de fidélité, dans l'hypothèse d'un divorce sur requête conjointe.

³⁸ V. C. civ., art. 245.

³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 févr. 1999 : *Bull. civ.* I, n° 43 ; *R.*, p. 307 ; *GAJC*, 12^{ème} éd., n° 28-29 (I) ; *D.* 1999. 267, rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrie ; *D.* 1999. Chron. 351, par C. Larroumet ; *Somm.* 307, obs. M. Grimaldi et 377, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 1999. II. 10083, note M. Billiau et G. Loiseau ; I. 143, n° 4 s., obs. F. Labarthe ; I. 152, étude L. Leveneur ; I. 189, n° 8, obs. R. Le Guidec ; *JCP N* 1999. 1430, note F. Sauvage ; *Dr. fam.* 1999, n° 54, note B. Beignier ; *Defrénois* 1999. 680, obs. J. Massip et 738, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1999. 364 et 817, obs. J. Hauser et 892, obs. J. Patarin. – Cass. ass. plén., 29 oct. 2004 : *Bull. civ.* n° 12 ; *R.*, p. 203 et 208 ; *BICC* 1^{er} févr. 2005, rapp. Bizot, concl. Allix ; *GAJC*, 12^{ème} éd., n° 28-29 (II) ; *D.* 2004. 3175, note D. Vigneau ; *JCP G* 2005. II. 10011, note F. Chabas ; I. 187, n° 7, obs. R. Le Guidec ; *Defrénois* 2004. 1732, obs. R. Libchaber ; 2005. 234, note S. Piedelièvre ; *Dr. fam.* 2004, n° 230, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2005. 104, obs. J. Hauser. – Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2005 : *Bull. civ.* I, n° 35 ; *JCP* 2005. I. 187, n° 7, obs. R. Le Guidec ; *AJ fam.* 2005. 234, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2005. 368, obs. J. Hauser et 439, obs. M. Grimaldi.

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 nov. 2011 : *D.* 2012. 59, note R. Libchaber ; *RTD civ.* 2012. 93, obs. J. Hauser.

⁴¹ Rapp. J.-J. Sueur (dir.), *Interpréter et traduire*, Bruylant, 2007.

⁴² Sur ce point, F. Brunet, *op. cit.*, spéc. p. 467.

⁴³ Rapp. A. Viandier, art. préc. : « Au vrai, souveraineté et raison d'Etat se conjuguent pour interdire au juriste toute comparaison utile entre la complaisance des Etats et celle de leurs sujets ».

que les actes de tolérance « restent dans la zone des relations amicales, du non droit⁴⁴ ». Ils traduisent un « choix individuel » en faveur du non-droit⁴⁵. Il existe en effet des secteurs de la vie sociale où, pour des raisons diverses, le droit se fait moins présent, ne pénètre pas ou par intermittence seulement. Pour emprunter les propos de Carbonnier, « le non-droit en ce qu'il a de plus significatif, est le retrait ou la retraite du droit ». Si l'on préfère, en accordant de la place au non-droit, l'ordre juridique accepte nécessairement une certaine part de transgression dans les relations entre sujets, pour qui il s'agit alors non pas de nier le droit mais de s'en écarter quelque peu⁴⁶, le non-droit n'étant pas l'absence de droit. Les illustrations les plus parlantes sont sans doute à rechercher dans la sphère privée, et plus spécialement dans les relations familiales et amicales. Ainsi, la vie du couple relève souvent du non-droit et par suite, possiblement de la transgression. C'est vrai en particulier des époux qui, bien que juridiquement liés par des droits et obligations se soucient peu du droit au quotidien. Leurs relations personnelles sont autrement organisées, encore que l'ombre du droit soit toujours présente. De la même façon, sur le plan patrimonial, les époux vivent le plus souvent dans le non-droit : ils mêlent leurs biens sans se soucier de leur régime matrimonial. Quant à l'organisation de l'éducation des enfants, elle est souvent peu conforme aux directives posées par le Titre consacré à l'autorité parentale dans le Code civil. Dans toutes ces hypothèses, il y a transgression parce qu'il n'y a pas conformité à la norme en tant que modèle, sans pour autant qu'il y ait violation.

Ensuite, les règles supplétives peuvent également être considérées comme le siège d'une certaine tolérance pour la transgression. Sans doute, dans une première approche, le lien entre la règle supplétive et la transgression peut-il sembler passablement ténu. Après tout, il est usuel de définir la règle supplétive comme celle à laquelle il est juridiquement permis de déroger par une manifestation de volonté. Dans cette perspective, quand ils choisissent de ne pas se soumettre au régime légal de la communauté réduite aux acquêts, les époux ne commettent aucun acte transgressif : ils demeurent dans le cadre du droit et ne font qu'user de la liberté que celui-ci leur accorde. Cependant, à la suite d'un auteur, la règle supplétive peut être définie comme « un modèle préféré entre tous, un idéal type à reproduire, un modèle directeur traçant et délimitant le champ des possibles⁴⁷ ». Or s'écarter du modèle, a-t-on dit pour commencer, c'est transgresser. Il convient ici d'ajouter qu'il s'agit alors d'une transgression douce, qui n'est pas refus de l'ordre juridique, mais mise à l'écart de la norme de référence, choix d'un modèle alternatif, possiblement extra-juridique.

Enfin, la volonté d'apaiser ou de ne pas soulever un conflit qui peut animer celui qui fait preuve de tolérance mérite d'être respectée. Elle favorise l'harmonie de la vie en société et a pour elle de ne pas accélérer l'engorgement des tribunaux. Aussi, tout bien pesé, en encourageant et en développant des modes de résolution déjudiciarisés ou déjuridictionnalisés, le droit favorise très certainement des solutions souples susceptibles de relever de systèmes normatifs alternatifs et, par là, potentiellement constitutives de transgressions juridiques. Sans doute, le droit demeure-t-il toujours vigilant, en particulier par la figure du juge, et sans doute encore, est-ce sur sa propre autorisation que la norme juridique de référence est en quelque sorte mise entre parenthèses. Néanmoins, pour le justiciable, faire le choix d'une autre normativité – de substitution ou de complément –, c'est aussi tolérer que le contentieux soit réglé autrement qu'à l'aune de la norme sur laquelle il avait ou aurait pu

⁴⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004, t. 2, n° 826.

⁴⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 8^{ème} éd. 1995, spéc. Le non-droit comme choix individuel, p. 30. (***)
vérif dernière éd.)

⁴⁶ Rapp. Ph. Le Tourneau, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107.

⁴⁷ C. Pérès, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 421, 2004.

calquer son comportement, au risque de perdre quelque avantage. L'hypothèse de l'arbitre statuant en amiable compositeur peut être enrichie d'illustrations plus civilistes.

Notamment, en droit de la famille, recourir à la conciliation ou à la médiation, spontanément ou à l'invitation du juge⁴⁸, c'est tolérer que le conflit ne soit pas exclusivement réglé à l'aune des normes transgressées et admettre *a priori* des solutions potentiellement transgressives. En particulier, les époux peuvent élaborer la convention réglant les effets de leur divorce avec beaucoup de liberté⁴⁹. Précisément, en ce qui concerne la prestation compensatoire, ils peuvent ne pas tenir compte des critères que le juge doit prendre en considération lorsqu'il se prononce⁵⁰ et peuvent même se dispenser de tout versement. De la même façon, ils peuvent organiser l'exercice de l'autorité parentale autrement que selon les modèles préconisés par le code civil que sont la résidence alternée, modèle privilégié si l'on se fie à la rédaction de la loi⁵¹, et la résidence habituelle chez l'un des parents.

2. En second lieu, outre la place qu'il laisse à la transgression en se montrant tolérant à l'égard des sujets qui s'écartent du modèle de référence, le droit est également l'acteur d'une protection de ceux qui font preuve de tolérance dans leurs rapports, non plus avec le système juridique ou la norme, mais avec autrui. Celui qui tolère la transgression commise par un tiers doit être en effet traité avec bienveillance, parce qu'il est possible de présumer que sa tolérance répond à une certaine générosité, qu'elle correspond à de l'altruisme, même si les motifs réels sont indifférents au moment de qualifier la tolérance⁵². Les techniques de protection sont multiples. Il est possible d'en évoquer deux qui reposent sur des logiques distinctes.

La première consiste à solenniser la tolérance, à l'enregistrer et donc, à la protéger : par le biais de l'homologation judiciaire, ce qui a été convenu par les époux ou les parents prend une valeur supra-contractuelle et change du même coup de nature⁵³. Ce qui importe ici toutefois, c'est que la tolérance éventuelle de l'une des parties, époux ou parent, envers l'autre et la transgression demandée sont officiellement admises et validées et que l'ordre juridique leur accorde sa protection, grâce à l'autorité que confère l'homologation judiciaire. Sans doute, l'homologation suppose-t-elle le contrôle du juge, qui vérifie que l'ampleur et la nature de la transgression sont admissibles, c'est-à-dire tolérables pour l'ordre juridique. Mais une fois vérifiés les consentements et la sauvegarde des intérêts des uns et des autres⁵⁴, en particulier celui de l'enfant, il ferme les yeux.

Dans le même ordre d'idée, la reconnaissance d'enfant peut être de complaisance et transgresser en conséquence le principe de vérité qui commande pour beaucoup le droit contemporain de la famille. Pour autant, le droit accueille la reconnaissance sans que sa conformité avec la biologie soit posée comme une condition de validité⁵⁵. De la sorte, il tolère une certaine transgression ; il l'enregistre et elle produit ses effets. Elle devient même

⁴⁸ En matière de divorce, C. civ., art. 255.

⁴⁹ J. Hauser et Ph. Delmas-Saint-Hilaire, Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? *Defrénois* 2005, p. 357, spéc. n° 15 s. – Ph. Malaurie et H. Fulchiron, La famille, *Defrénois*, n° 807, 4^{ème} éd., 2011.

⁵⁰ Critères énoncés, de manière non limitative, à l'article 271 c. civ.

⁵¹ C. civ., art. 373-2-9.

⁵² *Supra*.

⁵³ Les conventions homologuées peuvent toutefois faire l'objet de révision selon des modalités variables, fonction de leur objet et du cadre dans lequel elles ont été adoptées.

⁵⁴ C. civ., art. 232 pour le divorce par consentement mutuel ; art 268 pour les autres cas de divorces, art. 373-2-7 pour l'exercice de l'autorité parentale.

⁵⁵ Au demeurant, la reconnaissance mensongère ne constitue pas un faux punissable : Cass. crim., 8 mars 1988 : *D.* 1988. 528, note E. S. De La Marnière ; *JCP G* 1989, II, 21162, note W. Jeandidier.

inattaquable au bout de cinq ans si elle est confortée par une possession d'état, au bout de dix ans à défaut⁵⁶.

La seconde technique de protection relève d'une autre préoccupation, parce qu'elle est appelée à être mise en œuvre non plus dans un contexte conventionnel mais, possiblement, dans un contexte conflictuel. Il s'agit alors de protéger celui qui a fait preuve de tolérance en empêchant que son comportement puisse tourner en sa défaveur. A cet égard, il est possible de raisonner sur le seul texte du Code civil qui fait expressément référence à la tolérance. Son article 2262 dispose en effet que « les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription ». Ce texte constitue très clairement le siège d'une norme de protection au bénéfice de celui qui se montre tolérant et qui, à son initiative, introduit de la souplesse là où il ne pourrait y avoir que rigidité et automaticité devant un acte transgressif. Ainsi, celui qui tolère un passage sur son fonds, qui accepte que soit contrariée l'exclusivité inhérente à la propriété, est protégé car c'est son comportement tolérant qui permet les relations de bon voisinage, bien davantage que les normes juridiques. Telle est en tout cas la justification majoritairement retenue en doctrine des articles 690 et 691 qui définissent quelles sont celles des servitudes qui peuvent s'acquérir par prescription⁵⁷. Si seules sont concernées les servitudes continues et apparentes, c'est, d'une part, parce qu'elles seules semblent à même de faire l'objet d'une possession utile et, d'autre part et surtout, parce que la possession des servitudes discontinues et/ou non apparentes « risquerait de travestir une réalité purement précaire et de simple tolérance⁵⁸ ». Il peut en outre arriver que le propriétaire du fonds ignore purement et simplement le comportement transgressif de son voisin, ce qui exclut alors l'idée de tolérance.

Dans le prolongement de ce qui précède, il n'est pas inintéressant de remarquer que les effets de la tolérance sont étroitement dépendants de la qualité de celui qui se prévaut de celle-ci. Au fond, deux grandes séries d'hypothèses peuvent être identifiées. Ou bien celui qui a bénéficié de la tolérance cherche à consolider sa situation, c'est-à-dire à transformer le fait toléré en un droit. Dans ce cas, sa demande n'est accueillie que si la tolérance est disqualifiée, par exemple en une renonciation⁵⁹. Il y a donc bien ici une protection du sujet de droit tolérant, solution que l'on peut justifier par l'idée que le bénéficiaire de la tolérance a une dette morale envers le premier⁶⁰. Ou bien le demandeur refuse de tolérer une transgression, ou ne veut plus la tolérer. Dans cette hypothèse, c'est à une pesée des intérêts que l'on se livre. Il s'agit alors d'arbitrer entre des préoccupations plus ou moins juridicisées comme l'interdiction de se contredire soi-même ou des règles très solidement assises, comme le caractère essentiellement précaire et révocable de la tolérance. Au demeurant, quand, exceptionnellement, le juge fait produire des effets à la tolérance, c'est rarement à l'encontre du tolérant, mais bien plutôt au détriment de celui qui profite de la tolérance. De la sorte, la sanction en tant que résultat de la mise en effet de la norme⁶¹ est adaptée au plus près de la situation, dans un sens généralement favorable au tolérant. En ce sens, l'inexécution contractuelle qui n'est plus tolérée pourra donner lieu selon les cas à la responsabilité, à l'astreinte, à la résolution, à la réfaction ou encore à l'octroi de délais de grâce.

⁵⁶ C. civ., art. 333 et 334.

⁵⁷ F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, Dalloz, Précis, 8^{ème} éd., 2010, n° 825.

⁵⁸ J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cinamonti, *Les biens*, Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2^{ème} éd., LGDJ, n° 342.

⁵⁹ Cass. 3^{ème} civ., 20 janv. 1973 : *Bull. civ.* III, n° 88.

⁶⁰ Rappr., A. Viandier, art. préc. : « c'est un tel devoir qui explique qu'une tolérance ne puisse constituer l'assise d'un droit acquis ».

⁶¹ C. Sintez, *A l'origine de la sanction, la norme ou son interprétation ? Une question théorique féconde pour la pratique*, *Arch. Phil. Dr.* 2011, t. 54, p. 389.

Telle est en tout cas la règle générale qui paraît commander les relations entre celui tolère et celui dont le comportement est toléré. Par exception, la loi ou la jurisprudence peuvent retenir une solution contraire. Ainsi, une tolérance quinquennale conduit à la prescription de l'action en nullité et de l'action en contrefaçon du propriétaire d'une marque⁶². De même, il semble que plus la tolérance s'inscrit dans la durée, plus les intérêts de celui qui a bénéficié de la tolérance sont pris en compte⁶³, idée que l'on pourrait relier, sous réserve d'être dans un cadre contractuel ou processuel, à la règle selon laquelle nul ne peut se contredire soi-même au détriment d'autrui.

En revanche, lorsque les droits des tiers étrangers à la relation de tolérance sont en cause, le schéma est modifié, précisément parce que la tolérance ne saurait leur nuire. Dès lors, si l'acte de tolérance peut s'analyser en un fait générateur de responsabilité, son auteur pourra être condamné à dommages et intérêts envers la victime. De même, un tiers pourra se prévaloir de l'apparence créée par la tolérance⁶⁴. En outre, un créancier pourra agir par la voie oblique afin de mettre fin à l'acte de tolérance de son débiteur⁶⁵. Plus encore, si la tolérance ne peut nuire, elle peut profiter aux tiers. A titre d'illustration, celui qui profite d'un passage sans droit ni titre sur le fonds de son voisin tolérant, ne peut prétendre bénéficier d'une servitude légale de passage sur le fonds d'un tiers. Le passage toléré interdit en effet de considérer que son fonds est enclavé⁶⁶. Quant à l'Etat, ce tiers si particulier, il pourra tirer bénéfice de l'acte de tolérance, dès lors que celui-ci relève de l'article 256 du Code général des impôts et s'analyse en une prestation de service, donnant lieu à taxe sur la valeur ajoutée.

Il apparaît donc clairement que la tolérance face à la transgression est nécessaire à la respiration du système juridique et trouve une place de choix en droit positif. Non seulement celui-ci la permet, par indifférence ou, mieux, parce ce qu'il juge utile de ne pas intervenir⁶⁷, mais plus encore, il en assure la protection. Au fond, la tolérance qui émane des sujets ou du système lui-même offre alors un moment précieux, celui de la liberté pour les uns, celui du temps de la réflexion pour l'autre. Il apparaît que la transgression nourrit le droit, l'interpelle afin de lui faire dire ce qu'il est, afin qu'il prenne position.

Pour autant, toute tolérance ne peut être admise : certaines transgressions, on le pressent, sont intolérables et appellent en conséquence la réaction du droit.

§ 2. - La réaction du droit civil : les transgressions intolérables

⁶² C. prop. intell., art. 716-5, al. 4 : « Est irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. Toutefois, l'irrecevabilité est limitée aux seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré ».

⁶³ Rapp. Soc., 13 oct. 1982, *Bull. civ.* V, n° 544, à propos de la perte de confiance tardive de l'employeur, licenciant pour faute le salarié plus d'un an après la commission des faits reprochés.

⁶⁴ Rapp., très implicitement, Cass. 1^{ère} civ., 13 oct. 1992 : *Bull. civ.* I, n° 250, à propos de l'action en responsabilité d'un preneur, dirigée contre un nu-propiétaire qui avait laissé naître l'apparence que les usufruitiers avaient la qualité de propriétaire.

⁶⁵ C. civ., art. 1166. – La tolérance du débiteur envers le sous-débiteur peut en effet réaliser la condition de carence érigée par la jurisprudence en condition de l'action oblique.

⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ., 29 mai 1968 : *D.* 1969, somm. 2. – Cass. 3^{ème} civ., 18 juin 1981 : *Bull. civ.* III, n° 126 ; *D.* 1982, IR, p. 303, note A. Robert.

⁶⁷ Comp. Ph. Le Tourneau, art. préc.

Si la tolérance en présence d'actes ou de faits de transgression apparaît nécessaire et, finalement, bien souvent légitime voire légale, tel n'est sans doute pas toujours le cas. Il appert que le droit n'admet pas certaines transgressions, et par suite, les tolérances que celles-ci pourraient occasionner. Il importe dès lors de préciser ce qui justifie la réaction du droit (A), avant de tenter de tracer, dans le prolongement, la frontière entre le tolérable et l'intolérable, c'est-à-dire entre les transgressions admises et celles qui ne le sont pas (B), même si la frontière est poreuse et mouvante.

A. - *La justification de la réaction*

« Toutes les fois qu'il estime ses intérêts ou sa vocation même compromis de ce fait, [le droit] ne manque pas de réintégrer dans son orbite les activités qui prétendaient s'y soustraire⁶⁸. » La réaction de l'ordre juridique peut s'expliquer par une sorte de réflexe de survie : c'est que la tolérance comprend le risque d'un affaiblissement normatif, en termes d'effectivité. Allant plus loin, réserver de façon inconditionnelle une place à la tolérance, c'est exposer le droit au risque d'être relégué au rang d'un système normatif subsidiaire.

1. Admettre la tolérance devant un acte transgressif, c'est accepter de ne pas jouer le jeu de l'effectivité des normes à tout prix. Parce que celui qui fait preuve de tolérance se place en retrait de son droit, voire hors de son droit, il en résulte inéluctablement un affaiblissement de la pression de l'ordre juridique. Or si l'on fait la somme des tolérances particulières, la portée normative⁶⁹ de la règle s'affaiblit, elle est mise à mal. Encore que la tolérance soit par essence précaire et révocable, la réception de la norme transgressée devient davantage virtuelle que réelle et son effectivité est largement amoindrie. Cela est d'autant plus vrai que cet affaiblissement est largement rendu possible par le droit lui-même qui encourage la tolérance comme mode souple de régulation de la vie en société et qui la protège même, comme cela a été montré précédemment.

En conséquence, il est assez clair que le système juridique doit arbitrer entre des préoccupations parfois opposées afin de définir la place qu'il accorde à la tolérance. D'un côté, les transgressions admises permettent la respiration du système et l'évolution de ses règles et normes, dès lors que l'on admet l'incidence des mœurs sur le contenu de celles-ci. De l'autre, le refus de certaines transgressions s'analyse comme l'affirmation de l'autorité du droit et de son caractère généralement obligatoire et contraignant, même si cette approche du droit ne peut être retenue qu'avec circonspection. Elle fait peu de cas en effet du développement du droit souple et des phénomènes nouveaux de normativité juridique, éloignés des canons classiques de la règle de droit⁷⁰.

Pour illustrer cet arbitrage, il est tout d'abord possible de revenir sur l'hypothèse du passage toléré sur un fonds. Sont alors en jeu la nécessaire mesure du droit en présence d'une forme d'autorégulation des relations de voisinage, marquée par la souplesse, et la protection du droit de propriété, dont la valeur normative est considérable, puisqu'elle résulte notamment de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et du Premier Protocole additionnel à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. L'arbitrage se réalise ici de manière plutôt subtile. Certes, quand un voisin passe sur le fonds d'un tiers qui le tolère, fondamentalement, c'est la propriété elle-même qui est transgressée. Pour autant, le droit laisse faire. Le droit de propriété n'est pas, dans une telle situation,

⁶⁸ Ph. Le Tourneau, art. préc.

⁶⁹ La portée normative est un des trois pôles de la force normative. Sur ce concept, C. Thibierge, Conclusion. Le concept de « force normative », in C. Thibierge *et alii*, La force normative. Naissance d'un concept, LGDJ-Bruylant, 2009, p. 813.

⁷⁰ V. not., P. Deumier, Introduction générale au droit, LGDJ, Manuel, 2011.

protégé de manière inconditionnelle, en soi, mais de façon circonstanciée. Il n'en est pas moins garanti *a minima* et virtuellement. En effet, si jamais il venait à l'esprit de celui qui bénéficie de la tolérance du propriétaire de prétendre prescrire une servitude voire la propriété même du passage⁷¹, il serait immanquablement débouté⁷². De plus, si jamais l'auteur de la tolérance décidait de mettre fin à celle-ci, il trouverait dans le droit un soutien puissant. L'équilibre ainsi établi peut se justifier par le lien fondamental entre la propriété et la liberté. Au fond, si la propriété est exclusivité – ce en quoi le passage sur le fonds lui porte atteinte – elle est aussi pouvoir de disposition juridique et matérielle⁷³. D'une certaine manière, si la tolérance est ici admise, c'est parce qu'elle est exercice de la liberté individuelle, par le truchement du droit de propriété, dans une mesure qui ne menace pas l'ordre juridique : si l'idée même de propriété peut sembler altérée, le droit lui-même ne l'est point. L'effectivité du droit de propriété n'est alors pas réellement menacée.

Une autre illustration de l'arbitrage entre les préoccupations diverses sinon opposées, à l'œuvre en droit en présence de tolérance à l'égard des actes transgressifs, peut être trouvée en matière médicale. Elle montre que la répression de l'intolérable peut prendre une toute autre voie que celle de la répression pénale. Dans cette perspective, le Code de déontologie médicale, intégré au Code de la Santé Publique depuis un décret de 1995, prévoit que « Le médecin doit veiller à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations. Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle⁷⁴ ». Ici sont en cause la liberté sous son angle économique, jugée donc impuissante à justifier la transgression du statut du médecin, qui comporte essentiellement l'obligation de « respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine⁷⁵ ». L'interdiction de la tolérance, qui impose concrètement une obligation de vigilance au médecin, garantit *per se* l'effectivité des principes qui régissent déontologiquement et, par suite, juridiquement l'activité médicale.

Une dernière illustration, dépourvue d'assise textuelle cette fois-ci, achèvera de convaincre du délicat équilibre que l'ordre juridique cherche à atteindre en présence de comportements transgressifs. Il s'agit ici de revenir rapidement sur la place du non-droit dans la vie de la famille. Dans cette sphère d'autonomie personnelle, le droit n'intervient que lorsque ses soubassements les plus fondamentaux sont mis en cause. Pour le reste, il s'incline devant les transgressions quotidiennes des sujets, qui vivent à la fois en dehors et à côté du droit. On le voit, l'arbitrage s'énonce en termes d'ordre public et de droits fondamentaux et montre que certaines règles de droit peuvent s'accommoder d'une effectivité réduite. La réaction du droit s'impose en revanche chaque fois que son cœur nucléaire est menacé.

2. Au fond, la tolérance dont font preuve les sujets de droit conduit, dans une certaine mesure, à donner aux normes juridiques un caractère subsidiaire⁷⁶, à « mettre en échec la souveraineté législative et juridictionnelle de l'Etat⁷⁷ ». Située à la fois dans et hors le droit,

⁷¹ Sur cette possibilité, Req., 7 févr. 1883 : DP 1884, 1, 128.

⁷² Sous réserve que la tolérance ne soit pas requalifiée en une renonciation (v. *supra*).

⁷³ F. Zénati-Castaing et Th. Revet, Les biens, PUF, Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2008, n° 210.

⁷⁴ C. santé publ, art. R. 4127-20. – Rapp. C. santé publ., art. R. 4321-74 : « Le masseur-kinésithérapeute veille à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations. Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours, utilisent son identité à des fins publicitaires auprès du public non professionnel ».

⁷⁵ C. santé publ., art. R. 4127-3.

⁷⁶ J. Carbonnier, Droit civil, PUF, Quadrige, 2004, t. 2, n° 826.

⁷⁷ Ph. Le Tourneau, art. préc.

elle est une sorte de « trêve juridique volontaire⁷⁸ ». En d'autres termes, « les tolérances créent finalement des règles de conduite qui échappent au domaine et à la formation traditionnelle du droit⁷⁹ ». Or le droit, par sa fonction même d'organisation des rapports des hommes vivant en société, ne peut se permettre une subsidiarité généralisée. S'il peut tolérer lui-même des transgressions et s'il peut admettre également que les sujets de droit tolèrent des transgressions dans leurs rapports avec autrui, c'est seulement pour éviter d'être et d'apparaître trop rigide et systématique, peu adapté à la complexité des humains et de leurs rapports et, finalement, arbitraire.

Le phénomène de la tolérance des sujets devant des actes transgressifs conduit alors à retrouver une question classique, consistant à se demander si les normativités alternatives au droit, issues de la pratique, des engagements d'honneur ou encore de la tolérance, doivent être annexées par le droit ou bien si elle peuvent conserver leur autonomie⁸⁰ et participer du pluralisme ambiant. Cette dernière conception retenue, une autre question surgit, qui est celle du rapport entre les normativités, dans la mesure où le pluralisme n'implique pas une égalité de force normative entre les normes des différents systèmes. C'est précisément ici que, du point de vue du droit, la tolérance pose difficulté car elle conduit à en faire un système subsidiaire aux autres modes normatifs de régulation de la vie en société.

Il n'en reste pas moins que ces questions théoriques peuvent se résoudre dans le constat, d'une part, que le droit réagit vigoureusement devant les transgressions qui le menacent fondamentalement et, d'autre part, qu'une tolérance, à force de répétition et de généralisation, peut conduire à modifier la norme, soit parce que cette tolérance elle-même devient norme, soit parce qu'elle exerce une influence sur les interprètes et contribue à faire évoluer la norme. Il reste alors à identifier l'intolérable.

B. - L'identification de l'intolérable

Identifier l'intolérable consiste à tracer des frontières entre les transgressions admises et les transgressions rejetées par le droit. Cette délimitation pose difficulté, parce que les frontières sont ici comme ailleurs fuyantes et incertaines, qu'entre l'insupportablement intolérable et l'indiscutablement permis, il existe une multitude de degrés, formant un *continuum* difficile à rompre. Cela dit, la délimitation intervient, semble-t-il, à deux niveaux : d'une part, au plan des valeurs fondamentales protégées et défendues par le système juridique, d'autre part au plan du contrôle du jeu avec la norme juridique, c'est-à-dire lors de la mise en œuvre de la distinction entre fraude et habileté.

1. La tolérance, parce qu'elle est exercice de la liberté, comporte les limites que celle-ci commande. Elle ne peut donc pas trouver à s'épanouir lorsqu'elle heurte l'ordre public et les droits fondamentaux. Aussi existe-t-il des tolérances interdites, que le droit réprime au besoin pénalement. A ce titre, l'article 225-10, 2° du Code pénal offre une illustration particulièrement éloquente, puisqu'il fait expressément référence à la tolérance. Intégré dans une section relative au proxénétisme et aux infractions qui en résultent, il punit « de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 € d'amende le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée [...] détenant, gérant, exploitant, dirigeant, faisant fonctionner, finançant ou contribuant à financer un établissement quelconque ouvert au public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution ».

⁷⁸ J.-M. Roy, art. préc.

⁷⁹ J.-M. Roy, art. préc.

⁸⁰ Sur ce questionnement, Ph. Le Tourneau, art. préc. – A. Viandier, art. préc.

Indépendamment de la prise en charge pénale de la transgression, c'est bien la protection des droits fondamentaux et de l'ordre public, avec ses différentes facettes selon les disciplines et les enjeux, qui est la clé première de classification entre les transgressions tolérables et celles qui ne le sont pas. Un exemple en est donné par la jurisprudence relative aux maternités de substitution. La Cour de cassation a ainsi pu juger qu'est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, encourt une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil⁸¹.

Il reste que, même si son noyau est en jeu, le droit fait preuve de souplesse et qu'il ménage dans une certaine mesure une place pour la tolérance. En effet, si le critère de l'ordre public et des droits fondamentaux paraît efficace en soi, il n'offre pas toutes les garanties de prévisibilité, précisément parce que l'ordre public est une notion à contenu variable. Surtout, l'on constate qu'il existe d'assez nombreuses occurrences dans lesquelles le droit se fait moins rigide, moins rigoureux, et protège la tolérance face à des transgressions qui pourtant sont parfois loin d'être anodines et qui peuvent être rattachées à l'ordre public. Les hypothèses évoquées plus haut ont montré que peuvent être en jeu d'une part le mariage, modèle archétypal et fondamental d'organisation du couple, et d'autre part, l'enfant dont l'intérêt supérieur doit toujours être protégé⁸².

2. Au demeurant, les difficultés relatives à l'ordre public sont en réalité davantage théoriques que pratiques. En d'autres termes, la frontière peut être tracée, nonobstant quelques incertitudes. En revanche, une autre limite pose davantage de difficulté, c'est celle qui oppose l'habileté à la fraude, encore que la doctrine ait récemment proposé une distinction renouvelée entre ces deux notions.

Selon un auteur en effet, l'habileté partage avec la fraude l'utilisation par le sujet d'un moyen anormal mais s'en distingue par son résultat : lorsque celui-ci est illégitime, il y a fraude, lorsque tel n'est pas le cas, il y a habileté, autorisée par le système juridique⁸³. Précisément, le moyen anormal peut consister en une élusion de l'applicabilité de la loi, en une neutralisation de celle-ci ou encore en un détournement de son application⁸⁴. Dans chacune de ces hypothèses, il est possible de voir une transgression, un jeu intéressé avec la règle de droit, qu'il s'agit de rendre inapplicable ou de ne pas appliquer malgré sa vocation à régir une situation ou bien dont il s'agit de provoquer l'application, alors qu'elle était *a priori* étrangère à la situation. Sans doute la transgression n'est-elle pas de la même ampleur dans tous ces cas. Il est d'ailleurs possible d'estimer que la présentation ci-dessus est organisée selon une échelle de transgression croissante.

En ce sens, l'hypothèse de l'habileté consistant à rendre inapplicable une loi impérative dont on refuse les effets peut apparaître comme une transgression légère – sous réserve que le résultat de l'opération ne soit pas illégitime. En effet, rien n'interdit de se placer dans une situation distincte de manière à éluder l'application d'une norme jugée

⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2011, 3 arrêts : *D.* 2011. 1064, obs. X. Labbé ; 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *pan.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *pan.* 1995, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011, n° 41, obs. F. Violla et M. Reynier ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser.

⁸² Convention internationale des droits de l'enfant, art. 3-1, d'applicabilité directe en France depuis Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005 : *Bull. civ.* I, n° 212, R., p. 415 ; *D.* 2005. 1909, note V. Égéa ; *JCP G* 2005. II. 10081, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; 10115, concl. C. Petit, note C. Chabert ; I, 199, n°7 s., obs. J. Rubellin-Devichi ; *Defrénois* 2005. 1418, note J. Massip ; *Dr. fam.* 2005, n° 156, note A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2005. 585, obs. J. Hauser et 627, obs. Ph. Théry.

⁸³ F. Dournaux, La notion de fraude en droit privé français, *op. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*

inappropriée, c'est-à-dire le jeu d'un modèle inadéquat. Quoique l'exemple qui suit puisse être jugé caricatural, rien n'empêche deux personnes hétérosexuelles vivant en couple de choisir de se marier plutôt que de souscrire un pacte civil de solidarité ou de choisir un simple concubinage, parce qu'elles désirent écarter la règle qui prévoit l'absence de vocation successorale du compagnon de vie⁸⁵. Il y a là un choix en faveur d'une situation juridique plutôt que d'une autre, en considération des avantages et inconvénients respectifs de leur régime. Cependant, que le résultat d'un tel choix apparaisse illégitime et l'habileté ne trouvera plus grâce aux yeux du système juridique.

Davantage perturbatrice pour le droit est l'habileté qui soit consiste à faire obstacle à l'application d'une loi, en provoquant celle d'une autre règle qui la neutralise, soit qui réduit à néant, par anticipation, les effets de la loi. En guise d'illustration, obtenir un mandat de représentant du personnel afin de bénéficier des règles s'appliquant aux salariés protégés dans le but d'écarter le droit commun du licenciement revient à transgresser celui-ci, habilement si l'implication dans la défense des salariés est une activité déjà bien établie, frauduleusement quand cette implication est subite et opportuniste. De même, se rendre insolvable ou aggraver son insolvabilité est une manière de transgresser le droit de l'exécution. « La logique [...] à l'œuvre [...] consiste à agir sur la situation de fait régie par la loi afin d'en neutraliser ou d'en fausser l'application effective. Certes, en théorie, la loi s'applique. En pratique, elle ne se saisit que d'une réalité façonnée à dessein par le fraudeur⁸⁶ ». Pour autant, si celui qui a mis en œuvre le moyen anormal peut se prévaloir d'un intérêt légitime, la présomption de fraude tombe : l'habileté est alors retenue.

Enfin, au plus haut de l'échelle de la transgression, figure le détournement de la loi, hypothèse qui laisse peu de place à l'habileté et bien davantage à la fraude. De deux choses l'une en effet : ou bien une institution juridique a été employée conformément à son but et peu importe alors que la finalité recherchée par le sujet de droit soit secondaire au but de l'institution. Il y a alors habileté, juridiquement admise. Ou bien l'institution en cause a été utilisée à des fins étrangères à son but essentiel ; dans ce cas, rien ne peut venir légitimer le détournement opéré ; celui-ci relève de la fraude⁸⁷. Toute la difficulté est alors d'identifier ce qui constitue le but de l'institution juridique et de se prononcer sur le caractère secondaire ou non des finalités poursuivies par les sujets de droit. Le contentieux des mariages dits simulés révèle de manière exemplaire combien la ligne démarcative peut être délicate à tracer, ce qui devrait appeler le contrôle du juge du droit⁸⁸. Il en résulte que le but de l'institution matrimoniale est de fonder une famille et d'en assumer les charges⁸⁹ et que les finalités exclusivement liées à la police des étrangers doivent être vues comme secondaires. C'est pourquoi il convient de considérer qu'il n'y a pas mariage simulé si le but recherché (droit au

⁸⁵ C. civ., art. 731 *a contrario*.

⁸⁶ F. Dournaux, *op. cit.*, n° 609.

⁸⁷ Techniquement, le détournement d'institution fait présumer de manière irréfutable que le résultat est illégitime. Les deux éléments constitutifs de la fraude sont alors établis (V. F. Dournaux, *op. cit.*, n° 688 et s.).

⁸⁸ Comp. la jurisprudence selon laquelle la détermination des buts véritables poursuivis par les époux relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass. 1^{ère} civ., 12 nov. 1998 et 19 janv. 1999 : *Dr. fam.* 1999, n° 23, note H. Lécuyer. – Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 2000 : *LPA* 31 janv. 2001, note J. Massip. – Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 441 ; *RTD civ.* 2006. 92, obs. J. Hauser. – Cass. 1^{ère} civ., 22 nov. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 442 ; *D.* 2006. Pan. 1415, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *RTD civ.* 2006. 92, obs. J. Hauser. – *contra*, Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003 : *Bull. civ. I*, n° 215 ; *D.* 2004. 21, note J.-P. Gridel ; *Somm.* 2964, obs. J.-J. Lemouland ; *Deffrénois* 2004. 143, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2004. 27, obs. F. B. ; *Dr. fam.* 2004, n° 15, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2004. 66, obs. J. Hauser).

⁸⁹ En ce sens, Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2011, à paraître au Bulletin.

séjour, changement de nationalité, etc.) n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage⁹⁰.

Dans cette approche objective⁹¹ de la distinction entre fraude et habileté, l'on voit bien toute la palette des nuances et le sens subtil de l'équilibre dont fait preuve le système juridique. Si les solutions peuvent être synthétisées sous l'idée que le droit fait montre de tolérance devant l'habileté mais réprime la fraude, il convient de garder à l'esprit, d'une part, que le juge et le législateur ne partagent pas nécessairement l'approche de la fraude et de l'habileté présentée ici et, d'autre part, qu'il y a, entre les transgressions habiles, des atteintes d'inégale portée à l'ordre juridique.

Dès lors, est confirmée toute la richesse de transgression. Par le biais de la tolérance, qu'il s'agisse de celle des sujets ou de celle du système juridique, il apparaît que le concept de transgression est beaucoup plus complexe que des présupposés légitimes pourraient le laisser penser. La transgression paraît alors regrouper toute atteinte à la norme, en tant que modèle, que cette atteinte soit permise ou bien prohibée. Il existerait dans cette perspective des transgressions licites, celles qui relèvent de l'usage de la liberté et celles qui peuvent être qualifiées d'habileté, et enfin des transgressions prohibées, soit parce qu'elles réalisent une fraude à la loi, soit parce qu'elles constituent une violation pure et simple de la loi. Il appartient alors à l'ordre juridique de tracer les frontières entre le permis et l'interdit, de déterminer quelle est la dose de tolérance qu'il doit instiller en présence des transgressions qu'il reproche d'une part et dans les rapports entre les sujets de droit d'autre part. Au-delà, la transgression apparaît profondément normative, au sens où elle est source de vie et de vitalité pour les normes.

Par le biais de la tolérance, il est ainsi possible de dessiner les contours du concept de transgression. L'approche constitue sans doute une transgression méthodologique. Espérons qu'elle soit tolérée.

⁹⁰ Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991. 268, note J. Hauser ; *JCP G* 1991. II. 21759, note F. Laroche-Gisserot. Rappr., TGI La Rochelle, 2 mai 1991 : *D.* 1992. 259, note D. Guiho. *Adde*, dans un tout autre type d'affaire, Caen, 11 janv. 2007 : *Dr. fam.* 2007, n° 101, note V. Larribau-Terneyre, jugeant que l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari ne constituent pas un obstacle à la fondation d'un foyer dès lors que l'intention des époux était de fonder une famille afin qu'ils se prodiguent mutuellement affection, soutien et assistance.

⁹¹ Au rebours de la conception traditionnelle de la fraude, il apparaît que celle-ci peut être avantageusement délestée de toute considération psychologique (l'intention frauduleuse) et n'être envisagée que de manière objective (v. la démonstration de F. Dournaux, *op. cit.*).