



HAL
open science

Le dogme de la solution unique

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Le dogme de la solution unique. Droit. Université Aix-Marseille III, 1999. Français. ⟨NNT : ⟩. ⟨tel-04010865⟩

HAL Id: tel-04010865

<https://hal.science/tel-04010865v1>

Submitted on 2 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

UNIVERSITE DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES
D'AIX-MARSEILLE

Faculté de Droit et de science politique d'Aix-Marseille

LE DOGME DE LA SOLUTION UNIQUE
Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé

THESE
pour le Doctorat en Droit
Spécialité : Droit privé

présentée par
Michel BOUDOT

MEMBRES DU JURY

DIRECTEUR DE LA RECHERCHE

M. Otto PFERSMANN, Professeur à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne.

RAPPORTEURS

Mme Évelyne SERVERIN, Directeur de recherches au C.N.R.S.

M. Frédéric ZÉNATI, Professeur à l'Université Jean Moulin, Lyon III.

SUFFRAGANTS

M. Christian ATIAS, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

M. Alain-François ROGER, Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

M. Alain SÉRIAUX, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille III.

JANVIER 1999

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

*À Sophie,
Ariane
et
Sara*

*Remerciements à
Françoise Hock, Paul Ricœur, Fabrice
Rizzo, Dominique Romoli-Giraud et
Norma Yunez-Naude*

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE. La transformation en doctrine de l'idée de permanence.

Titre premier De la fixité à la sécurité.

Chapitre 1. Le temps de la dualité des interprètes par voie de doctrine.

Section 1. Le temps de l'interprétation par voie d'autorité.

Section 2. La vacance de l'interprète par voie d'autorité.

Chapitre 2. Le temps de la neutralité de la doctrine.

Section 1. La rénovation des méthodes par la scission des interprètes.

Section 2. La rénovation de l'intention du Législateur.

Titre second La solution sûre.

Chapitre 1. Un savoir sûr.

Section 1. Les images de la sécurité juridique.

Section 2. L'unité d'entendement des solutions.

Chapitre 2. La bonne solution.

Section 1. Connaître la bonne solution.

Section 2. Prévoir la bonne solution.

DEUXIEME PARTIE. La permanence du désir doctrinal de transformation.

Titre premier Les descriptions doctrinales par l'unité.

Chapitre 1. Théories de la conformité.

Section 1. Les vertus de l'unité

Section 2. Les entraves à l'unité.

Chapitre 2. Jugements de conformité.

Section 1. L'interprétation authentique.

Section 2. L'interprétation par voie d'argument.

Titre second Les prescriptions doctrinales pour l'unité.

Chapitre 1. L'état des lieux doctrinaux.

Section 1. La part du dit.

Section 2. La part du non-dit.

Chapitre 2. La force du discours doctrinal.

Section 1. La modification de l'état des questions.

Section 2. L'empreinte de la doctrine

INTRODUCTION

SOCRATE : " À mon avis, la rhétorique est comme le fantôme d'une partie de la politique".

PLATON, *Gorgias*, [463, d].
trad. par A. Croiset, Paris, Les Belles lettres, 1997, p.55

1. Ouverture - Le discours doctrinal a un caractère théorique singulier. Description de l'état du droit positif et prescription pour en changer s'y conjuguent inséparablement. Toutes deux produisent des représentations de la réalité que la connaissance juridique va assimiler et qui joueront un rôle clé dans ses mutations.

Est-il légitime de questionner ces schèmes véhiculés par le discours de la doctrine et par celui sur la doctrine sans quitter le terrain même de ces discours ? Pour suivre les méandres contingents et nécessaires à la fois des discours qui interrogent la doctrine sur elle-même tout en la prenant comme référentiel, et ce pour en décrire les résultantes plurielles et transformables, il a fallu trouver une méthode qui ne fasse de concession ni à l'historicisme, ni à la sociologie, ni à la linguistique, tout en conservant une possibilité de lien avec des contextes irréductibles à aucune généralité.

Équilibre difficile certes, qui relève d'un souci épistémologique auquel aucune discipline ne saurait se substituer et qui consiste en une tentative de reconstruction patiente des enchaînements internes comportant leurs propres relations à une réalité qu'il convient malgré tout de légiférer.

Dans cette voie, surgit l'hypothèse selon laquelle, en droit, il pourrait n'y avoir qu'une seule solution au présent et un futur prédestiné par des solutions préexistantes. Est-ce donc "une attitude très répandue dans la pensée juridique qui consiste à nier la réalité de toute opposition dès l'instant qu'elle reçoit une solution ⁽¹⁾" ? Le fait est que cette hypothèse de *la solution unique* place les juristes en retrait, voile même leur image, mais cet effacement ne les prive pas

⁽¹⁾ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse Lyon, 1975, p.39.

de leur influence ⁽²⁾. Ni simple *auctoritas*, ni véritable *potestas*, à la fois négligeable et déterminante, la doctrine connaît la solution mais ne la pose pas. Nous serons amenés à comprendre la force de cette ambivalence qui dessine les perspectives de la doctrine contemporaine et le rôle qu'elle entend jouer.

Si un dogme, c'est-à-dire vérité fondamentale rendue incontestable, existe pour instruire de la solution unique, certains accepteront que toute question de droit reçoit une réponse et une seule, tandis que d'autres y verront surtout une rhétorique voire une sophistique de l'éviction des solutions possibles.

PARAGRAPHE 1. LE DISCOURS DOCTRINAL COMME MATIERE

2. La doctrine - Dès l'abord, on est saisi par les ambiguïtés qui affectent la "doctrine". Concept aux extensions multiples, la "doctrine" réfère aux doctes et aux savants, à leur discours, à la "pensée juridique" organisée ou non, ou encore à des ensembles de "principes généraux" d'interprétation et des "méthodes". Par commodité et par métonymie, on désigne tantôt les uns, tantôt les autres ⁽³⁾.

Sans doute, peut-on affirmer que la "doctrine" est une parente de la "connaissance juridique", mais si l'on s'interroge sur le concept de "doctrine" en se demandant ce qu'il signifie, à la question " qu'est-ce que la doctrine ?" se trouve le plus souvent substituée une autre question " la doctrine est-elle source du droit ? ". Comment expliquer qu'à une question sur la signification de la "doctrine", l'on réponde " la doctrine est une "source"" ou " n'est pas une "source" du droit ", c'est-à-dire que l'on répond en termes de fonction dans un système hiérarchisé, formellement ou non ⁽⁴⁾. Y aurait-il dans le discours

⁽²⁾ Sur les stratégies d'intervention de la doctrine : A. BERNARD et Y. POIRMEUR, "Doctrines civilistes et production normative", in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p. 127 et spécialement p.162.

⁽³⁾ Notons que c'est également par métonymie que l'on désigne l'action d'interpréter (dégager les significations possibles) et son résultat par "l'interprétation".

⁽⁴⁾ Voir les présentations faites dans les manuels d'introduction au droit. On lira *premièrement* que la jurisprudence et la doctrine sont des " autorités " : jurisprudence et doctrine ne sont pas comprises comme des entités abstraites détachées des énoncés juridictionnels rendus ni comme des idées dissociées de la personnalité de leurs auteurs (J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, Paris, PUF, 25^{ème} éd., 1997, [142], p.248 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} éd., 1997, n°437, p.146 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1996, pour l'autorité de la doctrine, n°237, p.101, pour l'autorité de la jurisprudence, n°886, p.338). On lira *deuxièmement* que la jurisprudence est une " source " mais que la doctrine n'est qu'une " autorité " (Ph. MALAURIE, *Introduction générale*, Paris, Cujas, 1994, p.285 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz,

doctrinal quelque chose qui nourrisse l'ambiguïté de la question même ?

Sous le titre "Le dogme de la solution unique" et son sous-titre "Contribution à une théorie de la doctrine", ce travail a pour objectif de discuter et d'éclaircir le statut épistémologique du discours doctrinal. L'approche sera descriptive mais de par la nature de l'objet étudié - le discours sur le droit -, elle prêtera elle-même à discussion. La raison en est simple : entre dogmatique et critique, entre suivisme et dissidence, l'oeuvre doctrinale est faite d'oppositions, de polémiques et de heurts. Questionnement et controverse forment sa raison d'être. Logiquement, décrire la polémique n'est pas nécessairement prendre parti, mais il est naturel de suspecter celui qui décrit un énoncé prescriptif de prescrire à son tour sous couvert de description.

Cette étude esquisse une théorie de la doctrine mais il ne s'agit pas de proposer, à proprement parler, un système explicatif de l'activité des juristes ; il s'agit plus modestement de rechercher selon quels modes le discours des juristes participe à l'ensemble de l'activité législative et dans quelle mesure il y parvient ; il s'agit de s'interroger sur ce discours qui constitue "l'interprétation non officielle" et qui exprime "le savoir juridique". Si les obstacles pour

4ème éd., 1998, n°234, p.252 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit privé*, Paris, Economica, 3ème éd., 1996, n°156, p.94). La valeur de ce retrait de la doctrine par rapport à la jurisprudence est variable ; l'interprète doctrinal est devant deux types distincts de production de norme, la loi et l'énoncé juridictionnel constant. On lira enfin une dernière réponse plus insolite : la doctrine est une " source " du droit (J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1994, n°574, p.528). Plus que véritablement intégrée à une réflexion sur la théorie des sources, cette idée est une invitation à mesurer l'impact du discours doctrinal autrement que d'un point de vue faussement neutre : la doctrine produit un discours sur le droit qui s'intègre à l'ordre juridique positif. Cette idée donne corps par ailleurs à des introductions méthodologiques ou des théories générales du droit cherchant à présenter à partir de "l'observation des systèmes juridiques, de la recherche de leur éléments permanents, de leur articulation" des règles de réflexion qui éviteront aux étudiants de croire que la connaissance du droit s'acquiert par un gavage de règles accumulées (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1989, n°4, p.4 et n°10, p.11.). Ces introductions qui prétendent ainsi dresser un état positif des techniques juridiques et des instruments utilisés par les participants au phénomène juridique, représentent la doctrine comme " une source indirecte " qui tiendrait son statut de sa capacité à donner aux énoncés juridictionnels leur véritable portée normative générale (*Ibid.*, n°60, p.71). Ces introductions prêtent ainsi à la doctrine deux activités complémentaires : elle formule des principes de raisonnement et elle les utilise pour déterminer la juridicité des règles qu'elle examine. Ainsi, par delà l'unanimité ou les désaccords doctrinaux, les auteurs doivent prendre conscience de leur pouvoir. Cela rejoint dans une certaine mesure le point de vue de ceux pour qui la doctrine est irremplaçable (P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, p.118 : "La doctrine remplit une fonction propre et irremplaçable en ce sens que la législation, même dans la forme des codes, et, plus encore, la jurisprudence restent toujours fragmentaires" ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 1998, précité, n°241, p.256 : "Son rôle est d'autant plus irremplaçable qu'on peut à la limite imaginer un système juridique sans lois, sans coutumes ou sans jurisprudence, mais qu'on ne peut imaginer un système sans doctrine, car c'est elle qui fait prendre aux autres composantes du droit conscience de leur propre existence"). Enlevez l'ordre juridique positif, il restera des auteurs pour concevoir d'autres théories fondant d'autres types de rapports qui se rangeront ou non sous le vocable "ordre juridique positif".

comprendre l'activité de la doctrine sont grands, les difficultés pour en expliquer l'oeuvre sont infinies.

Aborder le discours doctrinal par l'expression d'un désir d'unité permettra de montrer combien la place de la doctrine dans une hiérarchie des sources ou des institutions est difficile à saisir. Cela nous amènera à observer que la doctrine construit des concepts explicatifs dans lesquels logent des prescriptions politiques et qu'ainsi, ces concepts correspondent à des ensembles synthétiques décrivant l'état du droit positif, et aussi bien remplissent une fonction de justification et de légitimation de cet état. Lorsque la doctrine oeuvre à la définition des concepts juridiques, à la synthèse des lois et arrêts, à l'exposé des régimes juridiques, à la détermination des règles applicables mais aussi à la découverte d'incohérences et d'antinomies, de lacunes, et en général de difficultés, elle contribue à l'émergence de *questions* pour lesquelles elle propose généralement des *solutions* ⁽⁵⁾. Le discours doctrinal véhicule donc la connaissance juridique : un ensemble d'énoncés normatifs reproduits sous la dictée de la loi ou de la jurisprudence en réponse à des interrogations. Il fait naître des concepts, les voit disparaître, en consacre certains et en ignore d'autres.

Curieusement, la doctrine, comprise cette fois comme l'ensemble des auteurs, assume avec difficultés cette oeuvre de questionnement. Les questions effraient, surtout lorsqu'elles sont sans réponse, ou à réponses multiples. Faisant écho à la crainte de l'incertitude, à la crainte de l'ambiguïté et finalement à la crainte de l'ignorance, le discours doctrinal dénonce les infirmités et l'insécurité du système, juge ceux qui sont censés y remédier et participe à l'élaboration des remèdes conceptuels, le problème étant cependant que la doctrine n'est pas pourvue d'une autorité normative. Elle parvient néanmoins à imposer ses prescriptions en modifiant la façon dont les autorités d'application perçoivent leur propre rôle. Elle met aussi à disposition des juges ou du législateur des concepts creux, des slogans, des lieux communs ou encore des principes qui par leur généralité excessive permettent de réaliser l'unité du savoir juridique. Pour finir, la doctrine rationalise *a posteriori* l'ensemble et décrète l'unité et la cohérence du droit passé afin de prévoir le droit à venir.

Un travail sur l'usage doctrinal des concepts connexes à l'unité et à la

⁽⁵⁾ Sur la thèse d'une orientation argumentative des phrases interrogatives, v. J.-C. ANSCOMBRE ET O. DUCROT, *L'argumentation dans la langue*, Bruxelles, Mardaga, 1983 ; C. PLANTIN, "Question > Argumentations > Réponses", in C. KERBRAT-ORECCHIONI (dir.), *La question*, Lyon, PUL, 1991, p.63.

permanence aura l'intérêt de faire apparaître, par des analyses contextuelles, l'ambivalence du discours doctrinal et pourra s'insérer dans l'élaboration d'une théorie du discours doctrinal telle que pourrait l'envisager un linguiste ⁽⁶⁾, un logicien ⁽⁷⁾ ou un philosophe ⁽⁸⁾. Ainsi, à partir de l'analyse des usages des arguments et des concepts qui véhiculent l'idée que le droit est un savoir doué d'une permanence traduisant son unité et fournissant au juriste des réponses uniques et univoques aux questions qu'il se pose, notre étude a la double ambition de montrer que le discours doctrinal, par ses lieux communs et ses standards académiques, invite le lecteur à accepter l'idée qu'une solution unique suffit à chaque question, et de comprendre, au delà de l'image que la doctrine donne d'elle-même, comment le discours doctrinal participe à l'élaboration de cette illusion, comment ce discours, censé n'être que descriptif, finit par s'imposer dans le contenu même des énoncés jurislatifs.

3. Les jurislatureurs - Ce sont les producteurs de droit. Au sens strict, on ne comptera que le législateur et la jurisprudence ; cette dernière s'entendant de l'oeuvre normative de l'autorité d'application, mais par métonymie, on désignera l'un pour l'autre. L'on ne comptera donc pas la doctrine parmi les pouvoirs jurislatifs au sens strict. Les jurislatureurs s'entendent donc des interprètes authentiques au sens kelsénien ⁽⁹⁾. Néanmoins, "jurislatureur" peut s'entendre des interprètes non-authentiques dont les énoncés pénètrent, d'une manière ou d'une autre, les normes positives. Les auteurs sont "autorité jurislatifive" au sens large, dès lors qu'ils participent à l'élaboration du contenu d'une norme positive ⁽¹⁰⁾. Mais entre auteurs de doctrine et de jurisprudence, la frontière est parfois floue. Nous appellerons "voix doctrinale" des autorités d'application, les publications où l'on rencontre des prises de position de magistrats destinées à expliquer et commenter une solution de leur Cour.

La doctrine raisonne tout d'abord sur les questions qu'elle pose. Telle règle est-elle applicable à tel cas ? Telle qualification peut-elle être associée à tel

⁽⁶⁾ par exemple F. PAYCHERE, *Théorie du discours juridique*, essai sur les apports des sciences du langage à la théorie générale du droit, Thèse Paris II, 1990.

⁽⁷⁾ par exemple P. BAILHACHE, *Essai de logique déontique*, Paris, Vrin, 1991.

⁽⁸⁾ par exemple S. TOULMIN, *Les usages de l'argumentation*, trad. Ph. De Brabanter, Paris, PUF, 1993, p.9-10.

⁽⁹⁾ "L'interprétation authentique" renvoie aux théories kelseniennes de l'interprétation (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1962, n°45 s., p.453 s.) mais on notera que le terme est également recevable en droit canonique (A. SERIAUX, *Droit canonique*, Paris, PUF, 1996, p.18). Néanmoins il faut garder à l'esprit que la doctrine garde une place dans la hiérarchie des sources du droit canonique (*ibid.*, p.20).

⁽¹⁰⁾ G. CORNU, "Réflexion finale", in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p.251 qui considère la parole doctrinale comme "juricréatrice".

objet? Ce sont des interrogations qu'elle mène soit sur des hypothèses pratiques, soit sur des cas imaginaires. Dans tous les cas, elle fait apparaître l'imperfection des réponses positives en dénonçant leurs ambiguïtés.

4. Discours doctrinal et ambiguïté - L'énoncé ambigu doit se distinguer de l'énoncé polysémique ou polyvoque car il ne se réduit pas à une collection d'énoncés univoques ⁽¹¹⁾. C'est une propriété intrinsèque du discours juridique centré sur lui-même qui noue de manière soit indicible, soit contradictoire, soit prohibée, des concepts supposément incompatibles. "L'ambiguïté, c'est le problème du sens multiple en sa diversité irréductible, en sa possibilité même ⁽¹²⁾". Ce qui nous paraît décisif, c'est la variabilité du contenu sémantique de l'énoncé ambigu. Cela laisse penser que, plus qu'un contenu incertain, polyvoque ou contradictoire, "l'ambiguïté dénoncée" est un contenant, disons un raisonnement ou un processus mental qui, d'une part, permettrait de prescrire un déni dans les termes du débat posés *a priori* afin d'affirmer que les modalités positives d'énonciation des questions sont insusceptibles de produire des réponses satisfaisantes, justes, raisonnées ou cohérentes, et qui, d'autre part, invite à une recomposition du débat et de ses éléments ⁽¹³⁾. C'est pourquoi, quand la doctrine dénonce "l'ambiguïté" d'un énoncé juridique, son discours opère comme un révélateur paradoxal ; il garantit sous l'invariance du vocabulaire une apparence de stabilité

⁽¹¹⁾ Sur la distinction entre ambiguïté et polysémie, voir G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990, p.90 : "L'amphibologie ou l'ambiguïté est un accident de la polysémie. Elle se produit lorsque dans un texte, un terme polysémique est utilisé par le locuteur de telle manière qu'il crée pour le récepteur l'équivoque, c'est-à-dire le doute et l'hésitation sur celui des sens dans lequel il faut alors prendre le terme. (...) L'amphibologie suppose donc la polysémie, mais la réciproque n'est pas vraie. La polysémie crée un risque de confusion ; elle ne débouche pas toujours sur la confusion. Le risque ne se réalise que par l'emploi vicieux ou atypique qui en est fait dans un discours" ; également O. DUCROT et T. TODOROV, *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Seuil, 1972, p.303-304 : "L'ambiguïté doit être distinguée de l'extension sémantique : la plupart des expressions ont une signification très générale, qui leur permet de décrire des situations très différentes. Mais on ne considère pas le mot "véhicule" comme ambigu sous prétexte qu'il peut se dire d'une bicyclette comme d'un camion, ni non plus "aimer" sous prétexte que l'on peut aimer son père et aimer la confiture. Dans ces exemples, en effet, une signification générale semble commune à tous les emplois de la même expression : seulement c'est une signification très large et abstraite. On en dira autant lorsque cette abstraction devient indétermination (les philosophes anglais parlent de *vagueness*). Beaucoup d'expressions, non seulement décrivent des situations très différentes, mais laissent indéterminé, dans certains cas, si elles doivent être ou non employées : il y a une infinité de cas-limites où on ne saurait ni nier, ni affirmer que quelqu'un est chauve, qu'il est heureux ou qu'il réussit. Mais cette indécidabilité dans les cas-limites n'empêche pas l'existence de cas clairs qui permettent de donner à l'expression - à l'intérieur d'un certain domaine - une caractérisation univoque".

⁽¹²⁾ D. VERNANT, v° Ambiguïté, *Les notions philosophiques*, tome 1, Paris, PUF, 1991 ; *adde*, C. FUCHS, *L'ambiguïté du français*, Grenoble, Ophrys, 1996.

⁽¹³⁾ Cf. R. LANDHEER, *Aspects linguistiques et pragmatique-rhétoriques de l'ambiguïté*, Thèse, Leyde, 1984 ; voir également M. KAHLLOUL, *Les procédés argumentatifs du discours judiciaire français : étude de pragmatique linguistique*, Thèse Strasbourg 2, 1994.

conceptuelle, alors qu'il prescrit de manière camouflée la transformation et le changement ⁽¹⁴⁾. Ensuite, le concept "ambigu" recouvre sa clarté et son unité par la redéfinition (permanente) de ses propriétés et de ses critères. Il devient "sûr".

5. Doctrine et sécurité juridique - Une solution "sûre", un concept "sûr" sont censés apporter aux justiciables certitude et prévisibilité. L'interprétation d'une règle par le juge sera conforme au principe de sécurité juridique si les justiciables ont pu par avance la prévoir : la solution sûre est la solution prévisible, qu'elle ait été déjà fixée ou qu'elle soit induite. Par extension, un concept sera "sûr", s'il contribue à la découverte de solution "sûre". Mais nous observerons l'extrême ambiguïté de la "sécurité juridique" et nous montrerons que le besoin de "sécurité juridique", l'impératif de "sécurité juridique" ou le principe de "sécurité juridique" sont des slogans utilisés en vue de justifier et légitimer, non les solutions décrites, mais la solution prescrite.

Le dogme de la solution unique procède donc de cette manière. En dénonçant l'ambiguïté sémantique d'une expression, la pluralité des significations d'un énoncé, l'indétermination d'un concept ou son inadéquation à la réalité, ce discours situe le cadre de la description d'une difficulté. Mais, en liant cette description au caractère intolérable de l'absence d'unité du concept ou d'unicité de la solution, il opère un choix parmi les solutions possibles. Or si ce choix est fait *a priori*, il faut admettre que le dogme de la solution unique est non seulement une rhétorique de l'éviction des solutions possibles mais encore une sophistique par laquelle on prétend découvrir une solution par déduction ou subsomption à partir d'un principe général dénommé de "sécurité juridique", de "confiance légitime" ou plus généralement de "cohérence", sophistique qui crée l'illusion que la solution prescrite est fournie par le système juridique lui-même. Comme l'écrivait Kelsen : "Quand le sens d'une norme est douteux, il y a selon la doctrine traditionnelle, une seule interprétation correcte et une méthode scientifique permettrait de la déterminer dans chaque cas. Le droit serait un ordre fixe, réglant de façon non-équivoque la conduite des hommes et en particulier celle des tribunaux et des autres organes chargés de l'appliquer. Il garantirait sinon une sécurité économique, du moins une sécurité juridique. Une telle idée est

⁽¹⁴⁾ voir par exemple P. FOURET, "L'ambiguïté et l'insécurité juridique", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.446.

cependant illusoire ⁽¹⁵⁾".

À titre d'exemple, M. le professeur Savaux faisait observer que l'oeuvre de synthèse et de système de la doctrine n'avait rien d'univoque ⁽¹⁶⁾. Il n'y aurait pas un droit positif du contrat mais des droits positifs du contrat. "Selon l'ouvrage auquel on s'informe, (...) on découvre au gré des auteurs que la jurisprudence est partagée sur la question de la date de formation du contrat entre absents ⁽¹⁷⁾ ou au contraire que la Cour de cassation a nettement opté en faveur du système de l'émission ⁽¹⁸⁾, que l'erreur-obstacle est sanctionnée par la nullité absolue ⁽¹⁹⁾ ou par la nullité relative ⁽²⁰⁾, qu'en matière de simulation, en cas de conflit entre tiers dont certains invoquent l'acte ostensible, d'autres l'acte secret, la jurisprudence est hésitante ⁽²¹⁾ ou qu'elle tranche plutôt en faveur de celui qui invoque l'acte apparent ⁽²²⁾, que le droit positif "*paraît consacrer*" l'analyse selon laquelle la cession de contrat "est en réalité un transfert unitaire et intégral de la qualité de contractant ⁽²³⁾ " ou que "la cession conventionnelle de contrat ne peut pas être admise ⁽²⁴⁾ "".

Ces exemples illustrent la difficulté à décrire l'état du droit positif ⁽²⁵⁾. En fait, la doctrine montre des préférences et révèle ainsi des prises de positions, qui, même si elles ne s'intègrent pas à un schéma idéologique général, ne sont jamais idéologiquement fortuites ⁽²⁶⁾. Sous couvert de neutralité scientifique, elle produit ainsi des prescriptions. Cela rend d'autant plus difficile à situer son statut dans une théorie globale de l'ordre juridique, que tous les discours revêtant les caractères et le style de l'extériorité peuvent être des discours

⁽¹⁵⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1ère éd., 1953, rééd., 1988, p.155 ; adde, F. TULKENS, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *RIEJ* 1990-24, p.25.

⁽¹⁶⁾ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface de J.-L. Aubert, Paris, LGDJ, 1997, n°448-449, p.303 (Les références qui suivent sont issues de cet ouvrage).

⁽¹⁷⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, Paris, PUF, 1991, n°39, p.89 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 5ème éd., 1991, n°177, p.127 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, Paris, Economica, 2ème éd., 1990, n°284, p.263.

⁽¹⁸⁾ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1988, n°373, p.406-408 ; A. WEIL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1986, n°153, p.164.

⁽¹⁹⁾ H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Paris, Montchrestien, 8ème éd., 1991, n°161, p.151 ; A. WEIL et F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, précité, n°164, p.172.

⁽²⁰⁾ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1988, n°373, p.406-408 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, n°192, p.147.

⁽²¹⁾ C. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, précité, n°770, p.828.

⁽²²⁾ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, L'acte juridique*, précité, n°389, p.322.

⁽²³⁾ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Cujas, 3ème éd., 1992, n°789, p.423.

⁽²⁴⁾ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 1992, n°1049, p.1008.

⁽²⁵⁾ voir pour d'autres exemples toujours, E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, précité, n°119 s., p.156 s.

⁽²⁶⁾ G. VIGNAUX, "Argumentation et discours de la norme", *Langages*, Mars 1979, p.70 ; Ph. JESTAZ, "Déclin de la doctrine ?", *Droits*-20, p.93.

prescriptifs.

Pour rendre compte de l'usage par la doctrine des concepts connexes à la solution unique, la principale difficulté méthodologique tient à la présence simultanée dans le discours des auteurs de l'ensemble des approches théoriques, le plus souvent de manière implicite. Pour débrouiller les noeuds de cette problématique, où l'on retrouve pêle-mêle l'unité, l'unicité, la sécurité, ou encore l'ambiguïté des solutions et le désir de la doctrine d'y remédier, notre démarche sera d'une part diachronique, d'autre part synchronique.

PARAGRAPHE 2. CHEMINEMENT

6. Diachronie - Nous mènerons pour commencer une étude diachronique du concept de permanence pour faire apparaître que, dans la description de l'unité, le discours doctrinal a substitué la recherche de la sécurité juridique à la fixité et à la certitude. Mais la succession des époques doctrinales égrènent des représentations de l'ordre juridique positif qui ne peuvent être présentées de manière linéaire parce que les hommes qui composent la doctrine ne sont pas soumis à des systèmes de pensée monolithes. L'histoire de la doctrine impose à l'historien deux directions de recherche, d'une part celle des influences doctrinales et théoriques, et d'autre part celle de l'image que la doctrine avait d'elle-même. "Le passé d'une science d'aujourd'hui ne se confond pas avec la même science dans son passé ⁽²⁷⁾", nous dit Canguilhem à propos de la biologie. C'est plus vrai encore à l'égard de la connaissance non-scientifique ou proto-scientifique dont le droit fait partie. Nous entamerons cette analyse avec les commentateurs du Code civil, étant entendu que le XIXème siècle ne marque pas une rupture avec le XVIIIème du point de vue du discours juridique sur les questions pratiques. Si les Codes napoléoniens ont apporté l'unification formelle et la remise en ordre du droit positif, et sont vécus en cela comme témoignant d'une rupture, les auteurs qui les commentèrent ne furent jamais que les successeurs de leurs maîtres.

Au cours de cet historique, nous nous garderons de regrouper les auteurs étudiés en École préférant faire ressortir l'hétérogénéité d'une communauté

⁽²⁷⁾ G. CANGUILHEM, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris, Vrin, 1993, p.15.

dont le savoir et les convictions sont très diverses. L'accent sera mis sur la discontinuité et en contrepoint des approches qui poursuivent la continuité du droit comme un but, suivre les transformations de l'image doctrinale dans le discours juridique nous amènera presque naturellement à adopter les moyens d'une entreprise archéologique ⁽²⁸⁾.

Pour représenter la doctrine du XIX^{ème} siècle, nous utiliserons principalement les auteurs de grands traités commentant le Code civil, à savoir principalement Delvincourt, Toullier, Proudhon, Troplong, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau. Pour représenter la charnière des deux siècles jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, outre les travaux de Planiol, Saleilles, Josserand, Capitant, Lambert, Bonnetant et Savatier, nous situerons Gény et Ripert à une place prépondérante. La doctrine contemporaine ne sera représentée qu'au tamis des questions techniques choisies pour illustrer nos propos, avec cependant une place privilégiée pour les grands réformateurs que furent MM. les doyens Carbonnier et Cornu.

Cette étude des textes doctrinaux, mis en relation avec les questions pratiques qu'ils abordent, nous montrera les mutations des caractères de la "solution unique" : un discours s'appuyant sur la force de la tradition et de l'enseignement du passé, exprimant l'unité du savoir juridique par la permanence des solutions posées, fixes et certaines, va céder la place à un discours où la permanence n'est plus assurée par la fixité des solutions mais par le respect de la sécurité juridique. Cela nous conduira à considérer que la "solution unique" présente aujourd'hui dans le discours doctrinal est la solution conforme au principe de sécurité juridique, c'est-à-dire la solution sûre.

7. Synchronie - Une étude synchronique de la solution sûre montrera la variabilité de ce concept et son rattachement constant à l'expression d'une recherche de la permanence du savoir juridique, mais à travers les différentes

⁽²⁸⁾ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, nrf, Gallimard, 1969, p.182-183. La démarche archéologique "ne cherche pas à restituer ce qui a pu être pensé, voulu, visé, éprouvé, désiré par les hommes dans l'instant où ils proféraient le discours ; (...) elle n'essaie pas de répéter ce qui a été dit en le rejoignant dans son identité même. Elle ne prétend pas s'effacer elle-même dans la modestie ambiguë d'une lecture qui laisserait revenir en sa pureté, la lumière lointaine, précaire presque effacée de l'origine. Elle n'est rien de plus et rien d'autre qu'une réécriture : c'est à dire dans la forme maintenue de l'extériorité, une transformation réglée de ce qui a été déjà écrit. Ce n'est pas un retour au secret de l'origine ; c'est la description systématique d'un discours objet" ; comp. J. BROEKMAN, *Droit et anthropologie*, Paris, LGDJ, Story Scientia, 1993, p.147 s. ; F. EWALD, "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", *Droits*- 03, 1986, p.137 (p.141).

conceptions de la "solution sûre" que la doctrine diffuse, solution constante, solution acquise, solution exacte, ou prévisible, il ne s'agit plus de fixité du contenu des normes proprement dit ; il s'agit de fixité et de certitude des procédures de détermination du contenu des énoncés juridiques.

La description de la "solution unique" prend de ce fait une teinte particulière. En cherchant à exprimer des certitudes pour le futur, faisant de la "nécessaire prévisibilité" du droit un cheval de bataille, l'oeuvre doctrinale descriptive est assise sur des postulats probabilistes. Les raisonnements doctrinaux qui prétendent induire par l'observation des précédents ou déduire sous des principes généraux des solutions uniques et univoques, ne relèvent pas de la démonstration analytique. Les juristes ne pratiquent pas le syllogisme mais l'enthymème. Leur discours participe d'une rhétorique où ce qui est vraisemblable tient lieu de vérité ⁽²⁹⁾.

Nous confronterons ce point de vue aux thèses de M. le professeur Dworkin qui constituent, selon nous, la version la plus aboutie du dogme de la solution unique ⁽³⁰⁾. Nous envisagerons ensuite le sort que le droit français et ses commentateurs doctrinaux réservent aux cas difficiles et aux cas faciles.

Entre ce qu'exprime l'argumentation doctrinale et ce qu'elle tait, nous proposerons un état des lieux doctrinaux pour montrer que la rhétorique de l'unité se change parfois en une sophistique dont l'objet est de justifier *a posteriori* une solution plutôt que de convaincre de son bien-fondé. Nous nous interrogerons, pour terminer, sur la force du discours doctrinal. Capable de modifier l'état des questions, de l'enrichir ou de le restreindre, capable de déplacer les problèmes ou de clore des controverses, la doctrine ne dispose pas d'un pouvoir normatif ; son discours intègre pourtant les énoncés juridiques positifs et laisse son empreinte dans le contenu même des énoncés juridictionnels.

Des analyses contextuelles sur l'usage des arguments et des concepts nous fourniront des éléments de réflexion sur la manière dont le discours doctrinal rend compte de la connaissance juridique. Le regard que nous porterons sur le discours doctrinal se fera à partir d'un point de vue externe, comme nous

⁽²⁹⁾ ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. M. Dufour, Paris, Gallimard, 1998, [1355 a] ; v. F. WOLFF, "Trois techniques de vérité dans la Grèce classique. Aristote et l'argumentation", *Argumentation et Rhétorique*, Hermès 15, CNRS, 1995, p.41.

⁽³⁰⁾ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1994 ; "La chaîne du droit", *Droit et société*, 1985, n°1, p.51 ; *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M.-J. Rossignol et F. Limare, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, Léviathan, 1995 ; *Une question de principe*, trad. par A. Guillaïn, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1996.

invite à le faire M. le professeur Hart, mais nous ne négligerons les critiques dont les thèses défendues par l'École analytique font l'objet.

PARAGRAPHE 3. REGARD SUR LA DOCTRINE

8. Point de vue externe - Pour décrire l'état du droit, M. le professeur Hart nous invite à ne pas négliger l'existence des points de vue interne et externe. Cette distinction est au moins une précaution méthodologique. "L'une des difficultés auxquelles se heurte toute théorie du droit soucieuse de rendre justice à la complexité des faits, consiste à se souvenir de la présence de ces deux points de vue, et à ne pas considérer l'un d'eux comme inexistant ⁽³¹⁾". La raison en est que "la plupart des obscurités et des déformations qui affectent les concepts juridiques et politiques proviennent du fait que ceux-ci impliquent une référence à ce que nous avons appelé le point de vue interne : c'est à dire, le point de vue de ceux qui ne se contentent pas de constater et de prédire le comportement qui se conforme à des règles, mais qui utilisent les règles comme des modèles qui permettent l'évaluation de leur propre comportement et de celui d'autrui ⁽³²⁾". Il est d'autant plus important de séparer les deux points de vue et d'adopter un point de vue externe, que la situation de la doctrine se trouve particulièrement floue.

Dans leur essai d'épistémologie juridique *Jalons pour une théorie critique du droit*, MM. les professeurs Ost et Van de Kerchove utilisent la métaphore du jeu théâtral pour rendre compte de la situation des différents acteurs dans la vie juridique. Sur scène, les acteurs qui représentent les justiciables, les autorités d'application du droit, le législateur jouent la pièce du droit positif. Ils voient le droit d'un point de vue interne. Dans le public, les spectateurs sont les théoriciens qui voient la pièce se jouer sans intervenir ; ils commentent ensuite ce qu'ils ont observé de leur point de vue externe. L'ambivalence du statut et du rôle de la doctrine tient au fait que son discours est au carrefour des deux points de vue externe et interne, et oscille. Dans la métaphore du jeu, la doctrine est représentée comme un souffleur. Elle n'est ni acteur comme les

⁽³¹⁾ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. Van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 1976, [88], p.116 ; adde A.-J. ARNAUD, "Valeur heuristique de la distinction interne / externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit", *RRJ* 1986, p.241 ; G. KALINOWSKI, "Théorie, métathéorie ou philosophie du droit (réflexions sur *The concept of law* de H.L.A. Hart et *On law and justice* d'Alf Ross)", *APD* 1970, p.179.

⁽³²⁾ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, précité, [96], p.124

citoyens ou les autorités habilitées à produire du droit, ni spectateur comme les théoriciens de la science du droit. "Tant qu'il demeure dans les limites de sa fonction théorique, l'auteur de doctrine occupe la place du spectateur de la représentation se déroulant sous ses yeux, sans qu'il soit amené à y tenir un rôle actif. Mais, dès lors qu'il collabore au jeu scénique, même de façon indirecte, par ses suggestions pratiques, l'auteur de doctrine quitte les rangs des spectateurs. Sans doute ne monte-t-il pas pour autant visiblement sur la scène. (...) Il joue le rôle du souffleur, à la fois collaborateur des acteurs, prêt à intervenir en cas de défaillance de leur part et, en même temps, situé en marge de la scène, presque au niveau des spectateurs ordinaires ⁽³³⁾".

L'École analytique du droit représentée principalement par Kelsen et Hart nous fournit les instruments pour définir le point de départ de cette recherche. Deux concepts sont à retenir : "les actes de connaissance de la doctrine" et la "texture ouverte du langage".

9. Les actes de connaissance de la doctrine - La situation des interprètes chez Kelsen est l'objet d'une distinction entre l'interprète scientifique ou doctrinal et l'interprète authentique, distinction qui sépare la fonction heuristique de la doctrine en quête des sens possibles et le pouvoir reconnu au juge de choisir l'interprétation qu'il posera. Selon Kelsen, la doctrine qui fait acte de connaissance en déterminant les différentes significations d'une norme, se contente de cela ; "la doctrine juridique ne peut poser des actes formateurs de droit, car les actes formateurs de droit sont des *actes de volonté*, tandis que la science du droit ou la doctrine juridique est une fonction de *connaissance* et non de volonté. La doctrine juridique peut seulement énoncer qu'une certaine norme juridique est valide ; elle peut seulement décrire les relations entre des normes juridiques, ou entre des normes juridiques et d'autres normes, mais elle ne peut pas rendre valides des normes juridiques ou les priver de validité. Seule une autorité juridique, comme le législateur ou le juge, peut le faire ⁽³⁴⁾".

Les raisons en seraient que "les normes juridiques ne sont pas la signification d'actes de pensée, mais la signification d'actes de volonté ; et une pensée "juridique" ne peut être qu'une pensée ayant pour objet des normes juridiques, qui sont la signification d'actes de volonté, c'est-à-dire des normes juridiques qui sont déjà posées. La pensée juridique ne peut créer ou abroger

⁽³³⁾ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, p.43.

⁽³⁴⁾ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, chapitre 28, p.155 critiquant la théorie de J. ESSER ; *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1962, p.462-463.

des normes juridiques. Toutefois, la question de l'applicabilité aux normes des principes logiques de non-contradiction et d'inférence doit être prise en compte pour le cas d'un conflit de normes et pour le cas de l'application d'une norme générale au cas concret. Dans ces cas, il s'agit du problème de l'acquisition et de la perte de la validité des normes. Cela n'est pas possible par la voie de la pensée, pas même d'une pensée "juridique". En ce sens, il ne peut y avoir quelque chose qui soit une pensée "juridique" ⁽³⁵⁾.

On ne saurait être plus clair. Hors d'une fonction législative ou prétorienne, les prescriptions des juristes ne sont pas à même de modifier l'état du droit positif. Mais dire qu'il n'existe pas de pensée "juridique" ou, de manière moins polémique, que les énoncés et les interprétations non-authentiques n'ont aucun effet sur la validité des normes interprétées signifie que leurs contributions à la science du droit sont soit descriptives, soit politiques : "le juriste qui, dans un commentaire qu'il publie, distingue l'une des interprétations possibles comme la seule "exacte", ne [remplit] pas une fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique ⁽³⁶⁾". Et plaçant contre le dogme de la solution unique, Kelsen en dénonce l'illusion : "l'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie". C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de sécurité juridique. Or, étant donné l'ambiguïté qui affecte, plus ou moins, la plupart des normes juridiques, cet idéal n'est réalisable qu'approximativement ⁽³⁷⁾".

Sans conteste, Kelsen reconnaît à cette fiction d'univocité une utilité politique, mais il considère néanmoins que le juriste qui proclame "qu'une interprétation qui est peut-être d'un point de vue politique-subjectif, préférable à une autre qui est logiquement possible, est la seule exacte d'un point de vue objectivement scientifique ⁽³⁸⁾", fait passer pour une vérité scientifique ce qui n'est jamais qu'un simple jugement de valeur politique. Il

⁽³⁵⁾ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, précité, chapitre 58, p.329.

⁽³⁶⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1962, n°47, p.463.

⁽³⁷⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 1962, précité, n°47, p.463 ; *Théorie pure du droit*, 1ère éd., 1953, rééd., 1988, précité, p.155 ; sur la distinction entre actes de connaissance et actes de volonté : M. TROPER, "La liberté d'interprétation du juge constitutionnel", in P. AMSELEK (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.235. L'auteur éclaire la confusion qui consiste à penser qu'en déterminant l'interprétation " vraie ", le juge fait un acte de connaissance. En réalité, non seulement le juge ne détermine pas l'interprétation vraie, mais en désignant "l'unique solution", il fait un acte de volonté. En revanche, le droit fonctionne conformément à la croyance que "l'interprétation [judiciaire] est un acte de connaissance".

⁽³⁸⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 1962, précité, n°47, p.463.

demeure même sceptique sur l'efficacité politique de la fiction d'univocité et fait observer qu'une interprétation véritablement scientifique, réalisée sur la base d'une analyse critique et décrivant toutes les significations possibles politiquement correctes ou incorrectes, peut seule permettre à l'autorité habilitée de réduire à terme à un minimum les ambiguïtés et les équivoques inévitables de tout énoncé linguistique. Les auteurs qui, faisant mine de décrire les différentes significations et solutions possibles, prescrivent des choix, se trouvent en situation non plus d'interprètes doctrinaux ou scientifiques mais en situation de tribuns politiques. Kelsen condamne cette attitude mais observe très justement qu' "on ne peut naturellement pas le leur interdire ⁽³⁹⁾" ; on ne peut que s'insurger qu'ils le fassent au nom de la science juridique. Le discours doctrinal doit néanmoins être maîtrisé : "Un commentaire scientifique doit se borner à indiquer les interprétations possibles d'une norme. Il ne peut pas décider que telle d'entre elles est la seule correcte ou la seule juste. Cette décision est un acte de volonté incombant exclusivement à l'organe qui a la compétence d'appliquer la norme en en créant une nouvelle. La plupart des commentaires qui se disent scientifiques sont en réalité des ouvrages de politique juridique ⁽⁴⁰⁾".

La description scientifique doit dans cette perspective se contenter de commentaires éthiquement neutres car, à défaut, la doctrine ferait oeuvre politique. Au fond, il n'y a pas de solution unique, il n'y a pas d'interprétation exacte et surtout il n'y a pas de méthode pour connaître l'interprétation vraie parce que la langue du droit n'est pas un langage artificiel univoque. Cette idée présente incidemment chez Kelsen est développée par Hart par l'analyse de la texture ouverte du langage.

10. Texture ouverte - Selon Hart, "les énoncés linguistiques généraux dotés d'autorité dans lesquels une règle se trouve formulée, peuvent ne fournir que des lignes de conduite incertaines, presque au même titre qu'un exemple faisant autorité. L'idée selon laquelle le langage de la règle nous permet de repérer en toute simplicité des cas d'application facilement reconnaissables, s'effondre sous cet angle ; les notions de subsomption et de conclusion tirée d'un syllogisme ne caractérisent plus le nerf du raisonnement emprunté pour déterminer le comportement qu'il convient d'adopter (...)". S'il advenait que l'on "fige la signification d'une règle de telle façon que ses termes généraux

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p.463.

⁽⁴⁰⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère éd., 1953, précité, p.140.

possèdent nécessairement la même signification dans toutes les situations où il est question de l'appliquer (...), [on] assurerait un certain degré de certitude ou de prévisibilité, au prix de préjuger aveuglément ce que l'on doit accomplir dans une série de situations futures, dont nous ignorons la composition ⁽⁴¹⁾".

Pour l'École analytique, l'incertitude constitue en quelque sorte le prix de l'utilisation du langage ordinaire ⁽⁴²⁾. La "texture ouverte du langage" nous permet de comprendre que les significations des énoncés produits par les juges ou le législateur ne peuvent être *a priori* désignées comme univoques. On observera avec Hart, au-delà de la polysémie des termes présents dans les textes juridiques, que ceux-ci se caractérisent par la pluralité de leurs extensions, pluralité que l'on ne peut dénombrer *a priori*. ⁽⁴³⁾ Aussi, termes et concepts doivent-ils être analysés de manière contextuelle, car, dans cette mesure, il apparaît que l'activité d'interprétation extra-juridictionnelle, particulièrement doctrinale, crée pour le juge les contraintes discursives qui tenteront de maintenir son raisonnement dans un contexte ⁽⁴⁴⁾. Le juge reste toutefois libre de ne pas se soumettre aux raisons d'autorité ainsi élaborées ⁽⁴⁵⁾.

Les actes de connaissance de la doctrine participent donc à la définition du contexte de l'interprétation judiciaire. Nous adopterons ce point de vue sur l'interprétation en dépit des critiques dont ce mouvement de pensée fait l'objet.

11. Critiques de l'École analytique - Dans le sillage de Kelsen et Hart, on rencontre de nombreux auteurs - réalistes ⁽⁴⁶⁾ et jusnaturalistes ⁽⁴⁷⁾ - qui tout en

⁽⁴¹⁾ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, précité, [126], p.161.

⁽⁴²⁾ H. L. A. HART, *Le concept de droit*, précité, [124], p.159.

⁽⁴³⁾ B. BIX, "H.L.A. Hart and the "open texture" of language", *Law and Philosophy* 10, 1991, p.51 ; S. WALT, "Hart and the claims of analytical jurisprudence", *Law and Philosophy* 15, 1995, p.387.

⁽⁴⁴⁾ L. ALEXANDER et F. SCHAUER, "On extra-judicial constitutional interpretation", 110 *Harvard L. Rev.* 1359 [1997].

⁽⁴⁵⁾ N. MACCORMICK, "La texture ouverte des règles juridiques", in P. AMSELEK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, Questions, 1989, p.109 ; "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique ; argumentation et interprétation en droit", in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, p.211 ; adde, J. RAZ, *Practical reason and norms*, Londres, Hutchinson, 1975.

⁽⁴⁶⁾ Ainsi trouve-t-on chez les réalistes scandinaves l'idée que la " science juridique ", telle que pratiquée de manière dogmatique par les juristes, n'a rien d'une science véritable. Cette position est strictement antimétaphysique. Le discours de la doctrine se serait autre chose qu'une pratique politique destinée à peser sur le cours de la jurisprudence (A. ROSS, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968 ; v. R. GUASTINI, "Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique", in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p.249). Les réalistes américains ont en général une approche voisine du rôle du juriste, mais pour eux, le droit ne relève pas du devoir-être mais d'une réalité matérielle (F. MICHAUT, *L'École de la sociological jurisprudence et le mouvement réaliste américain*, Thèse Lille, 1985 ; M. STOKES,

les critiquant, s'appuient sur les concepts développés par l'École analytique pour dessiner leur propre théorie de l'interprétation. À bien y regarder tous seraient d'accord pour admettre que les choix opérés par les interprètes parmi les significations possibles sont politiques ⁽⁴⁸⁾, à ceci près que les jusnaturalistes considèrent que le droit naturel et la morale constituent un guide objectif de l'action politique et qu'en cela, une doctrine qui ne dirait pas le juste, ne serait point docte ⁽⁴⁹⁾.

Enfin, contre le normativisme et le naturalisme, les thèses développées par

"Formalism, realism, and the concept of law", *Law and Philosophy* 13, 1994 p.115-159 ; D. WILKINS, "Legal Realism for Lawyers", 104 *Harvard L. Rev.* 468 [1990]. Il se ramène simplement à ce que disent les juges. Holmes entend par "droit" : "les prophéties de ce que feront effectivement les cours et les tribunaux" (O. W. HOLMES, "The Path of the law", 10 *Harvard L. Rev.* 457 (1897) ; réimpr. 110 *Harvard L. Rev.* 989 (1997), n° spécial du centenaire ; R. POUND, "The theory of judicial decision", 36 *Harvard L. Rev.* 954 [1923]). La connaissance du droit consiste à prévoir les solutions futures de sorte que les juristes ont essentiellement une activité prédictive (pour un point complet : F. MICHAUT, "L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains", in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p.265). Aujourd'hui, le mouvement des *Critical legal studies* aborde la théorie à partir de la teneur politique du droit. De ce point de vue, il s'agit encore de montrer les rapports qu'entretiennent la méthodologie juridique et les groupes sociaux (Pour une bibliographie détaillée, v° *Critical legal studies*, *Dictionnaire de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1993). Empruntant de manière éclectique au réalisme (A. ALTMANN, "Legal realism, critical law studies and Dworkin", *Philosophy and public affairs* 15 (1986): 205), au marxisme, au féminisme (K. BARTLETT, "Feminist legal methods", 103 *Harvard L. Rev.* 829 [1990]) ou au communautarisme (FREEMAN, "Racism, Rights, and the quest for equality of opportunity : a critical legal essay", 23 *Harvard C.R.C.L. L. Rev.* 295 (1988) ; CRENSHAW, "Race, reform and retrenchment : transformation and legitimation in anti-discrimination law", 101 *Harvard L. Rev.* 1331 [1988]), les *Critical legal studies* proposent des instruments conceptuels permettant de s'interroger sur la manière dont le politique affecte l'activité du juge (D. KENNEDY, *A critique of adjudication* (fin de siècle), Cambridge, Harvard U.P., 1997 ; voir P. TCHIAPKE, *Les théories de l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis*, Thèse Paris X, 1992). Dans cette perspective, la doctrine ne décalque pas l'état du droit positif mais justifie ou combat un ordre établi. En France, c'est le point de vue défendu par le mouvement critique du droit emmené notamment par M. le professeur Miaille (v. M. MIAILLE, "La critique du droit", *Droit et société*, n°20-21, 1992, p.73).

⁽⁴⁷⁾ Pour l'examen des thèses de l'École analytique, voir J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p.3-22. Les partisans des thèses jusnaturalistes étant, eux, capables d'affirmer qu'une solution juste doit pouvoir être découverte par l'équité, cette "sorte d'instinct, qui sans faire appel à la raison raisonnante, va de lui-même et tout droit à la solution la meilleure" (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1919, p.488), la doctrine occupe dans cette perspective, une place évidemment centrale (A. SERIAUX, "Les sources du droit, vision jusnaturaliste", *RRJ* 1990, p.166 ; M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p.292 ; Ph. REMY, "Philosophie de l'ordre civil positif", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.157-158). Comme toutes les autorités en charge de dire le droit, la doctrine énonce des solutions en répondant à des questions. Tendue vers le juste objectif, la méthodologie jusnaturaliste invite le juriste à saisir la juste mesure du droit ; une mesure que le docteur par son recul est mieux à même de découvrir. Sans doute, la doctrine n'est pas infaillible mais son détachement des espèces lui permet de tracer les principes qui guideront l'interprétation des autorités habilitées (A. SERIAUX, *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipse, 1997, p.214-224 ; "La notion de doctrine juridique", *Droits*-20, p.65). Encore faut-il qu'elle suive les préceptes de la science jusnaturaliste et qu'elle ne refuse pas de raisonner en équité à l'occasion de chaque cas.

⁽⁴⁸⁾ Sur les sens de "politiques", voir L. STRAUSS, *Qu'est-ce que la philosophie politique ?*, trad. par O. Sedeyn, Paris, PUF, 1992, p.15 s.

⁽⁴⁹⁾ A. SERIAUX, *Le droit, une introduction*, précité, p.222.

M. le professeur Ronald Dworkin présentent un intérêt tout à fait particulier. S'opposant à Hart et se démarquant des thèses naturalistes, Dworkin prétend qu'il est possible, pour un juge, de déterminer la bonne solution pour chaque cas, et considère dès lors que le juge rationnel serait dépourvu de "pouvoir discrétionnaire". Selon cet auteur, l'unité du droit - le droit comme intégrité - est assurée par la raison qui anime chaque juge ⁽⁵⁰⁾. La métaphore du roman écrit chapitre après chapitre de la main de ces juges rationnels illustre le processus de création des solutions du droit. Les cas faciles sont résolus par des règles. Les solutions des cas difficiles sont découvertes par la discussion sur les principes qui fondent la cohérence de l'ordre juridique. Ainsi, le juge pourrait être contraint par le système juridique lui-même d'adopter la bonne réponse parce que celle-ci existe. Par extension, il serait possible, pour la doctrine, par un acte de connaissance, de guider dans tous les cas le choix du juge vers la bonne réponse à une question de droit, pratique ou imaginaire. Nous en discuterons la pertinence à l'occasion de l'examen des théories qui voient le droit comme ensemble continu de solutions cohérentes.

Il faut retenir de cette présentation sommaire des diverses perspectives théoriques que chacune assigne à la doctrine - interprète non-authentique - un statut défini par comparaison au rôle accordé au juge - interprète authentique. Cela contraint à s'interroger constamment sur la situation de la doctrine dans le concert des interprètes : sur sa place dans la hiérarchie des normes, sur la validité des principes méthodologiques qu'elle décrit et sur le caractère descriptif / prescriptif des énoncés qu'elle produit.

12. Plan - Nous montrerons donc l'ambivalence du discours doctrinal cherchant dans la permanence des solutions positives et des concepts consacrés, l'unité et l'unicité des solutions futures et qui, pour parvenir à leur découverte, pratique une rhétorique de la nécessaire transformation et adaptation du droit positif. Nous verrons ainsi comment, de descriptions en prescriptions, la doctrine exprime son désir de modifier l'état du droit et la mesure dans laquelle elle y parvient. La solution est unique et pourtant elle doit changer. Telle pourrait être la devise d'une doctrine qui, décrivant la permanence des instruments et des solutions juridiques, use de son autorité scientifique pour ordonner leurs mutations. S'il est acquis que l'idée de permanence a changé en doctrine ces deux derniers siècles, signifiant l'idéal

⁽⁵⁰⁾ R. DWORKIN, "La chaîne du droit", *Droit et société*, 1985, N°1, p.51

abouti de fixité de la loi, muant en dogme de la solution sûre, le discours doctrinal a en permanence exprimé avec force le désir des auteurs de transformer ce qu'ils représentaient comme la réalité juridique.

L'étude du dogme de la solution unique sera donc menée en deux parties :

Première partie : La transformation en doctrine de l'idée de permanence.

Deuxième partie : La permanence du désir doctrinal de transformation.

PREMIERE PARTIE

LA TRANSFORMATION EN DOCTRINE DE L'IDEE DE PERMANENCE

13 Permanence de la solution - "La solution consacrée par de nombreux tribunaux et cours, approuvée par la Cour de cassation, constitue une véritable règle juridique qui présente, sous certaines réserves il est vrai, un caractère de permanence et de stabilité d'où résulte une prévisibilité propre à permettre d'obtenir l'indispensable sécurité du commerce juridique ⁽⁵¹⁾". Voilà résumés en une phrase les caractères que la doctrine contemporaine prête à la jurisprudence. La généralité de la solution répétée et consacrée s'impose au présent par sa permanence et sa stabilité pour prévoir l'avenir et répondre au souci de sécurité ; c'est en fait le dogme de la solution unique que l'on prêche.

Les raisons d'aborder le dogme de la solution unique par l'étude historique de la doctrine sont contenues dans l'interrogation qui suit la lecture des caractères de la solution permanente proposés par M. E.S. de la Marnierre. L'image de la solution prétorienne fut-elle toujours celle qui est présentement décrite ? Il semble que non. Bien au contraire, le concept s'est transformé dans le discours doctrinal, par le discours doctrinal. On cherchait la permanence du droit dans la fixité de la règle ; on recherche aujourd'hui la solution sûre et prévisible.

Les métamorphoses de l'image doctrinale de la doctrine et de la jurisprudence constituent les repères qui balisent l'évolution du concept de permanence et du désir d'unité, et cela parce que ce qui, périodiquement, apparaît comme l'impérieuse nécessité de remettre en ordre le droit est le produit d'un sentiment paradoxal. L'idée de permanence des normes, des concepts, de la nature des situations juridiques ou la permanence d'un savoir

⁽⁵¹⁾ E. S. DE LA MARNIERRE, *Éléments de méthodologie juridique*, Paris, Libr. JNA, 1976, p.80.

propre aux juristes s'est coordonnée depuis la rénovation du droit naturel aux XVIIème et XVIIIème siècles à l'idée que seul ce qui est unique, unitaire dans sa structure intellectuelle et esthétique, peut durer valablement. La Révolution et l'Empire ont ainsi contribué à la mise en oeuvre de l'unification de l'ancien droit privé. Mais, d'un point de vue historique, on reconnaît que cette oeuvre de remise en ordre du droit et d'unification est dans une très large mesure l'oeuvre des juristes de l'Ancien Régime. L'effectivité de cette mise en ordre du droit français à la Révolution et sous l'Empire est liée à l'affermissement d'un pouvoir politique centralisé dont l'un des objectifs était de promouvoir l'unité juridictionnelle de la France. L'étude des premiers commentateurs du Code civil montre comment s'est opéré, si l'on veut l'appeler ainsi, le changement de paradigme. L'ensemble du droit privé, civil et commercial, a bien sûr été réformé en profondeur mais le travail préparatoire à cette réforme remonte à Dumoulin, Domat, Pothier ; Merlin et Portalis ne furent que les continuateurs d'un mouvement qu'ils considéraient déjà eux-mêmes comme unitaire. Avant la Révolution, la permanence de la jurisprudence entendue comme science du droit était assurée par la tradition et le recours soit à la continuité du droit romain, soit aux coutumes, mais le droit romain ayant subi de telles mutations et les coutumes étant par définition sans cesse en mouvement et variables, c'était aux juristes que revenait le pouvoir de présenter la solution qui s'imposait. La Révolution et l'Empire ont redéfini la situation des interprètes devant la référence normative et cela s'est traduit par le pouvoir accordé au législateur de fixer la norme législative et son interprétation.

En considération de la situation des interprètes dans les diverses perspectives théoriques et philosophiques aux XIXème et XXème siècles, la mise en évidence du dogme de la solution unique se fera d'abord par une histoire de la doctrine, de la transformation de l'idée doctrinale de fixité en désir de sécurité. La solution unique sera ensuite abordée à travers son avatar actuel que l'on dénommera la "solution sûre".

La transformation en doctrine de l'idée de permanence sera donc étudiée en deux volets :

Titre premier : De la fixité à la sécurité

Titre second : La solution sûre

TITRE PREMIER

DE LA FIXITE A LA SECURITE

14 Une brève histoire de la doctrine - Au tournant du XXème siècle, la doctrine française se représente comme rénovatrice, et plus encore comme refondatrice du rôle qu'elle s'attribue. Les auteurs entendent renoncer au dogme de la loi. Ils appuient leurs intentions réformatrices sur une approche méthodologique détachée de la seule autorité du texte. L'École de l'exégèse avait rendu un culte à la loi, ils retourneront aux "sources" pour rendre au droit son véritable sens et en saisir sa pureté. Les juristes du XIXème siècle avaient altéré la compréhension du droit, ils s'efforceront d'en montrer les constantes, et dégageront *la synthèse de ses éléments inaltérables* ⁽⁵²⁾. Ce nouvel esprit juridique souffle depuis les années 1890, depuis qu'avec R. Saleilles et surtout F. Gény, il convient d'adopter une autre perspective de pensée. Le travail du juriste ne peut plus se limiter à une exégèse controversée dont l'intérêt se limiterait au prétoire ; il ne peut non plus se satisfaire des études purement spéculatives où les maîtres du XIXème siècle excellaient ⁽⁵³⁾. Il s'agit de donner à un "droit vivant" les moyens de conjuguer les besoins de la pratique et la permanence des textes du Code civil centenaire en libérant l'interprète de la volonté du législateur ⁽⁵⁴⁾. Ce programme consiste donc à donner à la science du droit les moyens de se développer hors des frontières que les siècles écoulés avaient tracées pour elle ; il s'agit de la libérer des contraintes politiques et des idées conservatrices qui l'empêchent de profiter des évolutions de la connaissance philosophique et en particulier des progrès de la philosophie des sciences. Invitant le juriste à s'initier à la linguistique de Saussure ⁽⁵⁵⁾, à l'intuitionnisme de Bergson ⁽⁵⁶⁾ ou à la l'épistémologie de Poincaré ⁽⁵⁷⁾ et de Duhem ⁽⁵⁸⁾, à utiliser l'économie ⁽⁵⁹⁾ et

⁽⁵²⁾ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, tome 1, Paris, LGDJ, 1923, préface, p.IX-XII.

⁽⁵³⁾ R. SALEILLES, préface de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1919, p.XVIII-XIX.

⁽⁵⁴⁾ R. SALEILLES, préface de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources ...*, précité, p.XVII : "Étant donné que la volonté du législateur n'a porté que sur les solutions littérales qu'il a prévues et leurs conséquences les plus immédiates, pour tout le reste, c'est-à-dire pour le domaine presque indéfini des questions qui s'y rattachent et au sujet desquelles il faut prendre parti, il y a lieu de choisir une méthode de direction désormais indépendante de toute recherche de volonté et d'adopter des procédés scientifiques et précis de solution".

⁽⁵⁵⁾ v. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, Troisième partie. Élaboration technique du droit positif, Paris, Sirey, 1921, p.448.

⁽⁵⁶⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.81.

⁽⁵⁷⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.6, ou encore p.77 ; v. également G. RENARD, "La valeur des théories", in *Le droit, la logique, le bon sens*, Paris, Sirey, 1925, p.39.

⁽⁵⁸⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.82.

l'ethnologie ⁽⁶⁰⁾, le doyen Gény s'emploie à démontrer l'importance d'une réflexion tous azimuts. Comprendre le droit suppose ne rien négliger du travail de ceux qui l'appliquent comme de ceux qui le créent et, pour ce faire, aucune idée ne doit être rejetée tant qu'elle n'est pas éprouvée. Tant en droit public ⁽⁶¹⁾ qu'en droit privé, comprendre le droit suppose ainsi une réflexion sur l'élaboration et les modes de genèse des normes, sur les techniques d'application des règles et sur l'analyse des buts recherchés par ce (ou ceux) que l'on nomme "source". Mais la tâche qu'entend accomplir la doctrine ne s'arrête pas là. La *lutte pour la jurisprudence* qu'annonce A. Esmein en ouverture de la *Revue trimestrielle de droit civil* ⁽⁶²⁾ ne consiste pas en la seule invitation à tenir pour acquis un certain nombre de décisions et de grands arrêts, elle consiste aussi et surtout à s'assurer le contrôle de l'élaboration des normes jurisprudentielles. "En même temps que la loi ramène à elle les créations d'essence doctrinale ou coutumières [entendons également jurisprudentielles] celles-ci influent sur le droit écrit, en modifiant peu à peu l'interprétation primitive des formules légales, en les fécondant d'une vie réflexive, qui crée entre elles une harmonie nouvelle ⁽⁶³⁾". L'enjeu de cette lutte pour la jurisprudence est, en fait et en théorie, la place officiellement abandonnée par le législateur depuis 1837 de l'interprète *par voie d'autorité*. La suppression du recours en interprétation devant un interprète officiel, représentant du pouvoir législatif ou de l'exécutif selon les périodes, a laissé la pratique et la théorie devant une sorte de vide. Le pouvoir herméneutique appartient désormais au juge ⁽⁶⁴⁾, mais la fin des référés interprétatifs n'a pas pour autant propulsé la Cour de cassation au rang d'interprète par voie d'autorité ⁽⁶⁵⁾. Les théoriciens de cette époque, constatant la disparition de l'interprète législatif, ne saisissent pas non plus l'occasion d'affirmer un retour à l'ancienne autorité formelle de la *communis opinio doctorum*. Après 1837, c'est une sorte de *statu quo* qui s'établit, la jurisprudence et les jurisconsultes sont des interprètes doctrinaux qui, chacun pour leur part, contribuent à l'interprétation scientifique. La place de l'interprète par voie d'autorité est

⁽⁵⁹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, p.35.

⁽⁶⁰⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, p.237 pour une citation de H. Sumner-Maine.

⁽⁶¹⁾ G. JEZE, "De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux", *RDP* 1914, p.311.

⁽⁶²⁾ A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.5.

⁽⁶³⁾ R. SALEILLES, préface de F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources ...*, précitée, p.XX.

⁽⁶⁴⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, précité, 25ème éd., 1997, [159], p.280.

⁽⁶⁵⁾ *Contra*, P. HEBRAUD, "Le juge et la jurisprudence", *Mélanges Couzinet*, Toulouse, 1974, p.341.

donc laissée vacante et une vacation ne sera proposée que plus tard, par l'École du droit libre. Le vacataire désigné par la doctrine sera alors, - tout *naturellement* (?) - la Cour de cassation.

Pour présenter l'évolution des rapports entre la loi, la jurisprudence et la doctrine, un bref historique en quatre temps permettra de repérer une chronologie. Nous poserons un regard plus attentif sur la grande révolution du début du siècle pour montrer qu'en guise de révolution théorique et méthodologique, il n'y a eu qu'un glissement (ou plutôt une glissade) de conceptions existantes vers des idées préconçues, qu'en critiquant le "servilisme" de leurs maîtres ⁽⁶⁶⁾, les auteurs qui ont eu à s'engager dans la voie nouvelle tracée par l'École de la rénovation du droit n'en ont pas saisi le sens ni véritablement mesuré la portée.

15. Plan choisi - De nombreux auteurs se sont déjà essayés au jeu de l'histoire de la doctrine. Les césures existent mais elles tiennent plus au renouvellement des hommes qu'aux révolutions d'idées et aux changements de paradigmes. Bonnacase découpait le XIX^{ème} siècle en quatre temps ⁽⁶⁷⁾. L'École de l'exégèse était le nerf de la doctrine du XIX^{ème} siècle; il y eut son instauration de 1804 à 1830, son apogée de 1830 à 1880 et son déclin de 1880 à 1900. L'École de la libre recherche scientifique avait depuis pris le relais au XX^{ème} siècle. M. le doyen Carbonnier, à l'instar de Bonnacase, voit comme une transition la période du déclin de l'exégèse ⁽⁶⁸⁾, si bien que les auteurs de cette période charnière peuvent être considérés comme les précurseurs des partisans de la rénovation méthodologique que Gény et Saleilles conduiront. Au vrai, tous les découpages se valent ; ils dépendent seulement de l'objet de l'étude historique. Nous avons choisi d'étudier les rapports entre les autorités interprétantes pour comprendre comment s'est transformé le désir de permanence et de certitude du droit. Dans cette perspective, il faut retenir du discours doctrinal plusieurs conceptions qui vont à tour de rôle dominer la représentation de l'ordre juridique. La première période, celle qui suit immédiatement la promulgation des codes, livre des réflexions et des commentaires où l'autorité de l'intention du législateur est certes présente mais dure peu. Elle se confond dès la Restauration avec celle de l'*Usurpateur*, de sorte que les travaux de Merlin et

⁽⁶⁶⁾ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1er, *Introduction, théorie générale des droits et des lois*, Bruxelles, Bruylant, 1933, p.26.

⁽⁶⁷⁾ J. BONNACASE, "L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses illustres représentants", *Rev. gén. du droit* 1918, p.212.

⁽⁶⁸⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^{ème} éd., 1997, précité, [152], p.268-269.

Maleville perdront leur autorité et ne la retrouveront pleinement qu'avec la Monarchie de Juillet, à un moment où, avec Marcadé, la doctrine trouvera dans l'intention du législateur un moyen de renverser les dogmes anciens et persistants ⁽⁶⁹⁾. Les tabous de l'Empire condamnaient les commentaires à une certaine sécheresse ; en apparence, ils s'en remettaient pour l'interprétation des lois au seul interprète par voie d'autorité : le législateur impérial (ou royal après la Restauration). En réalité, la Cour de cassation et les auteurs commençaient tout juste leur travail doctrinal. Ils se percevaient mutuellement à égalité devant l'interprétation prétendument proscrite de la règle. Ils étaient "interprètes par voie de doctrine". Mais alors que les inconvénients du recours en interprétation devant le législateur étaient déjà patents sous l'Empire, l'abrogation du référé législatif ne modifiera pas les rapports qu'entretenaient les interprètes doctrinaux. Ils maintiennent leurs représentations réciproques à égalité devant la référence législative. Cette deuxième période qui commence donc autour de 1837 sera plus tard considérée comme l'apogée de l'École de l'exégèse. Il s'en dégage que face au législateur qui a renoncé explicitement à son statut d'interprète par voie d'autorité, la Cour de cassation dont l'autorité scientifique est jeune, et la doctrine dont la relève est déjà en place, conservent leur statut d'interprètes scientifiques. Cette égalité reflètera l'image des interprètes jusqu'à ce qu'à la fin du XIXème siècle, la doctrine mette en avant le pouvoir normatif de la jurisprudence et l'autorité de la Cour de cassation. La troisième période annonce l'avènement de la sécurité juridique et le dogme de la solution sûre. Elle commencera avec la rénovation de la science du droit et la scission entre les interprètes doctrinaux. Pour contrôler la Cour de cassation, la doctrine saisit les mutations sociologiques et renverse ses perceptions de l'ordre juridique. La jurisprudence glisse doucement vers l'état de source du droit et la doctrine devient neutre. Les années 1930 marquent l'avènement de la Cour de cassation comme interprète autorisé. La doctrine intègre pleinement le pouvoir jurisdatif judiciaire dans ses représentations de l'ordre juridique, tout en maintenant sur lui un contrôle scientifique dont la neutralité est assise

⁽⁶⁹⁾ MARCADE écrira : "c'est précisément pour substituer le raisonnement à l'autorité des traditions, que j'ai entrepris mon travail ; c'est pour remplacer les idées de convention par des idées logiquement appréciées ; c'est pour revendiquer dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du libre examen et de franche discussion" : concluant que pour accéder à une critique sérieuse et indépendante, à faire et à subir, il oeuvrait pour substituer au système dominant une "étude, raisonnée et sentie, des convictions obtenues par la recherche attentionnée de la volonté législative", *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, Paris, Delamotte, 7ème éd. par P. PONT, 1873, préface de la première édition, p.14-15.

contradictoirement sur les conceptions historiquement chrétiennes et sur les nouvelles théories positivistes. La deuxième guerre mondiale ne clora pas cette période qui se prolongera jusqu'aux codifications des années 1960. La participation de la doctrine aux mouvements de codification va réinventer l'intention du législateur et lui donner une assise doctrinale importante. L'utilisation de la sociologie et des sciences sociales pour l'élaboration des lois va dégager le législateur de son image figée et redonnera à la doctrine les moyens de redessiner les pouvoirs de la Cour de cassation. Certes la doctrine reste neutre, mais les théories réalistes de l'interprétation la conduisent maintenant à réfléchir sur son propre pouvoir normatif, en tant qu'interprète scientifique des lois, mais aussi dans sa capacité à concevoir les mutations futures de l'ordre juridique ⁽⁷⁰⁾. Ainsi, alors que les "sources", législateur rénové et jurisprudence, définissent le présent, la doctrine regarde l'avenir pour définir le droit à venir. Nous verrons, au cours des deux cents ans d'histoire doctrinale, que l'image doctrinale de la Cour de cassation a changé et, avec elle, l'unité de législation et la permanence des concepts. De la fixité caricaturale du droit certain sont nées la sécurité juridique et la solution sûre. La dualité des interprètes par voie de doctrine, se représentant à égalité devant la référence, a cédé devant la représentation d'un pouvoir normatif général détenu par la Cour de cassation. En rénovant la théorie du droit naturel et en portant la Cour de cassation au rang d'interprète authentique, la doctrine française allait asseoir le dogme de la solution unique. Les figures de la loi qui assuraient elles-mêmes la légitimité de ce pouvoir judiciaire allaient s'effacer à leur tour devant le dogme de la solution sûre.

Cette étude diachronique de la "permanence" nous conduira à envisager deux périodes :

Chapitre 1: Le temps de la dualité des interprètes par voie de doctrine

Chapitre 2: Le temps de la neutralité de la doctrine

⁽⁷⁰⁾ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1996, p.293 s. et p.332 s.

CHAPITRE 1

Le temps de la dualité des interprètes par voie de doctrine.

16. Quelles assises doctrinales pour la science du droit au XIX^{ème} siècle ? - Pour s'assurer contre un retour de la pratique juridictionnelle des arrêts de règlements, les Constitutions révolutionnaires, l'Empire et la Charte de 1814 s'accordaient sur un point : il ne fallait pas laisser au juge, fût-il suprême, le pouvoir d'interpréter la loi. Il ne fallait pas manquer de préserver la séparation des pouvoirs. Une fois entendus les slogans politiques des tribuns de la Révolution et de l'Empire, l'analyse de la doctrine juridique de ce début du XIX^{ème} siècle montre comment la distinction instituée entre *interprétation par voie d'autorité* et *interprétation doctrinale* fait émerger la place de la doctrine face au législateur et à son continuateur, la jurisprudence.

17. La voix de la Raison - Il sera important de citer la parole des orateurs de la Révolution qui ont livré des discours sur la place de la jurisprudence et sur l'organisation du pouvoir judiciaire pour comprendre l'écho qu'ils recevront pendant deux siècles. Ce qui peut nous apparaître comme bien caricatural aujourd'hui doit être lu et entendu en pensant que ces discours rendaient compte d'une expression politique des théories juridiques du moment, car, sans être de glorieux savants, les révolutionnaires bourgeois étaient pour un certain nombre des praticiens du droit. Il reste difficile de mesurer chez ces orateurs la profondeur de leurs connaissances philosophiques et l'importance de leurs réflexions sur le droit. Il se dessine néanmoins trois grandes idées pour assurer la "remise en ordre du droit".

La nécessité d'une remise en ordre du droit et de la jurisprudence passe par la codification des règles, pour assurer l'uniformité de la législation.

La nécessité d'une remise en ordre du droit et de la jurisprudence passe par la mise en oeuvre d'un organe régulateur unique, pour assurer l'uniformité de la jurisprudence.

La nécessité d'une remise en ordre du droit et de la jurisprudence passe par la suppression du pouvoir des jurisconsultes pour assurer l'uniformité de la science du droit.

18 Unification - L'idée d'une unification des règles légales, de leur interprétation et de leur méthode d'élaboration et d'application n'est en rien propre à la Révolution française. Dès le XVIème siècle, Dumoulin oeuvrait pour l'unification des coutumes ⁽⁷¹⁾ et, dans tous les pays d'Europe, les juristes réfléchissent à l'élaboration d'un droit commun tant national qu'international. Rien d'étonnant à ce que cette idée se trouve aussi chez Leibniz ⁽⁷²⁾ comme chez tous les théoriciens du droit ⁽⁷³⁾ désireux de systématiser dans une philosophie de l'État les rapports entre les différentes autorités de gouvernement. Il reste que la réalité culturelle française et la pratique de la centralisation vont donner aux thèses de l'unification du droit une efficacité et une puissance sans commune mesure avec les revendications théoriques des philosophes de l'Est européen.

19 Jurisconsultes et philosophes - Les fondements philosophiques de la doctrine française du début du XIXème siècle sont assez obscurs, ils ne sont perceptibles qu'au filtre plutôt opaque des références et renvois aux ouvrages philosophiques. Il en est qui dominent pourtant. Comme le pensait Thiercelin, il y eut un avant et un après Grotius ⁽⁷⁴⁾. L'auteur du *De jure belli ac pacis* est très fréquemment cité comme point d'appui théorique par les commentateurs du Code civil. On rappelle sa fameuse réflexion impie *Etiam si daremus Deum non esse* ⁽⁷⁵⁾. Parmi les successeurs de Grotius, la doctrine française s'appuie aussi évidemment sur Pufendorf, Thomasius, Heineccius et Wolff. Plus rare, mais bien présente, est la référence à Leibniz. Kant ne sera apprécié que plus tard ⁽⁷⁶⁾, sans doute parce qu'il écrivait en allemand ; ses prédécesseurs, eux,

⁽⁷¹⁾ E. MEYNIAL, "Sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres", *Rev. gén. du droit* 1903, p.326 et 446 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français* - tome 1er, Paris, Dalloz, 1914, p.31 : "On peut dire que ce droit commun construit par de grands jurisconsultes tels que Dumoulin et Domat, a fait l'unité rationnelle et morale du Droit français avant que la Révolution n'en réalisât l'unification légale".

⁽⁷²⁾ G. W. LEIBNIZ, *Le droit de la Raison*, textes réunis et présentés par R. SEVE, Paris, Vrin, 1994, p.183.

⁽⁷³⁾ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Thèse Strasbourg, 1964, Paris, LGDJ, 1969, p.1-22 ; J.-L. THIREAU, "La doctrine civiliste avant le Code civil", in A. BERNARD et Y. POIRMEUR (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993, p.13 et spéc. p.50.

⁽⁷⁴⁾ H. THIERCELIN, "Les précurseurs de Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1859, tome 14, p.151 ; "Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1859, tome 15, p.292 ; "Les successeurs de Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1860, tome 16, p.312.

⁽⁷⁵⁾ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Discours préliminaire §XI, Paris, 1625, trad. J. Barbeyrac, rééd. Caen, 1984, p.10 ; v. A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, 1991, p.45.

⁽⁷⁶⁾ P. JANET, "De la philosophie du droit dans la doctrine de Kant", *Rev. crit. légis. et jur.* 1855, tome 6, p.39 ; H. KLIMRATH, "Résumé de la philosophie du droit d'après le point de vue historique de F. J. Stahl", Extrait de la *Revue germanique*, Strasbourg, Levrault, 1837, Cote BU Aix, 36118.

s'exprimaient en latin et la doctrine française rarement germaniste ⁽⁷⁷⁾ connaissait en revanche parfaitement la langue de Cicéron. Les philosophes anglais et écossais sont eux presque ignorés ⁽⁷⁸⁾.

En dépit des controverses philosophiques qui opposèrent ces auteurs, leur littérature abondante montre des aspirations à la constitution d'un droit commun à travers une théorie du droit commune. Le jusnaturalisme moderne aura cette fonction de rassembler les juristes autour d'un projet très pratique constituant "les fondations d'une lutte contre les doctrines théocratiques et celles de l'État Léviathan ⁽⁷⁹⁾". Grotius est le plus cité et il est sans conteste celui dont l'empreinte est la plus profonde. Quant aux contributions de Leibniz à la philosophie du droit, elles furent le plus souvent ignorées ; elles le sont encore, mais il est rappelé avec une grande constance que son influence fut déterminante pendant tout le XVIIIème siècle ⁽⁸⁰⁾. Ainsi ces auteurs, qui aimaient aller à contre-courant des idées reçues ⁽⁸¹⁾, vont avec Pufendorf, Wolff, Domat, Pothier, Montesquieu et avant eux Dumoulin, constituer le fonds philosophique et doctrinal commun des auteurs qui entameront la lecture et l'exégèse des Codes. Tous les auteurs des XIXème et XXème siècles vont être influencés par ces penseurs qui les ont précédés, mais il n'est guère possible de mesurer à quel point les oeuvres de Marcadé, de Troplong ou de Demolombe sont empreintes de la pensée des philosophes et des jurisconsultes des *Lumières*. Quelques indices existent dans les ouvrages d'histoire du droit contemporains des auteurs étudiés. On constatera par exemple que Lermnier fait une place prépondérante à Grotius et à Pufendorf disant de ce dernier, reprenant par là le jugement de Leibniz, qu'il est un auteur médiocre, mais également aux modernes Kant, Savigny et Bentham ⁽⁸²⁾. Toullier cite Thomasius et commente longuement Grotius à propos de la division entre

⁽⁷⁷⁾ À l'exception des jeunes écrivains de la *Thémis* et d'AUBRY et RAU qui sont plus tardifs.

⁽⁷⁸⁾ J. Bentham, "organe de l'école expérimentale" est abordé par TAULIER, qu'il oppose à Portalis dont il se réclame, in *Théorie raisonnée du Code civil*, tome premier, Grenoble, Prudhomme, 1840, p.20 ; Ferguson est cité par Toullier, v. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, p.60 mais D. Hume et J. Austin semblent n'apparaître que dans la littérature de la toute fin du XIXème siècle, voir E. ROGUIN, *La science juridique pure*, tome 1, préface précitée, p.IX ; adde H. BATIFFOL, "La responsabilité de la doctrine dans la création du droit", *RRJ* 1981-2, p.178.

⁽⁷⁹⁾ E. CASSIRER, *La philosophie des Lumières*, trad. P. Quillet, Paris, Fayard, 1966, p.243.

⁽⁸⁰⁾ G. RAULET, *Aufklärung, les Lumières allemandes*, Paris, GF-Flammarion, 1995, p.43. Si les travaux de Leibniz furent et continuent d'être ignorés des juristes, ils ne le furent pas du doyen Gény : en entame de sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (tome 1, précité, n°7, p.18), Leibniz est cité comme une exception au principe de pauvreté des recherches philosophiques sur la méthode juridique.

⁽⁸¹⁾ A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, précité, p.68.

⁽⁸²⁾ E. LERMIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Chamero, 2ème éd., 1835.

justice distributive et justice commutative⁽⁸³⁾. Demolombe s'appuiera sur Leibniz, affirmant que la hiérarchie et l'ordre qu'impose toute harmonie sont nécessaires, mais "ne sont pas immuables car le progrès matériel et moral est lui aussi une loi de justice⁽⁸⁴⁾", pour éclairer ses lecteurs sur ces conceptions philosophiques. "Car tel est véritablement le Droit, science active et militante, toujours en présence des faits, qu'elle a pour mission de gouverner. Et voilà bien pourquoi les jurisconsultes se forment et s'éclairent, non moins que dans les livres, par l'observation attentive des moeurs et des besoins de la société, et de tous les intérêts et de toutes les passions qui s'y agitent⁽⁸⁵⁾". Si, pour le *Prince de l'exégèse*, le droit positif procède de la raison d'un législateur éclairé, son interprétation se conçoit bien comme l'art de découvrir le juste. Les auteurs du XIX^{ème} siècle étaient au fond nourris d'influences théologiques et philosophiques anciennes et contradictoires. La Révolution française et son épilogue napoléonien apparaissent aujourd'hui comme une suite d'événements qui ont posé et réformé la pensée juridique en profondeur et le culte de la loi aurait germé sur le terreau révolutionnaire. Logiquement pour les uns, de manière dévoyée pour les autres. Pour comprendre le désir de permanence de la doctrine du XIX^{ème} siècle, envisageons la *conversion révolutionnaire*⁽⁸⁶⁾ et sa mesure à travers quelques orateurs de la Révolution.

20 Les orateurs de la Révolution⁽⁸⁷⁾ - Ce ne furent pas des théoriciens du droit. Les plus savants restaient tapis dans l'ombre de ceux qui, à la tribune, haranguaient leurs pairs du très haut de l'autorité de la Raison. L'intérêt que l'on portera à cet épisode de notre histoire, où l'on tranchait souvent autre chose que des cas difficiles, n'est limité qu'à ces discours polémiques et incantatoires qui fondèrent par la suite l'unité constitutionnelle de la France. Pilier de cette unité, on trouve l'organisation du pouvoir judiciaire au service

⁽⁸³⁾ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, Paris, Renouard, 5^{ème} éd., 1830, p.6 note (D). Par ailleurs, pour aller plus loin à propos de l'interprétation des lois et du droit naturel, il invite à la lecture de Pufendorf, Grotius, Heineccius et cite Portalis, *ibid.*, p.117.

⁽⁸⁴⁾ Y. BELAVAL, "Religion et fondement du droit chez Leibniz", *APD* 1973, p.89-90 : "La volonté de Dieu est, à la fois, puissance, amour, charité répandue sur tous les esprits. La volonté du Prince éclairé doit également être puissance du droit positif réglé sur la justice du droit naturel".

⁽⁸⁵⁾ J.-Ch.-Fl. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Paris, Pédone, 1877, préface, p.IV. Que LEIBNIZ fût largement ignoré des juristes du XIX^{ème} siècle est sans doute vrai, mais l'idée reçue qu'il fut ignoré de tous est fautive. Comp. P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique*, Paris, PUF, 1990, p.46 ; également MOLINIER, "Notice sur les oeuvres juridiques de Leibniz", *Rev. crit. légis. et jur.* 1859, tome 14, p.447.

⁽⁸⁶⁾ C. ATIAS, "La conversion révolutionnaire et le droit civil", *Corps écrits*, n°28, 1988, p.27.

⁽⁸⁷⁾ F. FURET et R. HALEVI, *Les orateurs de la Révolution française*, I. Les constituants, Paris, Gallimard, Bibl. Pléiade, 1989.

du peuple et de sa loi immuable ⁽⁸⁸⁾. La séparation des pouvoirs trouve une expression dogmatique constante chez tous les constituants : "le pouvoir judiciaire sera mal organisé si les dépositaires de ce pouvoir ont une part active à la législation, ou peuvent influencer, en quelque manière que ce soit, sur la formation de la loi ⁽⁸⁹⁾(...), si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions ⁽⁹⁰⁾". Au sommet de l'organisation judiciaire, il faut un tribunal de cassation chargé de "maintenir l'unité des formes dans la manière d'appliquer le sens de la loi ⁽⁹¹⁾". Sont énoncés les trois caractères d'une Cour suprême et, à vrai dire, peu d'auteurs contesteraient encore aujourd'hui pareille définition : "La constance de sa doctrine, la profonde connaissance des lois, l'éloignement parfait des intérêts des justiciables. Quelle confiance auraient les justiciables dans ce tribunal suprême si deux décisions contradictoires dans un cas semblable présentaient en dernier résultat l'incertitude et l'erreur ? Telle est la faiblesse de la sagesse humaine que l'on ne peut en exiger ni la raison ni la vérité absolue mais, du moins, on peut lui demander dans ces décisions une confiance, une uniformité rassurante ⁽⁹²⁾". Plus caricaturaux, mais aussi plus connus et beaucoup plus cités ⁽⁹³⁾ sont les mots de Robespierre sur la "Jurisprudence". "Ce mot de jurisprudence des tribunaux dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi, alors il y a toujours identité de jurisprudence ⁽⁹⁴⁾". À bien y réfléchir, une telle présentation ne rend pas compte de la diversité des opinions, ni de leur évolution pendant les années 1790. Si dominait l'ambition de soumettre le pouvoir judiciaire à la loi, restait présente l'idée que la mission du juge ne pouvait se limiter à "l'exécution des lois ⁽⁹⁵⁾". Thouret, Tronchet et

⁽⁸⁸⁾ CAMBACERES, "l'immutabilité est le premier caractère d'une bonne législation", in FENET, *Recueil des travaux préparatoires*, tome 1, p.10 cité par N. POULET-GIBOT LECLERC, *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, Thèse Limoges, PUF 1990, p.123.

⁽⁸⁹⁾ BERGASSE, rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire du 17 août 1789, in F. FURET et R. HALEVI, *Les orateurs de la Révolution française*, I. Les constituants, Paris, Gallimard, Bibl. Pléiade, 1989, p.108.

⁽⁹⁰⁾ BERGASSE, *rapport précité*, p.112.

⁽⁹¹⁾ BARNAVE, *Arch. parl.*, tome 20, séance du 18.XI.1790, p.516.

⁽⁹²⁾ CLERMONT-TONNERRE, 25.V.1790, cité par N. J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse Dijon 1979, p.348.

⁽⁹³⁾ par exemple : D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ, 1994, p.136 qui s'appuyant sur Robespierre, considère que les Constituants n'avaient pas donné au Tribunal de cassation la vocation de maintenir l'unité de la jurisprudence, puisque la jurisprudence avait disparu avec la prohibition d'interpréter la loi.

⁽⁹⁴⁾ ROBESPIERRE, *Arch. parl.*, tome 20, séance du 18-XI-1790, p.516.

⁽⁹⁵⁾ M. VERPEAUX, "La notion révolutionnaire de juridiction", *Droits-09*, 1989, p.38.

Merlin mettent en garde l'assemblée contre une conception trop simpliste des lois et de l'organisation judiciaire, une opinion que Garat traduira par : "si vous voulez qu'on ne juge absolument que les cas prévus par la loi, vous paralysez la justice ⁽⁹⁶⁾". L'interprétation de la loi est nécessaire, tout comme sont nécessaires les légistes ⁽⁹⁷⁾. On est malgré tout assez loin de l'anathème voltairien : "interpréter la loi, c'est presque toujours la corrompre ⁽⁹⁸⁾". Pourtant l'impression domine encore, dans les présentations des auteurs et orateurs de cette époque et de ceux qu'ils ont directement influencés, que la pensée juridique se résumait au mot d'ordre de l'article premier du titre IV du livre préliminaire du projet primitif de Code civil : "Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle ⁽⁹⁹⁾".

A l'inverse, la philosophie de Portalis sera et demeure, elle, très prisée ⁽¹⁰⁰⁾.

21. La codification réalisée - Les mots de Portalis sont continûment utilisés, aujourd'hui encore, pour faire passer telle ou telle idée sur le rôle de la jurisprudence et sur l'interprétation des articles 4 et 5 du Code civil. C'est de Portalis dont se réclameront les tout premiers commentateurs. C'est de sa philosophie que se réclamera Taulier. C'est encore chez Portalis que Toullier trouvera des guides infailibles du raisonnement juridique. Bien d'autres loueront la transaction du Code civil entre pays de droit romain et pays de coutume ⁽¹⁰¹⁾. Beudant éclairera ses cours des lumières de Portalis : "Le discours préliminaire ..., oeuvre de Portalis, est un document de la plus haute importance ; c'est en quelque sorte un essai sur la philosophie du Code civil ⁽¹⁰²⁾". C'est en revenant à Portalis que les critiques de l'exégèse justifieront l'élévation de la jurisprudence au rang de "source du droit". Et plus tard, défendant l'école de la libre recherche scientifique et son bilan méthodologique, Léon Husson assoira Portalis dans la situation d'un visionnaire que le XIXème n'aura pas compris, mais dont heureusement les

⁽⁹⁶⁾ GARAT, *Arch. parl.*, tome 16, séance du 5-VII-1790, p.704, cité par M. VERPEAUX, *ibid.*, p.42.

⁽⁹⁷⁾ THOURET, *Arch. parl.*, tome 12, séance du 6-IV-1790, p.551 : "Aucune grande société ne peut subsister sans un code de lois variées ; partout où il y a un tel code, il est utile qu'il y ait des légistes : on en trouve chez tous les peuples civilisés ; ils y sont d'autant plus honorés, que le peuple est plus libre, plus ami de ses lois, plus soigneux de les conserver." cité par M. VERPEAUX, *ibid.*, p.42.

⁽⁹⁸⁾ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Paris, GF-Flammarion, 1996, v° Loi.

⁽⁹⁹⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 2, Paris, 1827, p.6.

⁽¹⁰⁰⁾ B. OPPETT, "Portalis philosophe", *D.* 1995, chr. p.331.

⁽¹⁰¹⁾ B. BEIGNIER, "Portalis et le droit naturel dans le Code civil", *RHFD* 1988, n°6, p.77.

⁽¹⁰²⁾ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome 1, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, Rousseau, 1896, p.69.

préceptes seront suivis au XXème. "Le rôle de la doctrine et de la jurisprudence que Portalis avait, à la lumière de son expérience proclamé à l'encontre des doctrinaires de son temps, s'est affirmé de plus en plus nettement ; et il est devenu impossible de soutenir que des lois puissent jamais fournir la solution de tous les problèmes posés par la pratique, et donc d'éviter de reconnaître un rôle créateur à la jurisprudence et même aussi, sous le contrôle de celle-ci, à la pratique extrajudiciaire, ainsi qu'un rôle d'inspiratrice à la doctrine ⁽¹⁰³⁾". Aujourd'hui, la doctrine en mal d'assises philosophiques regarde l'oeuvre du grand juriste comme une puissante source d'inspiration théorique. Et pour dire que la solution doit être unique, on se lie toujours aux mêmes mots, écrits et réécrits en épigraphe de chapitre. En deux siècles, la doctrine a retenu de Portalis trois phrases célèbres : "Tout ce qui est ancien a été nouveau ; l'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ⁽¹⁰⁴⁾" pour sa philosophie de la permanence ; "L'office de la loi est de fixer par des grandes vues les maximes générales du droit, d'établir les principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ⁽¹⁰⁵⁾" pour sa philosophie de l'ordre juridique, et le très fameux "nous raisonnons comme si les législateurs étaient des Dieux et comme si les juges n'étaient même pas des hommes ⁽¹⁰⁶⁾" pour sa philosophie du juge ; trois phrases qui ensemble abritent bien des contradictions mais d'où émerge invariablement une conception du rôle de la juridiction suprême tendue vers un objectif d'uniformité des solutions.

Pourrait-on imaginer qu'en revenant à Portalis, le XXème siècle dépassera le culte de la loi pour observer celui de la solution unique ⁽¹⁰⁷⁾ ? Sans chercher véritablement à répondre à cette question mais en la gardant à l'esprit, notre

⁽¹⁰³⁾ L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", *RTD civ.* 1976, p.451.

⁽¹⁰⁴⁾ cité par F. DORCE, "Portrait de l'auteur", in J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1988.

⁽¹⁰⁵⁾ Cité par E. L. BACH, *Rép. civil Dalloz*, 1973, v° Jurisprudence, n°8, p.2. Comp. à l'article 1 du titre IV, du Livre préliminaire du premier projet, "Le premier effet de la loi est de terminer tous les raisonnements et de fixer toutes les incertitudes sur les points qu'elle règle".

⁽¹⁰⁶⁾ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 6, Paris, 1827, p.359.

⁽¹⁰⁷⁾ Comp. A. TOUFFAIT et A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celle de la Cour de cassation", *RTD civ.* 1974, p.503 : "seule cette clarté nouvelle permettrait à la Cour de cassation de remplir la triple mission que Portalis assignait à la jurisprudence et d'assurer un véritable unité de l'application du droit".

historique commencera par les temps où la jeune Cour de cassation n'avait d'autre autorité que doctrinale.

Section 1

Le temps de l'interprétation par voie d'autorité.

22. Renaissance - De la période révolutionnaire et de son droit intermédiaire, est apparue une nouvelle législation sur l'organisation et le pouvoir judiciaire ; le tribunal puis la Cour de cassation placée au sommet de la hiérarchie est habilitée à unifier le droit français qui, sous l'Empire, a vocation à s'appliquer de manière efficace dans une grande partie de l'Europe occidentale ⁽¹⁰⁸⁾. C'est alors du Code civil que renaissent les études doctrinales. Pour aborder cette histoire de la doctrine, nous avons jusqu'alors fait état des conceptions philosophiques et politiques de juristes et philosophes en prise avec l'idée, l'impératif même, d'une remise en ordre du droit par l'unification. Après l'Empire, c'est chose faite ⁽¹⁰⁹⁾. Les modifications apportées aux codes napoléoniens par la Restauration et la Charte de 1814 montrent qu'en tout état de cause, il ne fut pas question de revenir sur le droit français nouvellement constitué. Sans doute les règles des codes elles-mêmes ne sont-elles pas toutes en rupture avec la tradition de l'ancien régime, mais la centralisation révolutionnaire et l'Empire ont donné à l'unité du droit une force que l'ancien Régime n'avait jamais eue. L'esprit nouveau est moins dans les textes que dans la manière de concevoir l'ensemble du droit remis en ordre. Encore faut-il mesurer que la codification constituait évidemment une organisation unifiée des règles positives mais également une contribution à l'évolution des conceptions de l'ordre juridique. Jusqu'alors, les codifications réalisées avaient

⁽¹⁰⁸⁾ A. CABANIS, "Le Code hors la France", in B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p.63.

⁽¹⁰⁹⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué selon l'ordre du Code*, " Du nantissement, du gage et de l'antichrèse ", tome XIX, Paris, Hingray, 1847, préface p.XLI : "Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit ; aujourd'hui il faut l'étendre. Pothier trouva une science encombrée, diffuse, péchant par surabondance et par luxe ; maintenant elle a pour défaut capital la sécheresse, la maigreur, l'indigence. Sans réduire le droit à sa plus simple expression, comme l'avait fait Domat avec la rigueur d'un algébriste, il fallait au dix-huitième siècle, l'abrégé, le rendre sobre, précis, méthodique et cependant lui laisser la profondeur scientifique et la richesse de la doctrine. Pothier a merveilleusement réussi cette tâche ; c'est là le chef d'oeuvre de son talent. Mais à l'heure qu'il est, il est permis de penser que le Code civil, résumé des progrès de la société moderne dans les rapports privés, ouvre une carrière dans laquelle la science doit se montrer dans des formes nouvelles" ; *adde*, Ph. REMY, "Préfaces de Troplong, préface aux préfaces", *RHFD* 1997, n°18, p.161 s.

été modestes ou inefficaces, le succès de la codification française apportait la preuve qu'un législateur rationnel pouvait en peu de mots rassembler l'ensemble du droit commun d'un grand État. Les écrits des premiers commentateurs accordent au Code civil la vertu d'avoir su maîtriser la diversité des règles existantes mais ces auteurs ne se privent pas de relever les imperfections de telle ou telle disposition particulière. N'oublions pas que ces auteurs français, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duvergier, Taulier, Duranton, Proudhon, Troplong, etc... sont directement influencés par des théories jusnaturalistes. En ce sens, relevons que selon Toullier, en cas d'obscurité de la loi, "le guide sûr des décisions infaillibles" se trouve dans les écrits des jurisconsultes romains, ou, pour l'interprétation des lois, chez les théoriciens de son époque. Ces auteurs partagent des conceptions du droit qui se satisfont, pour l'ensemble, du résultat obtenu par la codification, et ce parce que l'incomplétude irréductible de la législation fait partager à tous les interprètes sans exception la place d'interprète par voie de doctrine.

23 L'interprète par voie de doctrine - Par opposition à l'interprète autorisé, législateur ou pouvoir réglementaire, l'interprète doctrinal ou scientifique s'entend de l'ensemble des jurisconsultes et de l'ensemble des juges, y compris du plus haut de la hiérarchie judiciaire, la Cour de cassation⁽¹¹⁰⁾. Il ne s'agit pas ici d'une précision de vocabulaire sur le sens des interprétations par voie d'autorité et de doctrine. Cette division des interprètes héritée positivement de la législation révolutionnaire et fondée sur l'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere*⁽¹¹¹⁾, est la clé de l'image doctrinale des interprètes pendant tout le XIX^{ème} siècle. Placés à égalité devant la loi, les interprètes doctrinaux assurent des fonctions tout à fait comparables quant à la détermination des questions théoriques et des solutions pratiques. Ils sont interprètes *par voie d'argument*⁽¹¹²⁾. Il en résulte une attitude parfois ouvertement polémiste entre auteurs, et manifestement controversiste dans les dialogues qu'entretiennent magistrats et docteurs, sachant au demeurant que nombreux seront les écrivains juridiques à assurer des fonctions dans les

⁽¹¹⁰⁾ J. BORE, *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988, n°262, p.65. L'auteur fait une présentation de la question qui nous paraît inexacte. Le rôle créateur de la jurisprudence, entendu dans son sens normatif et positif, ne se déduit pas de son statut d'interprète par voie de doctrine, mais de celui d'interprète par voie d'autorité ; et ce n'est que plus tard que la Cour de cassation y accédera.

⁽¹¹¹⁾ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 1992, n°102, p.199.

⁽¹¹²⁾ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 1er, Paris, Alex-Gobelet, 1828, n°99, p.59.

Cours de province ou à Paris. On retiendra en somme qu'aucune hiérarchie des interprètes n'est perceptible dans les ouvrages des auteurs les plus marquants, ni aucun sentiment d'infériorité de la doctrine face à la Cour de cassation dans un sens, comme dans l'autre. Delvincourt se défend de négliger la jurisprudence mais ne la tient que pour une autorité " très respectable ". "Quant aux arrêts, je ne suis pas de l'avis de ceux qui pensent qu'il est inutile de s'en occuper et qu'un arrêt n'est bon que pour celui qui l'obtient (...) mais je ne pense pas non plus qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question ⁽¹¹³⁾". Proudhon est plus sévère. La Cour de cassation est jeune, elle doit encore faire la preuve de la qualité de ses solutions. Or "(...) nous voyons souvent que la Cour de cassation, par de glorieux retours sur elle-même, adopte des principes contraires et en vient à des décisions tout opposées aux arrêts multipliés qu'elle avait rendus". Et en tout état de cause, le juriste ne doit pas se contenter de l'examen de la jurisprudence, "la tête la plus remplie des souvenirs d'arrêts divers, doit être naturellement la plus vide d'idées sur les grands principes du droit, parce qu'elle appartient à l'homme, qui s'est fait une étude de ne penser que par les autres ⁽¹¹⁴⁾".

24 L'autorité de la loi - En contrepoint de cette égalité des interprètes, les auteurs révèlent une référence législative associée ou non à la raison qui met au jour une déférence de l'interprète par voie de doctrine vis-à-vis du législateur ⁽¹¹⁵⁾. En réaction, probablement, au culte de la Raison et à ses exubérances révolutionnaires, Merlin interroge : "la Raison, affranchie de l'autorité de la Loi, serait le plus cruel tyran de la société ou, pour mieux dire, que deviendrait la raison elle-même ? ⁽¹¹⁶⁾" Ce sont les commentaires des articles 4, 5 et 1351 du Code civil qui traduisent sans doute le mieux les conceptions doctrinales de l'ordre juridique positif telles que les auteurs en véhiculent l'image à travers leurs traités. La difficulté est ici que les positions adoptées pour l'explication du déni de justice et de l'autorité de la chose jugée ou pour l'analyse des fondements de la prohibition des arrêts de règlement,

⁽¹¹³⁾ M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, Videococq, 1834, Avertissement, p.vj.

⁽¹¹⁴⁾ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, tome 1, Dijon, Lagier, 2ème éd., 1836, préface p.XVIII.

⁽¹¹⁵⁾ Il faut néanmoins être circonspect. Dans les premières années de la Restauration, la référence à l'intention du législateur est proscrite pour être celle de l'*usurpateur*. J. CARBONNIER, "En l'année 1817", *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.87.

⁽¹¹⁶⁾ P.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 4ème éd., 1812, v° *Autorités*, p.535.

versent parfois dans une attitude radicale qui frôle le discours politique du haut d'une tribune imaginaire. Il en ressort, si l'on n'y prend garde, le sentiment que ces auteurs, plus que leurs prédécesseurs et leurs successeurs, auront eu le culte de la loi. Ces apparences trompeuses que M. le professeur Rémy a largement éclairées ⁽¹¹⁷⁾, se retrouvent assez peu dans le commentaire des autres articles pour l'interprétation desquels l'appel à la raison, à l'équité et à l'expérience est le plus souvent recommandé. Le juge doit appliquer "la loi avec discernement et fidélité, (...) mais son rôle est de juger suivant la loi et pas de juger la loi ⁽¹¹⁸⁾". Bien sûr, cette radicalité gouverne profondément la philosophie de l'ordre juridique et, bien que l'on ne puisse valablement user de généralités sur les assises théoriques de la doctrine du XIXème siècle, ces figures rhétoriques où l'interprétation judiciaire est présentée comme un danger pour la séparation des pouvoirs, ont pour but de légitimer l'existence d'un travail critique de la doctrine. C'est le plus souvent la philosophie politique de Montesquieu qui est citée à l'appui de l'idée que nulle autorité, autre que celle du législateur, ne doit se voir reconnaître le pouvoir d'interpréter la loi par voie d'autorité et que, si d'aventure on le permettait au juge, il ne tarderait pas à se rendre maître de la totalité du pouvoir législatif. "Ce serait alors un grand malheur parce que l'on perdrait l'opinion de sûreté de son état et de ses propriétés, dont les tribunaux sont les gardiens naturels ⁽¹¹⁹⁾". La Cour de cassation est gardienne de la loi, elle n'est pas son juge. La " Jurisprudence " est comprise comme une représentation concrète de la raison universelle et elle conserve ainsi son double sens ; elle est la science et sa pratique judiciaire. La constance dégage des principes immuables, nous dit Proudhon, "*series rerum perpetuo judicatarum* (L.38 D., *De legibus*), c'est-à-dire cette raison universelle qui, uniformément appliquée à l'interprétation doctrinale des lois, constitue les règles immuables de la jurisprudence ⁽¹²⁰⁾". La science du droit n'est pas cet *art d'imitation* qui consisterait à calquer abusivement un jugement sur un autre ⁽¹²¹⁾. Le double sens de "jurisprudence"

⁽¹¹⁷⁾ Ph. REMY, "Éloge de l'exégèse", *Droits-01*, 1985, p.115.

⁽¹¹⁸⁾ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, précité, p.104.

⁽¹¹⁹⁾ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, précité, p.113 citant MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code*, tome 1, p.264 et Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre VI, Chap. 5 et 6.

⁽¹²⁰⁾ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, tome 1, préface précitée, p.XVII.

⁽¹²¹⁾ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, tome 1, préface précitée, p.XX.

reflète bien la dualité des interprètes et leur statut ambigu ⁽¹²²⁾. Les prudents sont aussi bien le magistrat physiquement, la Cour abstraitement, que les jurisconsultes de l'École, individuellement. Tous sont dépositaires de la science du droit et chacun est en charge de son exécution. Tout simplement, l'idée ne s'est pas encore dissipée que ce sont les juristes qui font le sens des lois, et non le pouvoir abstraitement considéré. C'est une ambivalence fondamentale sur laquelle la doctrine française s'est construite depuis deux siècles. D'une part, la règle positivement applicable doit être appliquée sans nuance, c'est la déférence à l'autorité du législateur ; la règle posée durera parce qu'elle est l'expression de sa Sage Volonté. D'autre part, les juristes sont garants de la conformité de l'interprétation et de la loi à l'ordre juridique, ordre naturel s'entend. Toullier illustre assez cette ambiguïté. "La loi est une règle permanente, uniforme, prescrite sur un objet d'utilité générale et d'intérêt commun. La loi diffère de ce que nous appelons des règles de droit, *regulae juris*. Ce ne sont que des maximes générales, formées par les jurisconsultes qui, après avoir observé ce qu'il y a dans les lois de commun à plusieurs cas particuliers, énoncent cette conformité par une maxime qu'ils appellent une règle ; parce qu'en effet, dans les cas douteux et imprévus, elle sert de règle de décision, elle sert à rattacher les cas particuliers aux principes généraux ⁽¹²³⁾". L'activité scientifique du juge et du professeur ne sont pas conçues de manière différente : la doctrine s'entend de l'ensemble des autorités interprétantes. D'une certaine façon, l'idée domine que le pouvoir terrestre ne peut maîtriser l'interprétation. Il ne peut tout prévoir bien qu'un culte soit rendu à l'omniscience du législateur. Habilement présentée par Toullier, l'habilitation donnée par le législateur à l'interprète doctrinal revêt la forme d'une adhésion aux thèses jusnaturalistes : "le droit civil doit garder le silence sur un certain nombre de nos actions. (...) La morale et le droit naturel suppléent alors aux lois civiles ⁽¹²⁴⁾".

25. L'autorité de la nature - La science du droit, qui subit plus que jamais des influences philosophiques contradictoires, reste encore très attachée à une perspective qui associe raison, justice et droit naturel. "Les lois ne sont justes qu'autant qu'elles ne sont pas contraires au droit naturel. De là, il suit que

⁽¹²²⁾ comp. F. TERRE, "Jurisimprudence ?", *RTD civ.* 1992, p.354.

⁽¹²³⁾ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, précité, p.16.

⁽¹²⁴⁾ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, précité, p.10.

pour les interpréter conformément à la justice, il faut absolument suivre ce que dicte l'équité dans les cas difficiles ⁽¹²⁵⁾".

Le droit privé positif est ainsi conçu comme un ensemble de règles et de concepts permettant d'atteindre la juste solution du cas. La positivité et l'effectivité des raisonnements menés sur la nature des choses sont tout à fait réelles ; la force des raisonnements causalistes est très présente. Mais la "nature" a aussi une valeur dynamique, elle permet de faire évoluer l'ordre normatif positif. Au rythme des vides législatifs ou des carences des codes relevés çà et là, les juristes qui pourtant espèrent la complétude du droit privé législatif, conviennent de la nécessité d'adapter l'interprétation des textes aux mouvements sociaux et économiques. La nature des choses est en ce sens un excellent moyen rhétorique de découverte du sens. C'est peut-être plus encore sensible à l'examen des commentaires du Code de commerce. Est-ce là une spécificité de la doctrine commercialiste ? Nous ne saurions le dire mais il est clair que dès la promulgation des codes, le droit commercial et le droit des sociétés sont apparus comme parties d'un corps de règles en mutation. L'influence de la pratique et contradictoirement, les tensions nées des réticences politiques à voir s'imposer un droit des sociétés véritablement ouvert sur le capitalisme moderne naissant, ajoutent à l'idée que le droit commercial législatif n'est pas achevé. Il en ressort une référence constante à la nature des choses pour l'explication des règles commerciales. Le trait est suffisamment marqué pour être souligné. Pour l'explication du contrat de société, Pardessus utilise la nature des choses comme guide ⁽¹²⁶⁾. Pour concevoir qu'une société, personne morale, soit distincte des individus qui la composent, il suffit de ne pas confondre la qualité d'associés et celle de tiers. "Il n'est point, en effet, contre la nature des choses qu'un associé ait des droits individuels distincts de ses droits communs, et que ces droits soient opposés les uns aux autres ⁽¹²⁷⁾". La référence à un ordre transcendant les règles positives a ici d'autant plus de force que l'ensemble du commentaire est très technique. Dans la première édition de son *Cours de droit commercial*, les exemples juridiques sont absents mais sous forme de cas d'école,

⁽¹²⁵⁾ P. LEPAGE, *Éléments de la science du droit*, tome 2, Paris, Gérard, 1820, p.484.

⁽¹²⁶⁾ J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, tome 3, Des sociétés commerciales, Paris, Garnery, 1815 ; v. également DELVINCOURT, *Institutes de droit commercial français*, Paris, Videcoq, 1834, ; A. FREMERY, *Études de droit commercial (ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants)*, Paris, Alex-Godelet, 1833.

⁽¹²⁷⁾ J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, tome 4, *Des sociétés commerciales*, Paris, Nève, Libr. de la Cour de cassation, 4ème éd., 1831, n°975, p.17.

Pardessus donne à ses propos une teneur pratique. Dès les éditions suivantes sont intégrées par des références de bas de page des illustrations jurisprudentielles ⁽¹²⁸⁾. La différence s'explique facilement.

À la fin de l'Empire, la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de faire connaître sa doctrine sur nombre de questions. Tenue pour autorité doctrinale, elle était, de fait, restée muette. La doctrine avait, elle, pu déflorer l'interprétation des nouvelles règles et donner rapidement pleine mesure à sa compétence scientifique. L'équilibre s'établit autour des années 1830; les références à l'autorité doctrinale de la Cour de cassation apparaissent au titre d'illustration de la pensée des commentateurs de tous les codes. Il reste que la doctrine commercialiste paraît avoir dégagé un souffle propre à sa matière. Selon M. le professeur Atias, elle a eu très tôt le grand mérite "d'avoir trouvé un rapport particulier entre la théorie et la pratique; elle aurait élaboré une expression proprement juridique des théories d'ordre politique et économique qui inspirent ses travaux et une conception axiologique ou normative de la pratique des affaires ⁽¹²⁹⁾". À propos des nullités de sociétés, Malepeyre et Jourdain affirmaient ainsi que "malgré la sévérité de la loi, la puissance du fait l'a emporté sur la puissance de la loi, et lorsqu'une société a réellement existé entre les parties, sans accomplissement des formalités, il a bien fallu que la jurisprudence acceptât le fait avec ses conséquences nécessaires ⁽¹³⁰⁾". *Ex facto jus oritur*.

La nature des choses montre la voie de l'interprétation *contra legem*. Grâce à cette attitude, la doctrine commercialiste a pu en quelque sorte s'émanciper plus facilement des contraintes légalistes qui pesèrent sur l'ensemble du droit privé. Il est cependant délicat d'affirmer jusqu'à quel point le droit commercial fut terre d'imagination doctrinale, mais la qualité discutée par la doctrine des règles du Code de commerce fut pour beaucoup dans l'admission par la jurisprudence des pratiques commerciales nouvelles. Et le temps aidant, les illustrations jurisprudentielles remplacèrent peu à peu les exemples tirés de l'ancien droit et du droit romain.

26 L'autorité du droit romain - Le droit romain est très présent chez les premiers commentateurs du Code civil qui en éclairent les règles à la lumière

⁽¹²⁸⁾ Il suffit, par exemple, de comparer J. M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, Tome 3, *Des sociétés commerciales*, Paris, Garnery, 1815 et *Cours de droit commercial*, tome 4, *Des sociétés commerciales*, 4ème éd., 1831.

⁽¹²⁹⁾ C. ATIAS, "Hypothèses sur la doctrine en droit commercial", *Mélanges Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p.32.

⁽¹³⁰⁾ M. MALEPEYRE et M. JOURDAIN, *Traité des sociétés commerciales*, Paris, Mansut et fils, 1833, p.273.

de leurs connaissances de l'ancienne jurisprudence et du droit romain. Il est également un outil théorique important pour tous ceux qui, comme Du Caurroy et les auteurs de *La Thémis*, adhèrent à une démarche historique ⁽¹³¹⁾. Les *Institutes* du droit romain commentés ⁽¹³²⁾ présentent à travers l'analyse régénérée des solutions traditionnelles une vision du droit privé totalement détachée du droit civil législatif. Sans être admise toujours explicitement par les auteurs orthodoxes et déférents devant l'autorité de la loi, cette vision participe de leur représentation de l'ordre juridique. Pour aucun d'entre eux le droit privé français n'est né avec le Code civil même s'ils n'enseignent que le Code civil. Le contenu des normes n'est jamais que l'émanation d'un processus historique, naturel ou coutumier (selon ses affinités culturelles). D'ailleurs, les juges de la Restauration ne se déroberont pas à l'application du Code civil car les solutions prétorienne restent fondées encore largement sur les anciennes maximes ou les lois romaines. Les arrêts de la Cour de cassation visent parallèlement l'ordre ancien et l'ordre nouveau que l'on considère le plus souvent comme la forme codifiée des anciens principes ⁽¹³³⁾. M. le doyen Carbonnier s'est interrogé sur la présence simultanée de ces doubles motivations qui défèrent tout autant à la législation nouvelle qu'aux principes anciens. Cela serait le signe de la coexistence en droit civil de "deux sources de positivité, cumulatives ou alternatives : le fond coutumier et la promulgation formelle ⁽¹³⁴⁾".

Avec le temps, l'influence des maximes romaines ou la référence aux anciennes coutumes va aller en diminuant. À l'argument fondé sur la tradition héritée de l'ancienne jurisprudence, va se substituer une argumentation fondée sur l'émergence d'une nouvelle tradition, cette fois-ci héritée du Code. C'est ce qui paraît émerger de ce qu'écrivait, par exemple, H. Thiercelin en 1867 à propos de la réserve héréditaire : "Les défenseurs de l'opinion opposée à celle de la Cour de cassation raisonnent comme si le code était sans précédents. On argumente sur des mots ; on parle indifféremment de légitime et de réserve, comme si elles étaient une même chose ; on oublie que le mot de légitime ne se trouve plus dans le code (...). Nous ne pouvons passer sur une telle manière

⁽¹³¹⁾ Ph. REMY, "“ La Thémis ” et le droit naturel", *RHFD* 1987, n°4, p.145.

⁽¹³²⁾ A. M. DU CAURROY, *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, Paris, G. Thorel, 6ème éd., 1841.

⁽¹³³⁾ " attendu qu'il est de principe constant, consacré par l'ancienne et la nouvelle législation ", " attendu qu'avant le Code civil il était de principe constant en France [et que tel article du Code civil dispose également] ", " [attendu que la Cour d'appel en jugeant ainsi], a violé les lois romaines et les articles 1603 et 1653 du Code civil ", " attendu qu'en vertu de l'ancienne maxime "Semel haeres, semper haeres", maxime consacrée par le Code civil, formules sélectionnées par J. CARBONNIER, "En l'année 1817", précité, p.86.

⁽¹³⁴⁾ *Ibid.*, p.86

de discuter où l'on suppose résolue la question même à résoudre. La vérité est que les descendants n'ont plus de légitime depuis l'abrogation des coutumes ; ils ont tous ensemble une réserve. Mais cette réserve est-elle autre chose que la succession même, diminuée de la portion disponible ? ⁽¹³⁵⁾. L'argument reste historique et Thiercelin ne rejette les anciens concepts que pour défendre une cause, ici la solution posée par la Cour de cassation. Cela montre néanmoins que la doctrine est parvenue à s'émanciper de l'ancienne science du droit sans pour autant y renoncer. Ainsi, pour les premiers commentateurs que nous venons d'évoquer, l'adage *ejus est interpretari ...* avait déjà une portée limitée sous l'empire du référé interprétatif. Avec sa disparition en 1837, s'ouvre une nouvelle ère. En fait, cette césure apparemment artificielle parmi les auteurs n'est pas guidée par la suppression du recours en interprétation législative ; son inefficacité était depuis longtemps avérée. Elle s'explique mieux par le fait que la plupart des auteurs de la première période, hormis les jeunes écrivains de *La Thémis*, étaient des jurisconsultes d'Ancien Régime reconvertis sous l'Empire ou redécouverts par la Restauration. La seconde période annonce une vague nouvelle d'auteurs nés avec la Révolution et le Code. Plus libéraux, ils vont avoir une approche différente du texte, plus critique, plus controversiste.

Section 2

La vacance de l'interprète par voie d'autorité

27. L'après 1837 - Deuxième temps de cette présentation chronologique : le temps des auteurs nés avec le Code civil ⁽¹³⁶⁾, commentant le Code à partir non seulement de ses origines doctrinales mais aussi de ses gloses. Il se trouve que cette deuxième génération d'auteurs arrive en un temps où le recours interprétatif devant le législateur n'existe plus. Nous ne citerons jamais que les plus grands mais il suffit de parcourir quelques volumes de la *Revue (critique) de législation et de jurisprudence* après 1835 pour saisir l'empreinte que cette doctrine entendait laisser. Contrairement à quelques idées reçues, ces auteurs n'étaient pas que des exégètes de la loi, ils étaient des commentateurs mais aussi de simples analystes de la jurisprudence. Par de sommaires annotations

⁽¹³⁵⁾ H. THIERCELIN, note sous Cass. req., 25 juillet 1867, *DP* 1868.1.65.

⁽¹³⁶⁾ Ph. REMY, "Éloge de l'exégèse", *RRJ* 1982, XIII, p.259.

d'arrêts, ils rendaient compte de l'évolution des positions de la Cour de cassation sur telle ou telle question. Bien sûr, certains sujets prêtaient particulièrement à l'exposé polémique, qu'il s'agisse de la défense de la propriété, de la liberté contractuelle ⁽¹³⁷⁾, de la constitution des sociétés ou des enfants adultérins ⁽¹³⁸⁾ : il est rare en effet que les commentaires ne soient pas emportés pour accabler la Cour de cassation ou louer la sagesse de ses juges. On notera au demeurant que les mêmes sujets formulés différemment enflamment encore le discours de la doctrine sans que l'on accuse les auteurs contemporains de se perdre en conjectures purement spéculatives. La doctrine actuelle est devenue pragmatique. Mais leurs prédécesseurs ne l'étaient pas moins, même s'ils l'étaient différemment.

Aubry et Rau, Marcadé, Pont, Troplong, Demolombe, Valette, Huc, Labbé, Démante, Colmet de Santerre sont des noms plutôt connus, déjà entendus, mais ces auteurs sont rarement lus et ne sont jamais enseignés. M. le professeur Rémy montrait combien artificiel était leur groupement en école, qui plus est en École légaliste. Charmont et Chausse ne disaient d'ailleurs pas autre chose : "Il n'y a pas eu à proprement parler d'Écoles ; on ne peut guère noter que des variations, des préférences individuelles. L'interprétation des uns est plutôt littérale, celle des autres plus équitable; selon son tempérament, sa nature ou ses habitudes d'esprit, tel auteur s'adonne aux analyses minutieuses, tel autre se plaît aux vues d'ensemble; on fera la part de l'exégèse, celle de la systématisation ⁽¹³⁹⁾". L'explication tient sans doute à ce que, d'un point de vue sociologique et historique, "jamais dans ses attitudes politiques et dans ses origines sociales, le monde des juristes n'a présenté un aspect uniforme et monolithique ⁽¹⁴⁰⁾". La doctrine du milieu du XIX^{ème} siècle est particulièrement hétérogène, ses opinions sont empreintes d'un paradoxe topique propre à ces années où capitalisme et socialisme se constituent en tant que systèmes de pensée. Il tient à ce que le Code civil achevé demeure et parvient à traverser les années d'après l'Empire, il s'est imposé comme un

⁽¹³⁷⁾ Notons avec J. HABERMAS (*Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997, p.42) que "depuis Hobbes, les règles du droit civil fondé sur la liberté contractuelle et la propriété sont considérées comme le prototype même du droit". Il n'est pas étonnant que les questions qui s'y rapportent paraissent toujours remettre en cause les fondements du système et provoquent encore des réactions plus violentes que d'autres.

⁽¹³⁸⁾ J. LACOINTA, note sous Cass. req. 29 janvier 1883, S. 1884.1.73. Encore aujourd'hui le problème des enfants adultérins nés avant 1972 reste une matière sensible, v. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 23 mars 1994, D. 1995, somm. p.127.

⁽¹³⁹⁾ J. CHARMONT et A. CHAUSSE, "Les interprètes du Code civil", in *Le livre du centenaire*, tome 1, Rééd. Duchemin, 1969, p.139.

⁽¹⁴⁰⁾ J.-L. THIREAU, "Le jurisconsulte", *Droits-20*, p.22.

aboutissement et une sélection des règles dégagées par les juriconsultes d'ancien régime. Mais passée la déférence envers leurs maîtres et le législateur, la doctrine paraît libérée de l'emprise de l'autorité institutionnelle. Cela correspond diversement au caractère et à la plume de ces auteurs. Troplong, par exemple, ne cesse de critiquer Toullier et Duvergier⁽¹⁴¹⁾, dont il se dit pourtant le continuateur, et à travers lui, Dumoulin dont pour autant on s'accorde à reconnaître l'influence majeure sur le droit positif français⁽¹⁴²⁾. Et dans leur activité d'interprète de la loi, ils sont aussi et naturellement interprètes de l'arrêt. Mais contrairement à la retenue qui préserve en général le législateur des foudres doctrinales⁽¹⁴³⁾, la franchise, la verve et parfois l'insolence parfois avec lesquelles les auteurs portent des critiques contre les décisions rendues, ont de quoi surprendre encore par leurs envolées lyriques. Ils n'hésitent pas à clamer que la Cour de cassation avait tort de ne pas suivre leur point de vue quand elle n'y avait pas adhéré⁽¹⁴⁴⁾. Cela correspond aussi au fait que ces auteurs assuraient des fonctions dans l'ordre judiciaire, magistrat ou avocat, ils étaient de fait interprètes controversistes. Il est sensible que la fin du référé interprétatif n'a pas altéré la position des interprètes face au texte. Jurisprudence et doctrine assurent des fonctions différentes, mais elles ne se conçoivent pas en termes hiérarchiques. Ni dans un système positif, ni dans une théorie des sources.

Il reste que l'introduction en France des théories kantiennes et hégéliennes, aura des effets. Mais plus tardivement, la doctrine française est encore influencée par les philosophes du droit naturel et le restera pendant ce long demi-siècle. La frontière franco-allemande est pourtant loin d'être imperméable. D'Outre-Rhin nous viennent les débats sur la nécessité de réover et de codifier un droit commun. Les auteurs français puiseront dans

⁽¹⁴¹⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, "De l'échange et du louage", tome 1, Paris, Hingray, 1840, p.173-174, à propos de l'emphytéose : "Mais Dumoulin, faute de bien connaître l'histoire de l'emphytéose, s'était imaginé que, dans l'origine, cette sorte de concession avait été à temps et que c'est seulement dans la suite, et par l'effet d'une sorte de dégénérescence qu'elle avait été pratiquée à perpétuité. Mais cette opinion, quoique souvent répétée n'a pas le moindre fondement historique et légal [avec en note l'erreur répétée par Loyseau], et M. Duvergier a suivi de confiance ces auteurs".

⁽¹⁴²⁾ AUBEPIN écrira notamment une impressionnante série d'articles à la *Revue critique de législation et de jurisprudence* intitulée, "De l'influence de Dumoulin sur la législation civile", *Rev. crit. légis. et jur.* 1853, tome 3, p.603 (I) et p.778 (II), 1854, tome 4, p.27 (III) et p.261 (IV), 1854, tome 5, p.32 (VI) et p.305 (VII), puis "De l'influence de Dumoulin sur certains points de droit civil", *Rev. crit. légis. et jur.* 1855, tome 7, p.145, tome 14, p.179.

⁽¹⁴³⁾ Toutefois TROPLONG : "La doctrine fondée en raison finit toujours par l'emporter sur l'autorité de la loi qui a le malheur d'avoir tort" cité par N. KANAYAMA, "Les civilistes français et le droit naturel au XIXème siècle, à propos de la prescription", *RHFD* 1989, n°8, p.142.

⁽¹⁴⁴⁾ Ph. JESTAZ, "Déclin de la doctrine ?", *Droits-20*, p.91.

les controverses entre Pandectistes et partisans de Savigny, les arguments qui alimenteront le débat sur la rénovation du Code civil français à l'approche de son centenaire et plus importante encore sera leur influence en droit international privé. Mais les tensions politiques entre la France et l'Allemagne agiront comme un bouclier contre la possibilité pour la doctrine française de se réclamer valablement de telle influence allemande ⁽¹⁴⁵⁾. Il faut donc se taire au risque d'être dénoncé comme trop germanique ⁽¹⁴⁶⁾.

On peut aussi s'interroger sur l'évolution de la diffusion du savoir juridique pour en comprendre son image doctrinale ; parce qu'au-delà des conceptions de l'ordre juridique qui transparaissent de leurs écrits théoriques, que reste-t-il aujourd'hui de ces juristes sinon l'inévitable image d'exégètes dogmatiques ? Toujours cités, Demolombe et Bugnet. "Ma devise, ma profession de foi est aussi les textes avant tout" pour le premier, et "Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon" pour le second. Demolombe ne se prive pourtant pas de critiquer la méthode exégétique : "si par exemple, l'exégèse, suivant le texte pas à pas, peut se flatter de découvrir ainsi plus facilement la pensée du législateur, ne peut-on pas, en revanche, lui reprocher, sinon d'empêcher absolument, du moins de favoriser très peu, par ses allures saccadées et décousues, cet esprit de méthode et de généralisation, cet ordre et cet arrangement systématique, qui constituent la science et qui en rendent l'initiation plus puissante et plus efficace (...) Il est très utile que l'interprétation des lois soit tour à tour soumise à des méthodes diverses ⁽¹⁴⁷⁾". Le sens des écrits de ces auteurs s'est déformé au filtre de la description qu'auront faite d'eux leurs successeurs.

À cet égard, la présentation faite par le doyen Gény de la pensée de Demolombe tient de la mystification. "Il n'est pas douteux que l'effort principal, sinon exclusif, de la doctrine juridique française, se soit appliqué à l'interprétation *stricto sensu* des textes légaux. C'est ce qui a fait si longtemps le succès de l'exégèse, qui, comme le dit Demolombe, "suivant le texte pas à pas, peut se flatter de découvrir ainsi plus facilement la pensée du Législateur" ⁽¹⁴⁸⁾". Il est bien clair qu'il manque à cette phrase tronquée

⁽¹⁴⁵⁾ M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, premier volume, Paris, Cujas, Rééd. 1954, p.142, n°224.

⁽¹⁴⁶⁾ v. Ph. REMY, "La Thémis" et le droit naturel", *RHFD* 1987, n°4, p.145.

⁽¹⁴⁷⁾ J. Ch. F. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Paris, Pédone, 1877, p.VI.

⁽¹⁴⁸⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.29 ; adde J.-F. JEANGUILLOU, *Esthétique de la mystification*, Paris, Minit, 1994, chap. IV, "Ambiguïtés textuelles", à propos des copies plus ou moins conformes.

l'opinion fondamentale de l'auteur pour qui la diversité des méthodes fait la science du droit. Mais il fallait imputer aux prédécesseurs la responsabilité des faiblesses théoriques du présent puisque selon ces auteurs, la tradition juridique française devait nourrir la rénovation méthodologique. Les "exégètes" furent en quelque sorte les boucs émissaires du changement de paradigme, un peu comme s'ils avaient trahi la pensée de Portalis en érigeant "en dogme la rigidité et l'immobilité de la loi, son aptitude à tout prévoir et à tout régler" et en considérant "toutes les autres sources comme taries⁽¹⁴⁹⁾".

C'est donc d'opinions déformées en opinions de seconde main que va se construire l'École de l'exégèse⁽¹⁵⁰⁾, et ce bien que sa condamnation ne soit point unanime⁽¹⁵¹⁾. Pourtant, assurément ce n'est pas à tort qu'ils furent qualifiés d'exégètes, le temps de l'analyse des textes s'y prêtait et les méthodes utilisées pour interpréter étaient celles de l'exégèse. Rompus à l'exégèse biblique, il n'est pas douteux que la doctrine française de cette époque maîtrisait l'herméneutique classique⁽¹⁵²⁾. L'inexactitude porte donc sur l'"École", le terme ne rend pas compte de l'hétérogénéité du corps doctrinal, ni de la diversité des méthodes utilisées. Ensuite, si cette description a servi les ambitions des successeurs immédiats, à savoir de la doctrine conduite par la rénovation de Gény, il est intéressant de se demander pourquoi cette façon de comprendre les "exégètes" s'est pérennisée. Perelman, notamment, analyse en profondeur le raisonnement juridique et consacre un chapitre de *Logique juridique, la nouvelle rhétorique* à l'École de l'exégèse⁽¹⁵³⁾ ne citant d'ailleurs qu'Aubry et Rau⁽¹⁵⁴⁾ et le célèbre mot de Laurent : "Les codes ne laissent rien à

⁽¹⁴⁹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.91.

⁽¹⁵⁰⁾ Sur le modèle proposé par GENY, les auteurs du début du XXème siècle vont écrire à plus ou moins gros traits une histoire de la doctrine qui se confondra avec l'histoire du culte de la loi. v. E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, *La fonction du droit civil comparé*, "Les conceptions étroites ou unilatérales", Paris, Giard et Brière, 1903 ; M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse Paris, 1904 ; D. N. MICESCOU, *Essai sur la technique juridique*, Thèse Paris, 1911, p.19 s. ; CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, Thèse Lyon, 1912 ; J. ROUME, *A propos de la méthode juridique*, Thèse Montpellier, 1922 ; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse Toulouse, 1929 ; G. MARASCO, *Expression et concrétisation du droit*, Thèse Paris, 1930 ; A. LEBRUN, *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse Paris, 1932 ; CHRETIEN, *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, leur formation, leurs caractères*, Thèse Lille, 1936.

⁽¹⁵¹⁾ Pour une défense très énergique des interprètes du Code civil, voir A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français* - tome 1er, précité, p.31-33.

⁽¹⁵²⁾ Ph. REMY, "Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle", *AHFD* 1985, n°2, p.91-105.

⁽¹⁵³⁾ Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, n°16, p.23.

⁽¹⁵⁴⁾ Pourtant AUBRY et RAU sont présentés par la doctrine du début du XXème siècle parmi les seuls auteurs à ne pas s'être laissés emporter par le culte de la loi, v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, p.233 : "Rien n'est plus funeste que de s'immobiliser dans l'étude des institutions

l'arbitraire de l'interprète ⁽¹⁵⁵⁾". Rien au-delà de la caricature ⁽¹⁵⁶⁾. L'on peut pareillement reprocher à Husson de ne fonder ses critiques que sur l'opinion des auteurs qui auront succédé aux "exégètes ⁽¹⁵⁷⁾". L'erreur de la critique tient à son caractère incomplet.

Concédon sans mal que Demolombe et Marcadé étaient des "exégètes ⁽¹⁵⁸⁾"; encore une fois, la pratique des "exégètes" correspond à des méthodes d'interprétation propres à la culture théologique de l'époque ⁽¹⁵⁹⁾. Mais il s'agit toujours d'une exégèse critique et controversiste ⁽¹⁶⁰⁾. Pour être dénoncées, les opinions adverses sont énoncées nécessairement. Elle ne sont pas tues. Leur exégèse n'est pas une exégèse purement dogmatique et c'est bien, par ailleurs, ce qui était reproché aux grands traités. Leur longueur, excessive souvent, livrée à un verbiage parfois pesant ⁽¹⁶¹⁾ et à un style emphatique, traduisait justement l'impossibilité de comprendre la norme et l'ordre juridique en dehors d'un examen dialogique quasi-exhaustif. En dépit de la vigueur et de l'arrogance avec lesquelles les opinions d'auteurs s'entrechoquent, il est constant qu'une place importante est faite à

suivant une unique méthode. Il est regrettable que sauf Aubry et Rau, les commentateurs soient restés près d'un siècle à suivre le même chemin que les rédacteurs du Code, ce qui n'avait pas pour résultat de faire deviner facilement les nouvelles questions".

⁽¹⁵⁵⁾ F. LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, tome 1, Paris, A. Maresq, 1878, p.9.

⁽¹⁵⁶⁾ Récemment, J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1996, p.351 s. présente PROUDHON comme aveuglé par la lettre du Code, incapable de s'en échapper pour simplement réfléchir en opportunité; également J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979, p.473: "Le fondement de la nouvelle conception de l'étude du droit était la doctrine légiste: tout le droit est dans la loi. Seul le législateur, agissant au nom de la nation souveraine, a le pouvoir d'élaborer le droit. Il ne peut donc y avoir d'autre source du droit que la loi".

⁽¹⁵⁷⁾ L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", *RTD civ.* 1976, p.453: "On pourrait également se demander comment il a pu se faire pendant tout le XIX^{ème} siècle qu'elle pratiquât avec conviction, et en plein accord avec l'ensemble de la doctrine une méthode, celle de l'exégèse, dont Portalis avait vigoureusement dénoncé l'illusion".

⁽¹⁵⁸⁾ Il faut préciser un point terminologique. Dans le *Dictionnaire des mots de la foi chrétienne* (par O. DE LA BROSSE, A. M. HENRY, Ph. ROUILLARD, Paris, Cerf, 1989), l'exégèse désigne "le commentaire scientifique de la Bible, mettant en oeuvre toutes les disciplines capables d'en éclairer le sens" et l'herméneutique est "l'ensemble des règles qui permettent de déterminer le vrai sens de l'Écriture et d'en donner la juste interprétation"; v. également P. EICHER (dir.), *Nouveau dictionnaire de théologie*, Paris, Cerf, 2^{ème} éd., 1996, v^o Exégèse / Sciences bibliques. Auparavant, dans le *Dictionnaire de théologie catholique* (par A. VACANT et E. MANGENOT, Paris, Letouzey et Ané éd., 1913), l'exégèse était définie comme l'explication de la Bible et l'herméneutique désignait l'art de l'interprétation dont elle donne les règles: l'exégèse était ainsi l'application pratique et rigoureuse des règles de l'interprétation.

⁽¹⁵⁹⁾ C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, précité, p.96; "Philosophie du droit: les enjeux d'une fin de siècle", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.235.

⁽¹⁶⁰⁾ Nous n'avons cependant pas rencontré d'auteurs s'appuyant sur Spinoza ni même sur Richard Simon; v. J. DORE, *Introduction à l'étude de la théologie*, Paris, Desclée, 1991, tome 1, p.518.

⁽¹⁶¹⁾ On reprochera par exemple à TROPLONG de faire des "romans de droit", N. KANAYAMA, "Les civilistes français et le droit naturel, à propos de la prescription", *RHFD* 1989, n^o8, p.142; C'est aussi ce que l'on fera observer aux travaux du doyen Gény.

l'adversaire. Pour mieux le balayer mais sans jamais le taire. Car il y a bien une sorte d'antagonisme, une véritable contradiction à présenter ces auteurs comme purement legalistes. Si la loi suffisait à leur représentation de la connaissance juridique, les ouvrages didactiques et ceux plus théoriques se seraient satisfaits de sommaires développements techniques, comme aux premiers temps des codes. Les longs traités de Demolombe ou de Troplong témoignent d'une représentation du savoir sur le Code civil presque infiniment inaccessible et il n'est sans doute pas inutile de remarquer que la plupart de ces commentaires ne furent pas achevés. Les traités plus courts qui succéderont aux commentaires du Code, en premier lieu le traité de Planiol, revêtiront une forme synthétique plus dogmatique, bien qu'il ne s'agisse plus vraiment du dogme de la loi.

PARAGRAPHE 1. L'IMAGE DOCTRINALE DE LA LOI

28 Une image nette - L'hétérogénéité de la doctrine présente de la Monarchie de Juillet aux premiers temps de la III^{ème} République, appelle une double constatation. D'une part, par le dogme politique de la loi, l'interprète est invité à mener un raisonnement abstrait, en réfléchissant sur des catégories posées *a priori*. Il faudra étudier ce qui n'en ressort pas, à savoir le jeu des contraintes interprétatives à travers l'examen des questions controversées, les solutions posées n'apportant rien ici. D'autre part, le manque d'unité de la doctrine française s'estompe apparemment à l'étude de ses assises théoriques. Apparemment seulement, parce qu'il nous paraît impossible de tirer des conclusions définitives sur leurs convictions politiques, religieuses et philosophiques sans faire une sociologie de ces auteurs. Sauf à énoncer quelques banalités sur la composition du corps des juristes, il est illusoire de prétendre expliquer la place de la doctrine par son appartenance à une classe sociale. Il faut garder à l'esprit que si les magistrats et professeurs étaient en général des bourgeois ou des aristocrates, les auteurs qui en ont marqué de leur empreinte la pensée juridique française ont presque tous une histoire personnelle qui ne colle pas avec l'image du bourgeois débonnaire, frileux et avide. La caricature, balzacienne ou marxiste, est trop rapidement faite. Droit bourgeois, conscience de classe et unité du corps des juristes ne forment pas des critères suffisants de l'analyse théorique. Sans doute, ces auteurs étaient-ils

donc des bourgeois mais ils n'avaient pas nécessairement des opinions convergentes sur des sujets politiques brûlants touchant notamment à l'état des personnes ou encore au droit des sociétés. L'oeuvre d'Émile Accolas en témoigne ⁽¹⁶²⁾.

La difficulté est donc de ne pas s'en tenir à la mythologie construite et perpétuée par les auteurs du XXème siècle. Quel sens cela a-t-il de qualifier aujourd'hui Troplong ou Duranton de "positivistes"? Le risque d'une distorsion anachronique est pris par certaines présentations ⁽¹⁶³⁾. Il ne faut pas être dupe. Ces auteurs sont "positivistes", entendons plutôt legalistes, pour asseoir leurs opinions sur des positions convergentes d'autres autorités. Ils sont "naturalistes" pour combattre des décisions ou des lois qui heurtent leurs opinions. En fait, le sens contemporain de positivisme ne convient pas du tout à leur représentation de l'ordre juridique. La volonté du législateur ne se conçoit qu'en relation avec sa légitimité. Pour Démante et Colmet de Santerre, "c'est la volonté du législateur qui constitue la loi, mais cette volonté est toujours déterminée par un principe de justice éternelle ou par un motif d'utilité particulière. De là, nous sommes fondés à conclure que la loi obscure ou ambiguë doit toujours s'interpréter dans le sens le plus conforme à l'équité et à l'esprit particulier de la législation ⁽¹⁶⁴⁾". Il faut également garder à l'esprit que la France du XIXème siècle connaîtra des périodes d'instabilité constitutionnelle qui vont profondément asseoir la nécessité d'un contrepois législatif stable. En traversant les bouleversements politiques, les révolutions et les coups d'État, sans être affecté dans sa structure, le Code civil (et, avec lui, le droit privé législatif français) gagnera en reconnaissance. Ce ne sera véritablement qu'au moment du plein essor de la Révolution industrielle que la vision de l'ordre juridique changera. Jusqu'alors la loi est stable, elle n'est pas innovante.

Cette image doctrinale de la loi s'oppose à la représentation des autres interprètes. Ce sont doctrine et jurisprudence qui innovent à la mesure du pouvoir qui leur est accordé. En fait, tout se lie ; la doctrine conçoit des

⁽¹⁶²⁾ C. JAMIN, compte rendu de "Émile Accolas, *Introduction à l'étude du droit*", *RTD civ.* 1998, p.548 ; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé*, précité, p.76, n°42 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25ème éd., 1997, précité, [152], p.269 ; "Accolas, tout seul pour représenter cette gauche qui a visiblement manqué à l'École française du XIXème siècle" ; v. également, G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, n°11, p.21.

⁽¹⁶³⁾ N. KANAYAMA, "Les civilistes français et le droit naturel...", précité, p.137 : Troplong et Duranton sont qualifiés de "positivistes naissants" ; p.145 : Aubry et Rau sont des "positivistes convaincus".

⁽¹⁶⁴⁾ A. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué par E. COLMET DE SANTERRE, Tome 1, Paris, Librairie Plon, 3ème éd., 1895, n°23.

représentations de l'ordre juridique et d'elle-même qui réservent aux interprètes la part de création scientifique. La fixité et la permanence étant les caractères de la norme législative, l'évolution du droit positif se fait lentement par la simple adaptation aux hypothèses pratiques, par l'élaboration de concepts ou d'interprétations originaux ⁽¹⁶⁵⁾ ou par la résurgence de concepts anciens ⁽¹⁶⁶⁾. L'autorité par voie de doctrine n'est pas discutée tant que dure la stabilité des normes législatives, tant que le droit commun gouverne l'ensemble du droit privé. Mais avec l'ère industrielle qui s'annonce, le droit commercial a besoin d'adapter les structures juridiques des acteurs économiques au capitalisme, et en contrepoint les législations du travail désignent des domaines spécifiques pour la défense des intérêts des ouvriers ⁽¹⁶⁷⁾. L'éclatement du droit commun est alors ressenti comme une dérive. Ce sentiment est frémissant à la fin de la période de l' " exégèse " mais il produira le basculement et la révolution de la Libre recherche. D'une position de déférence vis-à-vis des Codes au tout début du XIXème siècle, la doctrine a gagné en pouvoir critique et en autorité créatrice ; à tel point que *la transformation du droit* la plus marquante sera, à la fin du XIXème siècle, l'intronisation doctrinale de la jurisprudence au titre de "source du droit". La Cour de cassation échappera alors à sa condition d'interprète par voie de doctrine pour gagner le rang d'interprète par voie d'autorité laissée vacante, depuis l'inefficacité avérée du référé législatif.

Sans aucun doute, il est causalement possible d'imputer aux phénomènes sociaux la responsabilité de ce changement de perspective, mais plus intéressante est la traduction théorique de ces changements. Car la science du droit est à la fois créatrice des représentations de l'ordre juridique et en subit nécessairement le reflet. En assurant à la Cour de cassation le pouvoir de disposer par voie générale, la doctrine sonne la fin de l' " exégèse controversiste " et condamne à terme le dogme de la loi, mais elle s'abandonne alors au dogme de la solution unique. Le pouvoir jurislafif devient bicéphale. Législateur et jurisprudence se partagent le pouvoir de faire la norme. Quand la permanence de la norme législative est assurée, l'interprétation téléologique rend au législateur la totalité de son pouvoir, quand l'instabilité législative crée le désordre, c'est à la Cour de cassation de rendre au droit son unité en

⁽¹⁶⁵⁾ Sur la célèbre construction prétorienne de la validité des donations déguisées consacrée par la Cour de cassation, v. H. BLAISE, "La formation au XIXème siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées", *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.89.

⁽¹⁶⁶⁾ J. LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Thèse Paris, 1946.

⁽¹⁶⁷⁾ comp. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1951, p.37 s.

rétablissant la sécurité juridique. Ce changement est progressif. Il est, du reste, nourri d'influences contradictoires ; avant d'être affirmé par les théoriciens du XX^{ème} siècle, sa nécessité est revendiquée par les commentateurs du XIX^{ème}, non pas qu'ils soient précurseurs d'un abandon des préceptes de la tradition, mais l'exposé controversiste invite toujours à repousser hors des frontières de la pertinence les arguments qui ne satisfont pas la pratique. En ce sens Marcadé critiquera abondamment les juristes qui n'auront pu adapter leurs connaissances à l'esprit de la nouvelle législation ⁽¹⁶⁸⁾. "Si beaucoup de professeurs (...) n'ont pas su s'affranchir de cette soumission exagérée à la tradition, de ce respect pour l'autorité poussée jusqu'au fétichisme, il en est heureusement d'autres qui marchent depuis longtemps dans la voie contraire ⁽¹⁶⁹⁾". On retiendra combien est actuel le regard porté par Marcadé sur ses glorieux prédécesseurs. Ce reproche est en fait un refrain, la doctrine d'hier n'a su adapter son savoir ni aux théories nouvelles, ni aux événements sociaux. Elle s'est finalement trouvée prisonnière de ses dogmes périmés sans pouvoir les renouveler, elle s'est montrée *fétichiste* de ses méthodes alors que le monde avait changé ⁽¹⁷⁰⁾.

29. Premiers changements - Le rapport entre les interprètes est modifié par la loi de 1837. Demolombe ne compte plus deux sortes d'interprètes mais trois et distingue les propriétés de l'interprétation judiciaire de celles de l'interprétation doctrinale. Ce sont les conséquences pratiques de la solution posée "par voie d'argument", selon l'expression de Duranton, qui ouvre la réflexion sur les dangers de l'interprétation judiciaire. De manière récurrente, la crainte du désordre réapparaît et avec elle, la nécessité pour la doctrine de procéder à une surveillance et à concevoir une remise en ordre du droit.

⁽¹⁶⁸⁾ C'est Toullier qui est le plus violemment attaqué par MARCADE : "Docteur de l'ancienne école, nourri surtout du droit romain, objet de sa prédilection, (...) c'était pour lui chose impossible, surhumaine de se familiariser tout à coup avec les idées nouvelles que ce code consacrait : fortement imbu des anciens principes, à la méditation desquels il avait passé sa vie, il n'a pas su, et il ne pouvait pas, en vérité, rompre avec eux, pour se plier tout d'un coup à l'esprit de la loi nouvelle", *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, préface précitée, p.17. Marcadé observera plus loin que ses contemporains trop enclins à suivre l'argument d'autorité considéraient les critiques contre Toullier presque comme une impiété, quel qu'en fût leur contenu.

⁽¹⁶⁹⁾ V. N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, préface précitée, p.15-16. Il épargne ainsi Oudot, Bugnet et Valette.

⁽¹⁷⁰⁾ comparer avec le programme que se donne F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2^{ème} éd. 1919, précité, p.70 : "J'entends m'attaquer au fétichisme de la loi écrite et codifiée", ou encore M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976, p.376, pour qui le "fétichiste", le juriste sans qualité, est condamné à un raisonnement infécond, incapable d'adapter lui-même ses raisonnements pour la compréhension des phénomènes sociaux de son temps.

L'idée traditionnelle toujours présente est que, par nature, l'interprétation judiciaire peut susciter "un grand danger". L'interprétation par voie d'autorité garantissait, par le référé, une remise en ordre législative de la jurisprudence. Son abandon, considéré comme une demi-mesure insuffisante, ne subroge pas la Cour de cassation dans les fonctions d'interprète normatif ; l'article 5 du Code civil reste une contrainte théorique efficace, et la pratique prétorienne de la Cour de cassation est encore jeune. Selon Marcadé, la Cour de cassation n'a pas, par essence, une fonction normative parce que ses décisions "ne terminent point le débat, elles ne vident point la contestation". La Haute juridiction serait plutôt une émanation du pouvoir exécutif. Originellement, elle ne fait d'ailleurs pas partie de l'ordre judiciaire, "elle n'est pas une assemblée de juges; c'est une commission d'interprétation et de conservation des lois ⁽¹⁷¹⁾".

La loi de 1837 est donc mal ressentie par une partie de la doctrine pour avoir modifié l'ordre juridique jusqu'à dénaturer les attributions de la Cour, en lui transférant une partie des prérogatives de l'interprète législatif ⁽¹⁷²⁾. Mais le transfert n'est qu'imparfait, les jugements même solennels ne s'imposent jamais comme une loi. L'intervention de la Cour de cassation, outre qu'elle est peu fiable, est toujours trop tardive. "Un arrêt en chambres réunies n'intervient jamais qu'après bien des années depuis la promulgation du texte faisant difficulté. C'est ainsi que, sur la fameuse question de révocation des donations par la séparation de corps, un arrêt solennel de la Cour suprême n'a été rendu qu'en 1845, c'est-à-dire quarante et un ans après la publication du Code! Bien d'autres questions non moins graves attendent encore pareil arrêt ! Or cet arrêt, si longtemps attendu, donnera-t-il enfin la certitude du sens dans lequel la loi doit être entendue ! Non, puisque la Cour suprême elle-même peut juger différemment un peu plus tard, et il suffira du changement de quelques uns de ses membres pour amener ce résultat. Les citoyens sont donc dans l'impossibilité d'avoir jamais, et sur aucun point que ce soit le sens certain de règles qui sont pourtant à la base de leurs conventions de chaque jour! Si au contraire la loi de 1837 avait déclaré légaliser à l'avance toutes les interprétations qui seraient données par les arrêts solennels de la Cour suprême, chacun de ces arrêts eût été un pas fait vers l'unité fixe de la

⁽¹⁷¹⁾ V. N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, précité, p.74.

⁽¹⁷²⁾ Duranton pense ainsi que la loi de 1837 sonne la fin de l'interprétation de la loi par voie d'autorité, MARCADE pense de même et s'interroge sur la situation nouvelle, DEMOLOMBE est plus nuancé, *Cours de Code Napoléon*, tome I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, précité, p.139, et approuve finalement la réforme.

jurisprudence; il eut apporté aux citoyens le sens légalement certain d'un des points faisant difficulté, et cette cour n'aurait point rendu de jugement, puisque ses arrêts de seconde cassation eussent obligé, non comme ayant force de chose jugée, mais comme ayant force législative. Quant à l'objection devant laquelle on semble avoir reculé et qui consistait à dire qu'on eût ainsi fait participer la Cour de cassation au pouvoir législatif, elle tombe devant cette observation développée sous l'article 2 que, si la légalisation d'une interprétation ne peut, en effet, émaner que du pouvoir législatif, l'interprétation à légaliser, ou légalisée d'avance peut très bien émaner de toute autre source ⁽¹⁷³⁾". Aux dires de Marcadé, la Cour de cassation, insuffisamment armée pour donner à ses décisions les caractères de permanence et de fixité qui en feraient les égales de la loi, devient un interprète dont la nature emprunte, et à l'autorité législative, et à la doctrine. Aussi, l'image de la Cour de cassation que reflète la doctrine d'après 1837, est celle d'un interprète, certes doctrinal, mais différent, comme dénaturé. La Cour ne mérite pas la déférence due formellement à l'autorité législative, elle mérite en revanche les éloges ou les critiques formulées contre toutes les autorités doctrinales.

Demolombe se méfie de cette idée qui ferait de la Cour de cassation un interprète autorisé et n'invite pas à la considérer comme détentrice d'un pouvoir normatif puisqu'elle n'est pas en mesure de garantir la permanence de ses interprétations. Le risque et le danger seraient que la normativité de l'interprétation judiciaire permettrait l'effectivité d'une pluralité des sens de la loi. La même loi peut être entendue différemment selon les juges et cela peut créer un "véritable désordre puisque les citoyens ne savent vraiment plus quelle est la loi qui les régit, et ne peuvent point compter sur la validité de leurs actes et de leurs conventions livrées ainsi à toutes les oscillations, à tous les revirements d'une jurisprudence incertaine ⁽¹⁷⁴⁾". L'instabilité connue de la jurisprudence, face à la permanence de la loi, la prive encore d'un pouvoir normatif reconnu, mais l'abandon du référé législatif a balayé les appréhensions (ou les tabous) à concevoir théoriquement la Cour de cassation autrement qu'une sentinelle au service de la loi. Cela explique qu'après 1837, l'image doctrinale de la Cour de cassation, à laquelle elle-même contribue, est ainsi partagée entre celle d'un interprète doctrinal et celle de pouvoir

⁽¹⁷³⁾ V. N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, précité, p.74.

⁽¹⁷⁴⁾ J. Ch. F. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, précité, p.133.

normatif potentiel dont la doctrine se charge de surveiller l'évolution. À cet égard la note d'arrêt ne change pas de nature, elle est "conçue véritablement comme un moyen de connaissance des motifs d'action des tribunaux dans la perspective clairement posée de rechercher les tendances des tribunaux sur un point donné et d'en prévoir l'évolution ⁽¹⁷⁵⁾".

Peut-être est-ce dû à la personnalité des auteurs : les notes d'arrêts sont le lieu d'une tension manifeste entre les commentateurs et l'interprète judiciaire, les uns s'étant assignés de contrôler le rôle de l'autre ⁽¹⁷⁶⁾. Au fond, les auteurs des années 1850 et 1860 laisseront encore doctrine et jurisprudence à égalité d'autorité et quoique des changements méthodologiques s'annoncent, le dialogue controversiste entre les deux interprètes restera la règle du commentaire.

30. D'une image à l'autre - En conclusion de son *Essai sur l'histoire générale du droit français*, D. Dalloz écrivait qu'"après une épreuve de près de soixante ans, le Code Napoléon a résisté, et suffit encore à l'objet que devaient avoir en vue ses auteurs ; il est assez fort, il a touché assez juste pour répondre à tous les besoins dans l'ordre civil. Mais il serait injuste d'oublier ce que le droit français, tel qu'il est aujourd'hui, doit à la jurisprudence des Cours et particulièrement de la Cour de cassation ⁽¹⁷⁷⁾". L'idée a pénétré et s'est affirmée nettement, renversant par là l'opinion de Proudhon ⁽¹⁷⁸⁾, que la jurisprudence a mûri et que l'on ne saurait plus lui reprocher valablement sa jeunesse. Les transformations de l'image doctrinale de la Cour de cassation sont en route ; elles accompagneront plus tard l'évolution des méthodes de la doctrine mais pour l'heure, l'opinion domine qu'aussi "grande que soit l'autorité de la Cour suprême, elle ne l'est cependant pas assez pour l'emporter sur la loi et la raison ; lorsque ses arrêts y sont conformes, nous y applaudissons ; quand ils s'en écartent, qu'il nous soit permis de ne pas y souscrire ⁽¹⁷⁹⁾". Au fond, la jurisprudence, "compagne inséparable de la loi et de la doctrine, éclaire l'une

⁽¹⁷⁵⁾ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Thèse Lyon, PUL, 1985, p.111 à propos des premières notes d'arrêts rédigées notamment par Sirey ou Devilleneuve.

⁽¹⁷⁶⁾ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.116.

⁽¹⁷⁷⁾ D. DALLOZ, *Essai sur l'histoire générale du droit français*, in *Jurisprudence générale*, tome 1, Paris, Dalloz, 1870, p.330.

⁽¹⁷⁸⁾ J.-B. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, tome 1, préface précitée, p.XVIII.

⁽¹⁷⁹⁾ M. DELAMARRE et M. LEPOITEVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, tome 1, Paris, Hingray, 2ème éd., 1861, n°22, p.47.

et sert au perfectionnement de l'autre ⁽¹⁸⁰⁾ ; son autorité est doctrinale et le commentaire controversiste reste le modèle.

Une illustration est donnée par une note de J.-E. Labbé commentant un arrêt de la Cour de cassation ayant posé que la femme séparée de biens ne pouvait accomplir seule que des actes d'administration et que l'emploi du prix d'un immeuble dotal en achat d'un autre immeuble, conformément au contrat de mariage, était "un acte dépassant les limites de la simple administration, qu'elle ne pouvait l'accomplir sans l'assistance de son mari ou de justice ⁽¹⁸¹⁾". Labbé commence son analyse par une réflexion presque désabusée. *Nullement converti* par la solution qui maintient l'épouse sous l'emprise du mari, il se laisse aller à un soupir dépité. À *quoi bon* continuer le débat, à quoi bon croiser le fer avec la juridiction suprême puisque "les particuliers et les notaires ne risqueront pas la chance d'un procès en nullité avec l'autorité de la Cour de cassation contre eux, pour obéir à une conviction scientifique". La suprématie accordée à la Cour par l'auteur dure cependant moins que l'introduction de son commentaire d'arrêt. Le dépit affiché n'était que rhétorique. Prenant son parti de la solution, Labbé concède aux juges le pouvoir d'énoncer des règles qui pratiquement s'appliqueront. Il recherche alors les moyens d'éclairer la pratique pour étendre cette solution particulière à des cas voisins, car "malheureusement, les faits qui se succèdent dans la pratique ne se ressemblent jamais de façon complète et pour être en sécurité, il faut savoir quel est le principe dont la chambre civile a fait application". La suite sera une critique de la solution posée. Confondant "libre administration" et "simple administration", favorisant abusivement le mari, la Cour s'oppose aux thèses défendues par Aubry et Rau et Demolombe. "Impassible dans sa fonction d'interprète du passé, [elle] resserre les liens de son autorité au risque de la compromettre ⁽¹⁸²⁾". Il termine par une réflexion sur la place de la Cour de cassation dans le concert des interprètes. Pendant que cet arrêt affirme que la question posée avait été "l'objet d'une controverse entre les auteurs qui n'avait pas encore reçu de solution juridique ⁽¹⁸³⁾", Labbé questionne les méthodes de la juridiction suprême et renverse l'argument pragmatique devant lequel il paraissait céder en introduction. Ce n'est pas tant la portée de l'arrêt qui motive la critique de Labbé que l'incapacité des magistrats à saisir le

⁽¹⁸⁰⁾ D. DALLOZ et Ch. VERGE, "Propos en ouverture de la table alphabétique des vingt-deux années du recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine (1845 à 1867)", Paris, Dalloz, 1867.

⁽¹⁸¹⁾ Cass. civ., 2 décembre 1885, S.1886.1.97, note LABBÉ.

⁽¹⁸²⁾ J.-E. LABBÉ, note Cass. civ., 2 décembre 1885, précité, p.97.

⁽¹⁸³⁾ J.-E. LABBÉ, *ibidem*, p.97.

concret. L'application de la loi doit se concevoir dans le mouvement social. Les solutions énoncées hors de toute analyse historique et empirique n'ont pas vocation à perdurer, et la controverse prétendument close par l'arrêt conserve en vérité toute sa force.

L'image doctrinale de la doctrine se déduit de ce raisonnement. Si les professionnels craignent de voir leur responsabilité engagée sur le fondement d'une erreur de droit pour avoir méconnu une solution affirmée par la Cour et si la pratique se place dans un rapport de sujétion vis-à-vis de la juridiction suprême, la doctrine, elle, reste libre de faire évoluer par la critique des positions qui heurtent ses convictions scientifiques. Le plaidoyer d'Esmein *pour la jurisprudence* est déjà présent dans les questions posées par Labbé, mais il s'agit de ne pas sauter la première étape de la métamorphose. Avant d'accorder à la Cour de cassation le pouvoir de faire le droit, encore faut-il qu'elle change de méthodes et en vienne à des raisonnements moins dogmatiques, moins rigides, où la raison d'être des textes doit être contemporaine de l'interprétation. Les lois conservent leur statut de contraintes interprétatives premières, cela va sans dire, mais ils faut leur adjoindre des raisonnements permettant de comprendre des questions inédites, questions qui ne trouvent pas de réponse dans la loi. En fait, la permanence du Code civil et les critiques portant sur la désuétude de l'intention du législateur comme guide des raisonnements, placent les arguments naturalistes et conséquentialistes en première ligne. Et en ce sens Labbé se méfie de la loi que le législateur pose pour renverser une jurisprudence, "car une interprétation qui a prévalu avec constance devant les tribunaux, a fondé, au profit des particuliers, des attentes aussi légitimes que la loi elle-même ⁽¹⁸⁴⁾". L'image de la loi s'est troublée ; la doctrine en esquisse déjà une nouvelle à travers celle de la jurisprudence.

PARAGRAPHE 2 L'IMAGE DOCTRINALE DE LA JURISPRUDENCE

31. Esquisse - Labbé utilise continûment des arguments utilitaires et pragmatiques contre la rigueur excessive de l'interprétation : "Il faut traiter humainement les choses humaines. La logique à outrance conduit à

⁽¹⁸⁴⁾ J.-E. LABBE, note au S. 1886.2.1.

l'injustice ; elle suppose dans l'établissement et la formule des principes une perfection qui n'est pas de ce monde ⁽¹⁸⁵⁾". Il développe ainsi des arguments tenant à la nature des choses associés à des arguments d'utilité sociale. Le rôle que s'assigne la doctrine est en train de changer. La glose change de nature. Elle assoit dans une perspective réaliste le commentaire d'arrêt et le développement des concepts jurisprudentiels. Mme Serverin remarque à juste titre que "l'aspiration de Labbé, partagée par nombre de juristes de son époque, était de parvenir à donner une réponse juridique à toutes les situations sociales et économiques nouvelles". Les juristes deviennent "les agents efficaces d'un processus de médiation juridique des intérêts, articulant les demandes contradictoires des partenaires sociaux, et l'univers unifié des théories juridiques ⁽¹⁸⁶⁾". En présence de difficultés, la critique est franche, éminemment politique. Le légalisme de ces auteurs consiste le plus souvent en une admission de la nature comme principe décisif. Mais les solutions ne sont pas données d'elles-mêmes ; elles sont l'expression juridictionnelle d'un savoir doctrinal controversé. Pour Labbé, cela ne fait aucun doute, la doctrine participe à l'élaboration des règles jurisprudentielles : "cette question s'est déjà présentée devant la justice; elle a été discutée et résolue par les auteurs ⁽¹⁸⁷⁾". L'attitude des auteurs contemporains est moins claire, l'égalité de l'interprète n'est pas revendiquée. On y renoncerait apparemment - mais apparemment seulement ; le légalisme aura pris les traits d'une adhésion à la décision de la Cour de cassation.

32. Le rôle de la doctrine - Trouver la solution conforme à l'ordre juridique est, chez ces auteurs, compris sans distinction de l'ordre positif ou naturel. La science du droit conçoit le statut des interprètes selon la place qui leur est accordée par la loi et selon leur mission essentielle. Mais quelle que soit l'origine de son pouvoir, on attend de l'interprète qu'il situe son raisonnement en cohérence avec l'ensemble. On touche ici une version ancienne de l'Hercule de Dworkin ⁽¹⁸⁸⁾. Valette nous dit à propos de la fonction et des devoirs du juge qu'ils consistent à "donner sur chaque affaire une solution

⁽¹⁸⁵⁾ J.-E. LABBE, note au S. 1884.1.10, 3ème col.

⁽¹⁸⁶⁾ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.121-122.

⁽¹⁸⁷⁾ Lorsque Labbé dit "résolue", il évoque le débat qui mettait aux prises des auteurs dont les opinions divergeaient (Laurent, Demolombe, Berthaud). LABBE, note sous Cass. civ. 17 juillet 1884, S. 1884.1.306; comp. A. SERIAUX, "La notion de doctrine", *Droits-20* p.67 note 6 : "Nombre de questions juridiques ont été résolues par avance par les enseignants".

⁽¹⁸⁸⁾ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, précité, p.261-262.

quelconque, en interprétant la loi dans le sens le plus plausible, eu égard aux textes spéciaux, à l'ensemble de la législation et aux règles de la raison et de l'équité ⁽¹⁸⁹⁾". La bonne solution est celle qui s'accorderait le mieux avec tout ce que l'on saurait par ailleurs. Or les commentateurs du XIXème voient généralement cet ailleurs épistémologique dans un savoir qu'ils tirent de la théologie et d'une réaction rationaliste au droit naturel, ils en usent pour déterminer la qualité des règles sujettes à interprétation, pour apprécier l'énoncé juridictionnel et pour définir leurs propres opinions. La solution (pro)posée par un juge peut être tenue pour vraie ou fausse, certaine ou incertaine, exacte ou inexacte ⁽¹⁹⁰⁾. Les opinions des autres auteurs gagnent les mêmes qualificatifs. Il faut en retenir que la doctrine de droit privé, civiliste ou commercialiste, aspire bien à la détermination des bonnes solutions, idéalement uniques, certaines et vraies. "Rechercher et déterminer le véritable sens, pour l'application des lois aux cas particuliers, est ce que l'on appelle interpréter par voie de doctrine ⁽¹⁹¹⁾". Elle est néanmoins consciente d'être aux prises avec des réalités pratiques et concrètes qui supposent que les raisonnements juridiques ne soient pas purement abstraits. Les juristes se doivent de suivre "la marche progressive de la société, c'est pour elle qu'ils travaillent ; c'est pour elle qu'ils donnent des préceptes et des réponses ⁽¹⁹²⁾". Pour ce faire, ce discours doctrinal est scindé en deux genres : l'exposé dogmatique et l'exposé controversiste ⁽¹⁹³⁾.

33 L'exposé dogmatique - Parce que le droit doit apporter précision, simplicité et unité d'entendement, l'oeuvre de la doctrine se doit d'être claire. Suivant l'ordre des Codes dans les traités, par ordre thématique dans les encyclopédies, selon des canevas d'ordre et de synthèse dans les notes d'arrêt, les auteurs décrivent la vérité juridique. Ce sont Aubry et Rau qui, le plus souvent, sont

⁽¹⁸⁹⁾ A. VALETTE, *Explication sommaire du livre 1er du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Maresq Aîné, 1859, p.6.

⁽¹⁹⁰⁾ "La solution principale consacrée par la cour de cassation est inexacte en ce qu'elle donne au mot "laisser" de l'art. 757 une limitation que les principes condamnent ; d'autre part, son raisonnement est essentiellement vicieux en ce qu'elle décide, sur un point controversé, par une proposition qui soulève elle-même la plus vive controverse, et qui est même, malgré ses précédents nombreux en jurisprudence à côté de la vérité juridique", P. PONT, obs. à la *Rev. crit. légis. et juris*, 1859, tome 14, p.1 s. ; cité par E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.115, remarquant justement que pour Pont, "non seulement le précédent n'est pas une référence, mais il est *a priori* suspect de vouloir forcer la vérité des principes".

⁽¹⁹¹⁾ A. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 3ème éd., 1895, précité, n°29.

⁽¹⁹²⁾ R.-T. TROP LONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil, De l'échange et du louage*, tome 1, préface précitée, p.V.

⁽¹⁹³⁾ J. H. ROBERT, "Le cours magistral", *AHFD* 1985, n°2, p.135 et C. ATIAS, "La controverse et l'enseignement du droit", *AHFD* 1985, n°2, p.107.

cités en exemple pour la qualité de leur entreprise de synthèse. Mais quelle que soit la qualité de l'exposé, quelles que soient sa concision et sa clarté, il procède toujours de l'idée que les règles posées sont destinées à répondre à des questions, et que l'on ne peut échapper à leur examen. L'oeuvre de description est donc aussi une présentation des problèmes dans un style, certes éloigné, mais hérité des méthodes des anciens jurisconsultes : "La distinction des *Institutes* et des *Quaestiones* se maintient ⁽¹⁹⁴⁾". Delvincourt terminait son *Cours de Code civil* par une table alphabétique des questions exposant les difficultés à connaître tel point particulier et renvoyant *supra* à l'exposé dogmatique ⁽¹⁹⁵⁾. Les *Répétitions écrites* de Mourlon en sont un autre exemple ⁽¹⁹⁶⁾ : en marge du texte de l'exposé dogmatique, l'auteur du manuel dispose ses questions comme si le Code civil et son explication en étaient les réponses. Curieusement, l'exposé article par article, qui pouvait apparaître très suiviste et légaliste, donnera à la doctrine les moyens de discuter les questions et les cas délicats en l'obligeant à réfléchir sur la raison d'être du texte expliqué. L'exposé synthétique que l'on trouvera dans l'oeuvre d'Aubry et Rau, puis plus tard dans celles de Baudry-Lacantinerie ou Planiol, aura pour effet d'estomper la pratique du questionnement. Les questions de droit n'auront donc pas disparu avec les auteurs du XIXème siècle. Au contraire, la doctrine est plus que jamais controversiste.

34 L'exposé controversiste - Il a pour objet de discuter la question et la solution. Les analyses d'arrêts et les brefs sommaires que l'on trouve dans les revues juridiques livrent le plus souvent un état des opinions. D'une question non résolue par la Cour de cassation, et dont l'annotateur signale son caractère inédit, la présentation est interrogative. Parmi tant d'exemples, "la séparation des patrimoines prononcée vis-à-vis de tous les cohéritiers, autorise-t-elle le créancier qui l'a obtenue, à agir hypothécairement, contre ceux des héritiers qui sont détenteurs d'immeubles de la succession, pour la totalité de la créance ? ⁽¹⁹⁷⁾". La réponse à cette question étant discutée tant en jurisprudence qu'en doctrine, elle fait l'objet d'un exposé controversiste mettant aux prises Duranton et Troplong, principalement. La première thèse, minoritaire, considère que l'inscription prise par le créancier du défunt sur un immeuble

⁽¹⁹⁴⁾ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, précité, n°3, p.13.

⁽¹⁹⁵⁾ M. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tome III, Paris, Videcoq, 1834.

⁽¹⁹⁶⁾ F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, tome premier, Paris, A. Marescq, 8ème éd., par Ch. DEMANGEAT, 1869.

⁽¹⁹⁷⁾ Cass. civ., 3 février 1857, *DP* 1857.1.49, note [anonyme].

de la succession, lui donne le droit de poursuivre le paiement de la totalité de la créance contre l'héritier détenteur de l'immeuble et ce, eu égard au principe d'indivisibilité de l'hypothèque qui tempère l'interprétation du principe concurrent de la divisibilité de plein droit des dettes du défunt entre les héritiers. La seconde thèse, majoritaire, oppose que la séparation des patrimoines est absolument indépendante du système hypothécaire, de sorte que le principe de l'article 1220 du Code civil doit s'appliquer en l'absence de dérogation expresse. Le compte rendu de chaque argumentation est concis mais les arguments sont détaillés. Aux arguments de textes tirés des articles 1220 et 2111 du Code civil répondent des arguments tirés de la raison d'être des mêmes textes et tenant à la nature de la séparation des patrimoines ; les arguments conséquentialistes sont formulés de manière sceptique pour rendre compte de l'inopportunité pratique de la thèse adverse ou pour dénoncer son incohérence. Alors que la Cour de cassation n'a pas répondu à la question, l'annotateur, mettant en parallèle deux thèses doctrinales, chacune étayée de références à des arrêts de Cour d'appel contradictoires, ne dénonce pas l'incertitude causée par une telle situation. Lorsque la jurisprudence est hésitante, le juriste, en prise à une certaine anxiété, est censé s'en remettre à l'autorité doctrinale pour rédiger ses argumentations et doit utiliser ces incertitudes d'interprétation comme autant d'événements encourageant par exemple une meilleure qualité de rédaction des actes ⁽¹⁹⁸⁾. En effet, bien qu'elle soit déjà présente, on rencontre encore peu cette rhétorique sécuritaire qui fleurira au XX^{ème} siècle. Lorsque la position de la Cour de cassation est combattue par la doctrine, ce n'est jamais véritablement parce qu'elle a changé ou s'est nuancée, c'est parce que la solution adoptée était fautive, erronée, incomplète, maladroite, en fait, non conforme à un ordre juridique transcendant. L'insécurité et l'instabilité ont même des vertus ⁽¹⁹⁹⁾ : Troplong, comparant le bail à colonage au bail à ferme, considère que le fermier, dans

⁽¹⁹⁸⁾ Pour une question où la Cour de cassation s'est montrée particulièrement hésitante, à propos de l'interprétation de l'article 369 du Code de commerce qui déterminait les événements de mer auxquels était attachée la faculté de délaissement, Cass. civ., 20 janvier 1869, *DP* 1869.1.361 note [anonyme] : "Il sera donc prudent qu'à l'avenir les polices d'assurances énoncent avec soin que la condition d'une perte matérielle qu'elles imposent à l'exercice du délaissement sera obligatoire même pour le cas de naufrage. C'est là l'enseignement qu'on doit tirer des incertitudes de la jurisprudence sur la portée véritable de la clause qui prescrit cette perte, soit qu'elle puisse être l'objet d'une interprétation juridique soumise au contrôle de la Cour de cassation, comme le font supposer les arrêts de 1840 et 1850, soit qu'elle appartienne à l'appréciation des juges du fait, comme le décide l'arrêt de 1857".

⁽¹⁹⁹⁾ v. [anonyme], note sous Cass. civ., 22 décembre 1845, *DP* 1846.1.5 : "Malgré la juste anxiété que répand l'incertitude de la jurisprudence dans des questions aussi graves que sont les questions d'état, on se félicite cependant de voir la cour suprême abandonner l'opinion qu'elle n'avait émise qu'après hésitation et partage".

une situation plus incertaine, permet à l'agriculture de se développer, alors que "d'un autre côté, la sécurité dans les rapports du métayer et du maître, chose excellente en soi, favorise cependant l'esprit de routine trop naturel au paysan ; elle le maintient dans un état d'immobilité nuisible à son bien-être, nuisible aussi à l'agriculture ⁽²⁰⁰⁾". La parabole peut paraître audacieuse mais elle traduit assez bien l'esprit et le sens de la revendication de certitudes par les auteurs du XIX^{ème} siècle. L'incertitude remplit sa part de contribution au progrès et l'exposé controversiste participe de la connaissance du droit. Aussi bien chez les auteurs de traités que chez les arrêtistes. Si aujourd'hui, et c'est heureux, la doctrine utilise encore ce genre pour affirmer que la controverse est close ou pour la relever de son tombeau, la proportion des exposés controversistes par rapport aux exposés dogmatiques est considérablement plus faible. Elle est même presque inexistante dans les manuels ⁽²⁰¹⁾ alors que, dans les anciens traités, Demolombe ou Marcadé s'en prenaient directement aux écrits de leurs maîtres. À ne lire que Troplong, on a le sentiment très vif que Duvergier, continuateur de Toullier, n'avait rien entendu de la vileté du prix ⁽²⁰²⁾. Pont malmène les opinions de Troplong, à propos de l'interprétation des articles 2093 et 2094 du Code civil, pour conclure que sa "doctrine n'a pas prévalu et (...) qu'elle ne devait pas prévaloir ⁽²⁰³⁾". Cela n'est pas qu'une affaire de style. La polémique n'est pas recherchée si elle ne sert pas les convictions défendues. Il y a au-delà de la forme, la conscience de peser sur l'évolution des solutions. Quand Labbé s'interroge sur le fait de savoir si "une société civile peut se constituer en société anonyme ou si ses statuts peuvent borner la responsabilité de ses membres envers les créanciers sociaux à la perte de leurs mises ⁽²⁰⁴⁾", il ne manque pas d'introduire le débat en remarquant que la question était "vivement agitée entre les jurisconsultes", et bien qu'elle ait reçu dans l'arrêt commenté "une solution conforme à la jurisprudence dominante, elle reste susceptible (...) de vigoureuses critiques". La présentation des problèmes juridiques suit un canevas rarement

⁽²⁰⁰⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, De l'échange et du louage, tome 1, préface précitée, p.XCVII.

⁽²⁰¹⁾ Ph. JESTAZ, "Déclin de la doctrine ?", *Droits-20*, p.91.

⁽²⁰²⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, De l'échange et du louage, tome 1, précité, p.60-64 ; pour une défense de Duvergier contre les attaques incessantes de Troplong, voir CHENU, "Éloge de Duvergier", *Discours prononcé à la rentrée de la conférence des Avocats le 29 novembre 1880*, in *Mélanges de Jurisconsultes modernes*, Bibl. universitaire d'Aix-en-Provence, cote 36106.

⁽²⁰³⁾ V.-N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Des privilèges et des hypothèques, Paris, Cotillon, par P. PONT, 1856, p.14.

⁽²⁰⁴⁾ J.-E. LABBE, note sous Cass. req. 21 février 1883, S. 1884.1.361.

abandonné. Premièrement, la question est posée. Elle est, deuxièmement, annoncée controversée. Troisièmement, elle est illustrée de décisions constantes ou d'opinions autorisées, pour être, quatrièmement, contredite. La rhétorique utilisée est sur ce point très classique. Elle permet aux auteurs entrés en dissidence de développer un rapport dialogique pour s'opposer à une jurisprudence fixée. La doctrine défend parfois une solution différente ⁽²⁰⁵⁾ ou, à solution identique, un raisonnement distinct ⁽²⁰⁶⁾. La présence de ces notes controversistes donne à l'image doctrinale de la jurisprudence une teinte particulière.

En dehors d'une déférence pour la fonction des hauts magistrats, les auteurs défendent leurs thèses, celles qu'ils considèrent les plus vraies. Loin d'être suivistes, les grands arrêtistes se félicitent d'avoir été suivis ou invitent les juridictions à le faire. C'est la doctrine qui montre la voie. Lorsqu'un auteur est minoritaire, que sa thèse est dissidente, il n'hésite pas à faire savoir que l'opinion adverse est fautive. L'image doctrinale de la Cour de cassation est alors fonction des questions pratiques. Les auteurs ne sont jamais en désaccord sur tout, ni n'approuvent toujours les conséquences d'une solution. La Cour de cassation reçoit les critiques doctrinales, comme la doctrine intègre la constance ou les hésitations jurisprudentielles. Les deux autorités échangent et dialoguent. Il est bien nécessaire de dissocier les rapports particuliers que chaque auteur entretient avec la Cour de cassation pour les questions qui lui tiennent à coeur, des considérations générales sur l'ordre juridique qu'il sera amené à livrer. L'image doctrinale de la Cour de cassation ne se réduit pas à des généralités et le passage vers le XX^{ème} ne s'est pas fait en 1899 ⁽²⁰⁷⁾.

35. Charnière - La dernière période du XIX^{ème} siècle que Bonnacase appelle celle du "déclin de l'exégèse" ⁽²⁰⁸⁾ est une époque de transition. L'oeuvre de Baudry-Lacantinerie, selon M. le doyen Carbonnier, emmène la doctrine vers le XX^{ème} siècle ⁽²⁰⁹⁾. Transition du contenu des pouvoirs des autorités, transition des pratiques d'écritures et des objets intellectuels de la doctrine. À la suite immédiate des auteurs un peu plus anciens emmenés par Labbé, la

⁽²⁰⁵⁾ Ch. BEUDANT, note sous Cass. civ., 16 novembre 1868, *DP* 1869.1.73.

⁽²⁰⁶⁾ A. ESMEIN, note sous Cass. req., 12 juin 1884, *S.* 1884.1.257.

⁽²⁰⁷⁾ Comp. Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, n°16, p.23 et l'idée que l'ouvrage du doyen Gény, "a sonné le glas de l'exégèse".

⁽²⁰⁸⁾ J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 1, Bordeaux, Delmas, 1933, p.296 s.

⁽²⁰⁹⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25^{ème} éd., 1997, précité, [152], p.268.

note de jurisprudence va prendre une place plus importante dans les revues. On trouvait aussi jusqu'alors dans les revues des analyses, des commentaires, des dissertations, mais on rencontrait principalement des arrêts, des rapports de conseillers, et pour la doctrine de sommaires observations non signées. Les notes d'auteurs étaient somme toute minoritaires ; elles le resteront encore cependant, jusqu'à ce que la forme de la publication change. Pendant le XIX^{ème} siècle, les principales revues qui publient les arrêts de la Cour de cassation, *Recueil Dalloz* et *Sirey*, disposèrent les commentaires en bas de page et en parallèle avec la décision. Au XX^{ème} siècle, les commentaires seront disposés à la suite de l'arrêt. C'est un signe difficile à interpréter qui montre un retrait apparent de la doctrine et sa traduction d'un point de vue éditorial. C'est un basculement de la doctrine vers une attitude qui va tenir pour normative l'autorité juridictionnelle de la Cour de cassation ⁽²¹⁰⁾.

36. Autorité normative ? - Dans les années 1880-1890, il faut avouer que le pouvoir normatif accordé à la jurisprudence est bien timide. L'idée d'Aubry et Rau domine nettement que si "la jurisprudence a puissamment contribué aux progrès de la science du droit (...), quelle que soit l'autorité qui s'y attache, et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, elle ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux. Si l'intérêt général demande que le juge ne s'écarte pas, sans graves motifs, des solutions consacrées par la jurisprudence, il est cependant de son devoir de ne pas se laisser arrêter par des précédents dont la doctrine ou l'expérience lui aurait démontré l'erreur ou les inconvénients ⁽²¹¹⁾". Tout comme la raison d'être de la loi peut être affectée par le temps, une interprétation ou une solution peuvent même souffrir de leur permanence. L'inclination de la doctrine de la fin du XIX^{ème} siècle à rénover le dogme de la loi entraîne également une défiance à l'égard des précédents (devenus brocards) trop rigide appliqués. G. Démante manifeste cette réticence à tenir pour acquise une interprétation toujours répétée en doctrine. A propos de l'application du principe selon lequel "l'effet déclaratif n'est attaché qu'aux partages qui font cesser complètement l'indivision entre tous les ayants droit", l'auteur met en garde l'interprète et l'invite au discernement ; il n'empêche

⁽²¹⁰⁾ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.107 s.; C. ATIAS, "L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé", *JCP* 1984.I.3145.

⁽²¹¹⁾ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, tome 1, 5^{ème} éd., 1897, par RAU et FALCIMAIGNE, n°39 bis, p.192.

pas l'efficacité d'un partage partiel en nature, lotissant un ou plusieurs des cohéritiers, alors même que les autres demeurent entre eux dans l'indivision. La méfiance de l'auteur concerne cette façon de répéter un principe devenu *tralatice* depuis cinquante ans. S'il reconnaît cependant l'autorité des précédents, ce n'est qu'à la condition "que le principe s'impose absolument dans la pratique" et il ajoute en guise de conclusion critique : "je souhaite du moins qu'on en modifie la formulation. Avec la formule usitée, il semble qu'il y ait une contradiction dans les termes, et il faut un grand effort d'esprit pour admettre comme une simple limitation du principe une proposition qui, à première vue, paraît en être la négation directe ⁽²¹²⁾". Devant le vieillissement prétendu des codes, il y a les auteurs qui souhaitent l'intervention du législateur et ceux qui estiment la jurisprudence suffisamment mûre pour prendre en mains les réformes espérées. Les deux tendances remporteront chacune des succès. Mais la diversification des matières, la spécification des branches du droit vont faire que le législateur va s'avérer incapable de poser des normes générales dans la totalité des domaines du droit. C'est par là, aidée par la doctrine universitaire, que la Cour de cassation va combler les défaillances de la loi positive et prendre en charge ses mutations en posant des arrêts de principe. La doctrine va ainsi se situer en retrait de la Cour de cassation.

37. Une position de retrait apparent - Cette nouvelle situation de la doctrine va sans doute conduire à la construction des théories de la cause en droit des contrats ou de la responsabilité du fait des choses pour leur consécration par la jurisprudence devenue source de droit, mais la doctrine et la jurisprudence du XIX^{ème} siècle n'avaient-elles pas des constructions doctrinales à mettre à leur actif ? La sanction des donations déguisées, l'étendue donnée à la notion d'inexistence ou l'avènement de l'action *de in rem verso* montrent que l'influence des auteurs fut constructive et que les exposés dogmatiques ou controversistes ne furent pas stériles. Mais il est vrai que les premières ébauches prétoriques de la responsabilité générale du fait des choses ont donné aux théories doctrinales un retentissement plus important. Dans les années 1890, cette dernière question oppose vivement les auteurs, dont Saleilles, Josserand et Planiol. Leurs opinions sont divergentes, la jurisprudence est également partagée, mais une idée paraît acquise par tous,

⁽²¹²⁾ G. DEMANTE, note sous Cass. civ., 23 avril 1884, S. 1884.1.209.

c'est le pouvoir de l'autorité juridictionnelle de peser sur la réforme du droit civil. Certes, la jurisprudence n'est pas considérée comme source du droit mais le débat sur l'autorité coutumière de la norme prétorienne occupe une place importante dans le traitement des questions techniques. Pour convaincre son lecteur du mouvement historique qui amènera la Cour de cassation à adopter bientôt un système de responsabilité générale du fait des choses, Saleilles utilise la rhétorique de solution unique. "Logiquement, il n'y a plus qu'un système possible, susceptible de s'adapter avec la réalité des faits et l'évolution du droit, c'est celui de la responsabilité par le fait des choses : c'est le domaine nouveau, particulièrement large et élastique, où viendra prendre place la théorie du risque professionnel. Pour le moment, constatons seulement le premier pas fait dans cette voie. Il est encore bien timide mais la logique juridique ne manquera pas de faire produire au système toutes ses conséquences ⁽²¹³⁾".

Il y a dans cette phrase tout une conception du rôle de la doctrine et de son relais normatif, la Cour de cassation. L'histoire des faits sociaux conduit le savoir juridique à s'adapter et à concevoir des systèmes appropriés que la Cour de cassation appliquera. L'inévitable écoulement du temps doit inviter les acteurs de la vie juridique à anticiper sur le cours des événements pour qu'ils tirent des prémisses d'une évolution les conséquences probables à terme. Qui, mieux que personne, est capable de définir le futur juridique ? La logique juridique. Saleilles efface la doctrine au profit de la logique. La neutralité de la doctrine commence ainsi à poindre sous cet artifice argumentatif. Le savoir juridique sera "objectif" en taisant le rôle de la doctrine, et bien qu'il soit sous-entendu que les acteurs de la vie économique devront s'intéresser aux nouvelles méthodes juridiques pour comprendre les temps à venir, cette rhétorique fait du droit un savoir indépendant formellement du sujet doctrinal. Le contenu des normes prétoriennes, lui, est naturellement issu, en toute neutralité, de l'interprétation scientifique. Dans le même sens, Planiol compare la doctrine à l'opinion publique et se situe loin, comme en retrait. "La doctrine joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique, et ce rôle est considérable ; c'est elle qui donne l'orientation ; elle prépare de loin beaucoup de changements de législation et

⁽²¹³⁾ R. SALEILLES, note sous Cass. civ., 16 juin 1896, *DP* 1897.1.433, spéc. p.437, 1ère col. ; voir également, L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, p.66 et s.

de jurisprudence, par l'influence de l'enseignement ⁽²¹⁴⁾". Cet accord sur le rôle et le pouvoir de la doctrine n'empêche pas ces deux auteurs d'avoir de profondes divergences sur la question de l'interprétation de l'article 1384 du Code civil. Quelques années plus tard, alors que la Cour de cassation n'aura pas tiré, à l'invitation de Saleilles, les conséquences inévitables qu'imposait la logique juridique, Planiol se félicitera de la "condamnation de l'opinion nouvelle qui veut rendre le propriétaire responsable en sa seule qualité ⁽²¹⁵⁾".

38 La transition - L'image doctrinale de la Cour de cassation est clairement en mutation à partir des années 1880. Selon Charles Beudant, "c'est par la jurisprudence que les controverses juridiques sont résolues, que l'accord se fait peu à peu et que les lacunes de la législation sont comblées. On est amené à discuter les précédents de la pratique judiciaire comme on discute les textes ; il n'y a pas de discussion juridique sans examen des arrêts intervenus sur la question. Les arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation ne sont pas des lois ; mais ils ont une autorité doctrinale considérable ; ils fixent la jurisprudence et équivalent presque à des lois" ⁽²¹⁶⁾. Quand Gény écrira sa *Méthode d'interprétation*, la transition sera mûre pour que la doctrine fasse mine d'oublier l'enseignement de ses prédécesseurs et se donne à la neutralité scientifique des sources du droit.

CHAPITRE 2

Le temps de la neutralité de la doctrine

39. Science, spécialité et neutralité - L'éclatement du droit commun et la diversification des branches du droit privé conduisent la doctrine à se spécialiser. Le vingtième siècle aura la prétention d'être "scientifiquement

⁽²¹⁴⁾ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, Paris, Pichon, 5ème éd., 1908, p.47, n°127. L'auteur ajoute : "Même quand elle est fixée, la doctrine ne constitue pas une source du droit comme la jurisprudence, parce que les commentateurs ne possèdent aucun pouvoir de contrainte. Cependant, c'est dans leurs livres, c'est par leur enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et que l'on appelle *tradition*".

⁽²¹⁵⁾ M. PLANIOL, note sous Cass. req., 25 mars 1908, *DP* 1909.1.73.

⁽²¹⁶⁾ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome 1, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil*, 1896, précité, n°114, p.121 ; *adde* C. JAMIN, "L'oubli et la science.", *RTD civ.* 1994, p.815.

objectif". La prétention théorique à épurer les concepts juridiques de leur contenu religieux, moral ou politique, se traduit pour la doctrine de droit privé par une propension à neutraliser son propre discours. Elle délaisse le discours controversiste et ouvertement prescriptif au profit d'une rhétorique descriptive. Cela est d'autant plus sensible que le discours doctrinal véhicule le désir de stabilité et de permanence des institutions et des solutions à travers la constatation de l'unité du droit ⁽²¹⁷⁾. Mais le monde change ; la loi est réformée ; le champ de l'unité des solutions se réduit. Le droit éclate en branches. Les juristes deviennent spécialistes. Oscillant entre le désir d'unification du droit privé par la jurisprudence et celui d'une remise en ordre des solutions par la loi, les juristes du XXème siècle vont rénover les méthodes de la science du droit (Section 1) pour ensuite réinventer, un temps, l'intention du législateur (Section 2)

Section 1

La rénovation des méthodes par la scission des interprètes

40. Les transformations de la science du droit - Les arrétistes du XIXème siècle se plaçaient volontiers dans un rapport d'égalité avec l'interprète juridictionnel face à la loi. Pour critiquer, les juristes de ce début de siècle installent l'énoncé juridictionnel sur les hauteurs du "pouvoir normatif de la jurisprudence". En concédant au juge un pouvoir jurislafif, les théoriciens du droit s'octroient le pouvoir d'apprécier le travail des juges ; ils construisent un point de vue externe, pur et neutre. L'École de l'exégèse était servile, l'École nouvelle sera libre. Toujours suivant le projet de la nouvelle école, on s'interroge pour comprendre le rôle de la Cour de cassation. Des thèses et leurs théories doctrinales participent à la construction de ce nouveau rapport entre les différents interprètes, entre les sources formelles et les sources informelles ⁽²¹⁸⁾. Elles permettent d'établir les canons de l'appréciation et de la critique doctrinale autour du rôle unificateur de la Cour de cassation. Il lui appartient "d'assurer l'unité et la fixité de la jurisprudence en France, d'apporter dans la mesure du possible un point final à ces divergences et

⁽²¹⁷⁾ J. LEFORT, "De la jurisprudence et de son rôle", *Rev. gén. du droit*, 1905, p.63.

⁽²¹⁸⁾ J. CHARMONT, "Les sources du droit positif à l'époque actuelle", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1906, p.117.

oppositions ⁽²¹⁹⁾". Il faut trouver l'exacte interprétation car "faussement interpréter la loi, c'est donner à cette loi un sens autre que son sens véritable, c'est lui faire produire des conséquences qu'elle ne doit pas produire ⁽²²⁰⁾".

Chose curieuse, pour déterminer ces canons de l'unité et pour les justifier, les auteurs n'hésitent pas à s'appuyer sur les orateurs de la Révolution ⁽²²¹⁾. Le déplacement des préoccupations des juristes vers une réflexion théorique et méthodologique est sensible, leurs efforts sont louables mais les résultats sont inégaux. De l'aveu même du doyen Gény, "ces études manquent de la base philosophique indispensable, et, si elles offrent quelques vues intéressantes, elles n'ont pu aller au fond des choses, ni résoudre les problèmes capitaux ⁽²²²⁾". Le virage devait venir de l'activité théorique, il viendra de l'activité technique ⁽²²³⁾.

41. L'activité d'analyse technique - "La jurisprudence est la matière première sur laquelle doivent travailler l'écrivain et le professeur ⁽²²⁴⁾". L'étude des procédés techniques de la jurisprudence permettra de mettre au jour le jeu des mouvements de l'ordre juridique. Conçu comme une structure historique en mutation, finalisée ou non, le droit doit désormais se comprendre et s'expliquer par ses changements. Le droit positif figé et dogmatique n'est pas réellement l'enjeu de ce débat, parce qu'il n'existe déjà plus. Éclairer l'acquis, enregistrer le présent et préparer l'avenir ⁽²²⁵⁾, telles sont les trois tâches de la doctrine. En reconnaissant à la jurisprudence un rang supérieur à l'énoncé législatif, devenue la seule "*loi réelle et positive* ⁽²²⁶⁾", en modifiant donc la situation d'égalité des interprètes devant la référence qui avait persisté, la doctrine se place en retrait de la Cour de cassation. Pour mieux la contrôler.

⁽²¹⁹⁾ Ch. DUBIE, *Essai sur la technique des conflits de jurisprudence en droit civil, avec études de cas d'espèce*, Thèse Toulouse, 1932, p.11.

⁽²²⁰⁾ J. JOLY, *De la loi dont la violation peut constituer un moyen de cassation en matière civile*, Thèse Nancy, 1903, p.117.

⁽²²¹⁾ v. par exemple, L. BONNECASE, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir en matière civile*, Thèse Toulouse, 1909, p.15 ; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse Toulouse, 1929, p.206.

⁽²²²⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.14 note ⁽¹⁾ à propos des thèses de MICESCOU, *Essai sur la technique juridique*, Paris, 1911 et CONDOMINE, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, Lyon, 1912.

⁽²²³⁾ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, précité, n°4, p.14-15.

⁽²²⁴⁾ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, tome I, Paris, Sirey, 2ème éd., 1932, n°94, p.66 à propos des orientations nouvelles de la doctrine.

⁽²²⁵⁾ A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.12.

⁽²²⁶⁾ RIPERT rejoindra parfaitement Esmein sur ce point : "La loi (...) échappe pendant sa vie à la domination de son créateur ; (...) si elle guide le juge, elle pénètre dans le milieu juridique par le pouvoir judiciaire chargé de l'appliquer et de la faire vivre", *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1955, n°165.

La Cour de cassation devenue interprète autorisé est dépouillée de son pouvoir doctrinal, de sorte que c'est la doctrine qui s'arroge la science du droit. L'École de la libre recherche et ses auteurs parviennent à modifier la teneur du travail du juriste. Adeptes de la méthode historique, Adhémar Esmein ne cache pas que ce changement d'attitude méthodologique a pour but d'assurer à la doctrine le premier rang des interprètes. Si "les tribunaux ... fournissent et taillent les matériaux", ils ne sont pas chargés de "construire l'édifice ⁽²²⁷⁾". C'est une quête du pouvoir qui s'annonce, autant que l'édification d'une philosophie politique de la doctrine. La lutte pour la jurisprudence est aussi une lutte contre le législateur. Si ce n'était pas inhérent aux déclarations d'Adhémar Esmein et des rénovateurs, cela le deviendra avec la radicalisation du discours doctrinal de Georges Ripert. Les cinquante premières années du vingtième siècle se diviseront selon les sillons tracés par deux de ses plus grands auteurs. Ce fut avec François Gény que l'on affirma le renoncement au dogme de la loi ; ce fut avec Georges Ripert que l'on consacra le culte du précédent.

PARAGRAPHE 1. LE RENONCEMENT AU DOGME DE LA LOI : LE TEMPS DE GENY.

42. Rénovations du droit naturel et réflexions positivistes - Les exégètes auraient trahi l'esprit du code. La science du droit du XXème siècle aura pour tâche de le régénérer. J. Bonnetant décrit l'École de l'exégèse comme une réaction à la philosophie du Code Napoléon. Alors que Portalis situait résolument le Code dans une perspective pluraliste, "en ce sens qu'elle admettait comme sources réelles des règles de droit un élément expérimental et un élément rationnel, la doctrine de l'exégèse a été, elle, résolument moniste, puisqu'elle a refusé en somme toute action effective sur la vie juridique à la notion de droit ou de droit naturel. Elle n'a voulu connaître que le droit positif et elle s'est située à cet égard dans le cadre de l'ordre étatique (...) La conception de l'École de l'exégèse évoque de la sorte par avance le système moniste du professeur Kelsen ⁽²²⁸⁾". Ce parallèle entre le normativisme

⁽²²⁷⁾ A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.15.

⁽²²⁸⁾ J. BONNETANT, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, tome 2, Bordeaux, Delmas, 1933, p.200-201, n°375. La même assimilation entre Kelsen et l'Exégèse se retrouve chez P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1946, p.271.

et l'École de l'exégèse permet à Bonnacase d'argumenter pour la rénovation du droit naturel contre les tentations positivistes. Elles ont déjà gagné le droit public ; la doctrine de droit privé doit se montrer vigilante et préserver son savoir. En présentant ainsi les théories positivistes comme dévoiement de la connaissance juridique, de la même manière que l'exégèse fut une perversion de la philosophie de Portalis, Bonnacase résume l'histoire de la doctrine à une tension entre les philosophies essentialistes et un mauvais légalisme, entre une philosophie de l'expérience et de l'*auctoritas*, et la prosternation devant le culte de la loi et de la *potestas*. Mais au-delà des considérations traçant à gros traits cette description, il faut s'interroger sur les mobiles de Bonnacase et en expliquer les contradictions.

43. La recherche de la vérité - Il est bien difficile de comprendre pourquoi les auteurs du XXème siècle ont rejeté en bloc et à ce point leurs prédécesseurs. Pour stigmatiser Marcadé, qu'il tient cependant en haute estime, Bonnacase en dénonce les écrits polémiques et, en fin de compte, stériles. Il souligne que les emportements doctrinaux dont il était coutumier, étaient la manifestation de son culte de la vérité. Emporté par sa foi, Marcadé ne cessera de relever et discuter les erreurs de ses contemporains ⁽²²⁹⁾, de sorte que l'ensemble de son oeuvre en sera affecté. Plus loin, pour louer la méthode et l'enseignement de Thaller, Bonnacase relève que ce dernier "empoignait les questions d'actualité (...) pour les ramener à leurs données essentielles et les résoudre par l'application des principes fondamentaux du droit". Le maître était pris "par le jeu de la passion d'enseigner et d'apprendre aux autres à persévérer dans la voie de la découverte scientifique, la recherche de ses applications, le culte du vrai et du juste". Bien mince est finalement la différence.

L'ambiguïté du discours de Bonnacase consiste à reconnaître à l'un les qualités qu'il nie à l'autre et à mettre entre parenthèses la "période de l'exégèse" en déniaut toute pertinence à la pensée juridique de cette époque, à l'exception d'Aubry et Rau, de *La Thémis* et de quelques autres ⁽²³⁰⁾, pour ensuite expliquer la continuité du processus de formation du savoir juridique. Ce raisonnement qui évince plus de la moitié du XIXème siècle conduit à lier la science du droit du XXème aux discours préparatoires du Code civil et à l'oeuvre philosophique de Portalis. L'année 1804 symbolise l'incontournable

⁽²²⁹⁾ J. BONNECASE, *La pensée juridique française...*, tome 1, précité, p.335.

⁽²³⁰⁾ Charles Beudant est lui aussi épargné : "Bien que de la génération des exégètes, il a contribué à réveiller les énergies assoupies". v. J. BONNECASE, *La pensée juridique française...*, tome 1, précité, p.398-401.

point de départ d'une pensée juridique authentiquement française et véritablement moderne. Dans sa description historique, le culte n'est pas rendu au législateur mais l'esprit du Code et sa valeur philosophique ont tracé pour l'avenir un chemin que la libre recherche tâchera de retrouver ⁽²³¹⁾. Cette distorsion permet de critiquer les exégètes et d'affirmer sans paradoxe le désir de la doctrine contemporaine de redonner au droit et à la jurisprudence le souffle que le premier législateur lui avait insufflé. Revenir à la nature. "Même si l'on admet que le Droit est une science purement expérimentale, il faut reconnaître que la recherche de la nature juridique des institutions est pour lui une tâche inéluctable ⁽²³²⁾".

Dans un autre registre, plus acerbe cependant, Edouard Lambert décrit les méthodes étroites et mesquines de "l'École des interprètes du Code civil", "leur mépris absolu et leur ignorance systématique de la pratique extrajudiciaire ⁽²³³⁾". Ce n'est pas la nature des choses qui guidera Lambert mais la volonté de découvrir les instruments permanents du droit à travers les sciences sociales comparées.

Une explication de cette curée scientifique ne se trouverait ni dans le renouvellement des questions de droit, ni dans la rénovation des codes, mais dans le contenant du savoir juridique. La formation des juristes a changé et au XXème siècle, "l'exégèse ne convient plus à des juristes dont la culture et la formation ne sont plus celles des Demolombe, Marcadé, Troplong ... C'est l'interprétation qu'il faut rajeunir" ⁽²³⁴⁾. L'évolution des techniques, la

⁽²³¹⁾ "L'École de la libre recherche scientifique" en France et le "mouvement du droit libre (*Freirecht Bewegung*)" emmenés par H. Kantorowicz, E. Zitelmann, G. Radbruch en Allemagne connaissent des développements parallèles et une réelle communauté de pensée, mais il est difficile de déterminer les influences réciproques de ces deux mouvements d'idées. Néanmoins, initiateur de l'École française et connaisseur du mouvement allemand, Gény rédige dans l'épilogue de la deuxième édition de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de 1919 un chapitre consacré au "mouvement du "freies Recht" (libre droit) dans les pays austro-allemands" (tome 2, n°205 s., p.330 s.). On y devine que les oeuvres des auteurs allemands séduisent Gény, mais celles-ci ne sont pas déterminantes de sa pensée déjà solidement établie. Voir également G. FASSO, *Histoire de la philosophie du droit, XIXème et XXème siècles*, trad. par C. Rouffet, Paris, LGDJ, 1974, p.155.

⁽²³²⁾ J. BONNECASE, "Science et tradition en droit civil. A propos de la thèse de doctorat de M. J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*", tel que cité par C. ATIAS, "Métamorphoses de la réalité juridique", *Corps écrit* 26, La métamorphose, Juin 1988, p.30-31.

⁽²³³⁾ E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, *La fonction du droit civil comparé*, Les conceptions étroites ou unilatérales, Paris, Giard et Brière, 1903, p.819. "Cet injustifiable dédain est la raison d'être d'un des défauts les plus apparents que présentent toutes les productions de cette école, qui décrivent avec minutie celles-là mêmes des pièces accessoires du mécanisme juridique de 1804 qui, depuis longtemps sont hors d'usage".

⁽²³⁴⁾ C. ATIAS, "Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.235.

naissance des sciences sociales, la diffusion de l'épistémologie contribuent à ce que des auteurs s'appuient sur des savoirs renouvelés. La théologie chrétienne ne fournit plus seule les méthodes d'interprétation et, en tout état de cause, l'herméneutique du XXème siècle intègre les pensées scientifiques et renouvelle son approche de la connaissance objective. Les théoriciens français se tournent vers la philosophie des sciences, l'ethnologie naissante ⁽²³⁵⁾, la sociologie, l'économie et les philosophies utilitaristes qui accompagnent le développement du capitalisme. Ils prétendent trouver dans ces nouvelles sciences les outils conceptuels d'une redéfinition de l'objet de leur savoir, mais loin de concevoir une *science du droit* au sens kelsénien, la définition qu'ils donneront de l'objet droit sera ontologique. L'oeuvre du doyen Gény en sera le modèle.

44. Gény le rénovateur - Pour présenter l'homme et l'oeuvre, il ne suffirait pas d'une thèse tout entière ⁽²³⁶⁾. L'idée est en fait de rendre compte du regard que ce grand auteur portait sur la rénovation méthodologique de la fin du XIXème siècle de façon à dissiper un certain nombre de malentendus. Dans les "*Études Ripert*", Gény publie un article intitulé "L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française ⁽²³⁷⁾" et en quelques pages, retrace trois-quarts de siècle d'histoire de la doctrine. La méthode d'interprétation des lois enseignée alors qu'il n'était encore qu'étudiant, était faite de "procédés étriqués et stériles" et les traités des grands auteurs n'étaient pas véritablement accessibles aux débutants. C'est là une remarque qui nous paraît importante. La conviction de Gény selon laquelle il faut changer de méthode, s'appuierait sur une insatisfaction d'étudiant. Peut-être est-ce là grossir le trait, mais comparant les *Répétitions écrites* de F. Murlon, ouvrage rudimentaire, au *Cours de Code civil* de Demolombe ou *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau, il dissocie deux doctrines. La doctrine des débutants et celle des initiés.

L'ambition de Gény aura-t-elle consisté à rendre la théorie accessible aux débutants ? Sans conteste. Son but était de convaincre les auteurs de regarder au-delà d'un monde juridique prétendument clos. Mais les raisonnements des

⁽²³⁵⁾ Les oeuvres d'H. SUMNER-MAINE sont abondamment utilisées par E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, précité, p.219.

⁽²³⁶⁾ P. KAYSER, "François GENY, le Professeur et l'Homme", in *Le centenaire de François Gény*, Paris, Dalloz, 1963, p.1 ; M. TOUTSAKOVITCH, *Élaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény*, Thèse Paris, 1939.

⁽²³⁷⁾ F. GENY, "L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française", in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p.3.

grands auteurs du XIX^{ème} siècle étaient-ils aussi abscons et stériles que le laissera entendre l'École de la libre recherche scientifique ? C'est très douteux. Des supports différents de la connaissance juridique coexistent, chacun ayant une vocation plus ou moins théorique. L'augmentation et la diversification des supports de diffusion des données juridiques seront-elles un signe de la meilleure qualité des raisonnements ? C'est encore plus douteux. Mieux vaut organiser que compiler.

D'une manière analogue à ce qu'avaient fait les auteurs du XVIII^{ème} siècle, Gény va tenter de réorganiser la science du droit français. La doctrine est plus que jamais hétérogène et, à cette époque, commencent véritablement à se faire sentir les influences des philosophies positivistes - Roguin, par exemple, se réclame de John Austin et publiera en 1923 une *Science juridique pure* ⁽²³⁸⁾, Duguit cite abondamment Comte et se réclame de Durkheim ⁽²³⁹⁾ et Marty s'appuiera sur Cournot ⁽²⁴⁰⁾. Gény n'est d'ailleurs pas étranger à cela. Loin d'adhérer à toutes ces théories nouvelles, il n'a de cesse de les présenter pour en juger la pertinence de sorte que grâce à la large diffusion de ces ouvrages, ce sera l'ensemble de la philosophie des sciences qui se révélera à la communauté des juristes. Cela lui sera du reste reproché au titre d'un éclectisme incohérent ⁽²⁴¹⁾. Curieusement, Leibniz et Gény auront essuyé les mêmes critiques et leurs démarches philosophiques auront finalement été assez proches. Pour chacun, la remise en ordre du droit prendra la forme d'une rénovation du droit naturel ⁽²⁴²⁾.

45. Le "donné" et le "construit" - Le renouveau que Gény propose au-delà de l'abandon du culte du législateur infaillible et omniscient est sans aucun doute une théorie naturaliste. Il l'affirme et le revendique ⁽²⁴³⁾. Mais la perspective

⁽²³⁸⁾ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, tome 1, préface précitée, p.IX citant J. AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, trad. française, *La philosophie de l'ordre positif*, M. G. Henry éd., 1894.

⁽²³⁹⁾ notamment L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912, p.13-14 et p.29 ; D. SALAS, "Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou", in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p.196 ; voir également l'analyse faite par F. GENY de la pensée de L. Duguit, *Science et Technique en droit privé positif*, tome II, précité, p.190 et s., n°115 et s.

⁽²⁴⁰⁾ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, précité, p.200.

⁽²⁴¹⁾ F. TERRE, "En relisant Gény", *APD* 1961, p.125 ; M. VILLEY, "F. Gény et la renaissance du droit naturel", in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p.137. M. Villey faisait observer l'aspect trop éclectique de ses inspirations et, tout en louant les efforts accomplis en faveur de la renaissance du droit naturel par l'auteur de *Méthode d'interprétation et sources*, il ne manquait d'en constater l'échec.

⁽²⁴²⁾ J.-L. SOURIOUX, "La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XX^{ème} siècle", *RHFD* 1989, n°8, p.155.

⁽²⁴³⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2^{ème} éd., 1919, précité, n°160, p.93.

d'une recherche ontologique se dessine également sous l'influence des théories réalistes. La recherche de la vérité ne peut se satisfaire des contraintes fixées et figées tant par la loi positive, que par une quelconque attitude legaliste et Génny entend certainement libérer la doctrine non seulement de la loi obscure mais plus encore d'une attitude se satisfaisant d'énoncés méthodologiques non-empiriques. C'est en ce sens que se conjuguent unité et vérité. "L'idéal d'unité, de simplicité, d'immobilité vers lequel tend toute connaissance ne semble pouvoir être atteint qu'aux dépens de la vérité toujours essentiellement variée, complexe et mouvante ⁽²⁴⁴⁾". L'objectif de la libre recherche est d'accéder à la détermination d'un "droit commun, général par sa nature, subsidiaire par son office, qui supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement juridique". Et pour atteindre cet objectif, il s'agit de préciser le champ et la matière des investigations. "D'une part, interroger la raison et la conscience pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice ; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent. Telle est la double tâche à remplir, la seconde ayant sa base ferme dans ce qu'on peut appeler "la nature des choses positive", représentée par l'ensemble des conditions qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure ⁽²⁴⁵⁾". Le coeur de la thèse de Génny est là.

46. La nature des choses positive - À lui seul, ce concept transporte la réflexion sur l'ordre juridique d'une vision statique vers une approche dynamique et traduit bien l'évolution de la pensée juridique française. Les choses ont une double nature ⁽²⁴⁶⁾. Cela permet de concevoir des interprétations et des solutions pratiques, telles qu'il y ait un ajustement permanent de la norme au cas. Car il s'agit pour Génny de réfléchir sur la valeur normative du recours à la nature des choses. La nature des choses est de toute évidence, pour le juge, un élément décisif du choix de la solution pratique à dégager, ou pour le législateur, un guide infaillible de la règle à adopter. Mais la nature des choses a une part inconnaissable (ou indicible), de sorte que son indétermination,

⁽²⁴⁴⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.135.

⁽²⁴⁵⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, n°160, p.92.

⁽²⁴⁶⁾ comp. Ph. JESTAZ, "Amélioration du droit " l'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature "" , *RTD civ.* 1983, p.233.

certes seulement relative ⁽²⁴⁷⁾, pèse sur le raisonnement des juristes et ménage à l'arbitraire une part considérable. Le législateur étant incapable d'assumer seul cette indétermination de la nature des choses, il convient d'élaborer une théorie du droit qui permette à la fois de faire prospérer une réflexion ontologique, fondée sur la transmission d'un savoir donné par l'expérience passée, et d'élaborer pour le présent des principes méthodologiques capables d'expliquer les mutations à venir. Pour rendre compte de la modernité du droit naturel, Gény et Saleilles définissent un droit naturel à contenu variable ⁽²⁴⁸⁾, qui, sur une base irréductiblement naturaliste, permet de concevoir l'activité intellectuelle de construction et de rationalisation comme une participation de la doctrine à l'ordre juridique naturel futur. La véritable révolution consistera, en quelque sorte, en une tentative d'intégration des jeunes théories positivistes dans une philosophie de l'ordre juridique naturel. "Si l'on veut faire progresser l'élaboration du droit qui postule avant tout ordre et sécurité, il faut dissocier la matière juridique de la forme où elle est incorporée, pour assurer à chacun de ces éléments l'efficacité propre qu'il comporte. Ainsi nous apparaît la distinction du donné et du construit, de la science et de la technique, distinction qui n'est pas tant dans les choses que dans la volonté, oeuvre d'action plus que d'intelligence ⁽²⁴⁹⁾".

47. La permanence est un "donné" et le "construit" a vocation à durer ⁽²⁵⁰⁾ - Gény défend l'idée que la fonction du juge se limite à dire le droit, à l'appliquer, dans le cadre de cas individuels à traiter juridiquement. Il faut avoir un droit naturel pour s'opposer au pouvoir discrétionnaire. Ce droit naturel est alors conçu comme garde-fou mais tant son statut ontologique que son utilisation rhétorique dans la critique et les prescriptions doctrinales, sont au pouvoir de l'interprète doctrinal. La rénovation du droit naturel et son utilisation participent d'un point de vue épistémologique à la transformation du rôle de la doctrine. Cette rénovation consiste à déplacer le rapport d'égalité

⁽²⁴⁷⁾ comp. A. SERIAUX, *Le droit naturel*, Paris, PUF, 1993, p.59 à propos des règles sur la cession de créance : "Il existe dans le droit naturel quelque chose d'indéterminé. La raison humaine peut bien s'attacher en observant les choses, à découvrir ce qui est naturellement juste, il n'empêche que cette découverte demeurera fréquemment imprécise. Elle exprime en quelque sorte ce que les juristes appellent des *standards*, c'est-à-dire des règles générales à faible détermination (l'intérêt de l'enfant, le délai raisonnable, etc...). Toute la mission du droit positif consistera à parachever la démarche opérée en termes de droit naturel en fixant une mesure précise et concrète de ce qui est juste et de ce qui ne l'est pas".

⁽²⁴⁸⁾ R. SALEILLES, "École historique du droit et droit naturel", *RTD civ.* 1902, p.80.

⁽²⁴⁹⁾ F. GENY, "La relativité de la technique juridique", *RTD civ.* 1935, p.793.

⁽²⁵⁰⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome III, précité, n°182, p.16 (à propos de la technique).

des interprètes et des jurislatoeurs. La loi était au-dessus des interprètes sous l'École de l'exégèse, elle sera maintenant à égalité avec les énoncés normatifs des juridictions suprêmes. Pour lutter contre le dogme légaliste, la jurisprudence est assise en maître de la sécurité dynamique du droit, la fixité dans le mouvement, mais dans le même temps, le juge, libéré de la loi, siège dans un cadre argumentatif et interprétatif déterminé par la doctrine ⁽²⁵¹⁾. Autrement dit, l'École de la libre recherche, en érigeant la jurisprudence en " source du droit " s'assurait de renouveler son pouvoir de contrôle ; ou, pour résumer, alors que les exégètes étaient maîtres de l'interprétation de la loi par des voies plus controversées, les jurisconsultes de la *Revue trimestrielle de droit civil* vont s'assurer le contrôle de la jurisprudence et donc de l'interprétation de la loi, par l'exposé scientifique et rationnel.

48. La rénovation de l'objet de la science du droit - "L'effort accompli pour la renaissance du droit naturel a pour but de reconnaître et de délimiter un terrain commun d'entente à l'usage de tous ceux qui travaillent à faire du droit positif. Ceux qui font la loi ne peuvent la faire à leur guise, ils devront se conformer à des directions qui les dominent parce qu'elles surgissent de la nature même des choses. Et c'est également de ces directions communes que devront s'inspirer ceux qui commentent la loi ou qui l'appliquent et que déconcertent souvent ses lacunes ou ses obscurités ⁽²⁵²⁾". Cet effort est au demeurant commun à l'ensemble de la philosophie juridique : dégager le droit du fait.

Quand les thèses naturalistes tâchent de découvrir les constantes du droit par la voie d'une interprétation axiologique de la tradition et de l'histoire ⁽²⁵³⁾, les tenants des thèses normativistes, en particulier Kelsen, construisent un objet épuré. Mais Gény et Kelsen ont en théorie le même but : déterminer l'objet *droit*, l'objet de la science du droit ⁽²⁵⁴⁾. Les deux voies sont évidemment bien différentes, elles ont néanmoins en commun l'ambition d'établir une sorte d'objet minimal sur lequel tous les juristes pourraient s'entendre. Gény

⁽²⁵¹⁾ E. LAMBERT, "La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociale du droit", *Rev. gén. du droit*, 1904, p.166 s. et p.451 s.

⁽²⁵²⁾ P. CUCHE, *Conférences de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1928, p.9-10.

⁽²⁵³⁾ Ed. PICARD, *Les constantes du droit*, Paris, Flammarion, 1921 ; du même auteur, *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1899, p.8-10. L'ambition théorique de Picard était de découvrir l'ensemble des permanences abstraites du droit ; pour un point de vue sévère sur l'oeuvre de Picard, v. J. HAESERT, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1946, p.56-57.

⁽²⁵⁴⁾ C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, précité, p.100-101.

voit cet objet dans "l'irréductible droit naturel ⁽²⁵⁵⁾", Kelsen le construit de manière stipulative comme système hiérarchisé.

Au-delà de leurs divergences dans la façon de concevoir le monde juridique, chaque présentation a son image dans la thèse adverse. Pour GénY, la norme fondamentale sera dans une réinterprétation métaphysique de l'ordre juridique, ce droit naturel indicible ⁽²⁵⁶⁾. Et inversement on peut penser qu'il assignait à l'existence d'un droit naturel le statut d'un présupposé logique transcendantal, un statut identique à la norme fondamentale de Kelsen, quelque chose qui existe mais que l'on ne peut énoncer. C'est à la fois donné parce que l'on présuppose sa permanence et son immutabilité face aux modifications de l'ordre positif construit. Mais c'est aussi construit en tant qu'intuition linguistiquement énoncée. "Il n'est pas à méconnaître que le construit, oeuvre de volonté artificielle sinon arbitraire, arrive peu à peu à augmenter la somme du donné ⁽²⁵⁷⁾". Le construit s'incorpore au donné par l'expérience et la pratique du juste.

Cette double nature de la distinction sur laquelle repose l'oeuvre du doyen GénY n'est pas véritablement surprenante même si elle paraît parfois contradictoire. Sa conception de l'interprétation et son approche méthodologique se situent du point de vue de l'interprète dans une logique de la découverte, peu importe que les énoncés soient contradictoires si les contradictions sont relevées, peu importe les ambiguïtés si elles sont discutées. Les propositions de GénY sont soumises par l'auteur lui-même à la critique de ses pairs. Ce qui va manquer à l'oeuvre de GénY, c'est sans doute de n'avoir pas été comprise par ses contemporains comme une oeuvre d'épistémologie juridique sans autre prétention que d'inviter à la réflexion en excipant et traduisant les contradictions de la science juridique du début du XX^{ème} siècle ⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁵⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome II, Deuxième partie. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel), Paris, Sirey, 1915.

⁽²⁵⁶⁾ O. CAYLA, "L'indicible droit naturel de François GénY", *RHFD* 1988, n°6, p.103 ; comp. M. VILLEY, "F. GénY et la renaissance du droit naturel", in *Seize essais de philosophie du droit*, précité, p.135 : "GénY lui-même a fort bien vu que tout ce que l'on pouvait tirer de la "raison a priori" en fait de principe de droit naturel, c'était quelque chose d'extrêmement vague et d'incolore et de formel, et pratiquement informulable. Cette partie du droit naturel se réduit, GénY le reconnaît, à une simple "orientation", à un "minimum", mais un minimum tellement minimal qu'on voit mal en quoi il consiste".

⁽²⁵⁷⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.97 ; contra J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1935, p.22-28 : "En réalité, le droit est tout entier construit jusque dans sa matière".

⁽²⁵⁸⁾ E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.145 ; adde C. ATIAS, "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", *JCP* 1980.I.2999, n°7, "Pauvre GénY ! Le voici trahi une deuxième fois".

À l'heure où le positivisme kelsénien ne s'est pas encore imposé et que ses avatars critiques ne sont pas encore nés, la théorie juridique dominante est largement naturaliste, *l'esprit du droit romain* souffle sur la théorie du droit en Europe. L'oeuvre de Gény se situe à ce point de l'histoire du droit où la doctrine va adhérer confusément mais majoritairement à une perspective stipulative de l'ordre positif ⁽²⁵⁹⁾, plutôt qu'à une recherche ontologique. *Science et Technique* semble être une tentative de conciliation de ces deux perspectives qui va préparer en quelque sorte l'avènement des théories normativistes en France ⁽²⁶⁰⁾. En somme, la plus grosse faiblesse de la théorie de Gény n'est pas interne. Conçue tout à la fois comme un instrument et un objet de réflexion pour faire progresser le droit et la pensée juridique, pour identifier et étudier des modes de formation du droit qui ne soient que formels, elle sera reçue pour légitimer une pratique doctrinale, elle va contribuer plus qu'une autre à déplacer le culte de la loi vers le culte de la jurisprudence ⁽²⁶¹⁾.

49. La loi et les contraintes interprétatives - Il s'agit de ne pas se méprendre. En aucun cas, Gény ne prônera l'abandon de la loi comme guide des solutions. L'inflexion qu'il propose laisse le législateur maître de la destinée des lois positives ⁽²⁶²⁾, tout en l'invitant à imprimer aux règles nouvelles une vocation à durer. Ainsi, "en admettant comme une nécessité de fait, cette permanence du matériel légal, ne concevrait-on pas bien tout de même, que l'interprétation

⁽²⁵⁹⁾ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922 dont le doyen Gény mène l'examen approfondi : *Science et technique en droit privé positif*, tome IV, Quatrième partie. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et du droit positif.), Paris, Sirey, 1924, p.241 s. ; v. O. PFERSMANN, "Carré de Malberg et " la hiérarchie des normes """, in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, PUS, 1997, p.295.

⁽²⁶⁰⁾ C. ATIAS, "Philosophie du droit, les enjeux d'une fin de siècle", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.258. Mais des tentatives de construction normative de théories pures du droit sont antérieures à Kelsen ou Gény, voir E. ROGUIN, *Étude de science juridique pure, la règle de droit*, Lausanne, 1889.

⁽²⁶¹⁾ Rapp. J. D. BREDIN, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p.117 ; P. DUBOUCHET, *Sémiotique juridique*, précité, p.15. L'on notera néanmoins que le culte de la loi n'a pas cessé. Par exemple : "Dans l'absolu d'ailleurs il serait préférable, au nom des libertés, de priver les tribunaux de la moindre marge d'appréciation. Le principe même d'une interprétation judiciaire est en effet porteur du risque de déformation du sens de la loi. Malheureusement le phénomène est inévitable car la loi n'est jamais parfaite et le juge au demeurant a l'obligation de statuer en cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi", W. JEANDIDIER, *Jurisclasser Pénal*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, "Interprétation de la loi pénale", n°2.

⁽²⁶²⁾ Ce qui n'est pas le cas des propositions polémiques de A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.12 ; ni ne sera la position du doyen RIPERT qui fera du pouvoir normatif de la jurisprudence un outil doctrinal contre le pouvoir politique, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1949, n°15, p.25.

proprement dite, qui applique la loi au jour le jour, suivant les besoins d'une civilisation changeante, et au milieu d'un état social sans cesse en mouvement, dût s'inspirer des nécessités et des préoccupations du moment, plutôt que de tenir les yeux invariablement fixés sur les circonstances et les considérations, qui entouraient la naissance de la loi ? ⁽²⁶³⁾ L'auteur s'interroge. En fait, il est même réticent à une adaptation sans contrainte de l'interprétation juridique au mouvement social, preuve que la loi conserve sa vertu de fixité et de stabilité face à l'utilisation que pourraient en faire des juges maladroits ou trop prompts à satisfaire des considérations d'opportunité ⁽²⁶⁴⁾. Mais un juge guidé par les principes de la nouvelle méthodologie serait, lui, capable de fournir à ses innovations prétoriennes les caractères de stabilité et de sécurité que la règle requiert ⁽²⁶⁵⁾. Le rôle de la loi n'est pas nié mais il est déterminé par un rapport à l'autorité normative de la Cour de cassation et l'autorité scientifique de la doctrine ⁽²⁶⁶⁾. Si le législateur reste prépondérant pour assurer l'évolution institutionnelle du droit positif, il convient de ne pas faire les erreurs du passé qui avaient rivé l'interprétation à l'immobilité du texte ⁽²⁶⁷⁾. Et bien que la subsomption soit présentée par GénY comme le mode idéal de résolution des problèmes de droit, appliquée à la recherche du juste, le juge ne doit pas se satisfaire de la découverte de la règle applicable. Il doit encore s'efforcer de lui donner une consistance propre à saisir le réel. Il est donc soumis à trois contraintes formelles - l'autorité de la loi, l'autorité scientifique de la doctrine, l'autorité normative de la Cour de cassation - et à une contrainte psychologique abstraite qui lui permettra de ne pas s'égarer en de pures spéculations fantaisistes ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶³⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, p.240 s. ; adde H. BROCHER, "L'interprétation des codes", *Rev. gén. du droit*, 1907, p.55.

⁽²⁶⁴⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, p.287-307 critique contre le juge Magnaud ; adde C. ATIAS, "Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)", *RRJ* 1981-2, p.196 : "La méthode de François GénY rend, à l'interprète, sa liberté par rapport à la loi absente, silencieuse ou inutilisable. La libre recherche peut s'exercer hors des textes mais elle ne peut pas s'exercer dans n'importe quelle direction".

⁽²⁶⁵⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.270.

⁽²⁶⁶⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome IV, précité, p.34 s.

⁽²⁶⁷⁾ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1er, *Introduction, théorie générale des droits et des lois*, Bruxelles, Bruylant, 1933, p.17 ; "L'école de l'exégèse avait eu comme programme de raver le droit à l'immobilité du texte".

⁽²⁶⁸⁾ rapp. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.158, à propos de la subsomption : "C'est la mise en oeuvre dans le domaine du droit, de ce sens de l'identité dont on a pu dire qu'il était l'ossature de la pensée. Mieux encore, c'est appliqué à la recherche et à la réalisation du "juste objectif" l'effet de cette aspiration à l'unité qui caractérise tout effort humain vers la pénétration et la domination des choses" et encore F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.189, à propos du juriste face au cas difficile : "La croyance abstraite à la justice est une condition primordiale du droit.

La doctrine, elle, est conçue par sa diversité comme un agent d'adaptation des solutions à l'évolution des moeurs mais aussi comme un agent de contrôle de cette adaptation. Juge et doctrine sont guidés par des impératifs supérieurs relevant tout à la fois de l'essence du droit et de sa finalité. Les interprètes sont clairement dépendants des éléments du débat doctrinal, ils ne sont pas des créateurs, mais les législateurs ne sont plus maîtres des mutations de la norme. "Si le Législateur laisse subsister la loi sans la modifier alors qu'un autre esprit anime l'époque nouvelle, c'est apparemment qu'il permet à l'interprète de se prononcer suivant l'esprit nouveau ⁽²⁶⁹⁾". Et lorsque la loi est incomplète et indéterminée, "il existe en dehors d'elle une atmosphère qui la nourrit et l'éclaire. La loi positive ne constitue qu'une faible partie d'une science juridique dont les règles s'imposent à tous avec une force obligatoire ⁽²⁷⁰⁾". Par delà la loi, la positivité du droit est un concept qui comprend également les lois de mutation de l'ordre juridique, lois qui permettent de prévoir l'évolution de l'ordre juridique positif vivant et les solutions prétoriennes. Pour contrôler les solutions, il faut aborder la jurisprudence par un examen systématique pour en saisir la mesure la plus complète. "Si, donc, la doctrine reste en arrière des arrêts, si elle s'ankylose en des conceptions rigides et incapables de s'accommoder aux faits, il s'ensuivra nécessairement que la jurisprudence, détournée par les exigences des affaires, de suivre une direction rétrograde, restera livrée aux oscillations de l'empirisme, ou s'arrêtera dans sa marche en avant (...). Non contente de relever et d'apprécier les décisions judiciaires, elle doit les devancer, les susciter, les diriger dans la voie du progrès ⁽²⁷¹⁾".

50. L'analyse de l'arrêt - Parmi les nombreuses décisions que le doyen Gény commenta au *Recueil Sirey*, nous retiendrons l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1933. Outre le fait que cet arrêt *Crémieux* fut très vite rangé parmi les grands arrêts de jurisprudence civile ⁽²⁷²⁾, le commentaire qu'en fit Gény est un modèle du genre. Le cas était difficile puisqu'il illustra une controverse aiguë qui vit encore s'affronter jurisprudence, doctrine et pratique

Toujours cependant on le retrouve [le jurisconsulte] indispensable pour donner aux règles juridiques cette fermeté, cette précision, cette sécurité et pour tout dire d'un mot, cette adéquation à la vie, qui ne saurait résulter d'une investigation purement scientifique".

⁽²⁶⁹⁾ M. MALLIEUX, *L'exégèse des codes*, 1908, p.140 cité par J. ROUME, *A propos de la méthode juridique*, Thèse Montpellier, 1922, p.44.

⁽²⁷⁰⁾ *Ibid.*, p.44.

⁽²⁷¹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd, 1919, précité, p.237.

⁽²⁷²⁾ Cass. civ., 11 janvier 1933, *Crémieux*, S. 1933.1.161 note GENY ; D. 1933.1.10, note H. CAPITANT.

notariale jusque dans les années 1980 et ce, en dépit de l'intervention du législateur en 1965 lors de la réforme des régimes matrimoniaux et de l'article 1390 du Code civil. Cette question, désormais prétendument close ⁽²⁷³⁾, était celle de la validité de la clause dite " commerciale " au regard de la prohibition des pactes sur succession future. Cette clause, stipulée dans un contrat de mariage, attribue au conjoint survivant désireux d'en continuer l'exploitation, le fonds de commerce appartenant en propre au prémourant, moyennant indemnité ⁽²⁷⁴⁾. En 1933, la Cour de cassation se montra d'une fermeté remarquable en condamnant ces stipulations qui instituaient un contrat forcé au détriment de l'héritier. Plus que l'enjeu technique, cette décision et son commentaire permettent de bien cerner et de mieux saisir l'approche critique de GénY. Le commentaire suit un plan en trois parties illustrant le rapport entre le savoir purement doctrinal et l'autorité décisionnelle. 1°) Dégager (épurer) la solution des circonstances de la cause, 2°) apprécier la portée et la valeur de ces solutions, 3°) relever les conséquences de la décision pour conseiller la pratique.

Le style de GénY est incomparable. Concision, précision et sûreté de l'écriture tendues vers un objectif : l'appréciation scientifique de la décision. À plusieurs reprises, dans son commentaire, GénY fait état du rapport entre Cour de cassation et doctrine. La Cour de cassation exerce "la puissance que lui assure son autorité hiérarchique ⁽²⁷⁵⁾" et qui lui permet d'imposer avec rigueur la prohibition des pactes sur succession future. Les mémoires des parties témoignent de l'influence de la doctrine sur les arguments des parties, mais les raisonnements plus empiriques n'auront pu convaincre les juges d'infléchir leur position ⁽²⁷⁶⁾. Le rôle de la Cour de cassation est défini par l'autorité de la solution retenue, mais moins par son contenu que par son style. "En l'adoptant, la Cour de cassation est restée strictement fidèle à sa mission (...) pour rendre plus sûrement la justice (...). Du point de vue général, d'ailleurs, il est heureux que la Cour de cassation ait tranché sans ambages, par une décision écartant toute équivoque, le problème important et grave, qui inquiétait la pratique ⁽²⁷⁷⁾". La solution étant clairement posée, la pratique

⁽²⁷³⁾ Cass. civ. 1ère, 29 avril 1985, *D.* 1986, p.365, note BEAUBRUN ; *Defrénois* 1985, p.1159, obs. CHAMPENOIS.

⁽²⁷⁴⁾ A. SERIAUX, *Les successions, les libéralités*, Paris, PUF, 2ème éd., 1993, n°106, p.207.

⁽²⁷⁵⁾ F. GENY, note précitée au S. 1933, p.163, 1ère col.

⁽²⁷⁶⁾ référence est faite à H. CAPITANT, "De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux", *Rev. crit. légis et jur.* 1927, p.27.

⁽²⁷⁷⁾ F. GENY, note précitée au S. 1933, p.162, 1ère col.

saura à quoi s'en tenir et pourra en contenir les effets ; des effets qui seront de détourner les parties et leurs conseils - les notaires - de l'idée d'insérer ces clauses commerciales dans les contrats de mariage. Plutôt que de s'affronter directement à une prohibition catégorique, affirmée solennellement par la Cour de cassation, Gény envisage les détours concevables pour parvenir à un effet voisin de la clause prohibée. Face au dogme de la prohibition des pactes sur succession future appliqué au droit des régimes matrimoniaux, la meilleure option pour la pratique sera l'esquive. Gény concède à la Cour la vertu catégorique de sa décision de principe pour éviter la rigueur de son application. Ainsi l'auteur propose-t-il un certain nombre de pis-aller qui pourraient à l'usage s'avérer intéressants ⁽²⁷⁸⁾. Reste l'appréciation critique.

51. Le contrôle de la solution - La principale critique que Gény adresse à l'arrêt est, sous prétexte de *brevitas imperatoria*, d'avoir éludé un problème important. La progression critique se fait par questionnement ; en huit questions Gény fait le tour du problème ⁽²⁷⁹⁾. La Cour de cassation évidemment n'est pas en mesure de répondre à toutes ces interrogations, de sorte que, "jusqu'à ce que ces points soient élucidés d'une façon pleinement convaincante, le problème doctrinal subsiste dans toute son acuité".

Le pouvoir de la doctrine est là. Elle pose des questions, ce que, bien entendu, la juridiction suprême ne peut pas faire. Sauf à déborder du cadre institutionnel qui lui est attribué, elle ne peut élever le débat théorique sans rendre incertaine son autorité. La dialectique doctrinale fonctionne de cette manière. Soit la Cour de cassation questionne et elle perd sa crédibilité ⁽²⁸⁰⁾, soit elle affirme des solutions elliptiques qui s'imposent par leur concision mais renonce à son autorité scientifique en laissant dans l'ombre des questions subsidiaires et s'expose à la critique du déni doctrinal. Ainsi, tout en reprochant à la Cour de n'avoir pas su saisir l'opportunité de répondre à la question de savoir si la clause de fonds de commerce ne portait pas atteinte "au droit qu'eût prétendu l'héritière réservataire d'obtenir sa réserve en nature", Gény expose ses thèses et complète l'arrêt. La motivation concise des décisions a cet avantage pour la doctrine. La critique est aisée pour un prétendu défaut de clarté ou de généralité, et amorce toujours une démonstration doctrinale de

⁽²⁷⁸⁾ F. GENY, note précitée au S. 1933, p.165.

⁽²⁷⁹⁾ F. GENY, note précitée au S. 1933, p.163, 1ère col.

⁽²⁸⁰⁾ *Ibid.* p.163, 1ère col. : "Il a pu paraître à la Cour de cassation, qu'en se prononçant sur ce point [au surplus ou par *obiter dictum*], elle eût diminué, parce qu'elle eut semblé insuffisante à elle seule, la portée de sa décision principale".

sorte qu'un arrêt ne saurait se lire sans commentaire. Au reste, l'arrêt est-il vraiment lu ? De ce point de vue, le succès méthodologique de l'École du droit libre est absolument établi. Depuis cette époque, les arrêts ne sont plus livrés brut dans les revues. Le texte de la décision déjà épouillé de ses moyens sans intérêt est soigneusement disséqué en question de fait et question de droit, et la doctrine réécrit la décision avec ses mots ⁽²⁸¹⁾. Le commentaire doctrinal a donc pour fonction d'établir un droit doctrinal. Les questions, même anciennes, qui ne sont jamais parvenues devant la Cour de cassation trouvent une solution dans les commentaires de questions connexes. Autrement dit, face à l'étendue de l'inédit juridictionnel, la doctrine "appelée à discuter, à contrôler, et par conséquent, à parfaire le droit législatif et jurisprudentiel, exerce un ascendant considérable sur les destinées du droit ⁽²⁸²⁾". Son discours est sa force ; elle n'a de limite qu'avec l'indicible et l'interdit et sa légitimité scientifique est fonction de l'image de l'interprète concurrent. Pour s'assurer le contrôle du droit vivant, la doctrine a mis en avant le pouvoir normatif de la Cour de cassation. Elle va maintenant lutter pour qu'il ne lui échappe pas.

52. Transformation de l'image doctrinale de la Cour de cassation - Dès les années 1880 les commentateurs conjuguent la maturité de la Cour de cassation et le vieillissement du Code civil pour affirmer qu'il faut discuter la légitimité du législateur qui s'opposerait à une jurisprudence permanente, "car une interprétation qui a prévalu avec constance devant les tribunaux, a fondé, au profit des particuliers, des attentes aussi légitimes que la loi elle-même ⁽²⁸³⁾". La transformation profonde est celle de la représentation doctrinale de l'autre interprète par voie de doctrine qu'est la Cour de cassation. GénY tentera de théoriser cette métamorphose mais on sent bien que dès avant 1899, le rôle de la Cour de cassation est l'enjeu de tensions contradictoires.

La scission des interprètes existe mais est encore peu énoncée. Roguin se fait écho du philosophe anglais John Austin qui affirme : "le droit créé par les juges est créé à l'occasion d'une décision judiciaire. L'objectif premier de son auteur immédiat est de trancher un litige particulier en lui appliquant la règle qui convient, et non de poser la règle. Dans la mesure où les fondements de la décision peuvent servir de fondements pour d'autres espèces ultérieures, son

⁽²⁸¹⁾ Comme le remarquera RIPERT, "s'il plaisait à un éditeur de falsifier ou d'imaginer un texte, il est probable que ce texte faux serait appliqué", *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p.162.

⁽²⁸²⁾ F. GENY, "À propos de l'ouvrage de M. H. De Page : *De l'interprétation des lois*", *RTD civ.* 1925, p.857.

⁽²⁸³⁾ LABBE, note au S. 1886.2.1.

auteur légifère de façon substantielle : et sa décision sera généralement déterminée par la considération des effets que les fondements de sa décision peuvent produire en tant que principe ou règle générale ⁽²⁸⁴⁾. Roguin utilisera Austin pour aborder la définition de l'objet de la théorie du droit : "La science juridique pure est la discipline qui s'attache à faire voir quels sont les éléments constants dans le droit ⁽²⁸⁵⁾" et à dégager des phénomènes sociaux les éléments inaltérables ⁽²⁸⁶⁾. Le rôle de la doctrine se dissocie ainsi du rôle du juge. Ce dernier étant limité dans sa perception du monde par l'obligation de juger le cas alors que "le jurisconsulte complet doit s'occuper de tous les domaines de l'activité humaine, et est conduit à envisager synthétiquement les collectivités formées par nos semblables ⁽²⁸⁷⁾". Dans le même esprit, Demogue s'appuiera aussi sur les philosophes de l'utilitarisme ⁽²⁸⁸⁾ pour intégrer dans ses définitions de la sécurité juridique les moyens de gouverner la science du droit entre dynamique et statique. Il est sensible en fait que les auteurs contemporains de Gény, qui oeuvrent pour la reconnaissance du pouvoir normatif de la Cour de cassation, vont trouver les assises théoriques de leurs idées chez les philosophes anglais et écossais que leurs prédécesseurs avaient quelque peu ignorés ou combattus. Mais alors que Gény affirme purement et simplement la prééminence de la loi, ses contemporains utilisent leur autorité pour redéfinir le rôle de la Cour de cassation.

Il faut noter à cette époque l'abondance des travaux en droit judiciaire privé sur la Haute juridiction. Ils se rapportent le plus souvent à l'ouvrage du haut magistrat E. Faye qui décrit la juridiction suprême comme la seule autorité capable de maintenir l'unité de la législation ⁽²⁸⁹⁾. La doctrine va se saisir des aspirations d'autonomie des magistrats pour s'imposer comme la seule autorité capable de définir l'unité de la jurisprudence. Les relations entre la Cour de cassation et la doctrine vont évoluer de telle manière qu'en concédant et en théorisant le pouvoir normatif de la jurisprudence les auteurs

⁽²⁸⁴⁾ tel cité par N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, précité, p.153.

⁽²⁸⁵⁾ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, tome 1, préface précitée, p.IX ; E. PICARD, *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1899. Ces deux auteurs furent pourtant présentés par R. DEMOGUE comme illustrant la renaissance du droit naturel, v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.28.

⁽²⁸⁶⁾ E. ROGUIN, *La science juridique pure*, tome 1, préface précitée, p.XIX.

⁽²⁸⁷⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.64.

⁽²⁸⁸⁾ J. BENTHAM, *Principes du Code civil*, 1ère partie, chap. VII, cité par R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.64. À la même page, l'auteur note à propos de Ihéring, qu'il cite abondamment par ailleurs, qu'il "a vanté avec beaucoup de raison toute l'importance de la sûreté en droit au point de vue économique et au point de vue moral, montrant que, ni les richesses, ni le caractère ne peuvent croître là où manque le sentiment de sûreté du droit".

⁽²⁸⁹⁾ E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, Chevalier-Marescq, 1903.

vont déposséder la juridiction suprême de son autorité scientifique. Sans doute, la doctrine n'a pas un pouvoir de contrainte mais son autorité critique est plus grande ; ses systèmes ont l'ambition de définir les orientations futures de la loi et de son interprétation.

Pour Marty et pour le courant dominant le début du XXème siècle, "la fonction de la Cour de cassation est de maintenir l'unité de la jurisprudence, mais pour lutter contre l'incertitude des solutions qui favorise la chicane (...) contre le scandale des décisions contradictoires mettant en péril l'unité, l'égalité et la certitude du droit ⁽²⁹⁰⁾", elle doit n'exercer son contrôle que "dans les cas où son intervention peut servir de guide pour la solution des difficultés à venir ⁽²⁹¹⁾" et doit donc s'en remettre, pour saisir le futur, au débat doctrinal et aux lumières de la doctrine. Autrement dit, la Cour de cassation, si elle est bien un pouvoir jurislafif de l'ordre juridique considéré hiérarchiquement, elle n'est du point de vue du contenu des normes posées que le relais du discours doctrinal établi. De la même manière, la présentation qui fait de la jurisprudence une norme coutumière supérieure aux règles qui président à l'élaboration des lois, rend compte de cette hiérarchie et invite à s'en remettre à l'autorité doctrinale pour connaître la valeur normative d'une décision. Selon Rouast, "lorsque le sens du texte a été fixé depuis longtemps par la jurisprudence, celle-ci constitue alors une véritable coutume qui mériterait en tout cas autant de respect de la part du législateur, car elle donne pratiquement la même sécurité aux relations sociales ⁽²⁹²⁾". L'appréciation de la valeur sociale d'une règle est du ressort de la doctrine. Par le recours à la sécurité juridique, elle témoigne de ce que l'arbitraire du juge sera évincé si ses préceptes sont suivis. S'il reste néanmoins une difficulté, elle est de taille; c'est évidemment que, pas plus qu'hier, la doctrine n'est homogène, et que la controverse théorique est source d'insécurité. Gény et Saleilles avaient lancé la libre recherche scientifique ; leurs contemporains, disciples et adversaires, réagiront.

53. Gény et ses contemporains - Leurs joutes doctrinales s'étendent sur une période bien difficile à situer, tant l'influence du grand auteur dura tout au long de sa longue vie, d'autant qu'il ne cessa de publier commentaires d'arrêt et articles théoriques. L'un des premiers à faire entendre une voix

⁽²⁹⁰⁾ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit...*, précité, p.365.

⁽²⁹¹⁾ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit...*, précité, p.349.

⁽²⁹²⁾ J. ROUAST, note au D. 1921.1.121.

méthodologique dissonante fut Lambert. Très tôt, dès 1903, il compose un hymne à une méthode comparatiste qui, fondée sur le principe d'une analyse historique de l'ordre juridique, évince le point de vue naturaliste au profit d'une approche plus sociologique des univers juridiques comparés ⁽²⁹³⁾. Comme Gény, il critique sans ménagement *l'École des interprètes du Code civil* qui "ont donné comme base essentielle à leur méthode un postulat qui constitue la négation de l'une des lois les plus certaines du développement des sociétés, la loi de perpétuelle mobilité du droit ⁽²⁹⁴⁾". Leurs chemins se séparent là où Lambert n'admet pas l'idée que la solution des cas difficiles doive être recherchée dans la *nature des choses positive* comme le recommande Gény. Cette méthode produirait une fiction d'immobilité de l'ordre juridique qui aurait, "quoique sur un champ moins large d'application, tous les fâcheux effets de la méthode de *l'École des interprètes du Code civil* ⁽²⁹⁵⁾". Au reste, "en donnant au droit naturel la forme complexe et mobile de la nature des choses positive, il le rend même plus difficilement perceptible ⁽²⁹⁶⁾". S'appuyant sur un éventail très réduit de sciences sociales imparfaites et en mutation, la méthode de Gény "ne pourrait fournir de solutions fermes et définitives que sur un bien petit nombre de problèmes juridiques ⁽²⁹⁷⁾". L'ambition de E. Lambert était sans doute tout autre. En cherchant dans le droit comparé les principes d'un droit commun législatif, il entendait donner clairement à la doctrine la mission d'unifier le droit du monde "civilisé" ⁽²⁹⁸⁾.

D'autres auteurs furent plus présents dès les années 1910 pour faire évoluer le savoir doctrinal en adaptant la technique juridique à leur propre vision du monde. Le premier et le plus important d'entre eux fut le doyen Georges Ripert. Contradictoire de Gény, il illustrera le désir de neutralité de la doctrine, il défendra également le pouvoir et l'autorité de la jurisprudence, invitant à rendre véritablement à la Cour de cassation le culte du précédent ⁽²⁹⁹⁾ afin de lutter contre le pouvoir politique : "Plus le juriste défend

⁽²⁹³⁾ E. Lambert se plaint de l'état d'abandon dans lequel on a laissé le comparatisme et revendique pour lui un retour en grâce. Reste que là encore l'exposé historique sert la cause présente, le comparatisme ne fut peut-être pas aussi ignoré que Lambert le prétend. Ses méthodes étaient jeunes. comp. J. HILAIRE, "Le comparatisme en matière commerciale au XIXème siècle", *RHFD* 1991, n°12, p.127.

⁽²⁹⁴⁾ E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, précité, p.17.

⁽²⁹⁵⁾ E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, précité, p.35.

⁽²⁹⁶⁾ E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif*, tome 1, précité, p.36.

⁽²⁹⁷⁾ E. LAMBERT, *ibid.*, p.36.

⁽²⁹⁸⁾ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français* - tome 1er, précité, p.33.

⁽²⁹⁹⁾ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome 1er, *Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1956, n°226, p.103 : "Le pouvoir judiciaire a conscience d'une continuité nécessaire du droit. Ce serait créer le désordre que de modifier dans chaque cas particulier l'application et l'interprétation des règles juridiques. La conception de la permanence des règles façonne la psychologie du juge et lui donne le culte du précédent. (...)

le pouvoir du juge et l'autorité de la jurisprudence, plus il élève la puissance intellectuelle contre la puissance politique, si toutefois le juge est indépendant de cette puissance ⁽³⁰⁰⁾". Ripert sera critique de Gény, certes, mais participera de cet élan donné depuis les premières pages de la *revue trimestrielle de droit civil*, à l'étude systématique des décisions de la Cour de cassation.

Les autres auteurs majeurs que nous retiendrons de ces années d'entre-deux-guerres seront Julien Bonnecase, Louis Josserand, Henri Capitant, René Demogue et René Savatier. En dépit des controverses qui opposèrent ces auteurs sur des sujets "techniques", tous entendirent donner à leurs raisonnements une consistance théorique décisive. Ces années sont celles de la rénovation du droit des obligations ; du contrat et de la responsabilité délictuelle ⁽³⁰¹⁾. La doctrine, par l'autorité donnée à la Cour de cassation, a pris en main la réforme du droit civil positif et a imposé ses vues au législateur, très habilement, sous couvert de neutralité. Les difficultés liées aux thèses de Gény et à la conscience d'Adhémar Esmein, de faire de la doctrine "une source du droit" à travers l'édification du construit, seront éludées par les auteurs des années 1920-1930. Il vont se ménager un point de vue neutre et en surplomb, soit en réaction au positivisme en ne se fondant que sur un ordre naturel donné, soit en adhérant aux thèses normativistes dont la diffusion devient réelle.

54. Gény et Ripert - Leur différend théorique était tenace, il se révèle à l'examen de leurs écrits d'arrêtistes. À cet égard, une décision de la Cour de cassation du 27 mars 1928, commentée par les deux auteurs dans deux revues concurrentes, constitue un exemple topique de leur divergence méthodologique ⁽³⁰²⁾. En l'espèce, deux époux, qui avaient été gracieusement

La Cour de cassation présente l'avantage d'assurer, dans l'unité, la permanence de l'interprétation judiciaire. Par simple contrainte psychologique, la Cour suprême impose à toutes les juridictions qu'elle contrôle une doctrine juridique qui tend à demeurer semblable à elle-même".

⁽³⁰⁰⁾ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, précité, n°15 ; adde, G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, n°224, p.450 : "Le droit civil ne saurait être dans la dépendance du pouvoir politique d'un jour, voilà l'idée qui devrait s'imposer à la démocratie comme elle s'était imposée à l'ancienne Royauté. Qui touche à ce droit touche à l'ordre dans la vie privée des hommes, c'est-à-dire à la civilisation même".

⁽³⁰¹⁾ R. SAVATIER, "Vers la socialisation de la responsabilité et des risques éventuels", *DH* 1931, chr. p.9 : "Alors qu'on s'était accoutumé à trouver dans le droit des obligations la partie la plus immuable du droit civil, voici qu'il se révèle profondément ébranlé. Un empire immense, celui de la responsabilité civile est en train de s'y constituer sous le signe de principes nouveaux encore entourés de brume". L'auteur confirmera sa réflexion in *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1964, n°274, p.332.

⁽³⁰²⁾ Cass. civ., 27 mars 1928, S. 1928.1.353, note GENY ; *DP* 1928.1.145, note RIPERT ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, n°131, p.551 ; sur le

transportés par un automobiliste, furent blessés, l'un mortellement et l'autre grièvement, dans l'accident du véhicule. Le survivant demandait réparation au conducteur sur le fondement des articles 1382 et 1384 du Code civil. Telle que se présentait la question à l'époque, à défaut de la démonstration d'une faute personnellement imputable au conducteur, il s'agissait de savoir si les victimes gracieusement transportées pouvaient invoquer la présomption de faute instituée par l'article 1384 al. 1er du Code civil à l'encontre du gardien de la chose. La formulation de la question est importante, il s'agit de resituer dans le temps ce problème connexe à l'évolution de la responsabilité générale du fait des choses.

55. Entre les deux arrêts Jand'heur - En 1927, "... la loi, pour la présomption qu'elle édicte ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui ⁽³⁰³⁾". Ce principe contesté encore par la cour de renvoi ⁽³⁰⁴⁾, vint à nouveau à l'examen de la Cour de cassation en 1930, mais cette fois, devant les chambres réunies. "... la présomption de responsabilité établie par l'article 1384 al. 1er du Code civil, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue ⁽³⁰⁵⁾".

En trois ans, la position de Cour de cassation passa d'une présomption de faute à une présomption de responsabilité, brisant ainsi les tentations doctrinales d'une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 1384 al. 1er. Si l'on s'accorde aujourd'hui pour dire que cette évolution fut irréversible et qu'avec cette solution fut définitivement posé le régime de la responsabilité générale du fait des choses, elle fut continuellement attaquée pendant les années 1930. De fait, l'arrêt du 27 mars 1928 et le principe dégagé venaient en contrepoint de cette vocation hégémonique de l'article 1384 al. 1er, puisqu'avec constance, la juridiction suprême en martela le principe de sa

même problème, contre la thèse dominante : L. JOSSERAND, "Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile", *DH* 1926, chr. p.21.

⁽³⁰³⁾ Cass. civ., 21 février 1927, *DP* 1927.1.97 note RIPERT ; S. 1927.1.137 note P. ESMEIN.

⁽³⁰⁴⁾ Lyon, 7 juillet 1927, *DH* 1927, p.423 ; S. 1927.2.106.

⁽³⁰⁵⁾ Cass. ch. réunies, 13 février 1930, *DP* 1930.1.57, note RIPERT ; S. 1930.1.121, note P. ESMEIN.

non-application au transport bénévole jusqu'à son revirement explicite du 20 décembre 1968 ⁽³⁰⁶⁾.

56. La solution de l'arrêt du 27 mars 1928 - " ... la présomption instituée par l'article 1384 al. 1er du Code civil à l'encontre du gardien d'une chose mobilière inanimée soumise à la nécessité d'une garde, en raison du danger qu'elle peut faire courir à autrui, a été établie pour protéger, en assurant, le cas échéant, leur indemnisation, les victimes du dommage causé par une chose à l'usage de laquelle elles n'ont point participé ; que cette présomption ne peut donc être invoquée contre le gardien d'une voiture automobile par ceux qui ont pris place dans cette voiture, soit en vertu d'un contrat, soit à la suite d'un acte de courtoisie purement bénévole ...". Le conducteur, gardien du véhicule, n'est donc tenu que de son fait personnel, fautif.

Cette solution est saluée par le doyen Ripert à plus d'un titre. Premièrement, il se félicite de ce que, l'ayant lui-même annoncée, elle confirmerait l'arrêt Jand'heur du 21 février 1927 en posant cette distinction parmi les victimes "que le bon sens et la justice réclament [à tel point que] quand la théorie aura pris sa figure définitive, on s'émerveillera qu'à la faveur d'un texte ambigu du Code civil un tel progrès ait pu être réalisé dans la défense des intérêts privés ⁽³⁰⁷⁾". Deuxièmement, cette solution répond à une exigence théorique, "il fallait fixer la jurisprudence ⁽³⁰⁸⁾"; ce que fit l'arrêt commenté et qui fut confirmé dès le 9 juin 1928 par la chambre des requêtes ⁽³⁰⁹⁾ et le 11 juin par la chambre civile ⁽³¹⁰⁾, de sorte qu'il fallait convenir : "aucun doute n'est plus possible aujourd'hui (...) la jurisprudence est donc fixée". La pratique pouvait donc être rassurée, la solution était sûre. Troisièmement, en déterminant de façon si nette la règle applicable, la Cour de cassation a rendu inutile l'intervention du législateur ⁽³¹¹⁾. La note de Gény n'a pas ce ton si élogieux et rappelle utilement les principes qui fondent une bonne décision : "toute décision juridique qui veut être pleinement justifiée doit reposer sur des considérations tirées des exigences de la vie sociale et trouver une expression technique, à défaut de textes formels, dans un principe

⁽³⁰⁶⁾ Cass. ch. mixte, 20 décembre 1968, in F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, n°132, p.553 ; *adde*, L. HUSSON, "Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence", *APD* 1971, p.293-343 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, p.170, n°92.

⁽³⁰⁷⁾ G. RIPERT, note précitée au *DP* 1928, p.145, 1ère col.

⁽³⁰⁸⁾ G. RIPERT, note précitée au *DP* 1928, p.145, 2ème col.

⁽³⁰⁹⁾ Cass. req., 9 juin 1928, *DP* 1928.1.153 note SAVATIER.

⁽³¹⁰⁾ Cass. civ., 11 juin 1928, *DH* 1928, p.414.

⁽³¹¹⁾ G. RIPERT, note précitée au *DP* 1928, p.145, 1ère col.

de droit justement adapté à l'ensemble de la législation positive ⁽³¹²⁾". Pas à pas, le commentaire décortique la décision pour ce qu'elle dit et pour ce qu'elle ne dit pas, et cela, parce que GénY cherche à déterminer le rayonnement futur de la solution analysée : "Cette solution, positive (...) se trouve enrobée de motifs très pleins, dépassant même quelque peu les exigences de l'espèce, qui ne sont pas sans fournir plusieurs indications utiles à l'éclaircissement de difficultés connexes à celle que soulevait principalement le litige ⁽³¹³⁾". GénY expose ainsi l'objet de sa recherche :

"(I). Les raisons profondes et les bases juridiques de la jurisprudence consacrant la responsabilité générale de l'automobiliste.

(II). La solution nettement suggérée pour le cas où un contrat unit la victime à l'auteur de l'accident.

(III). La justification de la solution directe et principale, de l'arrêt, pour le cas du transport bénévole et la portée qu'elle lui assigne.

(IV). Les conséquences de cette dernière solution, notamment quant à la faute devant être démontrée contre le transporteur bénévole pour le faire déclarer responsable ⁽³¹⁴⁾".

La différence de style entre GénY et Ripert est sensible. Le premier discute le contenu de la solution, le second l'érige en solution acquise ⁽³¹⁵⁾ et c'est le modèle de Ripert qui va dominer la fin du vingtième siècle.

PARAGRAPHE 2. LA CONSECRATION DU CULTE DU PRECEDENT : LE TEMPS DE RIPERT.

57. Le dogme de la solution unique - Le XXème siècle sera en définitive le siècle du doyen Ripert. En rédigeant le traité de droit maritime de E. Thaller ⁽³¹⁶⁾, et plus tard en continuant le traité de droit civil de M. Planiol ⁽³¹⁷⁾, en inaugurant, sous une forme qu'il conserve encore

⁽³¹²⁾ F. GENY, note précitée au S. 1928, p.354, 3ème col. ; rappr. R. DWORKIN, "Is law a system of rules ?", in *Readings in philosophy*, Oxford U.P. 1977, p.38-65.

⁽³¹³⁾ F. GENY, note précitée au S. 1928, p.353, 1ère col.

⁽³¹⁴⁾ F. GENY, note précitée au S. 1928, p.354, 3ème col.

⁽³¹⁵⁾ A. BERNARD et Y. POIRMEUR, "Doctrines civilistes et production normative", in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993, p.162.

⁽³¹⁶⁾ Ed. THALLER, *Droit maritime*, tome 1, par G. Ripert, Paris, Rousseau, 1913.

⁽³¹⁷⁾ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome III, Paris, Pichon, 10ème éd., 1927, par G. Ripert ; *Traité pratique et théorique de droit civil français*, Paris, Pichon, 14 volumes, 1925-1934.

aujourd'hui, un traité de droit commercial⁽³¹⁸⁾, Georges Ripert fut omniprésent pour représenter la doctrine privatiste. Cette oeuvre technique considérable, à l'usage des étudiants et des professeurs, a d'autant plus marqué la pensée juridique française qu'elle s'est accompagnée d'une oeuvre théorique tout aussi importante. Aujourd'hui, rares sont encore les domaines qui échappent à la note de bas de page renvoyant soit, en droit civil, au "Planiol et Ripert" ou au "Ripert et Boulanger", soit au "Droit maritime" ou au "Ripert et Roblot" en droit commercial, soit enfin aux articles de l'*Encyclopédie Dalloz*. Les essais théoriques ne sont pas moins utilisés pas la doctrine contemporaine ; *La règle morale dans les obligations civiles*, *Le déclin du droit* ou encore *Les forces créatrices du droit* sont si présents qu'ils constituent parfois de manière presque hégémonique le fondement philosophique des écrits doctrinaux actuels⁽³¹⁹⁾. Ce sont les raisons de cette omniprésence et de cette pérennité que nous allons tâcher d'éclairer.

Continuateur puis innovateur, Ripert participe à la Révolution scientifique de l'École de la libre recherche scientifique, mais s'affronte aussi au doyen Gény dont il dénonce l'idéalisme libéral, voire, mais c'est l'esprit du temps, l'influence trop allemande. Mais la pensée de Ripert a évolué et fait évoluer la doctrine. Dans l'édition de 1913 du traité de droit maritime de Thaller, que Ripert rédige, les auteurs affirment que "l'on ne saurait étudier le droit maritime sans faire une très large place à la jurisprudence⁽³²⁰⁾". Au même paragraphe, Ripert ajoutera dans une édition postérieure : "Dans ce droit qui a besoin de fixité et de certitude, on ne saurait méconnaître l'avantage d'une décision qui dégageant la règle générale affirme la solution⁽³²¹⁾". *Le glissement méthodologique a eu lieu*. L'étude de la jurisprudence a laissé place au besoin de fixité de la norme prétorienne, au dogme de la solution unique et au culte du précédent.

Il est clair cependant qu'au début du XXème siècle le doyen Ripert n'a pas l'influence qu'il aura en son milieu ni même à sa fin, mais, à travers lui et ses premiers écrits, il est possible de comprendre pourquoi et comment la rénovation du droit naturel par Gény fut finalement considérée comme un

⁽³¹⁸⁾ G. RIPERT, *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1947.

⁽³¹⁹⁾ v. J. ROUAST, "L'œuvre civiliste de Georges Ripert", *RTD civ.* 1959, p.1.

⁽³²⁰⁾ Ed. THALLER, *Droit maritime*, tome 1, par G. RIPERT, 1913, précité, n°94, p.49 : "La jurisprudence joue un rôle considérable en matière de droit maritime. Elle a eu à adapter un Code vieilli aux nécessités de la navigation moderne, à concilier les textes législatifs et la pratique nouvelle, à créer la règle juridique là où existait la lacune législative (...) On ne saurait étudier le droit maritime sans faire une très large place à la jurisprudence" [souligné par nous].

⁽³²¹⁾ G. RIPERT, *Droit maritime*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1950, n°102, p.94.

échec. L'École du droit libre n'a rien d'homogène, sans doute y adhère-t-on pour des raisons fort diverses. Les thèses de doctorat des années 1910 et 1920 en sont une bonne illustration puisque leurs auteurs formeront l'autorité doctrinale de l'entre-deux-guerres et de l'après 1945. Ripert, comme du reste Hauriou⁽³²²⁾ et la grande majorité de la doctrine, se situent dans un mouvement de pensée antipositiviste, mais le positivisme juridique n'a pas encore véritablement d'assises théoriques, de sorte que la cible privilégiée de ces auteurs se trouve être la rénovation du droit naturel, rénovation contre-nature. Le spectre de l'influence allemande est combattu non seulement par la droite française catholique et conservatrice, mais par l'ensemble de ceux qui se fondent dans l'esprit patriotique. La perspective théorique de l'École du droit libre est suspecte, l'érudition de Gény joue contre elle, et sa théorie ne s'impose qu'à travers une interprétation faussée par le filtre de l'*esprit français*.

58. L'esprit du droit français - Impossible à décrire, cette référence est mêlée d'influences contradictoires, mais en cela elle permet de réunir derrière elle l'union sacrée de la doctrine. Cet esprit se traduit dans les manuels de droit, dans les thèses de doctorat, et dans tous les écrits juridiques par l'exacerbation du rôle de la Cour de cassation, protectrice de l'unité du droit français. Hormis les juriconsultes marxistes que le matérialisme historique rend méfiants à l'égard de l'organe judiciaire suprême gardien de la paix bourgeoise⁽³²³⁾, la doctrine française fait de l'appel à l'esprit français un leitmotiv très utile à ses convictions. Cet appel le plus souvent incantatoire est fondé contradictoirement sur la tradition juridique française, chrétienne, romaine et conservatrice, une tradition qui a façonné un droit français garant de la Justice et de l'Équité, et sur les généreux principes de la Révolution qui ont permis à la France de devenir ce qu'elle est, un pays de Liberté, d'Égalité et de Fraternité. Est-il besoin d'ironiser pour comprendre que sous l'unité se rejoignent des conceptions fondamentalement et irréductiblement incompatibles ? La France n'est une unité qu'en ce que cette unité sert une cause politique. Dans ces années troublées, au sortir de l'affaire Dreyfus et jusqu'à la première Guerre Mondiale, toute influence allemande est sacrifiée sur l'autel nationaliste, ou plutôt patriotique⁽³²⁴⁾. Cela ne cessera pas en 1918.

⁽³²²⁾ O. BEAUD, "Hauriou et le droit naturel", *RHFD* 1988, n°6, p.123.

⁽³²³⁾ G. RIPERT, "Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy", *Rev. crit. de légis. et jur.* 1928, p.21.

⁽³²⁴⁾ M. HAURIOU, *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Rééd. Centre de philosophie politique et juridique, Caen, 1986.

De manière récurrente, les juristes français dénoncent les concepts venus d'Outre-Rhin. En 1921, le doyen Larnaude présentait la lésion comme une institution "boche ⁽³²⁵⁾". De Vareilles-Sommières, commentant l'oeuvre de Savigny, invitait son lecteur à "percer la buée qui enveloppe toujours la pensée des Allemands ⁽³²⁶⁾" et, dans la même veine, Ripert n'épargnait pas la méthode historique de Saleilles : "nul des juristes contemporains ne peut se flatter d'avoir échappé à cette influence de l'école historique. Tous se sont trop copieusement nourris de la science allemande pour ne pas avoir perdu à ce contact la claire vision de l'ordre naturel que le rationalisme français avait eue ⁽³²⁷⁾".

59. La philosophie de Georges Ripert - Le doyen Ripert affirme son engagement positiviste. Selon lui, "il ne sert à rien de s'endormir dans la douce croyance qu'il existe un droit naturel. Cette croyance ne nous donnera ni la sécurité dans le jugement, ni la force dans l'action, ni la tolérance dans la victoire ⁽³²⁸⁾". Cela lui permet de condamner les tentatives de rénovation méthodologique ⁽³²⁹⁾ comme les *prophètes de la socialisation du droit* ⁽³³⁰⁾. "Ceux qui pour des raisons diverses lancent ces appels au droit naturel sont des idéalistes s'efforçant de croire encore à un dogme qui ne renaîtra pas ⁽³³¹⁾".

Pourtant l'oeuvre du doyen Ripert est sans cesse ponctuée de points de vue moralistes. La neutralité de la doctrine se double de considérations politiques. L'auteur s'affranchit sans difficulté de la retenue descriptive qu'il prescrit. Était-il vraiment positiviste ⁽³³²⁾ ? M. le professeur Troper observait que "pour un positiviste, la pire critique est de dire qu'il est un jusnaturaliste caché ; de même pour un jusnaturaliste, la pire critique est de dire qu'il est un positiviste

⁽³²⁵⁾ LARNAUDE écrivait à Demogue : "Je trouve l'idée dangereuse et susceptible de provoquer beaucoup de chantage avec des procès scandaleux. Son origine boche ne me dit rien qui vaille. Il faudrait, en tous cas, avoir étudié avec le plus grand soin la jurisprudence qui s'est établie sur cet article et celui correspondant au Code civil suisse pour voir si cette disposition est utile ou si elle est dangereuse". Propos rapportés par R. DEMOGUE, rapport à la société d'études législatives, séance du 15 décembre 1921, discussion du projet de loi sur la lésion, *Bull. soc. études législatives* 1922, question n°46, p.36-37.

⁽³²⁶⁾ M. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La synthèse du droit international privé*, premier volume, précité, p.142, n°224.

⁽³²⁷⁾ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., 1949, précité, n°9, p.16-17.

⁽³²⁸⁾ G. RIPERT, "Droit naturel et positivisme juridique", *Ann. fac. dr. d'Aix*, 1918, n°1, p.47.

⁽³²⁹⁾ Le doyen GENY s'était très tôt défendu des attaques menées contre lui, *Science et technique en droit privé positif*, tome IV, précité, p.254.

⁽³³⁰⁾ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, précité, p.63.

⁽³³¹⁾ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., 1949, précité, n°9, p.16.

⁽³³²⁾ M. le professeur ATIAS compte Ripert parmi les tenants du positivisme épistémologique, *Épistémologie juridique*, précitée, n°15, p.32.

caché⁽³³³⁾. *Ripert n'est ni l'un, ni l'autre*. Il est positiviste pour condamner les thèses jusnaturalistes mais il abhorre par dessus tout les anticléricaux. Il est antipositiviste pour s'opposer aux législations du travail⁽³³⁴⁾. Nous conviendrons que le terme le plus adéquat pour désigner la philosophie de Ripert est celui de "pseudo-positivisme"⁽³³⁵⁾, car il a donné à sa conception de l'ordre juridique une assise contradictoire. "Le véritable progrès du droit consiste à régler l'organisation de la société de telle façon que chaque homme puisse vivre et agir avec sécurité, en étant obligé de reconnaître ce qu'il doit aux autres, mais en pouvant exiger aussi l'accomplissement de ce qu'ils lui doivent. *Rendre à chacun le sien*"⁽³³⁶⁾. C'est une tentative de conciliation des perspectives naturaliste et positiviste réservant sa part à la Morale, pour que *sum cuique tribuere* soit un gage de sécurité⁽³³⁷⁾.

60. Le "pseudo-positivisme" de Ripert - "On opposait autrefois la doctrine et la jurisprudence parce que les hommes de la science pure paraissaient maintenir plus strictement le sens réel des lois que les juges enclins à en adoucir l'application suivant les circonstances. Les temps ont changé. Ce sont maintenant les juristes qui réclament " la libre recherche scientifique " (338)".

⁽³³³⁾ M. TROPER, "Le positivisme juridique", *Rev. de synthèse* 1985, n°118-119, p.198 note (27).

⁽³³⁴⁾ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, précité, p.68 s. sur "la protection des faibles".

⁽³³⁵⁾ M. TROPER, "La doctrine et le positivisme", in D. LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP—PUF, 1989, p.291 : "La doctrine ne doit décrire les valeurs qui justifient les normes positives et en général la *ratio legis* que si elle entend exprimer des normes, qui régissent des situations non prévues par le législateur. Mais on ne doit pas oublier ce truisme que le droit positif, c'est seulement le droit posé. Les normes que la doctrine prétend exprimer relèvent au contraire du droit non posé. En réalité, lorsqu'elle est ainsi conçue et pratiquée, elle ne sert qu'à produire des arguments visant à persuader un juge. Elle n'est pas un véritable métalangage et les juristes qui la pratiquent agissent en réalité *de sententia ferenda*. Ils ne sont en réalité que des pseudo-positivistes" ; v. J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français*, précité, p.204 ; comp. A. ROSS : Le pseudo-positivisme de Kelsen, in C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Story scientia, 1992, p.204.

⁽³³⁶⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.67 ; adde J. BOULANGER, "Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile", *RTD civ.* 1961, p.423.

⁽³³⁷⁾ Kelsen soulignait justement cette confusion entretenue par la doctrine : "La théorie du droit prétend devenir source du droit. Cela traduit les intérêts corporatistes des juristes qui, naturellement, n'éprouvent guère de satisfaction dans le rôle très modeste qui consiste à exprimer en concepts et à systématiser le droit positif, mais qui en trouvent à participer au processus de formation du droit : ils entendent ainsi acquérir une influence politique. Cependant, dans la mesure où ils enfreignent les principes du positivisme, admis au moins jusqu'à une date récente, par la science du droit moderne, ils sont contraints de dissimuler cette tendance. Telle est la fonction idéologique de l'annulation des frontières entre le droit et la science du droit, entre la connaissance et son objet", (H. KELSEN, *La théorie générale du droit et le matérialisme historique*, 1931) cité par M. TROPER, "La doctrine et le positivisme", in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p.286 (p.291).

⁽³³⁸⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.16 citant GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, n°155.

La réaction de Ripert contre la libre recherche et la radicalisation de son point de vue au cours de sa carrière va le conduire à nier le rôle créateur de la doctrine pour ne concevoir de droit que prétorien. Empruntant à la rénovation du droit naturel, l'idée d'un retour à la continuité historique et à la coutume pour déterminer l'applicabilité de la règle jurisprudentielle, Ripert revendique un positivisme prétorien ⁽³³⁹⁾. La loi positive, seule efficace, c'est la jurisprudence constante. Le législateur de la III^{ème} République accompagnant la décadence de l'autorité de la loi ⁽³⁴⁰⁾, la doctrine en quête de liberté scientifique, se livrant à d'illusoires spéculations, trouvent sur leur route déclinante une Cour de cassation qui sans faiblir maintient la permanence et l'efficacité des solutions que toute Morale impose. La réflexion de Ripert n'est pas tant fondée sur le pouvoir créateur qu'il reconnaît à la jurisprudence, que sur sa capacité à assurer la permanence des solutions, une permanence prétorienne qui s'impose à tous y compris au législateur. "Les juristes qui exaltent la valeur de la jurisprudence comme source créatrice du droit ne remarquent pas assez qu'il s'agit d'une création du droit par la continuité des décisions, qu'il est plus difficile de changer une jurisprudence établie que de modifier une loi ... Les praticiens trouvent dans la répétition des mêmes actes, établis dans les mêmes formes, une sécurité que ne leur donnerait pas la plus intelligente initiative ⁽³⁴¹⁾". Et c'est moins la qualité scientifique d'une solution qui en impose l'application que sa répétition. À l'adresse de ses contradicteurs, et sur le terrain de la lutte pour l'autorité doctrinale, Ripert se place en situation de successeur de Gén^y ⁽³⁴²⁾. Comme la Libre recherche avait tenté de discréditer les commentateurs du XIX^{ème} siècle, Ripert défend l'idée que les limites de la liberté scientifique des juristes sont posées par la nature stable du

⁽³³⁹⁾ On trouve pareillement cette idée chez Josserand qui livrera un *Cours de droit civil positif*. Pour M. le doyen CARBONNIER, cet intitulé est révélateur de ce que "la véritable positivité est non pas légale, mais jurisprudentielle. L'engouement pour la dernière jurisprudence remplace le culte du texte de loi", *Droit civil, Introduction*, 25^{ème} éd., 1997, précité, [150], p.266 ; v. également D. FENOUILLET, "Étienne, Louis Josserand (1868-1941)", *RHFD*, 1996, n°17, p.27 (p.39-40).

⁽³⁴⁰⁾ G. MORIN, "La décadence de l'autorité de la loi", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1925, p.259.

⁽³⁴¹⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., 1955, précité, p.14.

⁽³⁴²⁾ Les successeurs de Gén^y sont, en réalité, nombreux. On observe chez eux et malgré leur diversité, le désir de coordonner la permanence et la stabilité des solutions juridiques à une attitude résolument pragmatique qui commande de s'adapter aux changements de la société française. À l'instar de G. RENARD, qui, à travers une théorie de l'institution juridique, reprend le credo de la pureté des concepts juridiques durables : "L'institution juridique est une entité juridique qui a sa racine dans la personne, et qui pourtant la dépasse en durée, en continuité et en permanence" (*La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, p.31) ; la doctrine montre sa fidélité à Gén^y en associant sécurité et justice.

droit ⁽³⁴³⁾. La controverse et l'innovation doctrinale sont des facteurs d'insécurité et de déclin dès lors que sont franchies ces limites.

61. La pseudo-neutralité doctrinale - Le rôle que le doyen Ripert assigne à la doctrine peut paraître singulièrement réduit. Il proclame et annonce à plusieurs reprises l'effacement du rôle de la doctrine face à l'autorité de la Cour de cassation, en déclarant notamment que "nul professeur de la Faculté ne se permettrait aujourd'hui d'opposer sa doctrine personnelle aux arrêts de la Cour de cassation ⁽³⁴⁴⁾". Est-ce là la description d'une réalité ? On peut valablement en douter. Cette invitation à adhérer au dogme de la solution unique énoncée par la Cour de cassation permet à la doctrine de s'assurer sous un discours descriptif une force considérable. Si aucun auteur ne se permet aujourd'hui de mettre en avant ses propres idées, l'on ne peut douter de sa neutralité et de son objectivité lorsqu'il interprète une décision de la juridiction suprême.

En apparence Ripert est loin de l'idée de Demogue écrivant : "L'instinct d'imitation fait prendre longtemps une solution comme la moins mauvaise, jusqu'au jour où un penseur, un esprit à première vue paradoxal, fait pénétrer dans le public une solution nouvelle, que répand l'instinct d'imitation ⁽³⁴⁵⁾". Alors que pour le premier la continuité du droit ne peut être assurée positivement que par la Cour de cassation, le second réfléchit sur les modes de transformations de droit positif et s'appuyant sur la sociologie de Gabriel de Tarde pour définir et comprendre les moments de l'évolution d'une théorie et des solutions, laisse penser que la doctrine exerce une influence décisive sur la détermination de la positivité des solutions. Ces deux discours mettent l'accent sur la tension du rapport entre l'interprète doctrinal et l'autorité normative reconnue à la jurisprudence. Demogue reconnaît qu'informellement des thèses doctrinales gagnent le droit positif, et qu'elles

⁽³⁴³⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.19 : "Les oppositions doctrinales n'ont porté pendant longtemps que sur les méthodes d'interprétation et la valeur respective des sources du droit ; elles ne compromettaient en rien la conception commune à tous les juristes de la nature stable du droit" renvoyant à F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, précité, n°139.

⁽³⁴⁴⁾ Cette invitation à adhérer au dogme de la solution unique prôtée à G. RIPERT, *Préface à la table quinquennale du recueil des sommaires*, p.1 [Référence introuvable], fut dénoncée par L. JOSSERAND dans un article resté célèbre par son titre "La doctrine contre la jurisprudence. Sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées", *DH* 1931, p.69, dans lequel l'auteur montre que loin de clore une controverse l'arrêt des chambres réunies du 13 février 1930 avait mis le feu aux poudres doctrinales. Si aujourd'hui la doctrine admet que cet arrêt *Jand'heur* a établi *définitivement* le régime de la responsabilité générale du fait des choses, c'est par une sorte de contraction historique ; car la lecture des commentaires de l'époque montre combien âpre et long fut le débat.

⁽³⁴⁵⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.41.

s'affirment comme les bonnes solutions indépendamment de l'aval de l'autorité habilitée. Ripert prétend le contraire mais la neutralité qu'il revendique pour la doctrine "suiviste" lui assure une autorité du même ordre. Sa neutralité lui impose de rendre à la décision son véritable sens si celui-ci est malencontreusement obscur ou abscons. La doctrine est, au fond, devenue la sentinelle du droit prétorien. Son retrait est la source de son pouvoir.

L'hommage rendu par Ripert à la continuité du *Recueil Dalloz* trahit cette pseudo-neutralité doctrinale. "À la mobilité du droit contemporain le *Dalloz* oppose la pérennité de son recueil, les rééditions de ces ouvrages. (...) jamais la publication n'a été interrompue. Dans la France occupée, la permanence du droit et la souveraineté française se sont affirmés par la continuité de notre oeuvre (...) Depuis plus d'un siècle c'est un des grands murs qui soutiennent l'ordre français. L'orgueil légitime de ceux qui le construisent tient au sentiment qu'ils maintiennent ainsi dans le monde la primauté de notre droit ⁽³⁴⁶⁾".

Une autre réflexion du doyen Ripert montre dans quelle mesure la doctrine influence l'évolution du droit positif malgré ses prétentions à la neutralité. Répondant à Gaston Morin qui critiquait l'esprit conservateur des civilistes et leur reprochait leur incapacité à s'adapter, Ripert interrogeait : "Faut-il combattre ou supprimer l'ordre ancien ? Voilà encore une question préliminaire. On invite le juriste à combattre pour une transformation de la société. Or, cette transformation implique certaines conceptions, morales, religieuses, sociales, etc. Les juristes qui appuient l'évolution prennent parti, et précipitent cette évolution. De là une responsabilité qu'ils portent comme hommes de doctrine. Il faut donc nous dire pourquoi précipiter l'évolution. Car le juriste peut la retarder, aussi bien que la précipiter. Le juriste doit donc d'abord se prononcer lui-même. Pour lui reprocher son rôle conservateur, il faut d'abord établir que les doctrines qu'il défend sont mauvaises ⁽³⁴⁷⁾".

L'engagement du juriste est ainsi source de transformation dès lors que s'affirme un parti pris ; mais le travail même d'analyse peut-il n'être que descriptif ? De manière explicite, Ripert aura refusé de suivre les invitations de Gény, Saleilles ou Demogue à se tourner vers la sociologie et les sciences sociales mais en affirmant le statut jurislatif et normatif de la jurisprudence, tous auront donné à la doctrine le pouvoir de choisir les décisions appelées à

⁽³⁴⁶⁾ G. RIPERT, in "Le Centenaire du Dalloz", D. 1950, chr. p.108.

⁽³⁴⁷⁾ G. RIPERT, in *Discussion du rapport de M. G. Morin*, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", *précité*, p.72.

durer. D'une façon ou d'une autre, la doctrine se conçoit en vue de définir les conditions de la permanence, en usant du thème du désordre de la législation, en usant de la nature stable du droit ou de la certitude à atteindre.

La révolution méthodologique n'eut qu'un succès fort mince, puisque parmi les grands auteurs de traités, seul Bonnecase⁽³⁴⁸⁾, continuateur du *Baudry-Lacantinerie*, peut être directement rattaché à Gény. Les autres furent sans doute libérés par l'École de la libre recherche mais l'on ne peut guère les considérer comme des disciples, bien qu'étant des émules. Ainsi très tôt note-t-on la méfiance d'Ambroise Colin et Henri Capitant, à l'égard des nouvelles méthodes, qui affirment de manière polémique que leur ambition est de former des juristes plutôt que des sociologues⁽³⁴⁹⁾. En dépit des affrontements de tous ces auteurs sur les questions brûlantes, cette période inventive qui a consacré une hiérarchie des interprètes et a porté la Cour de cassation à son sommet, a permis à la doctrine d'exprimer toute sa force en lui permettant de réformer le droit de la responsabilité civile. Cette force, les auteurs la tirent du statut que leur accorde Adhémar Esmein : ils sont gardiens de la continuité du droit, maîtres de la coutume et de l'écriture de la science du droit.

La différence fondamentale d'avec le statut de la doctrine au XIX^{ème} siècle vient de l'occultation de l'auctorialité de la doctrine au XX^{ème} jusqu'à la négation de son influence. Mais en retrait, devenue scientifique et neutre, abstraite et anonyme, elle s'impose comme raison pure ; son discours est gouverné par la seule rationalité logique et relègue la méthode controversiste parmi les raisonnements dépassés. Calqué sur celui du juge, l'anonymat de la doctrine rend le contenu de son discours neutre et son pouvoir "informel" légitime. N'étant pas une source, elle n'empiète pas formellement sur le terrain des autorités normatives. Les auteurs lui reconnaissent - en fait, se reconnaissent - pourtant une influence décisive. En préface des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Henri Capitant affirme le rôle fondamental joué par la Cour de cassation dans l'émergence des solutions mais remarque aussi que "les juristes ont compris que leur mission consistait à étudier, à critiquer ce droit en formation, à le dégager de la masse des décisions où il se trouve

⁽³⁴⁸⁾ v. J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1922, p.3 : "L'auteur d'un traité a en effet commencé par subir l'enseignement des faits ; ce sont par conséquent des enseignements que sous la forme de solutions positives et directives, il s'efforce à son tour de répandre, des enseignements issus de l'union intime de la constatation de la réalité et de l'effort de la pensée appliqué à démêler cette réalité".

⁽³⁴⁹⁾ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français* - tome 1er, précité, avant-propos, p.VI.

enfoui comme le minerai dans le sol, à la mettre au jour, à le dépouiller de ses scories, en un mot à le systématiser. C'est à eux, en effet, qu'incombe cette mission de découverte, de direction et de redressement ⁽³⁵⁰⁾". La neutralité de la doctrine est bien un leurre ; les auteurs ne conçoivent le sens et la portée des décisions qu'à partir de la force qu'ils leur donneront. La jurisprudence est certes source de droit, mais sans le dire, en toute neutralité, la doctrine fait la jurisprudence.

62. L'échec de la libre recherche ? - Dira-t-on que Gény, Saleilles et Esmein auront échoué dans leur entreprise de rénovation des méthodes de la doctrine ? Il est désormais acquis que la connaissance du droit passe nécessairement par la consultation des recueils de jurisprudence et "cela suppose d'ailleurs une étude critique des arrêts les plus importants, surtout ceux de la Cour de cassation rendus sur la question, étude qui consiste non seulement à lire ces arrêts, leur dispositif et leurs motifs, mais à en dégager la solution compte tenu des éléments de fait qui ont pu donner à la cause un aspect particulier ⁽³⁵¹⁾". La reconnaissance d'un rôle créateur à la doctrine reste par contre tapie dans l'ombre de sa neutralité. Peut-être y avait-il trop "loin de l'habileté de l'interprétation à l'admission d'un pouvoir créateur, de la hardiesse de la technique à l'affirmation d'un " droit libre " ⁽³⁵²⁾ ?".

Les raisons de l'avènement du dogme de la solution unique nous paraissent intimement liées à cet esprit de légalité qui agit comme contrepoint des tentatives de rénovation. Les thèses de Gény en étaient porteuses, il fut développé grâce à l'influence de Ripert sous l'image de la Cour de cassation. Comme le suggère M. le doyen Carbonnier, en prenant la norme juridique comme objet, les théoriciens du XXème siècle n'ont tous fait qu'ajouter des objets au culte des sources du droit ⁽³⁵³⁾ et ont ainsi développé une telle autocensure qu'ayant poussé les arrêts à un rang quasi-législatif, la doctrine

⁽³⁵⁰⁾ H. CAPITANT, préface pour *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Sirey, 1934.

⁽³⁵¹⁾ L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Traité de droit civil de A. Colin et H. Capitant*, tome 1er, Paris, Dalloz 1957, p.177.

⁽³⁵²⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.12.

⁽³⁵³⁾ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 8ème éd., 1995, p.96 : "L'esprit de légalité qui devait marquer le XIXème siècle libéral (...) n'a pas peu contribué à faire regarder la règle de droit comme le plus essentiel des phénomènes juridiques : par son impersonnalité comme son immutabilité de principe, n'est-elle pas la garantie spécifique de la liberté, de l'égalité et de la sécurité que le droit a pour fonction de sauvegarder ? À la loi, donc à la règle, l'École de l'exégèse rendit on sait trop quel culte. Mais dans la doctrine civiliste rénovée par Gény, la position n'est pas très différente - à ceci près qu'à côté de la règle légale, d'autres règles (la coutume, la jurisprudence) ont été admises à figurer".

"les a mis elle-même hors de la portée de ses flèches ⁽³⁵⁴⁾". Par un effet de balancier, la doctrine qui travaillera après guerre, redorera le blason de la loi et libérera partiellement la critique doctrinale du culte du précédent.

Avec l'École de la libre recherche au début du siècle, puis avec Ripert, Capitant, Josserand et tant d'autres, les années d'entre-deux-guerres ont donné à la Cour de cassation le statut d'interprète autorisé. L'après-guerre et son instabilité politique vont renforcer le sentiment que la permanence et la continuité du droit sont préservées par l'activité régulatrice de la Cour suprême. Mais les années cinquante et soixante annoncent une nouvelle ère ; le temps de la redécouverte de l'intention du législateur, un législateur issu pour les grandes réformes des rangs de la doctrine universitaire : c'est le temps des autorités qui restitue sa force à la norme législative et rétablit une égalité des interprètes en encourageant l'exégèse des nouveaux textes, l'utilisation de la sociologie et des sciences sociales et la réflexion sur une cohérence transnationale pour permettre l'émergence d'un droit commun pour l'Europe. D'un point de vue théorique, c'est clairement le passage d'un affrontement des théories jusnaturalistes et normativistes à une préhension plus réaliste des phénomènes juridiques.

Section 2

La rénovation de l'intention du législateur.

63. Mise au point - Si nous avons largement décrit le dogme de la solution unique avec les mots de Ripert, son oeuvre s'éclaire rétrospectivement d'une réflexion faite par M. le conseiller J. Léonnet, directeur des services de documentations et études de la Cour de cassation, décrivant les méthodes de sélection et de publication des arrêts des années quarante à nos jours. "Il fallait alors beaucoup publier pour fixer la doctrine de la Cour ... Avec les années cette publication intensive ne cessa de diminuer. Autocensure volontaire, car la jurisprudence une fois solidement établie, il convenait de ne publier que l'essentiel de la jurisprudence présentant un caractère doctrinal ⁽³⁵⁵⁾". Le

⁽³⁵⁴⁾ J. CARBONNIER, "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr. p.138.

⁽³⁵⁵⁾ J. LEONNET, Allocution prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 12 janvier 1996, *Rapport de la Cour de cassation* 1995, p.46-47. Comparer les chiffres n'est pas inutile. En 1949, sur 3660 décisions rendues par les trois chambres civiles, 1904 sont publiées. En 1994, sur 24650 arrêts

changement de perception du rôle de la Cour de cassation est sensible. Pour Ripert et ses contemporains, c'est la répétition puis la coutume qui en émerge, qui légitiment la permanence de la solution. On rencontre aujourd'hui un autre discours. Un seul arrêt permet maintenant de créer une jurisprudence constante ⁽³⁵⁶⁾. La fixité est obtenue plus sûrement grâce au pouvoir de l'assemblée plénière de mettre fin aux controverses, y compris doctrinales. Elles ne sont pourtant pas faciles à éradiquer. La Cour de cassation doit donc disposer des moyens d'asseoir son pouvoir sur l'ensemble des juristes de manière à imposer ses interprétations. La contestation de paternité légitime et l'application de l'article 334-9 du Code civil ont donné lieu à de pénibles querelles "avant que la Cour de cassation n'en retienne l'interprétation dite "a contrario", unanimement admise aujourd'hui en jurisprudence et devant laquelle la doctrine s'est inclinée ⁽³⁵⁷⁾".

Il est patent que la mission de la Cour de cassation n'est plus celle d'un contre-pouvoir face à l'arbitraire du législateur comme la concevait Ripert. Les magistrats et professeurs qui participent à la voix doctrinale de la Cour de cassation, livrent le plus souvent un discours où l'unité de la solution poursuit un dessein politique. *Réformer sans légiférer*, en posant des règles générales qui s'imposeront aux juridictions du fond devant lesquelles les autres autorités devront s'incliner ⁽³⁵⁸⁾. En toutes hypothèses, l'euphémisme est de rigueur ⁽³⁵⁹⁾. Ces arrêts ne s'imposent pas par la règle posée qui reste critiquable le cas échéant, mais parce qu'ils ont rallié un point de vue doctrinal unanime hors duquel toutes les opinions sont hérétiques. L'unité du savoir est construite par élimination des controverses ou plutôt par négation des difficultés ⁽³⁶⁰⁾. En cinquante années, alors que les théoriciens du droit - français et belges - se sont considérablement orientés vers des perspectives réalistes de

rendus, 15474 sont jugés utiles et peuvent être diffusés, mais 2038 sont publiés, et seulement 1614 provenant des cinq chambres civiles.

⁽³⁵⁶⁾ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 7ème éd., 1995, p.49 ; mais déjà G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.381.

⁽³⁵⁷⁾ J. MASSIP, obs. sur Cass. civ. 1ère, 4 mai 1994, *Deffrénois* 1994, p.1442 ; comp. Ph. CONTE, "L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur", *JCP* 1988.I.3343, n°13 : l'interprétation *a contrario* "a permis le saccage sans précédent du droit de la filiation".

⁽³⁵⁸⁾ Il est ainsi admis qu'avec l'arrêt Besse de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991, "toutes les chambres de la Cour de cassation se sont inclinées", A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 6ème éd., 1997, n°264, p.173.

⁽³⁵⁹⁾ Voir J.-L. SOURIOUX et P. LERAT, "L'euphémisme dans la législation récente", *D.* 1983, chr., p.221. L'effet *d'euphémisation* produit la déréalisation des problèmes juridiques ; le contenu sémantique et politique des règles est alors évincé au profit d'une approche "strictement juridique". Quand ce légalisme conduit à l'insoutenable, v. D. LOCHAK, "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p.298.

⁽³⁶⁰⁾ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse Lyon, 1975, p.39.

l'interprétation⁽³⁶¹⁾ qui font de l'aveu de complexité et de l'anti-réductionnisme leur cheval de bataille, la doctrine dominante a abandonné progressivement une partie de son influence critique au profit d'un discours favorable aux décisions de la Cour de cassation. Certes, il y eut des controverses tenaces d'où ont émergé des conceptions doctrinales, mais en règle générale, l'écart s'est creusé entre la part du recensement et la part de la critique. *L'enregistrement des décisions s'est substitué à l'analyse.*

Naturellement, la doctrine demeure hétérogène, elle ne se réduit ni aux opinions dominantes, ni aux opinions consacrées, ni aux opinions autorisées. C'est pourquoi, en dehors des tentations suivistes, des auteurs ont oeuvré pour un nouveau souffle doctrinal. La doctrine avait besoin de se ressourcer, ils retournèrent aux orateurs de la Révolution, à Portalis, ou aux écrivains de la *Thémis*, auxquels fut dédiée une prestigieuse collection d'ouvrages⁽³⁶²⁾. D'autres cherchèrent chez Aristote et Saint Thomas d'Aquin les raisons de croire que la théorie du droit n'était pas ensevelie sous la solution unique, d'autres enfin, suivant les pas de Gény, regardèrent le droit sous son rapport avec les théories de la connaissance. Plus rares, en droit privé, sont les auteurs à avoir utilisé les positivistes anglo-américains. Malgré la diversité des perspectives philosophiques à sa disposition, la doctrine française semble rechercher encore sa propre légitimité scientifique dans la continuité du droit privé.

64. Continuité ? - La doctrine universitaire et la magistrature ne sortent pas indemnes de la période vichyste. Les auteurs que rattrape le spectre d'une épuration anachronique ne parviennent pas à faire disparaître la tache des écrits de jeunesse. Ceux qui se défendent d'avoir jamais collaboré se réfugient derrière la neutralité politique de la doctrine et du droit⁽³⁶³⁾. Or il se trouve que la neutralité de la doctrine est un concept bienvenu après guerre pour légitimer à travers la survivance des institutions et leurs mutations, la

⁽³⁶¹⁾ La théorie du droit s'est rapprochée ainsi de la sociologie, de l'anthropologie, de la linguistique ou encore de la philosophie du langage faisant du droit un objet interdisciplinaire. La revue *Droit et société* ou la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* font écho à ce mouvement. Voir également M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit*, approche interdisciplinaire, Bruxelles, FUSL, 1978 ; *adde*, D. DE BECHILLON, "L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation", *RRJ* 1994, p.247 ; M. TROPER, "À propos de la théorie réaliste de l'interprétation. Réplique à D. de Béchillon", *RRJ* 1994, p.267.

⁽³⁶²⁾ M. le doyen Carbonnier et les fondateurs de la collection *Thémis* aux presses universitaires de France concevaient le titre de la collection comme une invocation à la revue du siècle dernier. Voir. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25ème éd., 1997, précité, [152], p.270.

⁽³⁶³⁾ D. LOCHAK, "Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française", in "Le droit antisémite de Vichy", *Le genre humain*, Été-Automne 1996, Paris, Seuil, p.433.

permanence des hommes. Sans doute, les partisans et les résistants auront-ils une légitimité plus grande pour prendre en mains les destinées politiques de l'université, mais la continuité temporelle de l'ordre juridique français, une fois les lois racistes abrogées, retrouve son sillon tracé pendant la IIIème République. On pourra ainsi penser que la neutralité du *Planiol et Ripert* a sauvé Georges Ripert, doyen de la faculté de droit de Paris en 1943 et secrétaire d'État du gouvernement vichyste en 1940 ⁽³⁶⁴⁾. Les méthodologies (pseudo)positivistes publiées après guerre commandent à la doctrine de ne pas avoir un rôle passif ; elle ne doit pas "se borner à enregistrer les oscillations de la jurisprudence ⁽³⁶⁵⁾". La nécessité d'une mise en ordre du droit et de la jurisprudence dicte donc à l'interprète l'obligation de mettre en lumière les "principes immuables appelés à dominer la réalisation du droit ⁽³⁶⁶⁾". Déterminer les principes universels du droit pour la France d'aujourd'hui et l'Europe de demain, telle est la sommaire ambition de la doctrine contemporaine ⁽³⁶⁷⁾.

65. Nouvel équilibre - La reconstruction de l'Europe et la naissance d'une communauté politique européenne, la bipolarisation des rapports Est-Ouest après les décolonisations ramènent en quelque sorte le discours juridique au point de départ de notre historique. Les Deux Géants qui se partagent le monde condamnent la pensée politique à se radicaliser. En France, l'instabilité politique de la IVème République ne va rien arranger ; les juristes conservateurs, toujours en quête de stabilité, s'en remettent à l'autorité de la Cour de cassation et dénoncent le "confusionnisme intellectuel et moral" qui naît de la controverse ⁽³⁶⁸⁾. Le savoir juridique est hypothético-déductif et la subsomption doit garantir le rejet des ambiguïtés et l'affirmation de principes permanents ; ils s'érigent contre le déclin du droit législatif.

La remise en ordre du droit est encore l'enjeu du discours doctrinal qui va dominer les années cinquante. Sa formulation cependant renouvelée intègre la dimension temporelle à l'approche historique et invite les sources du droit à

⁽³⁶⁴⁾ A.-F. ROBERT-PRECLoux, "Qu'enseignait-on à la faculté de droit de Paris ?" in "Le droit antisémite de Vichy", *Le genre humain*, Été-Automne 1996, Paris, Seuil, p.413.

⁽³⁶⁵⁾ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Dalloz, 1948, rééd. 1991, n°126, p.141.

⁽³⁶⁶⁾ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, précité, n°141, p.161.

⁽³⁶⁷⁾ comp. C. LARROUMET, "La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats de commerce international", *JCP* 1997.I.4011 ; *adde*, J. BONNECASE, *Traité de droit commercial maritime*, précité, p.13 à propos de l'unification du droit international maritime, qui selon lui, relevait d'une foi mystique.

⁽³⁶⁸⁾ J. BELIN-MILLERON, "La logique au prétoire est une éthique", *D.* 1954, chr. p.127 (p.129).

réfléchir sur l'accélération de l'histoire ⁽³⁶⁹⁾. Cette invitation ne s'adresse pas à la seule autorité de la Cour de cassation. L'infléchissement sociologique donné à la théorie du droit depuis le début du XXème siècle gagne les sphères de l'élaboration du droit législatif. L'idée pénètre lentement que la rénovation des codes sera plus sûre si elle résulte d'une pensée systématique et structuraliste plutôt que d'une lente élaboration prétorienne. Des auteurs dénoncent "l'incertitude congénitale propre à la jurisprudence d'aujourd'hui (...) qui cesse d'être anonyme, collective et permanente ⁽³⁷⁰⁾". La césure est importante entre les auteurs nés avec le siècle pour qui l'oeuvre prétorienne donne malgré tout la solution juste et les auteurs de l'après-guerre pour qui la résolution des problèmes juridiques passe nécessairement ou le plus souvent par le traitement global des questions, comme si le législateur détenait un pouvoir doctrinal, un pouvoir de définition.

Cette période marque l'avènement de juriconsultes universitaires qui, de sensibilités différentes et donc de manière différente, vont réhabiliter la loi ⁽³⁷¹⁾ : au coeur de cette remise en ordre du droit législatif, un professeur de droit qui deviendra Garde des sceaux, M. Jean Foyer. La génération gaulienne va constituer ainsi une période où les pratiques exégétiques contribueront à rénover l'intention du législateur, le temps d'une parenthèse.

PARAGRAPHE 1. LE TEMPS D'UNE NOUVELLE EXEGESE DE LA LOI ⁽³⁷²⁾.

66. La génération gaulienne - Au début des années soixante, l'on peut opposer deux grands courants doctrinaux. Il y a les auteurs qui ont participé aux grands débats sur la responsabilité civile et qui ont réussi, grâce au rôle qu'ils ont donné à la Cour de cassation, à réformer en profondeur le droit français des obligations. Ceux-là sont, dans les années cinquante, généralement hostiles à des réformes législatives globales qui réduiraient l'étendue du pouvoir normatif de la jurisprudence au motif principal que la qualité des lois déclinant, il serait imprudent de laisser à un législateur versatile le pouvoir de réformer le droit privé. Incapable d'avoir une vision d'ensemble de l'ordre

⁽³⁶⁹⁾ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1964, p.14.

⁽³⁷⁰⁾ Ph. MALAURIE, "La jurisprudence combattue par la loi", *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.603.

⁽³⁷¹⁾ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p.284 : "L'éloge de la loi n'est plus à faire ; on a pourtant besoin qu'il soit fait".

⁽³⁷²⁾ G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Cours de DES, 1970-1971, Paris, Les cours de droit, 1971, p.162.

juridique, ce législateur partial et de circonstance ne serait bon qu'à permettre l'éclatement du droit commun. Le thème récurrent du déclin du droit tient encore le haut du débat théorique à dessein de préserver le rôle unificateur de la Cour de cassation, gardienne de la continuité de l'ordre juridique, gardienne de la loi et juge du législateur. Cette vision du droit se manifeste par une attitude résolument hostile à la reconnaissance de l'idée que le progrès naît de la controverse. Mais à ceux qui avec Ripert affirmeraient que rien ne naît du désordre ⁽³⁷³⁾, M. le doyen Carbonnier répond que par nature, "seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos ⁽³⁷⁴⁾".

Cette division de la doctrine française toujours répétée depuis deux siècles, peut-être culturelle, peut-être naturelle, montre comment les questions se déplacent en fonction des tentations conservatrices des uns et des tentatives renovatrices des autres. À l'image de Saleilles, la doctrine du premier tiers du XXème siècle aura été non-conformiste dans une période inventive. Pour leur part, les auteurs d'entre-deux guerres furent aux prises avec des tensions politiques qu'il est difficile d'expliquer et plus encore de juger, mais ils fouillèrent les pistes lancées par leurs prédécesseurs pour assurer la transformation prétorienne du droit privé. Après 1945, toujours inventive, la doctrine fut cependant plus conformiste, peut-être pour assurer le contrepois des législations d'inspiration révolutionnaire. L'instabilité institutionnelle de la IVème république plaçait la doctrine en situation de critiquer le pouvoir législatif mais aussi l'obligeait à concevoir un avenir. Savatier nuance ainsi l'utilisation doctrinale du déclin du droit, pour affirmer que "toutes les fois qu'une civilisation se transforme, on assiste donc, non à un déclin, mais à une crise du droit. Celui-ci se cherche dans des ébauches d'abord informes. D'une part, à cette époque de transition, une législation jeune, faite de slogans et de programmes n'est pas encore du droit. D'autre part, une législation vieillie, sclérosée à la même époque dans l'abondance des règlements minutieux et inobservés n'est déjà plus du droit. Il faut construire un droit permettant de fournir une norme à l'accélération de l'histoire ⁽³⁷⁵⁾". Nul doute que pour Savatier la doctrine en charge de cette construction progresse par la controverse et l'échange. Les longues années de la chronique de droit des

⁽³⁷³⁾ G. RIPERT, "Bilan d'un demi-siècle de vie juridique", *D.* 1950, chr. p.1.

⁽³⁷⁴⁾ J. CARBONNIER, "Le silence et la gloire", *D.* 1951, chr., p.120.

⁽³⁷⁵⁾ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, 3ème éd., 1964, précité, p.18-19.

successions qu'il tint à la *Revue trimestrielle de droit civil*, témoignent du caractère inlassablement controversiste de l'auteur, toujours prêt à condamner l'opinion d'un collègue ou plus fermement encore une solution édictée par la Cour de cassation jusqu'à obtenir gain de cause ⁽³⁷⁶⁾. Il reste que la rhétorique du déclin était majoritaire.

67. Le déclin d'hier et d'aujourd'hui - En 1950, H. Solus craignait du législateur trop prompt à satisfaire des intérêts catégoriels qu'il ne condamne le droit et la science juridique à la déraison. "Le droit, écrivait-il, comme toute science et toute technique, repose, en effet, sur des principes. Renier ceux-ci, en mépriser le bien-fondé et la force, c'est du même coup ruiner l'efficacité et la solidité du droit : c'est provoquer la mort du droit. (...) L'expérience démontre en effet que les solutions hérétiques édictées par le droit positif en violation des principes et donc, - c'est là qu'est le danger et il importe d'y réfléchir, - en méconnaissance des raisons profondes qui justifient ces principes, se révèlent à l'usage toujours défectueuses ⁽³⁷⁷⁾". Le discours de la doctrine contemporaine montre toujours cet attachement conservateur, comme autarcique, à un bloc de connaissances monolithe et rejette l'immixtion dans le savoir juridique d'idées issues de savoirs extérieurs. Le déclin du droit et sa dénaturación guettent toujours. "Les logiques juridiques elles-mêmes, qui paraissaient établies de toute éternité, définitivement et universellement, sur les principes de hiérarchie, de non-contradiction, de déduction, de continuité, de causalité, de réduction à l'unité, et qui semblaient intrinsèquement reposer sur les concepts de normes institutives, prescriptives ou prohibitives, ne basculent-elles depuis quelques temps dans les eaux douteuses de la semi-impérativité, de la flexibilité, de la discontinuité, des hiérarchies alternatives, pour sombrer dans le monde incertain de l'optatif, des normes molles, prospectives, floues expérimentales ? ⁽³⁷⁸⁾". Aujourd'hui le déclin de la loi ⁽³⁷⁹⁾, demain le déclin du droit tout entier. Dans un article récent, M. le professeur Langlois attirait

⁽³⁷⁶⁾ par exemple R. SAVATIER, obs. à la *RTD civ.* 1960, p.693, à propos de la reconnaissance par la Cour de cassation de la validité d'un pacte tontinier, l'auteur trouve récompense de ses efforts critiques après avoir "souvent protesté contre l'extension donnée volontiers par la Cour de cassation à l'interdiction des pactes sur successions futures".

⁽³⁷⁷⁾ H. SOLUS, "Le statut hérétique des Tribunaux paritaires de baux ruraux", *D.* 1950, chr. p.153 ; rappr. de G. RIPERT qui compte parmi les facteurs de déclin la création de juridictions d'exception, *Le déclin du droit*, précité, p.184.

⁽³⁷⁸⁾ Et. PICARD, ""Science du droit" ou "doctrine juridique"", *Mélanges R. Drago*, Paris, Économica, 1996, p.119.

⁽³⁷⁹⁾ Sur le déclin du principe de légalité en matière criminelle, v. R. KOERING-JOULIN, "De l'art de faire l'économie d'une loi", *D.* 1990, chr., p.187.

encore l'attention sur le rôle que s'arrogeait la chambre sociale de la Cour de cassation, du fait de l'inconstance avérée de la législation du travail ⁽³⁸⁰⁾. La dérive consisterait en fait en ce qu'au lieu de raisonner de manière téléologique en recherchant le but de la loi et la volonté du législateur, la Cour de cassation, comme démunie face aux changements de majorité politique, se raccrocherait à la lettre défectueuse des textes plutôt qu'à leur esprit évanoui. Le droit se délitérait donc et si, plus qu'ailleurs, le flou, l'ambiguïté et l'incertitude trouvaient en droit social une terre d'élection, le danger guetterait l'ensemble du savoir juridique. Devenue sans esprit, la loi laisserait prospérer "une jurisprudence aléatoire où sombre la sécurité juridique, sans parler de la cohérence du droit qu'on n'ose même plus revendiquer comme critère de pertinence, d'efficacité et d'esthétique juridique ⁽³⁸¹⁾".

68. Fonction rhétorique du déclin - Le déclin du droit, thème apparemment nostalgique d'une cohérence et d'un esthétisme juridique très mythologiques, est un outil doctrinal. On peut s'interroger avec M. le professeur Jestaz pour qui les prophéties du déclin contribueraient à le créer, comme par effet performatif ⁽³⁸²⁾. Mais ce discours, montrant les formes du déclin, s'accompagne toujours d'un appel à la remise en ordre du droit. Ainsi sous couvert d'un appel à la préservation des valeurs passées, les juristes reprennent à leur compte la réflexion sur les concepts en devenir. Le rappel de la continuité, qui exprime le plus souvent une oeuvre de reconstruction historique des solutions, permet de rétablir un sens aux éléments d'un débat embrouillé de considérations politiques. En dénonçant le déclin de la loi, la doctrine attire à elle la réflexion sur le danger représenté par le gouvernement des juges et l'on dira alors qu'elle remplit son rôle de rempart contre l'arbitraire ⁽³⁸³⁾. Dans tous les cas, sa tradition, sa neutralité, son expérience font que "l'appréciation du droit positif est dévolue sans partage à la doctrine, sans nul carcan. Pour elle, aucune règle, aucune théorie, n'a de vertu en soi :

⁽³⁸⁰⁾ Ph. LANGLOIS, "La Cour de cassation et le respect de la loi", *D.* 1997, chr., p.45.

⁽³⁸¹⁾ D. R. MARTIN, note sous Cass. com., 21 mai 1996, *D.* 1997, p.106.

⁽³⁸²⁾ Ph. JESTAZ, "Déclin de la doctrine ?", *précité*, p.96 ; comp. C. ATIAS, "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", *JCP* 1980.I.2999, n°6 ; *adde*, B. OPPETT, "Les tendances régressives dans l'évolution du droit", *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p.317 et B. OPPETT, "L'hypothèse du déclin du droit", *Droits-04*, p.9.

⁽³⁸³⁾ A. PERROT, "La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit", in A. BERNARD et Y. POIRMEUR (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993, p.181. L'auteur recense les situations dans lesquelles la doctrine française joue de la rhétorique du déclin comme un instrument.

son champ de discernement est infini ⁽³⁸⁴⁾. Les années soixante resteront dans cette mesure une période durant laquelle la doctrine universitaire fut à l'origine des réformes législatives qui auront abouti ⁽³⁸⁵⁾.

69. Les réformes nécessaires - La doctrine d'après-guerre a ainsi poursuivi les débats théoriques entamés dans les années trente. La doctrine a changé, soit que les auteurs ne sont plus les mêmes, soit qu'ils ont évolué. Un certain nombre de débats sur la responsabilité générale du fait des choses paraissent clos ; les controverses sur la nature des personnes morales vont bientôt se taire. En fait les questions se déplacent ⁽³⁸⁶⁾. Les tensions politiques touchent le droit des personnes, le droit patrimonial de la famille, le droit des sociétés et des procédures collectives. *La révolte des faits contre le Code* dont Gaston Morin avait élaboré la description en 1920 ⁽³⁸⁷⁾ gagne désormais l'ensemble de la société française.

Plus mythologique que jamais, l'accès à la science du droit est promis au justiciable ; plus démagogique que jamais, l'accès à la justice est promis à tous. Mais peu importe finalement ce que l'on croit être l'adaptation du droit au fait, les réformateurs des années soixante ne lient pas forcément l'efficacité de la rénovation des codes aux pratiques existantes, ils tentent d'anticiper sur l'avenir pour l'infléchir. L'appel à la sociologie qui s'était généralisé dans les années cinquante ⁽³⁸⁸⁾, trouve un écho suffisant pour l'élaboration législative ⁽³⁸⁹⁾. C'est une parenthèse qui s'ouvre dans l'histoire récente de la doctrine puisqu'avec le succès des codifications réapparaît l'intention du législateur rationnel, capable de systématiser par voie de dispositions générales la rénovation du droit civil, du droit des sociétés, de la faillite, de la procédure civile. Bien sûr la jurisprudence a réformé le droit de la responsabilité

⁽³⁸⁴⁾ Ph. LE TOURNEAU, "La plume professorale est libre", *D.* 1995, chr., p.273.

⁽³⁸⁵⁾ Auparavant v. L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, "La réforme du Code civil", *D.* 1948, chr. p.117 et *Les Travaux de la commission de réforme du Code civil* emmenés par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, Paris, Sirey, tome 1, 1946, tome 2, 1948.

⁽³⁸⁶⁾ Sur la personnalité juridique de la famille, v. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, 3ème éd., 1964, précité, n°125, p.153.

⁽³⁸⁷⁾ G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, B. Grasset, 1920.

⁽³⁸⁸⁾ J. BRETHER DE LA GRESSAYE, "De la connaissance pratique du droit et ses difficultés", *D.* 1952, chr. p.89 ; P. DURAND, "La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé", *D.* 1956, chr. p.75 : "Les signes se multiplient de l'importance que la doctrine moderne entend attacher à cette connaissance des faits juridico-sociaux : une indispensable sociologie devra compléter la pure théorie juridique".

⁽³⁸⁹⁾ L. SEBAG, "La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux", *D.* 1963, chr. p.203 ; F. TERRE, "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux", *L'année sociologique* 1965, p.5.

contractuelle et délictuelle depuis les années trente et des réformettes législatives, au demeurant nombreuses, ont effleuré le Code civil - M. le doyen Cornu en compte soixante et un entre 1938 et 1963⁽³⁹⁰⁾ - mais cette "abondance de transformations formelles doit être énergiquement repoussée comme critère de rénovation"⁽³⁹¹⁾. La permanence de la lettre du Code civil n'a pas empêché cependant la transformation du droit privé⁽³⁹²⁾. En se développant hors du Code par des lois extérieures propres à des matières particulières ou de l'intérieur grâce à l'oeuvre prétorienne, le droit civil et sa rénovation apparaissent trompeusement immobiles. Ainsi, alors que la vocation permanente du Code est de guider le législateur "par l'espèce d'usufruit qu'il a de la jurisprudence" pour "recueillir les fruits les mieux venus", arrive un moment où "le décalage mérite d'être réduit, non seulement entre le Code et les lois postérieures, mais entre le Code et les formations prétoriennes les mieux élaborées, par voie d'incorporation au texte de la loi. Sinon de trop vastes écarts risquent de s'établir entre la permanence toute formelle des textes et l'évolution réelle du droit"⁽³⁹³⁾.

Encore une fois la doctrine avance la nécessité d'une remise en ordre du droit pour organiser la rationalisation et la systématisation de la législation, et le mouvement de codification des années soixante va, par son succès, rendre aux faiseurs de système une autorité scientifique qui prétendument faiblissait. En fait, cette période de codification réinvente l'intention du législateur, redécouvre les travaux préparatoires⁽³⁹⁴⁾ et réoriente les méthodes doctrinales vers une nouvelle exégèse. De l'opinion de R. Savatier, la jurisprudence était entrée dans une phase nouvelle où sa puissance serait moins exclusive⁽³⁹⁵⁾. Cela ne durera que le temps d'une parenthèse.

⁽³⁹⁰⁾ G. CORNU, "La lettre du Code à l'épreuve du temps", *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.157.

⁽³⁹¹⁾ G. CORNU, "La lettre du Code à l'épreuve du temps", précité, p.163.

⁽³⁹²⁾ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, Paris, Dalloz, 1959, n°8, p.14-15.

⁽³⁹³⁾ G. CORNU, "La lettre du Code à l'épreuve du temps", précité, p.166.

⁽³⁹⁴⁾ J.-F. COUDERC, "Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers", *D.* 1975, chr., p.249 ; comp. H. CAPITANT, "L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires", *DH* 1935, p.77 qui affirmait alors que les méthodes d'interprétation devaient se passer du recours aux travaux préparatoires tout simplement parce qu'il était impossible de reconstituer la volonté collective d'une assemblée. L'auteur vantait "la conception anglaise" de l'interprétation considérant qu'elle augmentait l'autorité des juges et "la fixité du droit, garantie pour le justiciable", (p.80).

⁽³⁹⁵⁾ Opinion de René SAVATIER, "Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif", *Mélanges J. Dabin*, tome 1, Paris, Sirey, 1963, p.293, relayée par J. CARBONNIER, "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr., p.138.

70. Des autorités interprétatives concurrentes - Il apparaît ainsi que les causes de l'insécurité sont moins à rechercher dans l'intervention du législateur que dans les caractères de l'oeuvre jurisprudentielle. Alors que G. Ripert rendait les législations contemporaines responsables de l'insécurité et du déclin du droit ⁽³⁹⁶⁾, la doctrine des années soixante va restaurer une certaine égalité entre les interprètes par voie d'argument ⁽³⁹⁷⁾. Le vocable utilisé est néanmoins terre de confusion.

Rappelons qu'au début du XIXème siècle, la jurisprudence et les juristes étaient ensemble interprètes doctrinaux face au seul interprète par voie d'autorité qu'était le législateur.

Ce dernier est ensuite devenu une "source", accompagné plus tard par la jurisprudence. Les thèses de M. le doyen Carbonnier ont restauré le législateur comme seule source formelle et les interprètes sont devenus des "autorités" ⁽³⁹⁸⁾. Leur pouvoir de contrainte n'étant que moral, leur autorité, même grande, n'est pas source de droit. "On aura beau dans une jurisprudence, entasser les jugements couche par couche, on n'aura jamais que des solutions particulières sans rayonnement au dehors, des accommodements, des arrangements de conflits individuels. Même les arrêts solennels des Chambres réunies, même les arrêts rendus par l'assemblée plénière sont des jugements à autorité relative ⁽³⁹⁹⁾". M. le professeur Carbonnier justifie ce déclassement - ou ce reclassement - de la jurisprudence par ses pathologies ou plus exactement ses infirmités ⁽⁴⁰⁰⁾ : sa lenteur, ses incertitudes, son insécurité et son impuissance à faire de véritables réformes. Elle ne perçoit la réalité juridique que par le petit bout de la lorgnette, "au filtre des procès. Or toutes les relations juridiques ne donnent pas lieu à procès". L'approche sociologique du droit permet de redistribuer les

⁽³⁹⁶⁾ G. RIPERT, "Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique", *D.* 1950, chr. p.4.

⁽³⁹⁷⁾ G. CORNU, "Aperçu de la pensée juridique contemporaine", *Annales Université Poitiers*, 1960, p.15.

⁽³⁹⁸⁾ Il faut noter que cette position est antérieure à l'oeuvre législative que M. le doyen Carbonnier accomplira. Voir J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit et droit des personnes*, Paris, PUF, 3ème éd., 1960, [31] s., p.111 s.

⁽³⁹⁹⁾ J. CARBONNIER, *Introduction précitée*, 3ème éd., 1960, [32], p.116 ; comp. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.381 à propos des arrêts rendus toutes chambres réunies et de l'absence d'interprétation par voie d'autorité : "Sans doute cet arrêt n'est pas un arrêt de règlement et la Cour peut revenir sur sa décision par un arrêt ultérieur. Il n'empêche que les divergences disparaissent en fait, que les virements de jurisprudence sont rares et que la loi est appliquée partout de la même manière".

⁽⁴⁰⁰⁾ J. CARBONNIER, *Introduction précitée*, 3ème éd., 1960, [34], p.120. Les années soixante et soixante-dix furent celles des grands réformateurs. Dans un article brûlot, M. le professeur ATIAS, ("Les maux du droit et les mots pour le dire", *D.* 1997, chr. p.231) considère qu'il y aurait parmi les juristes tant de médecins de Molière qui nourrissent l'illusion légaliste que les années à venir risquent d'être celles des charlatans (*ibid.*, n°17).

rôles des différents jurislatoeurs. En réaffirmant la primauté de la loi, M. Carbonnier revient aux principes d'une élaboration doctrinale des règles et, sans nier l'importance de la jurisprudence, il en fait un interprète par voie d'autorité somme toute "relative".

Cette reformulation des pouvoirs de la jurisprudence s'accompagne d'une réforme du rôle de la doctrine. La neutralité de l'entité doctrinale prend un autre sens. La controverse doctrinale permet l'émergence de réponses adéquates aux problèmes grâce à une sorte d'éthique délibérative à laquelle adhère la classe des juristes. C'est la permanence d'un dialogue entre les auteurs, entre les jurislatoeurs, tenant compte des aspirations des justiciables qui permet de fournir des règles satisfaisantes et adaptées à la société moderne ⁽⁴⁰¹⁾. La doctrine se fait neutre par sa diversité et ses contradictions ⁽⁴⁰²⁾. L'art de l'arrêtiste est de suggérer tous les possibles et son pouvoir est celui de l'invention, mais "l'arrestographie ne se conçoit plus sans ce supplément de pronostics" ⁽⁴⁰³⁾.

PARAGRAPHE 2. LE TEMPS DE L'EXEGESE DES ARRETS.

71. Fin de la parenthèse - L'état de la doctrine dans les années 1970 est triple : la doctrine universitaire est divisée d'un point de vue institutionnel, tout d'abord en participant aux rénovations et innovations législatives depuis les années gaulliennes. Ensuite, en accédant à la Cour de cassation, des professeurs de droit ont quitté le commentaire critique pour l'acte de juger. Enfin, la doctrine restée à la faculté, de par l'augmentation considérable du nombre des revues et le développement des banques de données, s'est chargée d'un fardeau. Elle s'est assigné le travail de compiler pour comprendre.

Après la période de renaissance de la loi des années 1960, la fin des années 1970 va produire un discours qui va donner à la jurisprudence un regain d'autorité. La sécurité que le droit a pour fin de procurer est menacée, nous dit-on, à un double titre : non seulement l'inflation législative chronique s'aggrave jusqu'à l'indigestion ⁽⁴⁰⁴⁾ mais l'instabilité des lois est permanente ⁽⁴⁰⁵⁾.

⁽⁴⁰¹⁾ rapp. J.-L. BERGEL, "La loi du juge" Dialogue ou Duel ?, *Mélanges Kayser*, tome 1, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, p.21.

⁽⁴⁰²⁾ J. CARBONNIER, "Le silence et la gloire", *D.* 1951, chr., p.120.

⁽⁴⁰³⁾ J. CARBONNIER, "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr., p.138.

⁽⁴⁰⁴⁾ R. SAVATIER, "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D.* 1977, chr., p.43.

⁽⁴⁰⁵⁾ R. GRANGER, "La tradition en tant que limite aux réformes du droit", *RID comp.* 1979, p.100, n°67.

Les grandes réformes législatives avaient provoqué le sommeil des grands arrêts ; ceux-ci reviennent depuis en force et avec eux, la nécessité de concevoir des solutions permanentes et stables. L'on notera également que les arrêts, s'ils deviennent grands parfois, sont surtout nombreux, pour soutenir le pouvoir de la Cour de cassation. L'augmentation considérable des décisions disponibles par la voie informatique contribue sans aucun doute à la diffusion du sentiment que les questions doivent pouvoir se résoudre grâce à un précédent. Était-ce l'idée de ceux qui plaidaient pour une informatisation des données juridiques que d'assujettir des raisonnements à des abstraits ⁽⁴⁰⁶⁾ ? Non, sans doute mais l'informatisation a donné au dogme de la solution unique sous couvert de syllogisme et de subsumption, une force jamais atteinte. "L'idéal serait évidemment que la solution de tout litige puisse être mathématiquement déduite de règles juridiques clairement définies. Ainsi serait assurée une absolue prévisibilité et la sécurité du justiciable. Le recours au juge serait moins fréquent et son rôle essentiellement de dire le droit ⁽⁴⁰⁷⁾". Quoique les auteurs reconnaissent néanmoins que la déduction absolue conserve le rang d'un idéal, leur attitude, et celle des praticiens, parfois dévote envers l'outil informatique, abonde dans le sens d'un effacement du rôle controversiste de la doctrine. Et les banques de données aujourd'hui déployées créaient l'illusion que toutes les solutions ont déjà été dites et que le travail du juriste se résume à de la recherche documentaire.

72. Aujourd'hui - Il ne faut pas croire que la sécurité juridique soit le seul guide de la critique doctrinale. Quantitativement on la retrouve même assez peu dans le discours technique d'enregistrement des décisions mais il est constamment fait appel au principe, à l'impératif ou au besoin de sécurité dès qu'il s'agit de commenter une question réputée délicate pour laquelle la doctrine s'autorise un raisonnement *de jure ferenda*. Dans les dernières années du XXème siècle, c'est au crible de la sécurité juridique que la doctrine a jugé l'évolution de la jurisprudence relative à l'indétermination du prix, aux chaînes et groupes de contrat, à la qualification des clauses abusives, au régime de la répétition de l'indu, ou à la confusion des obligations de délivrance conforme et de garantie des vices cachés. Pour les juristes privatistes comme

⁽⁴⁰⁶⁾ E. BERTRAND et P. JULIAN, "Vers une informatique judiciaire, l'analyse des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence", *D.* 1972, chr., p.123 ; voir également P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex Machina*, Paris, PUF, 1998, et le chapitre 12 intitulé : "Les banques de données juridiques peuvent-elles influencer l'évolution du droit ?", p.210 s.

⁽⁴⁰⁷⁾ E. S. DE LA MARNIERRE, *Éléments de méthodologie juridique*, précité, n°91, p.193.

publicistes, il est clair que le principe de sécurité juridique joue un rôle déterminant des solutions dans les cas difficiles ; il est même devenu, aux dires de certains, une véritable obsession ⁽⁴⁰⁸⁾. Assurément la dimension et la portée que prend le recours à la sécurité traduit bien une orientation théorique donnée à l'évolution du droit français par ceux qui le font positivement. En fait, il n'est pas innocent que la question de la sécurité juridique se pose aujourd'hui à propos de l'influence des droits communautaire et européen sur le droit interne. On peut s'interroger sur la dualité des références à l'Europe et à la tradition française.

L'Europe ayant inscrit le principe de sécurité juridique parmi ses principes fondateurs ⁽⁴⁰⁹⁾, la sécurité est mise en avant comme mode d'élaboration des règles qui s'imposerait aux Législateurs et aux juridictions suprêmes. Son efficacité lui vient de ce que la sécurité est un besoin si simple qu'elle est au fond un dénominateur commun à l'Europe occidentale pour la construction d'un ordre juridique unitaire ⁽⁴¹⁰⁾. L'ambiguïté du principe réside donc dans la double nature qui lui est assignée : il est une fin ultime et il est ce sur quoi l'on construit. Encore une fois, c'est l'idéal d'unité qui est traduit dans une pensée se voulant pragmatique, de la même manière que l'on recherche l'unité dans les théories pures ou l'essence des choses.

73. La doctrine du clafoutis - La métaphore de la cerise aurait pu être celle de l'eau de vie, mais plus sobrement, MM. les professeurs Jestaz et Jamin ont préféré le clafoutis. "La doctrine fait le système (sous couleur d'en faire prendre conscience) et cela mérite attention. Pour le comprendre, il faut réduire le droit français à ce qu'il serait sans la doctrine, c'est-à-dire une simple juxtaposition d'articles de lois et de décisions jurisprudentielles. Entre ce droit-là (en gros le Code civil au lendemain de sa promulgation) et celui qui apparaît à la lecture d'un traité de droit civil, il y a la même différence qu'entre le kilo de cerises et le clafoutis servi au dessert ⁽⁴¹¹⁾". Mais au jeu des métaphores, il y a des systèmes qui encombrant l'estomac plus que d'autres.

⁽⁴⁰⁸⁾ Y. JEGOUZO, "Commentaire de la loi 9 février 1994", *Rev. dr. imm.* 1994, p.153 : "Depuis plusieurs années, ce thème de la sécurité juridique est devenu obsessionnel dans le domaine de l'urbanisme."

⁽⁴⁰⁹⁾ v. J. BOULOUIS et R. M. CHEVALLIER, commentaire de CJCE, 9 juillet 1969 : *Portelange c/. Smith Corona Marchant international, Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, tome 1, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1994, n°15, p.73 (p.75)

⁽⁴¹⁰⁾ comp. P. LEGRAND, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *RID comp.* 1996, p.779.

⁽⁴¹¹⁾ Ph. JESTAZ et C. JAMIN, "L'entité doctrinale française", *D.* 1997, chr., p.167 et la réplique : L. AYNES, P.-Y. GAUTIER et F. TERRE, "Antithèse de " l'entité " (à propos d'une opinion sur la doctrine)", *D.* 1997, chr., p.230.

Au fond, la coexistence de représentations différentes du rôle des interprètes montre combien il est difficile pour les auteurs de définir leur légitimité scientifique et politique.

Que la doctrine universitaire soit réellement un corps, une classe ou une communauté, importe assez peu. Elle a face à elle des corps constitués et les porte-parole des institutions. Tous ont des voix doctrinales dissonantes et tous tentent de comprendre la positivité du droit afin d'en maîtriser l'évolution. Le Législateur, la Cour de cassation, la Doctrine sont les trois protagonistes de notre clafoutis positif ; le premier pose des règles applicables, la deuxième juge conformément à ces règles, et la troisième donne son sens à "règle applicable". L'article 12 al. 1er du nouveau Code de procédure civile résume en une phrase toute la détresse d'un système legaliste et toute la richesse d'une approche épistémologique. "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables"⁽⁴¹²⁾, mais les normes juridiques applicables varient selon les théories de la validité⁽⁴¹³⁾ et le droit français est nourri d'influences contradictoires. Des juges croient pourtant au dogme de la solution unique pour affirmer qu'une solution n'a qu'un seul fondement possible⁽⁴¹⁴⁾, à moins évidemment que la solution unique, sûre et permanente, ne soit qu'un leurre rhétorique, voire sophistique⁽⁴¹⁵⁾.

⁽⁴¹²⁾ C'est avec ce texte la consécration législative d'une perspective philosophique dont les assises doctrinales se trouvent chez le principal auteur : Henri Motulsky. À tort ou à raison, c'est à lui que l'on attribue la paternité de la formule, et le sens du texte s'éclaire des écrits théoriques et méthodologiques de cet illustre processualiste ; v. G. BOLARD, "Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis H. Motulsky", *JCP* 1993.I.3693 ; G. CORNU, "Les principes directeurs du procès en eux-mêmes (fragment d'un état des questions)", *Études offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991 ; J. HERON, "Le nouveau Code de procédure civile", in B. BEIGNIER (dir.), *La codification*, précité, p.81.

⁽⁴¹³⁾ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, précité, 1996, p.241 s.

⁽⁴¹⁴⁾ Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, *RJDA* 10/96, n°1177, p.849 ; Cass. civ. 1ère, 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n°237 ; Cass. civ. 1ère, 9 février 1994, pourvoi n°91-19.878 *lexis* ; Cass. civ. 1ère, 27 octobre 1993, *D.* 1994, p.212 à propos de l'action en garantie des vices cachés. Ces arrêts utilisent la même formule comme un refrain ; *adde*, J.F. PERRIN, "Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.218 : à propos de jugements du Tribunal fédéral suisse affirmant "Rechercher le sens d'un concept juridique dit imprécis ce n'est pas, selon l'opinion dominante, poser un acte d'appréciation mais résoudre une question de droit (...) Il est vrai que tels concepts doivent être précisés dans chaque cas particulier et appliqués à l'état de fait concret. Mais ils ne laissent pas de choix entre deux ou plusieurs solutions d'égale valeur. C'est toujours une seule interprétation qui est juste et c'est à l'autorité qui doit appliquer une disposition légale qu'il appartient de trouver cette interprétation".

⁽⁴¹⁵⁾ Ph. JESTAZ, "Déclin de la doctrine ?", *Droits-20*, p.93 : "(...) Les juristes actuels s'efforcent de débusquer les enjeux réels derrière le vernis des concepts juridiques (sauf à le faire au coup par coup et sans vision globale). Les grands anciens n'y songeaient guère, qui croyaient ou s'efforçaient de croire à un droit neutre. Mes amis de Bruxelles racontent l'histoire de ce vieux professeur qui se fâchait tout rouge quand on mettait en doute la neutralité du droit. Mais il avait des émules en France, qui, à partir d'axiomes considérés par eux comme indiscutables (en réalité reflets d'une idéologie), prétendaient déduire la chaîne des solutions de façon quasi mathématique, sans s'étonner que la pseudo-déduction les menât comme par hasard à un résultat

74. Conclusion - Ce bref historique a fait apparaître le caractère mythologique de la chaîne du droit. Le droit ne s'écrit pas de manière continue. La narration doctrinale relève plus de l'Iliade que du roman. Chaque cycle, représenté par une génération d'auteurs, se définit en réaction par rapport au précédent. Les auteurs, toujours très laudatifs à l'égard de leurs maîtres, se joignent pourtant à un mouvement cyclique de discrédit envers les idées établies. À une nuance près toutefois ; lorsque la génération présente critique sa devancière, c'est en revenant aux vraies sources trahies : la pénultième génération se trouve ainsi redécouverte par la doctrine du moment de sorte que chaque auteur finit avec le temps par être réhabilité aux yeux de l'histoire. Ainsi, Delvincourt, Toullier et Proudhon regardaient leurs illustres prédécesseurs de l'Ancien Régime à la fois comme des autorités indiscutables et des adversaires d'opinions. Marcadé critiquait Duranton et Toullier pour revenir à l'intention législative ; Gény, puis Bonnacase, s'en prenaient à Demolombe pour retrouver la philosophie de Portalis, ou celle des jeunes auteurs de *La Thémis* ; Ripert dénonçait le droit à contenu variable de Gény et Saleilles pour revenir à une conception plus rigide et légitimiste de l'ordre juridique ; Roubier et Motulsky revinrent aux fondements révolutionnaires de la République. M. Carbonnier emprunta les pas de Gény pour offrir à la sociologie juridique un antécédent théorique. MM. les professeurs Atias et Rémy ressuscitèrent Marcadé pour tenter de faire renaître la méthode controversiste. Les actuelles inclinations réalistes et pragmatiques de la doctrine contemporaine seront sans doute dénoncées bientôt par d'autres qui avanceront par exemple que les véritables sources d'un raisonnement empiriste ont été dévoyées ⁽⁴¹⁶⁾.

La permanence et la continuité du droit, des raisonnements et des solutions procèdent toujours d'une rétrodiction, d'une rationalisation *a posteriori* qui se prétend volontiers descriptive. Elles procèdent toujours d'un discours argumentatif lorsque la doctrine se situe en amont de la décision à prendre ou de la solution à proposer. Mais la construction de la continuité permet à l'idée que le droit se transforme selon des modalités déterminées et à un rythme connaissable et prévisible, de s'imposer comme si elle faisait l'unanimité d'approches théoriques différentes, comme si elle était en quelque sorte un noyau commun et constant des différentes manières de percevoir le droit.

pratique en général satisfaisant : c'est qu'en réalité ils procédaient par induction! Les modernes sont plus cyniques, ou plus scientifiques".

⁽⁴¹⁶⁾ W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, "Le souci de l'effectivité du droit", *D.* 1996, chr., p.301.

L'illusion se maintient et se perpétue par l'idée que le droit pose des solutions alors que la principale activité des juristes est une activité de questionnement. En rénovant les méthodes de la science du droit, Gény se proposait de combattre le *fétichisme de la loi écrite et codifiée* ⁽⁴¹⁷⁾ ; près d'un siècle plus tard, les différentes tendances de l'épistémologie juridique invitent les juristes à abandonner les méthodes exagérément "applicatives" faisant de l'univocité d'entendement des normes la condition de connaissance du droit, pour se pencher sur les questions et les phénomènes d'émergence des problèmes juridiques ⁽⁴¹⁸⁾. Mais le succès des approches épistémologiques est loin d'être assuré. Le "fétichisme" de la solution unique est une attitude souvent rencontrée ⁽⁴¹⁹⁾.

Sous les coups portés par la doctrine, la loi a abandonné une partie de son empire mais le culte de la loi n'a cédé que devant le dogme de la solution sûre.

⁽⁴¹⁷⁾ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.70.

⁽⁴¹⁸⁾ Ph. REMY, "Philosophie de l'ordre civil positif", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit*, précité, p.157.

⁽⁴¹⁹⁾ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, précité, p.376.

TITRE SECOND
LA SOLUTION SÛRE

In law as elsewhere, we can know and yet not understand. Shadows often obscure our knowledge which not only vary in intensity but are cast by different obstacles to light. These cannot all be removed by the same methods and till the precise character of our perplexity is determined we cannot tell what tools shall need.

H. L. A. HART, "Definition and theory in Jurisprudence", *The Law Quarterly Review*, vol. 70, [1954], p.32.

75. Mutation - "La solution doit être sûre dans ses effets ⁽⁴²⁰⁾". C'est un voeu de la doctrine. "La sourde inquiétude née d'un affaiblissement de la sécurité assurée par la loi ⁽⁴²¹⁾", l'anxiété née des incertitudes de la jurisprudence contemporaine ⁽⁴²²⁾ conduisent les auteurs à réclamer toujours plus de prévisibilité, toujours plus de certitudes pour l'avenir. Cette revendication de sûreté pour soi-même, pour ses biens et pour ses droits est même devenue avec le temps l'objet d'un principe fondamental des droits français et européen. "En effet, aucun juriste ne peut nier que la sécurité juridique qui donne la capacité de prévoir, d'une façon pratiquement satisfaisante, les réactions de ceux qui sont chargés de dire le droit, qu'il s'agisse de juges ou d'agents de l'administration, constitue une valeur centrale du droit, tel qu'il est conçu actuellement ⁽⁴²³⁾". La sécurité est désormais une valeur essentielle qui doit s'imposer au juge de manière à priver d'effet ses tentations subjectivistes et discrétionnaires. Mais, "à défaut de sécurité complète, il n'est

⁽⁴²⁰⁾ B. BOCCARA, note sous Cass. civ. 3ème, 20 février 1985, *JCP* 1986.II.20639 à propos de l'interprétation de l'article 3-2 du décret du 30 septembre 1953 relatif aux baux commerciaux et du renouvellement des baux dérogatoires; H. GROUDEL, "Qu'entend-on par insécurité juridique? Exposé introductif", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.419.

⁽⁴²¹⁾ G. RIPERT, "Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique", *D.* 1950, chr., p.4.

⁽⁴²²⁾ A. HERVIEU, "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", *RRJ* 1989-2, p.257.

⁽⁴²³⁾ Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, p.84; adde H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p.131-133.

pas interdit de tendre au maximum de sécurité compatible avec la souplesse, en traitant, par le procédé de la loi, les matières qui réclament avant tout une norme sûre ⁽⁴²⁴⁾". La flexibilité de la norme légale devient alors "le gage le plus sûr de son adaptation future et donc de sa longévité ⁽⁴²⁵⁾".

Au fond, en profitant de l'érosion du principe de légalité ⁽⁴²⁶⁾, la jurisprudence et la doctrine ont contribué à déplacer l'attitude légaliste et la confiance dans le texte vers l'énoncé prétorien : la sécurité juridique a remplacé la légalité pour que la solution parfaitement juridique devienne la solution sûre.

76. Assises philosophiques de la sécurité - M. le professeur Ewald a expliqué les mutations récentes du concept de sécurité ⁽⁴²⁷⁾ comme l'avait fait avant lui Gustav Radbruch ⁽⁴²⁸⁾. L'avènement de la sécurité juridique est le résultat de l'affermissement d'une préoccupation ancienne. L'Antiquité faisait déjà de la sécurité l'enjeu d'un débat philosophique sur le rôle de l'État et du droit ⁽⁴²⁹⁾, et les modernes utilisèrent le concept pour définir l'état des droits des individus dans la société. Pour Pufendorf, le droit civil positif avait pour but de rendre plus sûre la pratique des maximes du droit naturel ⁽⁴³⁰⁾. Hobbes voyait la sécurité comme un droit naturel de l'Homme ⁽⁴³¹⁾ et Montesquieu l'utilisait pour définir la liberté politique, laquelle demeure dans la "sûreté ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa propre sûreté ⁽⁴³²⁾". La sécurité juridique qui va émerger aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles est un concept qui permet de donner au droit une dimension économique et en l'occurrence capitaliste. L'économie politique et l'utilitarisme du XIX^{ème} siècle vont tourner la sécurité vers l'avenir pour en faire un instrument prédictif des mouvements sociaux. Les

⁽⁴²⁴⁾ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, n°237, p.272.

⁽⁴²⁵⁾ W. JEANDIDIER, *Juriclassiseur Pénal*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, "Interprétation de la loi pénale", n°2.

⁽⁴²⁶⁾ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 1995, p.96 ; *Droit et passion du droit sous la Vème république*, Paris, Flammarion, 1996, p.58.

⁽⁴²⁷⁾ F. EWALD, "Philosophie de la précaution", *L'année sociologique* 1996, 46, n°2, p.381 ; v. également H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, précité, p.394 s.

⁽⁴²⁸⁾ G. RADBRUCH, "La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", *APD* 1936, p.86.

⁽⁴²⁹⁾ V. GOLDSCHMIDT, *La doctrine d'Épicure et le droit*, Paris, Vrin, 1977, p.123.

⁽⁴³⁰⁾ R. DERATHE, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1979, p.391 citant Pufendorf à propos de la raison d'être du droit positif et de l'institution des sociétés civiles : "Le but principal de cet établissement est même de pouvoir sûrement pratiquer les lois de la Nature, qui sont le fondement de la Paix du Genre Humain", *Droit de la nature et des gens*, Liv. VIII. I. §2 ; II, 431.

⁽⁴³¹⁾ pour une lecture de T. Hobbes, voir S. GOYARD-FABRE, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Klincksieck, 1979, p.87-99 à propos du contrat transfert de droits ; A. SERIAUX, *Droit naturel*, précité, p.94-106.

⁽⁴³²⁾ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XII, 2, *Oeuvres complètes*, tome 2, Paris, Gallimard, 1951, Bibl. de la Pléiade, p.431 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, n°12, p.13.

philosophes écossais et anglais vont ainsi s'avérer déterminants pour la définition du concept qui apparaîtra dans la littérature juridique française du début du XXème siècle.

77. David Hume puis Jeremy Bentham et John Stuart Mill - Chacun d'eux va utiliser la sécurité des lois pour définir une philosophie de l'ordre juridique positif. Les versions hédonistes et eudémonistes de l'utilitarisme placent la sécurité au dessus de toutes les autres valeurs juridiques. "La sécurité du peuple est la loi suprême", elle est érigée en raison d'être des lois positives ⁽⁴³³⁾. Jeremy Bentham énonce les quatre buts de la loi. Sa philosophie politique tournée vers une justification du capitalisme fait de l'anticipation et de la prévision des axiomes de la recherche de l'utile. La loi doit donc assurer subsistance et abondance, égalité et sécurité, mais "celle-ci acquiert aussitôt le premier rang, car c'est elle qui peut seule conférer la durée aux autres buts, une fois ceux-ci atteints ⁽⁴³⁴⁾". Bentham adhère à l'idée que les opérations commerciales et les droits réels doivent faire l'objet d'une protection particulière qui tout en figeant dans le droit positif l'état actuel de la distribution des biens, permet aux titulaires des moyens de production d'assurer le développement économique pour la satisfaction du plus grand nombre ⁽⁴³⁵⁾. Le glissement conceptuel de l'utilité vers la sécurité permet d'isoler la conception utilitariste du droit positif des théories de la justice et prescrit la fixité des règles comme but ultime des lois. "Bentham est curieusement actuel ⁽⁴³⁶⁾".

La loi garantit par la clarté et la permanence de son contenu normatif la qualité des anticipations. La sécurité est, axiologiquement considérée, cette valeur qui va fonder tout à la fois et paradoxalement des raisonnements aprioriques et la recherche d'une interprétation pragmatique. La sécurité et le temps se conjuguent pour garantir l'exactitude des prévisions. "Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans sécurité. C'est d'elle que nous dépendons,

⁽⁴³³⁾ D. HUME, *Enquête sur les principes de la morale*, Paris, Aubier, trad. A. Leroy, 1947, p.51 ; P.-L. AUTIN, "La fonction du droit et la question du lien social chez Hume et Montesquieu", *Rev. philosophique* 1992, p.145 (p.151) : selon M. Autin, le droit a chez Hume (comme chez Montesquieu) le statut d'une fonction. Par sa valeur instrumentale, "il sert à la conservation et au développement du corps social", "la fonction du droit est la jouissance de l'activité productive".

⁽⁴³⁴⁾ G. RADBRUCH, "La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", précité, p.86.

⁽⁴³⁵⁾ *Oeuvres de Jeremy Bentham*, Bruxelles, éd. Dumont, 1829-1840, vol. 1, p.55 cité par M. EL SHAKANKIRI, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, LGDJ, 1970, p.255.

⁽⁴³⁶⁾ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, tome 1, définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1982, n°86, p.153 ; F. OST, "Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham", in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, FUSL, 1987, p.219.

lorsque nous voulons nous soustraire au mal et donner au bien toute sa valeur pour une durée autre que le moment actuel ⁽⁴³⁷⁾". Le principe de sécurité juridique, directement issu des philosophies utilitaristes, est dominant en Angleterre au XIX^{ème} siècle ⁽⁴³⁸⁾.

78 Comparaison - Cette vision utilitariste de l'ordre juridique se retrouve assez peu dans la pensée des auteurs français du XIX^{ème} siècle. Taulier fait ouvertement une critique des idées de Bentham ⁽⁴³⁹⁾, et Troplong situe la recherche de l'utilité hors de la sécurité lorsqu'il s'agit de concevoir une évolution. Trop de garanties privent les rapports contractuels de leur valeur ⁽⁴⁴⁰⁾. L'incertitude liée aux variations de la jurisprudence n'est pas, non plus, mauvaise chose dès lors qu'une solution conforme à la Morale finit par triompher ⁽⁴⁴¹⁾. L'on trouve néanmoins des utilisations de la sécurité du commerce proches du concept de sécurité dynamique tel que René Demogue le définira.

Sur la question très controversée du droit de reprises de la femme d'un commerçant failli, la Cour de cassation limitait ce droit et décidait que pour tous les biens tombés en communauté, la femme n'était "à l'égard de ces valeurs qu'une simple créancière tenue de subir le concours des autres créanciers de la communauté ⁽⁴⁴²⁾". S'interrogeant sur le bien-fondé de la solution posée par la Cour, l'annotateur ne manquait pas de relever la difficulté de concilier la délicate interprétation de la loi commerciale avec la

⁽⁴³⁷⁾ J. Stuart MILL, *L'utilitarisme*, cité par R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.59.

⁽⁴³⁸⁾ G. RADBRUCH, "La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", précité, p.89-90 ; "Que la sécurité juridique soit en Angleterre le principe prédominant, toute l'histoire du droit anglais le prouve. On a dit non sans raison que l'accent posé sur la rigidité et sur la certitude sont en même temps la cause et la justification du droit du précédent en Angleterre. Lorsque l'économie capitaliste éprouva la nécessité d'une jurisprudence certaine et prévisible d'avance, le droit continental en trouva le fondement dans la réception du droit romain, et plus tard dans l'oeuvre de codification. La jurisprudence anglaise inspirée par l'esprit de discipline autonome si caractéristique du peuple anglais avait déjà précédemment trouvé un substitut à ce procédé dans la limitation du juge par des décisions antérieures. Ainsi elle avait créé une limite jurisprudentielle à la place de la rigidité législative qui lui manquait. Mais cette limitation jurisprudentielle bien plus précaire ne pouvait fonctionner d'une manière satisfaisante qu'en se fondant sur une volonté de sécurité bien plus forte que jamais l'esprit continental n'en eut besoin."

⁽⁴³⁹⁾ J.-F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, tome premier, précité, p.20. Au reste, M. le professeur REMY souligne que parmi les écrivains de la *Thémis*, Blondeau adhéra aux thèses de Bentham alors que Jourdan les abhorrait, "« La Thémis » et le droit naturel", *RHFD* 1987, n°4, p.155.

⁽⁴⁴⁰⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*. De l'échange et du louage, tome 1, préface précitée, p.XCVII : "La sécurité dans les rapports du métayer et du maître chose excellente en soi, favorise cependant l'esprit de routine trop naturel au paysan ; elle le maintient dans un état d'immobilité nuisible à son bien-être, nuisible aussi à l'agriculture".

⁽⁴⁴¹⁾ Cass. civ., 22 décembre 1845, *DP* 1846.1.5, note [anonyme].

⁽⁴⁴²⁾ Cass. req., 19 août 1856, *DP* 1857.1.33, note [anonyme].

cohérence de la jurisprudence. La recherche de la meilleure solution passerait par la raison des textes par préférence à une interprétation imaginée *utilitatis causa*, afin que la "sécurité que doit puiser le commerce [dans la jurisprudence de la Cour] ait sa source dans la loi elle-même sainement entendue, plutôt que dans une raison d'utilité peu rassurante".

L'idée est ici que la sécurité n'est jamais qu'un état qui dépend de la qualité de l'interprétation de la loi. Ce n'est certainement pas un principe, et si c'est une valeur, elle est intimement liée à l'image de la loi. Or la loi et la qualité de son interprétation ne se jugent pas par rapport aux variations et aux nuances prétoriennes mais eu égard à un ordre juridique transcendant, soit qu'il soit naturel, soit qu'il nous vienne d'une tradition historique, romaine, coutumière, soit qu'il soit assuré par la Sagesse du Législateur. La valeur de la sécurité lui est encore reconnue par référence à la justice.

Au XXème siècle, la rénovation du droit naturel aura finalement accouché de l'autonomie de la sécurité juridique par rapport à la dimension distributive de la justice. Alors que Gény, Saleilles et leurs disciples s'appuient encore sur une conception de la transmission du savoir juridique et des solutions par la tradition et l'expérience ⁽⁴⁴³⁾, alors qu'ils utilisent le précédent judiciaire et la constance de la jurisprudence comme des éléments ambivalents - "construits" pour durer et devenir "donnés" - participant en tant qu'instrument heuristique à la découverte des solutions, les auteurs qui se détourneront de l'École de la libre recherche, détacheront la sécurité de son terrain empirique. "La première valeur sociale à atteindre, c'est la sécurité juridique ⁽⁴⁴⁴⁾".

79. Remarque - Il est important d'observer que la sécurité juridique érigée par la doctrine française en valeur essentielle du droit ⁽⁴⁴⁵⁾ ne va pas s'en tenir aux assises philosophiques que les philosophes anglais lui avaient données. La lecture des auteurs français nous livre bien des références à Bentham, Mill, ou encore Pound mais les différences culturelles entre les systèmes anglo-américain et continental vont faire de la sécurité juridique, qui sera utilisée au XXème siècle comme un outil pragmatique par les auteurs réalistes

⁽⁴⁴³⁾ M. MALLIEUX, "Le rôle de l'expérience dans les raisonnements des juristes", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1907, p.755.

⁽⁴⁴⁴⁾ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Paris, Sirey, 1946, p.269.

⁽⁴⁴⁵⁾ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, précité, p.279 : "Là où cette valeur essentielle qu'est la sécurité juridique a disparu, il n'y a plus aucune autre valeur qui puisse subsister; le mot même de progrès devient une dérision, et les pires injustices se multiplient avec le désordre".

américains ⁽⁴⁴⁶⁾, deviendra un outil plus rigide dans le discours conservateur de la doctrine française. On fera également observer que les auteurs qui utilisent la sécurité juridique ne rejoignent pas nécessairement le courant positiviste ou le normativisme de Kelsen. Ce dernier en dénonce d'ailleurs expressément l'illusion. La sécurité juridique ne serait pour Kelsen qu'un avatar des conceptions fixistes de l'ordre juridique ⁽⁴⁴⁷⁾. D'un autre côté, les auteurs jusnaturalistes ne prêtent pas à la sécurité juridique une attention particulière dans la mesure où la justice reste pour eux la valeur primordiale ⁽⁴⁴⁸⁾. Mais la *théorie pure du droit*, comme du reste l'ensemble des approches globales de l'univers juridique, aborde le thème récurrent du désordre permanent de la législation et entend doter l'ordre juridique des instances capables de répondre à la nécessité d'assurer une unité du savoir. Bien qu'hostiles aux raisonnements absolutistes et aprioriques, les philosophes du droit laissent poindre un désir d'unité d'entendement des solutions qui, d'une perspective philosophique à l'autre, transite par une doctrine qui justifie le respect du précédent univoque et le rejet des interprétations dissidentes. Le dogme de la solution unique n'est pas né des théories juridiques mais il les accompagne ; le désir d'unité théorique cède parfois la place à cette attitude légaliste qui consiste à affirmer qu'une seule solution existe. Il s'agit de comprendre la consistance que donne la sécurité juridique aux idéaux poursuivis d'unité et de permanence des solutions juridiques, car le travail de la doctrine et ses efforts pour concevoir un savoir sûr n'ont d'autre but que de déterminer la bonne solution.

L'étude de la "solution sûre" fera donc l'objet de deux chapitres :

Chapitre 1. Un savoir juridique "sûr".

Chapitre 2. La bonne solution.

⁽⁴⁴⁶⁾ Les juristes anglo-américains feront le même constat que les juristes français de la fin du XIX^{ème} siècle : "The nineteenth century theory" was "one of eternal legal conceptions involved in the very idea of justice and containing potentially an exact rule for every case to be reached by an absolute process of logical deduction", R. POUND, "Juristic science and the law", 31 *Harvard L. Rev.*, 1047 (1918) ; B. CARDOZO, *The nature of judicial process*, New Haven, Yale university press, 1921, p.79 ; adde F. MICHAUT, "Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit", *RID comp.* 1987-2, p.343.

⁽⁴⁴⁷⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^{ème} éd., 1962, précité, n°47, p.462-463 ; comp. C. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, PUAM, 3^{ème} éd., 1993, p.106 : "Au positivisme juridique souhaitant le déclin des controverses, il faut répondre que la sécurité puisée dans le respect des lois et de la jurisprudence n'est qu'un leurre".

⁽⁴⁴⁸⁾ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, tome 1, définitions et fins du droit, 3^{ème} éd., 1982, précité, n°25 s., p.51 s.

CHAPITRE 1

UN SAVOIR JURIDIQUE "SÛR"

80. Une confiance légitime - Le droit apporterait la "sécurité juridique" par la certitude et la prévisibilité du contenu de ses règles, et le savoir juridique serait "sûr" s'il permettait de déterminer avec certitude, et par avance, les règles applicables. A ces conditions, on pourrait légitimement avoir confiance dans le système et celui-ci nous devrait la contrepartie de la "confiance légitime" qu'on lui accorderait. L'Europe nous montre la voie. Mais l'unité ne sera accomplie qu'avec la certitude que le système apportera des réponses sûres à nos interrogations légitimes. Heureuse Union. Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime s'imposeront à nous pour guider le raisonnement des juges et préserver les justiciables de leur arbitraire. Si le Conseil constitutionnel refuse encore de leur reconnaître une quelconque valeur ⁽⁴⁴⁹⁾, une doctrine constitutionnaliste a déjà pris parti en découvrant dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le fondement constitutionnel du principe de sécurité juridique ⁽⁴⁵⁰⁾. Si certains pensent que le principe nous manque ⁽⁴⁵¹⁾, la doctrine privatiste utilise largement les images de la sécurité juridique pour asseoir et finaliser ses positions (*Section 1*). Il nous restera ensuite à comprendre comment un sentiment aux représentations théoriques bien différentes, peut être le fondement annoncé de l'unité d'entendement des solutions (*Section 2*).

Section 1

Les images de la sécurité juridique.

81. Un singulier pluriel - Pour beaucoup, la sécurité juridique serait "l'ordre et la stabilité dans la vie juridique de l'État de droit et, plus particulièrement, la

⁽⁴⁴⁹⁾ Conseil constitutionnel, 9 avril 1996, *JCP* 1996.I.3975, n°25 ; 30 décembre 1996, *JCP* 1997.I.4023, n°37.

⁽⁴⁵⁰⁾ M. VERPEAUX et B. MATHIEU, obs. sur Cons. const. n°97-391 DC, *JCP* 1998.I.137, n°20. Pour ces auteurs, le Conseil constitutionnel aurait déjà oeuvré pour une reconnaissance implicite du principe de sécurité juridique : "La formule du Conseil, selon laquelle le caractère rétroactif de la loi ne doit pas avoir pour objet de priver de garanties légales des exigences constitutionnelles, pourrait être considérée comme visant la sécurité juridique. Cette condition s'ajouterait aux exigences, qui par ailleurs ne sont pas étrangères au principe de sécurité juridique, selon lesquelles une loi prononçant des peines ne peut être rétroactive et une loi ne peut remettre en cause des prescriptions légalement acquises. Le principe de sécurité juridique trouverait son fondement constitutionnel adéquat dans l'article 16 de la Déclaration de 1789 relatif à la garantie des droits" ; *adde* L. FAVOREU, "Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ?", *D.* 1995, chr., p.82 ; J. BIANCARELLI, "Sécurité juridique : définition et analyse de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes", *Droit fiscal*, 1996, n°Hors-série, p.18.

⁽⁴⁵¹⁾ B. PACTEAU, "La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?", *AJDA* 1995, p.151.

confiance dans les juridictions et dans la direction de l'État ⁽⁴⁵²⁾". Pour d'autres, "la sécurité juridique à laquelle les juristes font souvent référence, n'a aucune signification en elle-même ; elle renvoie à la sécurité économique qui représente le bon fonctionnement de l'économie de marché ⁽⁴⁵³⁾". Le flou qui entoure ce concept reste grand ⁽⁴⁵⁴⁾. Impossible à définir avec précision, on en aurait au mieux une intuition immédiate : quelque chose qui ressortirait pêle-mêle de la sûreté, de la stabilité, de la permanence des situations juridiques ⁽⁴⁵⁵⁾. On l'associe parfois à l'intérêt général ⁽⁴⁵⁶⁾, à la cohérence ⁽⁴⁵⁷⁾ et le plus souvent à la prévisibilité ⁽⁴⁵⁸⁾. Mais il s'agit toujours d'un concept ambigu qui sert les tentations conservatrices et les réflexes méthodologiques des juristes à la recherche de la solution ⁽⁴⁵⁹⁾ (PARAGRAPHE 1). S'appuyant sur la

⁽⁴⁵²⁾ W. SAUER, "Sécurité juridique et justice", *Études Lambert*, tome 3, Paris, 1938, §136, p.34.

⁽⁴⁵³⁾ R. MARTIN, "Le refolement de la cause dans les contrats à titre onéreux", *JCP* 1983.I.3100, n°4.

⁽⁴⁵⁴⁾ Aussi grand que celui qui entoure la notion de "clarté", v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.11 : "On pensera peut-être le droit, cette force durable en puissance, a ainsi des limites assez vagues. Cela est exact. La clarté des notions est plus un besoin de l'esprit affamé de sécurité qu'une traduction de la réalité complexe des choses".

⁽⁴⁵⁵⁾ M. KDHIR, "Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?", *Les petites affiches* du 16 août 1993, p.9.

⁽⁴⁵⁶⁾ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme", *D.* 1995, chr., p.212 : "Ce principe de sécurité juridique serait également dans certains cas un substitut efficace à la notion trop vague d'intérêt général".

⁽⁴⁵⁷⁾ G. PAISANT, note sous Cass. civ. 1ère, 26 mai 1993, *D.* 1993, p.568 : "Cette conception interventionniste de la Cour de cassation en la matière avait déjà été suggérée en doctrine. Elle s'inscrit dans le souci d'assurer une certaine unité dans la compréhension de la notion de clause abusive. Elle apparaît comme une réponse aux voix qui, lors de la discussion du projet qui allait devenir la loi n° 92-60 du 18 janv. 1992 renforçant la protection des consommateurs, s'étaient opposées à l'insertion dans le texte de la disposition autorisant le juge à déclarer une clause abusive sur le fondement du seul art. 35, au motif que des divergences d'appréciation seraient à redouter au sein des différentes juridictions françaises et que ces divergences engendreraient incohérence et insécurité.... La volonté manifestée par la Cour de cassation de contrôler la notion de clause abusive aurait sans doute mérité d'être affirmée à meilleur escient. Le désir de faire connaître au plus tôt sa position sur une question attendue l'aura emporté sur les rigueurs d'une stricte analyse juridique".

⁽⁴⁵⁸⁾ J. RIVERO, "Apologie des faiseurs de systèmes", *D.* 1951, chr., p.100. "C'est que le droit - on s'excuse de rappeler ces évidences - a dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent en sécurité que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des temples la règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité. L'homme a besoin de connaître la règle ; il ne peut, d'ailleurs, la respecter qu'à ce prix. Encore faut-il qu'elle soit connaissable. Ceci implique une certaine précision, et une certaine permanence".

⁽⁴⁵⁹⁾ H. LEVY-BRUHL, "Les sources, les méthodes, les instruments de travail", in L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, P. ESMEIN et alii, *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Rousseau, 1951, p.286 : "Le juriste a parfois recours aux précédents judiciaires. C'est le procédé paresseux : on ne s'étonnera pas de le voir fréquemment employé. Il est juste d'ajouter que ce n'est pas seulement par paresse. Le juriste, le juge est par définition conservateur. Il a un souci légitime de sécurité sociale" ; comp. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, 3ème éd., 1964, précité, n°11, p.14 : "On aurait tort de taxer simplement de paresse cette résistance instinctive du juriste aux changements précipités. Elle tient aussi à une valeur fondamentale de la formation juridique. C'est que le droit nous apparaît essentiellement comme un instrument de sécurité, et, par là, de liberté".

constatation que la sécurité juridique avait un contenu variable, un auteur faisait justement observer que l'idéal de sécurité juridique renvoyait des images fort diverses à tel point qu'il n'existerait pas une sécurité juridique mais des sécurités juridiques ⁽⁴⁶⁰⁾. On tâchera donc de savoir ce que recouvrent les sécurités au pluriel (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. SOLUTION AU SINGULIER

82. La solution unique - La doctrine contemporaine a consacré la solution sûre, abandonnant pour elle la référence à la règle éternelle dont l'interprétation serait définitivement fixée. "La chimère a retrouvé son rang parmi les chimères ⁽⁴⁶¹⁾". Et pourtant il s'agit de la même chose, c'est la permanence de la norme et l'univocité de son contenu qui sont enjeux de ce débat ⁽⁴⁶²⁾. Mais désormais c'est la jurisprudence "qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive ⁽⁴⁶³⁾". Ce qu'en dit aujourd'hui M. le professeur Malinvaud nous paraît, à cet égard, édifiant. La Cour de cassation contrôle et assure "l'unité de l'interprétation, l'unité de la jurisprudence (...) [L'ordre hiérarchisé] restreint déjà les divergences d'interprétation au nombre des cours d'appel ; en fait, il n'y a jamais plus de deux ou trois interprétations possibles, ce qui est encore trop. (...) Si parfois des dissidences se font jour au niveau des cours d'appel, c'est parce que, sur un point particulièrement controversé, la position de la Cour de cassation apparaît encore incertaine, mal établie; de tels conflits s'effacent en principe lorsque la Cour a statué en assemblée plénière.(...) Cette soumission volontairement acceptée s'explique non pas tant par un respect de la hiérarchie que par le souci d'assurer aux citoyens une sécurité qu'ils n'auraient pas si la jurisprudence n'était pas uniforme sur tout le territoire. Dans la mesure où la jurisprudence est une

⁽⁴⁶⁰⁾ F. TULKENS, "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *RIEJ* 1990-24, p.38.

⁽⁴⁶¹⁾ R. SALEILLES, "École historique du droit et droit naturel", *RTD civ.* 1902, p.86.

⁽⁴⁶²⁾ Sur le culte et la culture de l'unité, v. C. ATIAS, "La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.73 : "Plus que la tragédie, plus que la science, plus que la politique, le droit tend à l'unité. Il s'y complait avec d'autant plus d'aisance que son unité est sans mesure. Nul ne pourrait dire qu'elle est atteinte ou dépassée. Entre la diversité qu'implique l'appréciation souveraine des circonstances de fait et l'unité qu'exige le respect de la loi égale pour tous, également respectable par tous, se situe l'unité souhaitable : le degré d'unité reste indéterminé. Et l'unité du droit devient un idéal accommodant, un rêve, un alibi, une chimère !"

⁽⁴⁶³⁾ A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.12.

source de droit, les règles qu'elle forge doivent être aussi uniformes et aussi stables que celles édictées par la loi ou le règlement ⁽⁴⁶⁴⁾".

Le dogme de la solution unique est affirmé nettement et il s'agit bien d'un dogme. C'est une soumission volontaire à l'uniformité d'interprétation qui est censée donner au système sa cohérence. Elle est moins fonction d'un rapport hiérarchique, entendons d'une conception normativiste, que d'une intuition de nécessité. La sécurité juridique gouverne la recherche de la solution. Elle est, en droit français positif comme pour la doctrine contemporaine majoritaire, l'essence du droit, sa finalité dernière et le guide interprétatif permettant au droit de réaliser son essence. Elle procède à la fois d'une réflexion ontologique et axiologique. Mais là où la doctrine jusnaturaliste pourrait affirmer l'identité du Juste et du Sûr à partir de l'étude empirique du cas, en invitant l'interprète à raisonner en équité, la sécurité juridique se raidit pour affirmer une détermination apriorique des règles applicables. *Le dogme de la solution unique ne définit pas l'objet de sa foi, il ne fait que le désigner.* "De la permanence des règles dépend l'utilité de l'action, car aucune prévision ne peut être faite que sur la considération de ce qui existe ⁽⁴⁶⁵⁾". "Ce serait créer le désordre que de modifier dans chaque cas particulier l'application et l'interprétation des règles juridiques. La conception de la permanence des règles façonne la psychologie du juge et lui donne le culte du précédent ⁽⁴⁶⁶⁾". Le dogme de la solution unique est tout entier ramassé dans ces deux formules du doyen Ripert : l'objet du culte est la règle jurisprudentielle existante, les lieux du culte sont les prétoires et la doctrine est gardienne du temple. Sa liturgie est l'incantation de la sécurité juridique.

83 Eau tiède - La sécurité juridique est assise sur les deux grandes perspectives qui divisent la philosophie du droit. Elle procède d'une part d'une réflexion ontologique sur l'essence du droit, prêtant alors à la constance de l'interprétation la vertu d'assurer aux justiciables les moyens de prévoir et d'ajuster leurs comportements à l'évolution sociale pour que chacun reçoive son dû ⁽⁴⁶⁷⁾. Elle marque l'anticipation de l'avenir du sceau de la continuité historique et de la tradition. Les choses changent, mais on peut savoir quand

⁽⁴⁶⁴⁾ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 7ème éd., 1995, précité, p.47-49 ; *adde* A. PERDRIAU, "La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3798, n°82.

⁽⁴⁶⁵⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1955, précité, p.1.

⁽⁴⁶⁶⁾ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome 1er, *Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1956, n°226, p.103.

⁽⁴⁶⁷⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1955, précité, p.67.

et comment elles changeront puisqu'elles assurent la continuité du passé. Dans cette mesure et sans jeu de mots, la solution sûre n'est jamais une solution de continuité, elle est au contraire la solution conforme à ce processus historique de maturation. Mais alors que la philosophie du droit naturel achève la découverte des solutions par un raisonnement casuiste, les tenants de la sécurité juridique rejettent l'équité comme principe décisive⁽⁴⁶⁸⁾ ; elle procède donc, d'autre part, d'une réflexion positiviste.

La sécurité juridique étant un but à atteindre, doivent être appliquées les règles permettant d'y accéder. La Cour de cassation, à qui est confié le rôle unificateur, doit assurer la conformité de l'interprétation au principe d'uniformité de la règle applicable. Relayée en cela par l'ordre juridique européen, elle doit offrir à tous ce que commande l'unité, c'est-à-dire une solution uniforme. Elle doit également répondre aux questions inédites, ou prétendues telles. Elle doit faire face aux problèmes renouvelés ; elle doit adapter sa doctrine et ses solutions à l'évolution sociale mais elle doit aussi respecter la loi et ses contraintes interprétatives. Limitée dans son pouvoir d'interprétation par l'article 5 du Code civil, la Cour de cassation ne peut se prononcer par voie de disposition réglementaire (qu'elle le fasse par voie de disposition générale est somme toute courant). Gardienne de l'unité, la Cour de cassation ne saurait utiliser ses pouvoirs d'interprète authentique pour créer le désordre et l'insécurité juridique. Mais alors que les tenants du dogme de la solution unique voient dans les principes d'unité, d'uniformité et de sécurité, des règles s'imposant à la juridiction suprême, les théoriciens du positivisme interrogeront le rapport hiérarchique qui lie la Cour de cassation aux autres autorités⁽⁴⁶⁹⁾. Qui empêchera la Cour de cassation de suivre, le jour venu, les préceptes et les décisions du bon juge Magnaud⁽⁴⁷⁰⁾ ? Nulle autorité

⁽⁴⁶⁸⁾ A. PERDRIAU, "Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de ... l'équité ?", *Gaz. pal.* 1996, doctr., p.1388 ; E. AGOSTINI, "L'équité", *D.* 1978, chr., p.7. Et par extension, les raisonnements favorisant l'apparence deviennent suspects ; selon MM. les professeurs ZENATI et REVET, "l'apparence comme tout mécanisme d'équité risque de subvertir l'ordre juridique", *Les biens*, Paris, PUF, 2ème éd., 1997, n°146, p.177.

⁽⁴⁶⁹⁾ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p.95 s.

⁽⁴⁷⁰⁾ H. LEYRET, *Les jugements du juge Magnaud*, Paris, Stock, 1900. Sur l'acquiescement de la voleuse de pain, Trib. corr. Château Thierry 4 mars 1898 confirmé en appel par Amiens, 22 avril 1898 (qui n'en adopta pas les motifs), *S.* 1899.2.41, *DP* 1899.2.329, note JOSSERAND. F. GENY condamnait sèchement les jugements rendus par le juge Magnaud au motif que de telles méthodes conduisaient "fatalement à l'incertitude et l'instabilité des solutions positives, partant à une sorte d'anarchie juridique, abolissant tout frein dans les jugements, ruinant toute sécurité juridique dans les affaires", *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, p.287. Pourtant, selon M. le doyen CARBONNIER, "le phénomène Magnaud méritait mieux que l'accueil sarcastique des juristes", *Droit civil, Introduction*, 25ème éd., 1997, [14], p.40 ; *adde*, Ph. JESTAZ, *Répertoire civil Dalloz*, v°Equité, 1972, n°12.

dans le système positif français n'a de pouvoir sur la Cour de cassation. En tant qu'interprète suprême habilité, elle oeuvre souverainement à la définition des principes qu'elle entend suivre et n'est donc pas soumise à un contrôle du contenu des normes énoncées. La sécurité juridique, comme tout autre concept, ne peut tenir lieu de règles limitant le pouvoir discrétionnaire des interprètes suprêmes. Elle reçoit néanmoins les foudres doctrinales lorsque, par ses revirements, la Cour de cassation brise la cohérence d'une matière. Hier comme aujourd'hui la doctrine appelle de ses vœux la fixité et la stabilité qui "apportent la sécurité et répondent mieux par là au besoin des peuples libres qui est de ne dépendre que de lois fixes, à l'abri de toute fluctuation et de tout arbitraire ⁽⁴⁷¹⁾". *Les formules ont changé mais le contenu est identique.* Désormais, "nous ne vivons plus, comme beaucoup de juristes du début du siècle dernier, dans le culte superstitieux du Code ⁽⁴⁷²⁾" et l'arbitraire judiciaire est dénoncé "à l'aune de la sécurité juridique à laquelle le justiciable légitimement aspire ⁽⁴⁷³⁾".

84 L'arbitraire - Cette présentation de la sécurité juridique nous amène à discuter la version française de la controverse philosophique sur le pouvoir discrétionnaire du juge suprême. Il est intéressant de constater que nous avons eu en France l'équivalent du débat qui a vu et qui voit encore s'affronter les philosophes américains du droit, MM. les professeurs Hart et Dworkin ⁽⁴⁷⁴⁾. Le juge est-il libre de ses choix ou ceux-ci sont-ils prédestinés ? L'ordre juridique contraint-il le juge à rendre des "solutions conformes" ou lui permet-il de définir librement le contenu des énoncés qu'il rend ? Le débat est en fait récurrent dès lors que l'on s'intéresse aux relations existant entre le savoir juridique et l'autorité qui en use, mais alors que les spécificités institutionnelles des systèmes anglo-américains permettent de poser clairement les questions sur les pouvoirs des juridictions, la doctrine française

⁽⁴⁷¹⁾ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome 1, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil*, 1896, précité, p.28, n°23.

⁽⁴⁷²⁾ H. LEVY-BRUHL, "Les sources, les méthodes, les instruments de travail", in *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, précité, p.280.

⁽⁴⁷³⁾ Ph. CONTE, "L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur", *JCP* 1988.I.3343, n°10 : "L'arbitraire doit être jugé et reconnu à l'aune de la sécurité juridique, à laquelle le justiciable légitimement aspire ; or de ce point de vue sont semblablement choquants les revirements de jurisprudence dont les raisons sont étrangères au souci de cohérence juridique". L'auteur vise les réinterprétations successives des conditions de la responsabilité des commettants et de la notion d'abus de fonction.

⁽⁴⁷⁴⁾ Voir notamment B. S. JACKSON, "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire", *APD* 1989, p.243 ; M. BAYLES, "Hart vs. Dworkin", *Law and Philosophy* 10, 1991 p.349-381 ; N. MACCORMICK, "Discretion and rights", *Law and Philosophy* 8, 1989, p.23 ; B. HOFFMASTER, "Understanding judicial discretion", *Law and Philosophy* 1, 1982, p.21.

ne parvient pas à se situer face aux autres autorités ⁽⁴⁷⁵⁾. Les auteurs ont rarement l'occasion d'expliquer ce qu'ils entendent précisément par l'arbitraire des juges, même si des écrits techniques laissent perler quelques idées générales. La menace du gouvernement des juges effraie encore ⁽⁴⁷⁶⁾ et l'on préfère un juge conformiste à un esprit iconoclaste ⁽⁴⁷⁷⁾. En fait, la partition de la doctrine trouble profondément le débat.

Le droit privé français possède des voix doctrinales très diverses : une doctrine universitaire qui s'autorise facilement une critique de l'autorité prétorienne, une doctrine de praticiens qui ne ménage pas ses critiques contre les spéculations de la précédente ⁽⁴⁷⁸⁾, qui les lui rend bien ⁽⁴⁷⁹⁾, des voix doctrinales de la Cour de cassation, des électron libres, d'inclassables pourfendeurs de l'injuste, des chroniqueurs de l'utile, des pédagogues de la loi, des didacticiens de l'arrêt ⁽⁴⁸⁰⁾, des juges devenus écrivains, et des professeurs devenus conseillers. Chaque auteur a, à sa manière, un rôle à tenir face aux autres autorités et en fonction d'un certain degré de connexité institutionnelle ou d'affinité intellectuelle avec la Cour de cassation ou les pouvoirs exécutif et législatif, il relaie et enrichit un discours doctrinal estampillé. Les rapports parlementaires, le rapport annuel de la Cour de cassation, les rapports des conseillers publiés dans les revues, les études de magistrats en activité publiées en leur propre nom, les chroniques d'anciens conseillers à la Cour de cassation, les commentaires d'avocats, de notaires ou de juristes d'entreprise, les précis et les traités de la doctrine universitaire et les ouvrages des philosophes, montrent combien, et sociologiquement et théoriquement, la

⁽⁴⁷⁵⁾ pour une étude comparée, voir V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law* (étude comparative), Thèse Lyon III, 1995.

⁽⁴⁷⁶⁾ par exemple F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1996, n°309 : "L'imprécision des critères employés pour définir les clauses abusives laisserait au juge un très large pouvoir d'appréciation qui risquerait d'engendrer une grave insécurité".

⁽⁴⁷⁷⁾ Selon Mme le professeur M.-A. FRISON-ROCHE, "L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire", *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1995, p.7, (p.8, n°8), face aux tentations subjectivistes, "la sécurité juridique, qui participe aussi à la vertu de justice, est alors du côté de la règle générale et abstraite tandis que l'esprit du juge conduit au gouvernement injustifié des juges (...) En effet, si l'esprit d'un juge peut être dangereux, et la personnalisation du contentieux est parfois préoccupante, c'est lorsque le juge entend faire sécession de l'institution en revendiquant un esprit personnel. Mais, justement, l'esprit du juge consiste pour le juge particulier à se conformer spontanément à des normes de comportement qui sont communes à tous les juges de son espèce. C'est ainsi que si tous les juges civils participent de l'esprit du juge civil, si tous les juges consulaires participent de l'esprit du juge consulaire, alors cette sorte de conformisme juridique ou social permet de limiter l'arbitraire de l'esprit particulier et permet au justiciable d'anticiper sur les modes d'élaboration des jugements".

⁽⁴⁷⁸⁾ R. MARTIN, "Impertinente supplique d'un praticien à des chercheurs", *JCP* 1989.I.3393.

⁽⁴⁷⁹⁾ voir J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1989, p.743.

⁽⁴⁸⁰⁾ J. VOULET, "L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation", *JCP* 1970.I.2305 ; A. PERDRIAU, *Les arrêts civils de la Cour de cassation*, Paris, Litec, 1993.

doctrine est plurielle. Les universitaires qui acceptent de participer à l'élaboration des lois, ceux qui deviennent conseillers à la Cour de cassation, les praticiens dont les ouvrages font autorité à l'université, conçoivent-ils la place des interprètes et le rôle scientifique de la doctrine différemment des auteurs qui gardent une distance respectable entre eux et les institutions ? Ce sont des questions qui ne méritent de réponse qu'autant que l'on puisse connaître avec certitude l'influence des uns et des autres sur l'évolution du droit.

Les querelles entre auteurs et leur poids sur la destinée de l'ordre juridique définissent au demeurant le cadre du débat. Quand il s'agit de savoir si telle ou telle norme doit être laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la présentation du risque d'arbitraire relève d'une discussion sur l'avenir et les mutations de la démocratie en France et en Europe, non de son opportunité. Ce ne fut pas nécessairement le cas au moment de l'émergence du concept de sécurité juridique.

85. Démocratie - En critiquant et caricaturant peut-être la pensée des auteurs qui utilisent la sécurité juridique comme guide de leurs raisonnements, nous avons conscience d'utiliser une description orientée. Pour plus de clarté, il faut avoir à l'esprit que les tensions politiques de la première moitié du XXème siècle ont fait naître des discours où la sécurité juridique est utilisée comme un instrument politique. Pour Ripert, "les États autoritaires ont une conception (...) qui ruine la sécurité ⁽⁴⁸¹⁾" et rien ne naît du désordre. Ainsi doit être affirmée la prééminence des droits subjectifs. La Cour de cassation doit en assurer le respect, son contrôle est "la garantie la plus efficace de la sécurité juridique ⁽⁴⁸²⁾". Presque naturellement, les tensions politiques de l'après-guerre et la volonté de construire un droit commun pour l'Europe feront de la sécurité juridique un principe : un principe condamnant les solutions à l'univocité et à la permanence, faisant de l'unité le gage de la sécurité. "Le droit a besoin de stabilité car, sauf à soumettre l'homme à une loi ignorée de lui, comme le *Procès* de Kafka, la sécurité que le droit a pour fonction

⁽⁴⁸¹⁾ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p.171.

⁽⁴⁸²⁾ M. MARKOVITCH, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Thèse Lyon, 1936, p.461 ; "Je ne nie pas que la théorie de l'abus des droits telle que je la comprends, à savoir une théorie qui se ramène à la détermination dans chaque cas particulier du contenu des droits subjectifs, présenterait un danger des plus inquiétants pour la sécurité juridique, si la libre appréciation du juge signifiait la décision définitive et sans appel des juges du fonds".

d'établir, suppose la permanence des règles juridiques ⁽⁴⁸³⁾. Mais sur cette unité tant désirée, sur cette univocité construite *a priori* pèse le sentiment qu'elle n'est jamais qu'une illusion. Comme par magie, les juristes énoncent des descriptions qui se confondent avec la réalité, et la prévisibilité du droit se perçoit à travers l'image qu'ils donnent du futur juridique dont ils entendent maîtriser la destinée. Sous cette illusoire maîtrise du temps, la doctrine cherche à affirmer son pouvoir de prédire et conjugue ses prédictions aux transformations du droit. La solution sûre est finalement une solution contrôlée, maîtrisée et même idéologiquement contenue.

86. Contenu variable - Pour satisfaire au lieu commun selon lequel on ne traite pas différemment des choses [proclamées] égales, la plasticité du terme donne à la "sécurité juridique" une étendue qui favorise l'utilisation du précédent comme guide de la découverte des solutions, et conforte le sentiment de continuité du droit ⁽⁴⁸⁴⁾. C'est sans conteste une notion au contenu éminemment variable dont la seule évocation satisfait parfois l'auditeur. "Le respect" de la sécurité juridique, "la satisfaction du besoin" de sécurité juridique, la lutte contre l'insécurité juridique née des incertitudes de la loi ou de la jurisprudence, la sécurité juridique à laquelle tout individu peut légitimement prétendre ⁽⁴⁸⁵⁾, le désir de sécurité que tout homme civilisé porte dans son cœur ⁽⁴⁸⁶⁾, ce ne sont là que des formules, des slogans même, qui permettent de raccourcir les raisonnements et désigner la solution applicable.

Pour l'étude de l'objet droit, sans illusion sur nos capacités à saisir l'étendue de sa réalité, on ne peut guère se satisfaire de ces raccourcis. La recherche d'un raisonnement plus simple ou plus pratique, c'est à dire d'une théorie mieux adaptée à la représentation que l'on a d'une série d'événements mentaux, ne peut se satisfaire d'idées simples sauf si ces idées modifient la représentation de la réalité. Un exemple : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. Quoi de plus simple qu'une relation bijective entre la personne et son patrimoine ⁽⁴⁸⁷⁾.

⁽⁴⁸³⁾ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2ème éd., 1989, précité, n°152, p.157.

⁽⁴⁸⁴⁾ rappr. A. BOUVIER, *L'argumentation philosophique*, Paris, PUF, 1995, p.144.

⁽⁴⁸⁵⁾ LESEC, Avocat général, concl. pour Cass. civ. 1ère, 12 avril 1995, *Bull. info. Cour de cassation* 1er juin 1995, p.10 : "Il appartient à la Cour de cassation en déterminant les règles juridiques sur le fondement desquelles est susceptible de s'exercer l'action en réparation de ses ayants droit, de procurer à ces derniers, et au-delà, à toutes les victimes la sécurité juridique à laquelle les uns et les autres peuvent légitimement prétendre". N'y a-t-il pas dans cette formule une sacralisation de la prévisibilité qui confère à la stabilité désirée un caractère quasi-religieux ?

⁽⁴⁸⁶⁾ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, précité, p.155.

⁽⁴⁸⁷⁾ R. SEVE, "Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie d'Aubry et Rau", *APD* 1979, p.247 ; A. SERIAUX, "La notion juridique de patrimoine", *RTD civ.* 1994, p.801.

Une personne, un patrimoine. Un patrimoine, une personne. Est-ce la réalité ? Peu importe, la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau crée la réalité de cette relation biunivoque entre l'individu et l'ensemble de ses biens en recevant une adhésion des autorités scientifiques. Les relations de l'individu à ses biens n'ont pourtant rien de simple, la richesse de la théorie d'Aubry et Rau est de n'en faire qu'une question de composition du patrimoine en justifiant et fortifiant la classification du Code civil. Mais arrivera le jour où cette relation bijective ne permettra plus de rendre compte de la réalité, où le défaut d'adhésion à la théorie rendra l'évidence discutable, parce que l'on se représentera d'autres universalités, d'autres classifications. Les théories de la propriété commerciale ou de la propriété incorporelle créent des choses nouvelles (notamment celles qui n'existent que si l'on s'en sert) qui n'entrent pas ou qui entrent mal dans les classifications classiques, à tel point que le génie de la simplicité passée est aujourd'hui le nerf d'un raisonnement tronqué.

87. L'unité du savoir sûr - L'ambition que se sont donnée les auteurs du début du XXème siècle, indépendamment, du reste, de leur adhésion ou de leur rejet des thèses de l'École du droit libre, fut de concevoir l'ordre juridique à partir des règles posées *a priori*, et de celles créées par leur effectuation. L'énoncé juridictionnel n'est plus conçu comme le résultat d'une découverte du vrai sens de la loi, mais comme celui de sa mutation. Les transformations du droit que nombre d'auteurs tentent d'expliquer tiennent principalement à ce que la doctrine va considérer l'énoncé juridictionnel comme un énoncé prétorien. Labbé en avait été l'un des augures en critiquant l'immobilité dans laquelle la Cour de cassation maintenait la loi. "Y aurait-il de grands inconvénients, y aurait-il des avantages à ce que la Cour régulatrice s'emparât, dans la mesure où le texte de la loi le lui permet, du rôle que le prêteur à Rome a si bien rempli, et à ce que la jurisprudence devînt un développement progressif de la loi, successivement assouplie aux besoins de la société ?" ⁽⁴⁸⁸⁾. Avec Esmein, Saleilles et Gény, l'unité du savoir juridique, cet idéal tant désiré ⁽⁴⁸⁹⁾, va se concevoir à partir d'un ordre normatif éclaté et protéiforme. Si la loi garde son statut primordial, l'adjonction des autres "sources du droit" à l'ordre juridique oblige la doctrine à réfléchir à un réordonnement et à une mise en ordre du droit prétorien. De cette manière, la théorie juridique pèse véritablement

⁽⁴⁸⁸⁾ J.-E. LABBE, note sous Cass. civ., 2 décembre 1885, S. 1886.1.97.

⁽⁴⁸⁹⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, tome I, précité, p.135.

sur le droit positif puisque la recherche de la bonne solution est une activité dont le but est de donner des résultats, "chaque jour plus sûrs", et ce grâce à l'oeuvre doctrinale "d'étude directe et synthétique de la jurisprudence ⁽⁴⁹⁰⁾". Formellement, cela s'est traduit par une évolution du contenu sémantique du discours doctrinal sur la certitude et la permanence du droit.

88. La sémantique de la certitude - Le discours doctrinal est fleuri de ces expressions devenues des lieux communs. À la fois arguments et slogans, ces formules ont forgé une rhétorique de l'adhésion à la norme prescrite que l'on retrouve constamment depuis deux siècles. Bien sûr les auteurs du XIX^{ème} siècle utilisaient des formules qui paraissent aujourd'hui insolites, mais le vocabulaire juridique aime tant ses archaïsmes qu'ils n'ont cessé d'avoir cours. On les trouve en parcourant les recueils de jurisprudence. La solution adoptée a fini par faire triompher une *doctrine plus saine* ⁽⁴⁹¹⁾, elle fait une *application parfaitement juridique des lois* ⁽⁴⁹²⁾. La *question a été résolue* par un arrêt ⁽⁴⁹³⁾, sa solution est certaine et du reste, *la chambre des requêtes persiste dans la jurisprudence que la chambre civile paraît avoir définitivement fixée* ⁽⁴⁹⁴⁾. La raison en est que *cette dernière doctrine a toujours paru la plus vraie* ⁽⁴⁹⁵⁾. La doctrine adverse *n'a pas prévalu car elle ne devait pas prévaloir* ⁽⁴⁹⁶⁾. Aujourd'hui encore, *la solution est certaine tant en jurisprudence qu'en doctrine* ⁽⁴⁹⁷⁾. Elle est, qui plus est, *dépourvue d'ambiguïté* ⁽⁴⁹⁸⁾. C'est donc *sans à coup mais irréversiblement, que la cour de cassation en aménage le régime juridique* ⁽⁴⁹⁹⁾. La solution n'est finalement que *la conséquence nécessaire et inévitable* de l'application de la loi ⁽⁵⁰⁰⁾. Dès lors, le rejet des arguments de la thèse adverse était prévisible, ses positions étaient *hérétiques* ⁽⁵⁰¹⁾, pire,

⁽⁴⁹⁰⁾ A. ESMEIN, "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.12.

⁽⁴⁹¹⁾ Cass. civ., 22 décembre 1845, *DP* 1846.1.5.

⁽⁴⁹²⁾ Cass. civ., 17 mai 1881, S. 1884.1.123.

⁽⁴⁹³⁾ Cass. civ., 20 août 1867, *DP* 1868.1.265.

⁽⁴⁹⁴⁾ H. THIERCELIN note sous Cass. req., 25 juillet 1867, *DP* 1868.1.65.

⁽⁴⁹⁵⁾ Cass. civ., 1er avril 1846, *DP* 1846.1.81.

⁽⁴⁹⁶⁾ V. N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Des privilèges et des hypothèques, Paris, Cotillon, par P. PONT, 1856, p.14.

⁽⁴⁹⁷⁾ B. PETIT, *Jurisclasseur civil*, Contrats et obligations, V^o Erreur, art.1110, n^o60 à propos de l'erreur sur la valeur.

⁽⁴⁹⁸⁾ G. CHAMPENOIS, obs. sur Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 1985, *Deffrénois* 1985, p.1159 à propos de la clause dite "commerciale" dans les régimes matrimoniaux.

⁽⁴⁹⁹⁾ C. GAVALDA, note sous Cass. civ., 9 juin 1992, *D.* 1992, p.530 à propos de la stipulation conventionnelle du taux d'intérêt.

⁽⁵⁰⁰⁾ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 8 octobre 1996, *D.* 1997, p.87, "la solution est une conséquence nécessaire et inévitable de la suppression de la masse des créanciers par la loi du 25 janv. 1985".

⁽⁵⁰¹⁾ B. PETIT, *Jurisclasseur civil*, V^o Erreur, précité, n^o64.

diaboliques. *Grâce soit rendue à la chambre commerciale d'avoir chassé le diable* ⁽⁵⁰²⁾. S'ouvre ainsi la voie à la sécurité juridique dans ce domaine délicat après *des années d'hésitations et d'incertitudes* ⁽⁵⁰³⁾.

On le voit, les affirmations de la certitude de la solution aux XIXème et XXème siècles présentent une teneur voisine, mais il est sensible que la prévisibilité l'emporte aujourd'hui quantitativement sur la fixité ⁽⁵⁰⁴⁾. La jurisprudence est perçue par la doctrine dans son mouvement historique et le discours a évolué de ce point de vue. Ainsi, la critique doctrinale ne porte plus guère sur la remise en cause des solutions anciennes, quoique la défense de solutions datant du droit romain et qui ont fait leurs preuves, reste un outil critique de poids ⁽⁵⁰⁵⁾. Elle se concentre plus volontiers dans un discours ménageant sa part à la variabilité. *Mais le variable n'est ni l'incertain, ni l'ambigu*. Dans l'esprit de la doctrine française, il s'affirme nettement que, si la fixité de la solution est un concept dépassé, la sécurité à laquelle tout justiciable peut légitimement prétendre, confère aux solutions une vocation à prévoir, et à la doctrine le pouvoir de prédire. Le contrôle des arrêts de la Cour de cassation se traduit par une sorte de "dispositif doctrinal" en forme de cachet : conforme à la sécurité juridique ou non-conforme. Et les auteurs plaident toujours pour l'unité du système : "l'unicité du système juridictionnel serait ainsi une condition majeure d'un droit jurisprudentiel sûr ⁽⁵⁰⁶⁾".

88. Sécurité au singulier ? - Le contenu de la notion de sécurité juridique tel qu'il se dégage des écrits doctrinaux est protéiforme. Chaque facette couvre des situations factuelles d'insécurité que l'on ramènera à une division binaire ;

⁽⁵⁰²⁾ M. BANDRAC, obs. à la *RTD civ.* 1994, p.900.

⁽⁵⁰³⁾ E. FORT-CARDON, note sous Cass. com., 23 février 1993, *D.* 1994, p.318 en matière de distribution sélective.

⁽⁵⁰⁴⁾ La distinction est purement artificielle, mais "fixité" a pris une connotation, semble-t-il, péjorative. Notons que la prévisibilité de la règle s'entendait encore de sa fixité pour M. MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse Paris, 1904, p.11 : "Il est indispensable pour la sécurité des relations juridiques que les particuliers puissent compter sur la fixité de la jurisprudence".

⁽⁵⁰⁵⁾ A. SERIAUX, "Beaucoup de bruit pour rien", *D.* 1993, chr., p.229, pour la défense de l'exigence de l'erreur du *solvens* comme condition de la répétition de l'indu.

⁽⁵⁰⁶⁾ Y. GAUDEMET, "Sécurité du droit et jurisprudence", *Entretiens de Nanterre des 16 et 17 mars 1990*, *JCP (E)* 1990, *Cah. dr. entr.*, supplément n°6, p.12. À la recherche de l'unité, R. MARTIN honnit "ce contentieux parasite dont le byzantinisme ne peut réjouir que des juristes cultivant l'art pour l'art juridique", "Sur l'unité des ordres de juridictions", *RTD civ.* 1996, p.123 ; *adde*, L. JOSSERAND, "Sur la reconstitution d'un droit de classe", *DH* 1937, chr., p.1 à propos de la disparition d'un droit unitaire par la naissance des ordres juridiques privés.

nous compterons à ce titre et schématiquement, l'instabilité économique ⁽⁵⁰⁷⁾ et l'instabilité des normes.

La première branche de notre découpage conceptuel s'annonçait de prime abord comme un recensement. Il s'agissait de savoir quel sens donnaient à la "sécurité juridique" les spécialistes des matières qui la prenaient *a priori* pour l'objet. Le droit des sûretés, le droit des assurances, dans une large mesure les droits des contrats civils et commerciaux, le droit notarial utilisent une forme définie du concept. Il s'agit *grosso modo* de prévenir les risques liés aux circonstances tenues pour étant de pur fait, en s'assurant bien sûr, mais aussi en se garantissant contre l'inexécution contractuelle ⁽⁵⁰⁸⁾, en solennisant la forme des actes, en conditionnant les engagements ou en anticipant sur l'avenir par des stipulations particulières ⁽⁵⁰⁹⁾. À proprement parler, ces branches du droit privé ont pour objet de régler les questions d'insécurité contractuelle, et il n'est pas besoin d'entrer dans de longs développements pour comprendre que le désir de sécurité des parties revêt une concrétion que l'on ne saurait définir sans aborder chaque problème au fond.

Pourtant, le sentiment de sécurité ou d'insécurité contractuelle, concret et purement psychologique, se traduit dans le discours de la doctrine par des formules condamnant le changement et prescrivant une sorte de conservatisme normatif. C'est la deuxième branche de la division qui est en fait à l'esprit des auteurs. Sans stabilité des normes et de leurs interprétations, et sans prévisibilité des changements ou revirements éventuels, de quelle efficacité sera dotée la sûreté qui garantit, la stipulation qui prévoit, ou la forme qui prévient ? Pur bon sens, la modification des normes change les équilibres établis sur les bases anciennes. La revendication de la sécurité n'a pas cette si sommaire ambition de figer les rapports juridiques concrets. Du reste, Demogue observera : "le désir de sécurité si considérable qu'il soit n'est pas tout, car il y a dans l'homme un certain goût du risque. Il trouve un certain plaisir dans l'insécurité qui lui donne un plaisir plus vif à lutter et triompher ⁽⁵¹⁰⁾". Les situations décrites pour mettre en garde contre les dangers de l'insécurité juridique ne sont donc pas nécessairement des situations concrètes.

⁽⁵⁰⁷⁾ Pris en son sens le plus étendu, l'"économie" fait résonner son étymologie, tout ce qui concerne les choses de la maison, celles de la famille et des personnes.

⁽⁵⁰⁸⁾ J.-M. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *RTD civ.* 1988, p.481.

⁽⁵⁰⁹⁾ J. MESTRE, "Les clauses d'avenir" in J. MESTRE (dir.), *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 1990 p.161 s.

⁽⁵¹⁰⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.87.

C'est le plus souvent l'ordre juridique dans son entier qui est prétendument menacé par l'évolution des normes et des pratiques normatives. La doctrine qui a en charge de veiller à ce que soient respectées des procédures définies de transformation du droit, doit auparavant concevoir les outils intellectuels qui lui permettront de se plonger dans l'avenir. La sécurité aura le grand mérite de réaliser l'alliance entre rigidité et adaptation, entre progrès et tradition. Elle conciliera des perspectives théoriques pourtant antagonistes pour assurer la continuité des représentations de l'ordre juridique. La raison en est que la sécurité, tout en étant absolument polysémique, véhicule des désirs de transformations en douceur de l'ordre juridique.

PARAGRAPHE 2. SECURITES AU PLURIEL

90. Une notion fondamentale du droit privé - Dans son ouvrage capital pour comprendre les dimensions de la notion de sécurité, René Demogue définit les instruments d'une analyse de l'évolution de l'ordre juridique. Le changement de cap prôné par la rénovation du droit naturel situe l'analyse technique des règles applicables et leur appréciation doctrinale dans une perspective historique. Comprendre les mouvements sociaux suppose désormais pour les juristes de prévoir et d'anticiper leurs évolutions. Aussi la théorie du droit doit-elle refondre ses certitudes pour intégrer les changements de la société française aux raisonnements juridiques. La certitude désirée n'est pas celle du présent, mais celle du futur proche. Concrètement, la doctrine doit établir les modalités et les moyens de dominer le temps car, même proche, l'avenir est incertain. Jusqu'alors, la doctrine du XIX^{ème} siècle avait figé le temps. Elle s'était détachée des contingences sociales pour construire un espace-temps idéal, un univers abstrait de règles et de constructions juridiques. Toujours comme un leitmotiv revient la même rhétorique sur la doctrine antérieure, trop abstraite, abusivement polémiste, purement scolastique, illusoirement dogmatique. Le droit se faisait sans elle parce qu'elle n'avait pas compris l'importance des mouvements sociaux qui en transformaient la substance. Le XIX^{ème} siècle fut statique, le XX^{ème} siècle sera dynamique.

91. Inventaire - Demogue inventorie des situations juridiques où le besoin de sécurité se fait intuitivement sentir, et auxquelles le droit répond. L'apparence

doit garantir la sécurité des tiers, soit que la loi lui donne effet dans le cas du possesseur de meuble ou d'immeuble, soit qu'un principe ancien du droit français - *error communis facit jus* - s'impose dans le cas de l'héritier apparent, soit enfin que la Cour de cassation ait pu en poser le principe dans le cas où le mandataire apparent engage son mandant ⁽⁵¹¹⁾. Ces garanties offertes au tiers contractant illustrent la sécurité dynamique. En contrepoint, le formalisme et la publicité permettent d'assurer un équilibre. Les formes des cessions de créances et des sûretés, les formes des donations et des actes unilatéraux poursuivent l'objectif de sécurité. Le droit de la preuve et la recherche de la vérité sont tendus vers le même but. Dans des directions apparemment opposées, mais dont la conjonction permet d'établir un équilibre entre la sécurité due à l'ensemble des acteurs juridiques et l'assurance, la sûreté et la garantie dues à chacun ⁽⁵¹²⁾, Demogue invite la doctrine à une réflexion sur l'amélioration du contenu des relations contractuelles pour le but avoué d'une meilleure compréhension du capitalisme et de son efficacité ⁽⁵¹³⁾.

Il distingue ainsi deux sécurités, celle qui est due à l'état acquis : la sécurité statique ; et celle qui est due à la circulation des richesses et au mouvement social : la sécurité dynamique. Cette dernière vise en fait des hypothèses factuelles d'insécurité. La construction doctrinale ordonne cet ensemble de telle manière que les qualifications juridiques correspondant aux situations données répondent à des catégories définies par l'utilité sociale. La vente conclue par l'héritier apparent doit-elle préjudicier à l'acquéreur ? Pour admettre comme décisif *a priori* que dans nombre d'hypothèses l'annulation de la vente aura trop d'effets pervers " et qu'il convient d'y renoncer quitte à

⁽⁵¹¹⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.68 : "Celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit, ne doit pas être trompé. L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire les mêmes effets que le droit lui-même".

⁽⁵¹²⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.79. L'auteur nous livre un plaidoyer précurseur de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'assurance : "[La fausse sécurité] cause des désastres. Aussi répandre un sentiment de fausse sécurité en paraissant accorder des droits qu'une clause ignorée restreint est-il des plus dangereux. On doit à ce point de vue regretter qu'il y ait ainsi dans les polices d'assurance, contrats de sécurité par excellence, tant d'embûches à l'assuré, et que des mesures n'aient été prises pour mettre celui-ci mieux au courant de sa situation véritable. Au lieu de cela on a préféré le beau principe de la liberté des conventions, comme si un principe est encore bon dans la mesure où il donne en fait de mauvais résultats".

⁽⁵¹³⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.72 : "Ces solutions favorables à la sécurité sont bien dans l'esprit de la législation européenne occidentale dominée par un idéal d'affaires, par cette idée que le but à atteindre, c'est de produire plus, de fabriquer plus, de vendre plus de choses, de multiplier les jouissances, de satisfaire les besoins les plus divers" ; comp. D. R. MARTIN, "De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)", *D.* 1996, chr., p. 263 : "la sécurité juridique... est une valeur refuge de la finance internationale".

léser le véritable propriétaire, la doctrine érige les arguments conséquentialistes en principes décisifs.

La théorie de Demogue, aussi séduisante qu'elle puisse paraître en ce qu'elle cherche à déterminer un équilibre entre les impératifs de sécurité statique et dynamique, est empreinte d'un paradoxe. L'argumentation de Demogue consiste à dire que s'il est contraire à la sécurité statique de remettre en cause des situations acquises, dans certaines hypothèses, le mouvement social impose cette remise en cause et la sécurité dynamique doit alors être préférée. L'apparence créée donne sa validité à la convention conclue, et en l'absence de critique à formuler contre le tiers, le principe de sécurité dynamique contractuelle impose sa valeur sociale, afin que la vente formée sous l'empire de l'erreur commune ne puisse être remise en cause. Si d'aventure la nullité du contrat était admise, le juge s'exposerait à la critique doctrinale pour avoir contrevenu à la sécurité juridique. Mais laquelle ? Est-il contraire à la sécurité dynamique de remettre en cause une situation née d'un contrat nul ⁽⁵¹⁴⁾? Est-il conforme à la sécurité statique de s'en tenir à une situation acquise du fait d'un contrat apparent ? Les justifications proposées par les auteurs sont nécessairement contradictoires parce que, comme le reconnaît d'ailleurs Demogue, la frontière entre les deux concepts est incertaine ⁽⁵¹⁵⁾. Plus qu'incertaine, cette frontière n'existe pas. Tour à tour, sécurité statique et sécurité dynamique justifient de décider *a priori* pour le rejet de telle interprétation ou en faveur de telle autre. En fait, en admettant avec Paul Roubier le postulat qui fait de la sécurité juridique la valeur primordiale de notre société, il restera toujours à se demander qui, de la sécurité statique ou de la sécurité dynamique, devra triompher.

Pour éliminer cette difficulté, en cohérence de sa *summa divisio*, Demogue situe le principe général de sécurité juridique sur deux plans : constance de l'interprétation et rapidité des procédures de décision. "Le droit retardé dans son application est déjà un droit blessé ⁽⁵¹⁶⁾" et la solution sûre réside dans "cette certitude de ne pas voir la Cour de cassation se déjuger facilement". En cherchant à suivre le précédent, en cherchant à rendre ses raisonnements cohérents et à dire "un droit uniformisé dans ses détails ⁽⁵¹⁷⁾", la Cour de cassation assure le respect de la tradition. En témoignant par ses décisions de

⁽⁵¹⁴⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.69.

⁽⁵¹⁵⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.74

⁽⁵¹⁶⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.66.

⁽⁵¹⁷⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.219.

l'évolution sociale, elle assure aux règles juridiques une interprétation vivante, là où "une ossification de la jurisprudence" est toujours à craindre ⁽⁵¹⁸⁾. Cette lutte contre *la congélation du droit* ⁽⁵¹⁹⁾ est le travail de la doctrine que les juges doivent relayer. Chacun doit créer autour des questions qu'il traite "une atmosphère qui peu à peu pénètre les esprits" et incline le public à admettre telle ou telle solution ⁽⁵²⁰⁾. La motivation des propositions doctrinales doit être nécessairement pratique, la théorie nouvelle proposée ne doit pas jeter un voile d'obscurité sur la connaissance existante. Car le renouveau est source d'instabilité du savoir juridique et une théorie acquise ne doit pas être battue en brèche par des controverses stériles ⁽⁵²¹⁾ ; il faut pourtant constamment renouveler les instruments conceptuels au service d'une meilleure compréhension du droit et notamment en ce début de XXème siècle, du droit des obligations.

92. La force majeure - La plus grande ambition de Demogue aura été de donner au droit des obligations les moyens de comprendre et d'anticiper des effets de l'imprévisibilité, par une nouvelle théorie de l'inexécution ⁽⁵²²⁾ et par l'analyse de l'imprévision ⁽⁵²³⁾. "Le Code civil, cette construction rigide de style Empire a une conception du contrat qui *a priori* apparaît nette. Les conventions tiennent lieu de loi. La sécurité l'exige ainsi". La révision doit pouvoir s'imposer empiriquement mais "elle se heurte à la stabilité des conventions. C'est l'opposition classique entre le besoin de sécurité et celui de transformation ⁽⁵²⁴⁾". Aujourd'hui encore, atteindre une définition claire et opératoire du concept de force majeure reste un enjeu doctrinal important mais l'ambiguïté des théories qui conçoivent l'imprévisible comme excuse contractuelle tient aux variations d'interprétation qui affectent leur

⁽⁵¹⁸⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.221 ; citant J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908, p.82.

⁽⁵¹⁹⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.236.

⁽⁵²⁰⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.231.

⁽⁵²¹⁾ G. MORIN, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", *Annuaire de l'institut international de philosophie et de sociologie juridique*, Paris, Sirey 1934-1935, tome 1, p.64. Les théories nouvelles doivent, "par leur structure même, laisser du jeu à l'initiative privée créatrice et ne pas enlever la sécurité juridique".

⁽⁵²²⁾ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome V, Paris, Rousseau, 1923, p.538 et tome VI, p.644, n°99.

⁽⁵²³⁾ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome VI, Paris, Rousseau, 1923, p.697.

⁽⁵²⁴⁾ *Ibid.*, p.697.

contenu ⁽⁵²⁵⁾. Le fait exonératoire se ramènerait-il nécessairement à la constatation de l'absence de faute ?

93 La preuve de l'inexécution - La distinction proposée par Demogue entre obligation de moyen et de résultat, qui sera rapidement illustrée en jurisprudence et s'imposera en doctrine en dépit de sévères critiques ⁽⁵²⁶⁾, va conduire à reformuler le rapport d'obligations à partir d'un schéma calqué sur la responsabilité délictuelle. Cette nouvelle classification conduit à s'interroger sur l'objet des obligations inexécutées. Le raisonnement est inductif. Comment anticiper théoriquement l'inexécution des obligations, sachant que certains contractants, particulièrement des professionnels, les transporteurs ou les médecins par exemple, sont amenés à ne pas exécuter leurs obligations de transport ou de soins, et comment donner au contractant l'assurance d'être indemnisé ? En fait la théorie de Demogue ne donne pas de réponse à cette question mais elle permet aux acteurs de la vie économique de savoir *a priori* si l'inexécution d'une obligation sera facilement indemnisée ou non, et par ricochet d'intégrer en terme de probabilité l'inexécution des contrats dans des anticipations économiques. La conséquence de ce raisonnement inductif sera le développement des contrats d'assurance qui, eux, intégrant jusqu'à l'imprévisible, permettent à chacun de concevoir un avenir probable ⁽⁵²⁷⁾.

94 Pour un avenir probable - L'idée est maintenant devenue classique. Le droit doit fournir "un certain nombre de points d'ancrage grâce à un corps de règles relativement simples (...) Ce que craint l'homme dans l'avenir, c'est son flou, son indétermination. Le droit procure des points de repère en principe fixes et c'est ce qui permet d'asseoir une prévision ayant de bonnes probabilités de se réaliser. Selon l'expression de M. Ellul ⁽⁵²⁸⁾, le droit a une

⁽⁵²⁵⁾ v. P. H. ANTONMATTEI, "Ouragan sur la force majeure", *JCP* 1996.I.3907 ; S. FARNOCCHIA, *L'excuse contractuelle, étude de l'inexécution fortuite du contrat*, Thèse Aix, 1994 ; A. SERIAUX, "L'acte de Dieu", *Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p.325.

⁽⁵²⁶⁾ R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, LGDJ, 1939, tome 1, Les sources, n°213 et n°235. Déjà Savatier perçoit les développements futurs de la division bipartite en sous-divisions d'obligations de résultat atténuées et redoute que l'augmentation des distinctions rende vaine et inefficace la *summa divisio* utilisée *a priori*. Près de soixante ans plus tard, les constructions jurisprudentielles continuent de sous-diviser parmi les obligations, de renforcer ou d'alléger les contraintes probatoires et de distinguer selon les professions. La solution est donnée par la Cour de cassation et il faut attendre sa décision pour savoir à quelle obligation l'on a affaire. Pour illustration, voir T. HASSLER, "De l'obligation de résultat allégée" note sous Cass. civ. 1ère, 2 février 1994, *Les petites affiches*, 22 juin 1994, n°74, p.25.

⁽⁵²⁷⁾ R. SAVATIER, "La socialisation de la responsabilité et des risques éventuels", *DH* 1931, chr., p.9.

⁽⁵²⁸⁾ J. ELLUL, "Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception", *APD* 1963, p.28.

fonction de stabilisation du temps ⁽⁵²⁹⁾". Les thèses de Demogue vont ainsi intégrer cette valeur sociale de prévision du mouvement c'est-à-dire de vitesse du changement de la société. Savatier intégrera, lui, cette fonction en raisonnant sur l'accélération de l'histoire. M. le professeur Terré explique aujourd'hui que de la stabilité et du mouvement, "ces deux contraintes immémoriales du droit", le mouvement a émergé comme valeur première pour devenir en quelque sorte "la vraie norme fondamentale ⁽⁵³⁰⁾". Dans le même esprit, la sécurité dynamique l'emporte toutes les fois où est reconnue, comme une valeur supérieure, la rapidité des échanges sur la stabilité des droits acquis. M. le professeur Leveneur considère lui aussi que notre époque est devenue celle de la rapidité ⁽⁵³¹⁾, de sorte que la théorie du mandat apparent consacrée par l'arrêt de l'assemblée plénière du 13 décembre 1962 et la discussion qui s'ensuivit ⁽⁵³²⁾, s'inscrivent dans cette nouvelle conception de l'évolution du droit. D'un point de vue théorique, ces conceptions du changement vont faire écho aux auteurs réalistes anglo-américains ⁽⁵³³⁾ et à une réflexion sur le capitalisme moderne. D'un point de vue strictement technique, la doctrine va ainsi travailler sur les pistes explicitement lancées par Demogue, mais aussi sur l'action directe et l'effet relatif des conventions, sur la cause des engagements, sur l'obligation naturelle ou sur les actes unilatéraux. En toute hypothèse, les réflexions des auteurs vont être tournées vers les moyens d'obtenir conceptuellement des garanties théoriques sur l'avenir du droit positif ⁽⁵³⁴⁾.

⁽⁵²⁹⁾ R GRANGER, "La tradition en tant que limite aux réformes du droit", *RID comp.* 1979, p.99.

⁽⁵³⁰⁾ F. TERRE, "Rapport de synthèse", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.244-245.

⁽⁵³¹⁾ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Paris, LGDJ, 1990, préface de M. Gobert, p.148-149.

⁽⁵³²⁾ Cass. ass. plén., 13 décembre 1962, *D.* 1963, p.277 note CALAIS-AULOY ; *JCP* 1963.II.13105 note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1963, p.572, obs. CORNU. Aujourd'hui acquise positivement la théorie du mandat apparent a permis le développement connexe de la notion de croyance légitime qui rayonne maintenant dans d'autres domaines que celui du mandat : J.-L. SOURIOUX, "La croyance légitime", *JCP* 1982.I.3058.

⁽⁵³³⁾ Eux-mêmes influencés par les auteurs français, v. R. POUND, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale university press, 2ème éd., 1954, p.108 ; B. CARDOZO, *The nature of judicial process*, New Haven, Yale university press, 1921, p.74-75 ; adde B. A. WORTLEY, "L'influence de François Génys sur les juristes de common law", in *Le centenaire du doyen François Génys*, Recueil de conférences, Paris, Dalloz, 1963, p.57 ; PINTO, "Spicilege des lectures en français d'Oliver Wendell Holmes (1841-1935)", *RD* 1996-3, p.703.

⁽⁵³⁴⁾ Comp. M. WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986, p.223 : "... pour les intéressés au marché la rationalisation et la systématisation du droit signifie en général, et sous réserve des restrictions que l'on examinera plus loin, prévisibilité croissante du fonctionnement de la juridiction, une des conditions les plus importantes à l'existence d'entreprises économiques devant fonctionner de façon permanente, plus spécialement des entreprises capitalistes qui ont besoin de la " sécurité juridique du commerce ". Des formes spéciales de transactions et des procédures spéciales comme la lettre de change et la procédure en vue de son encaissement rapide répondent à ce besoin de certitude formelle de la garantie juridique ...".

95. Garanties théoriques - Intégré à une vision globale de l'ordre juridique, le principe de sécurité juridique impose aux juges des contraintes interprétatives pour réaliser les prévisions énoncées. À défaut, la réalisation judiciaire du droit ne remplirait pas sa fonction sociale, "garantir à l'homme les résultats qu'il a pu prévoir au moment d'agir ⁽⁵³⁵⁾". On comprendra que le serpent se morde parfois la queue. D'une part, on ne peut prévoir qu'en considération de ce qui existe, nous dit Ripert ⁽⁵³⁶⁾, et d'autre part le juge doit garantir un avenir conforme aux prévisions. Le principe de sécurité juridique signifie soit que la tâche du juge est de maintenir éternellement les solutions présentes, soit qu'il doit assurer la réalisation des prédictions.

Les auteurs qui, comme Demogue, Morin, Ripert ou Gény, oeuvrent pour que les juges gagnent la reconnaissance de leur pouvoir normatif, témoignent de ce que la sécurité juridique est un concept qui place l'interprète autorisé - la Cour de cassation - devant une question théorique. Il ne s'agit plus de savoir quel est le droit positif applicable au temps présent mais il faut se demander si les solutions possibles sont conformes au processus historique de sélection des bonnes réponses, et si pour l'avenir la réponse choisie assure la continuité de l'évolution ⁽⁵³⁷⁾. Devant l'ampleur de la tâche, le juge - qui n'est pas Hercule - s'en remettra au travail de la doctrine. Sans se montrer, la doctrine aura fourni la méthode et la solution. Sa neutralité ne sera qu'un constat. Reste qu'il lui faut se discipliner elle-même. "Les controverses sont facteurs d'insécurité juridique" ⁽⁵³⁸⁾.

Le savoir doctrinal domine l'insécurité tant que les controverses ne créent pas des difficultés à connaître le droit et la diversité des opinions est une cause d'incertitude et de fragilité ⁽⁵³⁹⁾. C'est ainsi que l'évolution récente du droit de la promesse de vente fait dire à M. le professeur Mazeaud que "les décisions et opinions en sens inverse compromettent assez gravement l'impératif de sécurité juridique dans la période précontractuelle. Surtout, elles contribuent à fragiliser les avant-contrats qui, parce qu'ils sont désormais des contrats

⁽⁵³⁵⁾ G. MORIN, "La conception individualiste du droit", *RTD civ.* 1908, p.520.

⁽⁵³⁶⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.1.

⁽⁵³⁷⁾ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ 1960, p.183 s.

⁽⁵³⁸⁾ J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p.268-271 : "Les controverses sont facteurs d'insécurité juridique (...) mais la vie sociale (...) ne saurait être ramenée à une collection d'hypothèses types auxquelles le droit aurait à pourvoir par autant de solutions uniformes. Institué pour discipliner la matière vivante, le droit est tenu d'épouser (dans la mesure où les exigences de la sécurité juridique n'y contredisent pas) la plasticité de la vie".

⁽⁵³⁹⁾ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, précité, p.161.

imprévisibles, voient leur intérêt pratique diminuer ⁽⁵⁴⁰⁾". Aussi, pour maîtriser les incertitudes nées de la production intellectuelle, la doctrine assignera à ses théories le dessein d'accomplir l'unité d'entendement des solutions. La recherche de garanties théoriques dévoile la quête de la doctrine moderne : l'élaboration de concepts sûrs, de concepts censés permettre la prévision de l'évolution du droit positif sans contrarier les besoins de changement de la société. Avec la sécurité juridique, la recherche de l'unité et de la solution qui s'imposera, projette le juriconsulte dans l'avenir. Devenu pronostiqueur et en quelque sorte oracle, il se doit de définir les règles de la sécurité à venir mais le noeud de la difficulté se serre lorsque le constat est avéré que l'insécurité est inhérente au système juridique contemporain. Le système est malade et ses pathologies sont graves.

96. Pathologies - Les versions modernes du déclin du droit se présentent aujourd'hui comme des mises en garde ⁽⁵⁴¹⁾ ; et, pragmatisme oblige, l'inflation législative, la parcellisation des droits au détriment du droit commun ⁽⁵⁴²⁾ ou les infirmités jurisprudentielles ⁽⁵⁴³⁾ n'appellent plus des traitements globaux. Au contraire, la pratique a besoin que l'on réponde à ses exigences pratiques et n'a que faire des systèmes pourvu qu'ils lui assurent certitude et fiabilité. Mais, en fait d'empirisme et de compréhension non apriorique de la complexité des phénomènes juridiques, les mêmes qui exigent une approche plus réaliste, se font les nostalgiques de l'unité passée et les ambitieux d'une sécurité à venir. L'égalité revendiquée *a priori*, la conformité à assurer et la sécurité à garantir seront ainsi des concepts qui permettront d'apporter les remèdes qui rendront au droit son unité. "Le droit est le même pour tous, il devrait être unique ⁽⁵⁴⁴⁾". Peu ou prou, il s'agit toujours de réinventer une nouvelle unité dont on espère qu'elle viendra à bout, définitivement cette fois, des tentations subjectivistes.

Section 2

L'unité d'entendement des solutions

⁽⁵⁴⁰⁾ D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 3ème, 30 avril 1997, *D.* 1997, p.478.

⁽⁵⁴¹⁾ P. DIENER, "Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires", *D.* 1997, chr., p.147.

⁽⁵⁴²⁾ Ph. REMY, "Exploitation agricole et statut civil des époux", *Dr. rural* 1981, p.240 : "Le droit morcelé et parcellisé qu'on fabrique ainsi est toujours du mauvais droit".

⁽⁵⁴³⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25ème éd., 1997, précité, [147], p.260.

⁽⁵⁴⁴⁾ N.-J. MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse Dijon, 1979, p.447.

97. Contre l'arbitraire - Léon Husson, appréciant l'avènement des méthodologies nouvelles issues de la Libre recherche, considérait que leur effet était de donner au juge une plus grande liberté face au cas inédit, "sans le dispenser pour autant de s'appliquer à insérer les solutions nouvelles qu'il apporte dans le système des lois existantes, afin de maintenir dans toute la mesure du possible, la cohérence nécessaire pour assurer l'égalité et la sécurité juridique. La rigueur qui convient au droit ne peut être obtenue que par cette alliance ⁽⁵⁴⁵⁾". Partant de l'idée que le système juridique ne gagne sa cohérence qu'en unissant l'égalité des uns et la sécurité des autres pour des solutions applicables à tous, les auteurs qui utilisent la rhétorique de l'unité d'interprétation, décrivent la continuité du droit comme le chemin qui mène à la solution sûre. Et lorsque l'analyse de la complexité emprunte des voies plus chaotiques et moins conformistes, ils voient planer le spectre de l'incertain. Au fond, l'alliance entre unité et sécurité ne supporte pas le doute ; elle libère une rhétorique très conformiste qui cherche sa légitimité dans les garde-fous qu'elle apporte contre le pouvoir discrétionnaire des juges. La sécurité juridique est utilisée pour rendre compte d'un besoin primordial de l'Homme, comme l'objet d'un principe directeur du procès, ou encore comme un principe "matriciel" du droit français ⁽⁵⁴⁶⁾. Mais la sécurité est une notion essentiellement doctrinale ; Demogue distinguait d'ailleurs en ce sens l'opinion de sécurité du sens commun de l'état de sécurité juridique : "Pour le juriste, le sentiment de sécurité existe dès lors que la sécurité existe objectivement, il n'en est pas de même pour l'homme étranger au droit ⁽⁵⁴⁷⁾". La sécurité juridique est un savoir d'initié. Nombreux sont du reste les auteurs à décliner la sécurité sur le mode de l'intelligibilité du droit ⁽⁵⁴⁸⁾. Il y aurait une contradiction à affirmer que le sentiment de sécurité n'est pas *a priori* accessible à l'homme moyen, tout en faisant de la connaissance des règles un impératif de sécurité, si l'on ne soulignait que la sécurité juridique n'est rien d'autre qu'un contenant rhétorique véhiculant les prescriptions techniques et politiques de celui qui l'utilise.

⁽⁵⁴⁵⁾ L. HUSSON, "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", *RTD civ.* 1976, p.437.

⁽⁵⁴⁶⁾ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de "principes matriciels" en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme", *D.* 1995, chr., p.211-212.

⁽⁵⁴⁷⁾ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p.79.

⁽⁵⁴⁸⁾ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, précité, n°152, p.157 ; M.-A. FRISON-ROCHE, "L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire", *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1995, p.7, (p.8, n°8).

Au fond, le discours sécuritaire, qu'il nous vienne des législateurs français et européens, des magistrats, des praticiens ou des universitaires, masque les difficultés à concevoir des justifications légitimant de manière décisive des prises de positions politiques, morales, religieuses ou même esthétiques. La connaissance du droit devant être sûre, la doctrine imagine *de jure ferenda* des procédures qui permettraient de contraindre l'interprétation à la seule objectivement valable et officielle (PARAGRAPHE 1). Elle apporte également des gages scientifiques de la réalisation de l'unité (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LE DESIR D'UNITE FORMELLE

98 Un conseil de jurisprudence - L'institution en droit français d'un organe jurilatif capable d'énoncer la véritable interprétation de la loi est une revendication récurrente de la doctrine. Pour lutter contre les deux principales infirmités du droit jurisprudentiel que sont l'existence d'interprétations divergentes et la rétroactivité de la jurisprudence, des auteurs proposent la formalisation de l'énoncé prétorien par l'instauration d'une autorité promulguant des solutions générales⁽⁵⁴⁹⁾. Tenus de trancher les litiges conformément aux règles applicables, les juges seraient formellement contraints par l'énoncé prétorien rendu obligatoire⁽⁵⁵⁰⁾. Cette formalisation évincerait les difficultés propres à l'établissement incertain de la jurisprudence constante et les questions sur la validité et l'obligatorité du précédent judiciaire français. Elle autoriserait la naissance d'un droit jurisprudentiel transitoire qui aménagerait les soubresauts des revirements successifs. Elle permettrait, en outre, l'extension du champ d'investigation du pouvoir prétorien : si l'univocité de l'interprétation était assurée par un organe unique et unitaire, il pourrait se saisir et réformer les ambiguïtés de la loi avant que ne naisse un contentieux sur la question. En droit privé français, ce désir n'a pas encore été satisfait mais ce discours s'est déjà fait entendre du législateur : "Il est souhaitable d'instaurer [dans l'ordre judiciaire, un dispositif] qui offre l'avantage de trancher dès qu'elles apparaissent les questions de principe

⁽⁵⁴⁹⁾ A. TUNC, "Pour un conseil supérieur du droit privé", *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p.615.

⁽⁵⁵⁰⁾ P. DECHEIX, "Suggestion hérétique pour une justice moins lente (Plaidoyer pour l'arrêt de règlement)", *D.* 1991, chr., p.49.

discutées. Il sera pour les justiciables un facteur de sécurité juridique et permettra d'éviter notamment que l'appréciation des textes législatifs ou réglementaires nouveaux ne soit inutilement paralysée par des controverses stériles ⁽⁵⁵¹⁾". Certains avaient pourtant cru que la saisine pour avis de la Cour de cassation aurait été un premier pas dans le sens d'une élaboration formelle du droit prétorien ⁽⁵⁵²⁾. Sa vocation était bien de fournir une unité d'interprétation *a priori* ⁽⁵⁵³⁾ mais les résultats sont aujourd'hui décevants ⁽⁵⁵⁴⁾. Peu importe ; le droit est oeuvre d'unité. Pour les juristes, occulter la difficulté, c'est déjà la faire disparaître. Bien souvent, le silence tient lieu de raison.

99. Dénégation - S'en remettre à un organe unique susceptible de définir la seule et véritable interprétation qui s'imposera à tous est une version moderne de l'idéal défendu par les absolutistes de la loi. C'est une dénégation ; c'est nier l'existence des oppositions de normes en droit privé, comme Robespierre rayait la jurisprudence de son vocabulaire. Au demeurant, il n'y a pas besoin de créer un organe supplémentaire unificateur de l'interprétation, la Cour de cassation suffit.

Récemment, sur la question controversée de la pluralité des actions de l'acquéreur, la première chambre civile affirmait que "la garantie des vices constituant l'unique fondement possible de l'action exercée, faute de l'avoir intentée à bref délai, l'acquéreur ne pouvait obtenir de dommages et intérêts ⁽⁵⁵⁵⁾". Plus que le revirement, qui prive l'acquéreur d'agir en dommages et intérêts sur le terrain de l'erreur, c'est la formulation de la solution qui nous paraît symptomatique de la recherche d'univocité. La confusion des actions était certes critiquée ⁽⁵⁵⁶⁾ et la nouvelle solution a reçu l'approbation de la

⁽⁵⁵¹⁾ Exposé des motifs d'un avant-projet de réforme du Code de l'organisation judiciaire cité par Y. GAUDEMET, "Sécurité du droit et jurisprudence", Entretiens de Nanterre des 16 et 17 mars 1990, *JCP* éd. E, 1990, *Cah. dr. entr.*, supplément n°6, p.17.

⁽⁵⁵²⁾ A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *JCP* 1992.I.3576 ; G. ROUHETTE, "Une fonction consultative pour la Cour de cassation", *Mélanges Breton et Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p.343.

⁽⁵⁵³⁾ F. ZENATI, "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *D.* 1992, chr., p.247 : "La saisine pour avis a pour conséquence de déposséder les juges du fond de leur mission jurisprudentielle que l'on confie exclusivement à la Cour suprême. Il ne s'agit plus d'unifier la jurisprudence, mais de la confectionner *ab initio*".

⁽⁵⁵⁴⁾ *Le Rapport de la Cour de cassation 1996* fait état d'un fléchissement très important du nombre des avis (seulement 11 avis rendus en 1996), Paris, La documentation française, 1997, p.449.

⁽⁵⁵⁵⁾ Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, *Bull. civ.* I, n°237 ; déjà, Cass. civ. 1ère, 27 octobre 1993, *D.* 1994, p.212.

⁽⁵⁵⁶⁾ O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'action et le contrat de vente", *D.* 1989, chr., p.237.

doctrine ⁽⁵⁵⁷⁾, mais dire que la solution n'a qu'un seul fondement possible est une dénégation. La Cour de cassation s'autoprésente comme garante de la continuité du droit ⁽⁵⁵⁸⁾, comme si les revirements suivaient une lente maturation, comme s'ils concrétisaient l'avènement d'une évolution pensée et organisée et comme si la découverte de l'unique fondement possible était le résultat de cette évolution.

Dans cette décision du 14 mai 1996, la Cour de cassation profite de l'existence d'une controverse pour enrichir le débat d'un énoncé péremptoire qui condamne à l'absence de pertinence la recherche des autres fondements. L'on perçoit vite les limites de ce type de normes. Si le culte de la solution unique confère à la Cour de cassation ce pouvoir d'énoncer des normes générales, il ne lui permet pas de maîtriser la texture ouverte du langage. Il ne lui permet pas non plus d'expliquer les contradictions qui jalonnent le chemin parcouru par la notion de vice caché. Clairement, quoique s'affirme par des arrêts de principe la spécificité de l'action en garantie des vices face au dol et à l'erreur, d'autres solutions paraissent en ignorer la portée.

Lorsqu'à l'occasion de la vente d'un fonds de commerce, l'acquéreur est victime d'un dol du vendeur consistant en une inexactitude portant sur la mention du chiffre d'affaires, certaines décisions permettent l'annulation du contrat au titre de l'article 1116 du Code civil ⁽⁵⁵⁹⁾ ; d'autres admettent contradictoirement l'application de l'article 13 de la loi du 29 juin 1935, texte qui renvoie au régime des articles 1644 et 1645 pour faire de l'inexactitude des informations fournies le vice caché du fonds de commerce ⁽⁵⁶⁰⁾, et selon lequel le juge saisi d'une demande en résolution en appréciera l'opportunité et pourra ne condamner le vendeur qu'à une réduction du prix ⁽⁵⁶¹⁾.

Ces deux solutions divergentes illustrent-elles une évolution heurtée ou contradictoire ? Cela dépend du mouvement dans lequel on les situe, et cela dépend de la façon dont la divergence sera relevée. Si elle passe inaperçue, soit que l'arrêt n'est pas publié, soit qu'il n'a pas attiré l'oeil de la doctrine ⁽⁵⁶²⁾, on peut toujours penser qu'il n'existe qu'un seul fondement possible.

⁽⁵⁵⁷⁾ C. RADE, "L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés", *JCP* 1997.I.4009 ; D. BOULANGER, "Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion", *JCP* éd. N, 1996.I. p.1585.

⁽⁵⁵⁸⁾ C'est une constante des discours prononcés lors des audiences solennelles de rentrée de la Cour de cassation par les hauts magistrats.

⁽⁵⁵⁹⁾ Cass. com., 18 octobre 1994, *D.* 1995, p.180, note ATIAS.

⁽⁵⁶⁰⁾ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil*, Tome XI, *La vente, le louage des choses*, Paris, Rousseau, 2ème éd., 1938, par R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et J. Brethe de la Gressaye, n°259, p.208.

⁽⁵⁶¹⁾ par exemple Cass. civ. 1ère, 3 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n°290.

⁽⁵⁶²⁾ Ph. JESTAZ, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", *D.* 1987, chr., p.11 (p.15).

Évidemment l'adepte du culte de la solution unique pourra toujours affirmer qu'avant, le désordre régnait et qu'aujourd'hui, l'unité est faite, mais il ne convaincra personne. En fait, ce ne sont pas tant les grands arrêts contradictoires qui illustrent l'illusion de la solution unique que les petits ⁽⁵⁶³⁾, et l'on pourrait multiplier les exemples. Mais l'important est que devant la complexité du droit moderne, l'indétermination et l'incohérence avérée du droit prétorien, l'insécurité dénoncée des droits législatif et réglementaire, vont accoucher de conceptions unitaires du contenu du droit. Figurant l'idéal d'unité d'interprétation, les formes contemporaines de rescrit révèlent les difficultés à concevoir des solutions univoques.

100. Les rescrits - Si l'unité formelle des interprétations échappe largement à nos institutions, certaines matières sont pourvues d'autorités capables d'énoncer d'authentiques interprétations positives. Les rescrits social ⁽⁵⁶⁴⁾, fiscal ⁽⁵⁶⁵⁾ ou boursier ⁽⁵⁶⁶⁾ et peut-être également la saisine pour avis de la Cour de cassation ⁽⁵⁶⁷⁾ ou encore le système de questions écrites au gouvernement ⁽⁵⁶⁸⁾ sont des procédures dont l'ambition serait de débrouiller la complexité des textes aux fins de dégager une interprétation univoque, cohérente et pragmatique. Mais pour que les concepts soient définis sans ambiguïté, pour que les effets de l'introduction des normes nouvelles soient prévus et mesurés, pour que les questions soient réglées par avance, ne nous faudrait-il pas tout simplement un rescrit doctrinal ? C'est un peu ce que la doctrine plaide. Y a-t-il loin entre un discours d'analyse, de synthèse ou de rationalisation et un discours prescriptif qui, après coup, fait de la doctrine l'auteur de la norme ? Sans doute les contraintes interprétatives positives ne permettent-elles pas de placer la doctrine sur le piédestal d'une autorité normative ⁽⁵⁶⁹⁾, mais ses propositions, souvent entendues et ses prophéties,

⁽⁵⁶³⁾ P.-A. LECOCQ, *Les grands arrêts contradictoires*, Paris, Ellipses, 1997 ; S. MARGUERY, *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Bordeaux, 1984.

⁽⁵⁶⁴⁾ J.-P. CHAUCHARD, "Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF", *Dr. social* 1995, p.642.

⁽⁵⁶⁵⁾ B. BENOIT, "Le rescrit fiscal", *Rev. franç. compta.* 1989, n°199, p.39.

⁽⁵⁶⁶⁾ N. DECOOPMAN, "Le rescrit boursier", *Rev. sociétés* 1991, p.449 ; F. ANNUNZIATA, "Interpréter ou "légiférer" ? Un nouvel enjeu pour les autorités de contrôle des marchés financiers", *Rev. sociétés* 1995, p.675 ; P. LE CANNU, "Le rescrit de la COB : un nouvel instrument d'interprétation du droit boursier", *Bull. Joly sociétés*, 1990, p.927.

⁽⁵⁶⁷⁾ P. CHAUVIN, "La saisine pour avis", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française 1994, p.109.

⁽⁵⁶⁸⁾ B. OPPETIT, "Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois", *D.* 1974, chr., p.111

⁽⁵⁶⁹⁾ En appert, on peut prolonger les questions posées par D. PORACCHIA à propos des montages (*Recherche sur les montages conçus par les professionnels du droit*, Thèse Aix, 1997, n°510, p.310), et se demander si au

parfois réalisées ⁽⁵⁷⁰⁾, sont l'expression de son influence. À vrai dire, le souhait d'une unité formelle a peu de chance d'être exaucé, mais il anime la recherche des solutions comme une utopie.

Au fond, il semblerait que seule une oeuvre de rationalisation *a posteriori* soit capable de maintenir l'unité d'entendement des solutions et des interprétations : aucun législateur, aucune juridiction ne pourrait assurer cette mission dans notre système juridique contemporain. Il ne peut appartenir qu'à la doctrine d'apporter les gages scientifiques de l'unité passée.

Mais son travail ne s'arrêterait pas là. "La continuité du droit" exige qu'elle fournisse également les instruments conceptuels de l'unité à venir.

PARAGRAPHE 2. LES GAGES DOCTRINAUX DE L'UNITE

101. La remise en ordre du droit - Pour remédier aux pathologies du droit, la doctrine raisonne toujours *de jure ferenda*. Son discours, purement conjoncturel ou plus théorique, invoque alors la nécessité d'une remise en ordre pour résoudre les difficultés liées à la délimitation de notions connexes. La sécurité juridique qui résultera de définitions plus claires, évincera les controverses nées de la confrontation de ces notions et permettra à la jurisprudence de donner définitivement un sens univoque à des concepts confus. Vécue par de nombreux juristes comme une infirmité du savoir juridique, la controverse persistante se doit d'être close. Devant "le désordre indescriptible du droit positif ⁽⁵⁷¹⁾", la doctrine rappelle à l'ordre ⁽⁵⁷²⁾ tantôt le législateur, tantôt les juges suprêmes pour qu'ils apportent l'éclaircie là où règnent le chaos et la confusion.

Des exemples récents illustrent l'influence critique de la doctrine sur la destinée du droit positif : en matière de clauses abusives, ou encore à propos de l'indétermination du prix, les auteurs oeuvraient pour que s'impose la

filtre de son éventuelle responsabilité, la doctrine qui participe à la conception d'un montage, ne pourrait pas apparaître comme une autorité normative.

⁽⁵⁷⁰⁾ J. GHESTIN, "La prophétie réalisée", *JCP* 1976.I.2786.

⁽⁵⁷¹⁾ A. BENABENT, note sous Cass civ. 1ère, 5 mai 1993, *D.* 1993, p. 508 à propos de la distinction entre vice caché et non-conformité.

⁽⁵⁷²⁾ J. MORAND-DEVILLER, "Urbanisme et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 89ème congrès des notaires", *Defrénois*, 1993, p.961 : "Toute science se fonde d'abord sur un langage clair. La dialectique exige un dialecte rigoureux. C'est la philosophie de la cohérence. Le droit de l'urbanisme flirte trop avec l'art baroque. Il est temps de le rappeler à l'ordre".

sécurité juridique. La remise en ordre de ces matières était gouvernée par la volonté de découvrir la solution sûre.

102. Les clauses abusives - Au cours des années 1980, la rigidité du cadre de la loi du 10 janvier 1978 s'est peu à peu effacée pour laisser place à une interprétation *contra legem* de l'article 35 (devenu L. 132-1 C. consom.). Le texte initial privait le juge de la possibilité de déclarer les clauses abusives, puisque seul un décret en conseil d'État habilitait les juridictions à réputer les clauses non écrites. Mais de décret, il n'y en eut qu'un. La carence constatée du pouvoir réglementaire à définir le champ d'application de la notion plongea les juristes dans une perplexité certaine ⁽⁵⁷³⁾. Les critiques doctrinales, aidées par le travail de la commission des clauses abusives, dénonçaient l'immobilité législative et invitaient les juges à prendre en main les destinées du droit de la consommation en usant des textes du droit commun des obligations ⁽⁵⁷⁴⁾. Progressivement, la Cour de cassation libéra les juges du fond de la lettre de l'article 35 et se libérant elle-même, finit par les approuver d'avoir usé du pouvoir qu'elle leur avait conféré ⁽⁵⁷⁵⁾. Néanmoins, méfiante à l'égard du risque d'insécurité créé par la liberté accordée aux juges du fond, la jurisprudence érigea la référence aux recommandations de la Commission comme le guide sûr de l'éradication des clauses abusives. Cette oeuvre de définition et de recensement a permis à la Cour de cassation d'assurer l'unité d'interprétation de la notion de clause abusive à partir des critères dégagés par la Commission ⁽⁵⁷⁶⁾. La réforme du 1er février 1995 ne fit qu'entériner la pratique prétorienne tout en intégrant une vision communautaire du consommateur européen.

103. L'indétermination du prix - Après des années d'hésitation et d'incertitude, la doctrine qui plaidait pour sortir de l'impasse ⁽⁵⁷⁷⁾ a salué les revirements de

⁽⁵⁷³⁾ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Le contrat*, formation, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1988, n°604, p.688. En 1988, l'auteur écrivait : "La perplexité générale des professionnels devant le premier décret d'application permet de penser cependant qu'en définitive la difficulté a été seulement repoussée, tant il est vrai que l'interprétation judiciaire reste indispensable pour la solution des cas d'espèce".

⁽⁵⁷⁴⁾ A. SINAY-CYTERMANN, "La commission des clauses et le droit commun des obligations", *RTD civ.* 1985, p.475 s.

⁽⁵⁷⁵⁾ Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *D.* 1991, p.449, note GHESTIN, *JCP* 1991.II.21763 note PAISANT, *RTD civ.* 1991, p.526 obs. MESTRE ; *Deffrénois* 1991, p.1268, obs. AUBERT ; Cass. civ. 1ère, 26 mai 1993, *D.* 1993, p.568, note PAISANT ; *JCP* 1993.II.22158, note BAZIN.

⁽⁵⁷⁶⁾ A. BENABENT, *Les obligations*, 6ème éd., 1997, précité, n°172, p.114.

⁽⁵⁷⁷⁾ L. AYNES, "Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?", *D.* 1993, chr., p.25 ; L. VOGEL, "Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution", *D.* 1995, chr., p.155.

1994⁽⁵⁷⁸⁾ et 1995⁽⁵⁷⁹⁾ comme une libération. À travers l'examen des questions posées par les contrats-cadre⁽⁵⁸⁰⁾, la Cour de cassation avait engagé l'exigence de la déterminabilité du prix propre au contrat de vente sur la voie d'une généralisation. En 1978, sous le visa de l'article 1129 du Code civil, elle établissait une construction qui allait durer près de dix-huit ans. La déterminabilité générale du prix réunissait alors deux exigences cumulatives : précision et extériorité des éléments de référence par rapport à la volonté d'une des parties. La seconde de ces conditions sera l'enjeu d'une longue controverse. Au cours des années 1980, et conformément à l'option prise en 1978, la jurisprudence dominante ne va cesser d'affirmer que, dès lors que le prix de la prestation dépend d'une manière ou d'une autre de la volonté du fournisseur, la nullité absolue doit sanctionner l'ensemble contractuel. Accueillie par la doctrine partagée⁽⁵⁸¹⁾, cette orientation permettait pourtant un certain dégageant des contrats de distribution de l'état du droit spécial de la vente, mais cette construction de l'autonomie des contrats-cadre montra ses limites et ses faiblesses pratiques dès qu'il se fut agi de résoudre les questions posées par les conséquences de leur annulation⁽⁵⁸²⁾. Devant le front uni des critiques tenant à l'inopportunité de l'annulation, la jurisprudence entreprit de dissocier parmi les contrats concernés ceux qui comportaient principalement des obligations de faire de ceux qui mettaient à la charge de leur débiteur des obligations de donner. Cette réduction de la vocation générale de l'article 1129 se fondait sur une tentative de rapprochement des premiers avec le contrat d'entreprise qui, par son régime propre, échappait aux exigences de déterminabilité du prix⁽⁵⁸³⁾. Restait que cette réduction significative du champ d'application du texte laissait sous l'empire de la

⁽⁵⁷⁸⁾ Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, *D.* 1995, p.122 note AYNES ; *JCP* 1995.II.22371, note GHESTIN.

⁽⁵⁷⁹⁾ Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *JCP* 1996.II.22565, concl. JEOL, note GHESTIN ; *D.* 1996, p.17 note AYNES ; *RTD civ.* 1996, p.153, obs. MESTRE ; *Les petites affiches* 27 décembre 1995, p.11 note BUREAU et MOLFESSIS ; M.-A. FRISON-ROCHE, "De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix", *RJDA* 1996, chr., p.3 ; L. LEVENEUR, "Indétermination du prix : le revirement et sa portée" *Contrats, Concurr., Consomm.* 1996, chr., 1, p.1 ; J. FOSSEREAU, "L'indétermination du prix dans les contrats", *Rapport de la Cour de cassation* 1995, p.111 ; A. LAUDE, "La détermination du prix dans les contrats de distribution, le changement de cap", *D. aff.* 1996, p.3.

⁽⁵⁸⁰⁾ F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, "Le contrat-cadre, par delà les paradoxes", *RTD com.* 1996, p.179.

⁽⁵⁸¹⁾ Cass. com., 11 octobre 1978, *D.* 1979, p.135, note HOUIN ; *RTD civ.* 1979, p.138, *JCP* 1978.II.19034, note LOUSSOUARN.

⁽⁵⁸²⁾ Cass. com., 18 février 1992, *JCP* 1992.II.21897, note BEHAR-TOUCHAIS.

⁽⁵⁸³⁾ Cass. com., 22 janvier 1991, *JCP* 1991.II.21679, note VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1991, p.322, obs. MESTRE ; Cass. com., 2 juillet 1991, *D.* 1991, p.501, note MALAURIE.

controverse de nombreuses conventions ; les critiques doctrinales ne décoléraient pas ⁽⁵⁸⁴⁾.

La Cour de cassation ne poursuit pas dans cette voie. Après une marche arrière hésitante ⁽⁵⁸⁵⁾, il était temps de sortir de l'impasse ⁽⁵⁸⁶⁾. La première chambre civile montra le chemin ⁽⁵⁸⁷⁾ qu'allait suivre ensuite l'Assemblée plénière. Le revirement du 1er décembre 1995 pose désormais que "l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix ⁽⁵⁸⁸⁾", et ainsi "lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ⁽⁵⁸⁹⁾".

Les termes du débat ont changé. Ce n'est plus sur le terrain de la formation des contrats que se nouent les problèmes de détermination du prix mais sur celui de l'exécution. L'absence de détermination ou de déterminabilité du prix n'est plus, avec l'abandon de l'interprétation étendue de l'article 1129, une cause de nullité du contrat. Dans la nouvelle construction, la détermination d'un abus dans la fixation du prix est une fonction de l'exécution de bonne foi des obligations; l'anéantissement éventuel des engagements ne pourra désormais se faire que par la voie de l'action en résolution (mais c'est la résiliation qui semble avoir été préférée, pour régir les conséquences de la disparition des liens contractuels). Selon M. le professeur Huet, cette solution présente une double originalité : "elle ne repose pas sur un contrôle *a posteriori* de la justesse des prix par le juge (...) mais elle ne débouche pas non plus sur une possibilité d'annulation du contrat qui imposerait de remettre les choses en l'état. Une voie moyenne a été choisie qui consiste, en cas de constatation d'un abus, à n'anéantir le contrat que pour l'avenir et à remédier à l'injustice passée grâce à l'indemnisation ⁽⁵⁹⁰⁾".

⁽⁵⁸⁴⁾ D. TALLON, "Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix)", *D.* 1992, chr., p.67 ; M.-A. FRISON-ROCHE, "Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences", *Les petites affiches* 8 décembre 1993, n°147, p.14 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, "La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application", *JCP* 1994.I.3800.

⁽⁵⁸⁵⁾ J. MESTRE, obs. sur Cass. com., 14 avril 1992, *RTD civ.* 1993, p.350 ; Cass. com., 5 novembre 1991 et 19 novembre 1991, *D.* 1993, p.379, note GHESTIN.

⁽⁵⁸⁶⁾ L. AYNES, "Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ?", *D.* 1993, chr., p.25.

⁽⁵⁸⁷⁾ Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, *D.*1995, p.122 note AYNES ; *JCP* 1995.II.22371, note GHESTIN.

⁽⁵⁸⁸⁾ Cass. ass. plén., 1 décembre 1995, *Bull. AP*, n°9.

⁽⁵⁸⁹⁾ Cass. ass. plén., 1 décembre 1995, *Bull. AP*, n°7.

⁽⁵⁹⁰⁾ J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1996, n°11193, p.151.

Le traitement des difficultés a rebondi. En abandonnant une attitude rigide qui laissait dominer l'impérialisme de l'article 1129 et la sanction implacable de l'annulation, la Cour de cassation a déplacé les problèmes vers les exigences d'une définition des critères de l'abus dans la fixation du prix. "Fidèle à sa tradition après qu'elle a effectué un revirement de jurisprudence, [elle] adopte en quelque sorte une politique des petits pas en vue de fixer ce qui sera sa nouvelle ligne de conduite ⁽⁵⁹¹⁾". Au moins la nouvelle solution évite-t-elle aux juristes de s'interroger sur les questions nées avec les obligations de restitutions qui empoisonnaient les solutions abandonnées ; mais certains ne manqueront pas de faire remarquer que "le bon plaisir d'un seul ne peut faire la loi du contrat ⁽⁵⁹²⁾".

Ces exemples relatifs aux clauses abusives et à l'indétermination du prix montrent que la doctrine ne se satisfait pas de solutions controversées ; elle cherche à dégager des solutions qui dureront. "Si l'effort du juriste, nous dit Batiffol, consiste à rechercher les idées susceptibles d'organiser les propositions en lesquelles s'expriment les solutions de droit, une méthode s'est toujours présentée comme offrant une voie adéquate à cette recherche, celle d'une organisation à partir d'un, voire de plusieurs principes évidents, auxquels il serait possible de relier par voie déductive l'ensembles des solutions positives ⁽⁵⁹³⁾". C'est bien ce que font les auteurs qui utilisent le principe de sécurité juridique comme la majeure d'un raisonnement déductif. Par là, ils en appellent à l'unicité des solutions pour préserver l'unité du savoir juridique, comme si l'indécision et la controverse étaient néfastes à la connaissance du droit.

104 L'appel à l'unité - Dans bien des hypothèses les auteurs en appellent à l'unité : unité des définitions, unicité de l'interprétation. Les souhaits de la doctrine expriment le désir de voir s'établir des concepts stables et acquis, des réponses suffisamment claires pour durer et des principes contre l'arbitraire. "Pourquoi la jurisprudence ne poserait-elle pas une fois pour toutes ^(*) en principe que le subrogé peut se prévaloir, au moins lorsqu'il ne dispose pas

⁽⁵⁹¹⁾ C. JAMIN, note sous Cass. com., 21 janvier 1997, *D.* 1997, p.414, (p.415) ; rappr. O. SALVAT, *Les revirements de jurisprudence ; étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse Paris II, 1983, n°265, p.270.

⁽⁵⁹²⁾ Ph. REMY, obs. à la *RTD civ.* 1987, p.106 rappelant la formule utilisée par G. CORNU, obs. à la *RTD civ.* 1965, p.820.

⁽⁵⁹³⁾ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p.137.

^(*) Souligné par nous.

parallèlement d'une action personnelle lui permettant immédiatement d'agir, de la maxime *contra non valentem agere non currit praescriptio* pour le temps où il n'a pas encore été sollicité de payer par le créancier ? ⁽⁵⁹⁴⁾". La doctrine s'en remet aussi parfois à la Cour de cassation et semble, en quelque sorte, lui déléguer un pouvoir scientifique de définition quand les auteurs n'ont pu s'accorder sur la bonne réponse. On lira par exemple : "On peut légitimement souhaiter que la Cour de cassation nous donne une définition plus stricte de l'intérêt commun pour éviter les dérives à redouter d'un critère purement économique. La pratique nous offre des pistes à explorer. (...) Cet arrêt est un premier pas. On peut espérer qu'il constituera l'amorce d'un mouvement qui devrait aboutir à la consécration jurisprudentielle d'une notion de contrat d'intérêt commun applicable à d'autres catégories de distributeurs que les mandataires ⁽⁵⁹⁵⁾". Ce type de discours se justifie par l'idée que "si un concept juridique n'était pas clairement défini ou si quelque divergence que ce soit pouvait subsister à cet égard (...), il en résulterait nécessairement une impossibilité de prévoir la solution à donner à un litige éventuel, puisqu'elle serait fonction de l'appréciation du juge, de la conception qu'il pourra se faire de la notion seulement évoquée ⁽⁵⁹⁶⁾". L'unité des définitions, leur clarté imposée par la Cour de cassation sont gages de sécurité et la doctrine plaide ainsi pour l'éviction du disparate au profit de l'unitaire.

Revenons alors sur l'indétermination du prix ou sur la question des clauses abusives. Pendant les années 1980, la doctrine n'a cessé de critiquer sans faiblir les positions de la Cour de cassation ou du législateur pour infléchir des interprétations qui composaient des prescriptions, on ne peut plus claires et générales. L'article 1129 du Code civil était applicable à tous les contrats (sauf exception), et la nullité pour indétermination du prix était une sanction générale et non équivoque. Pareillement, alors que l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 privait clairement le pouvoir judiciaire de la possibilité de sanctionner les clauses abusives hors de toute intervention du pouvoir réglementaire, la doctrine n'a cessé de peser pour que s'impose une interprétation *contra legem*. Dans ces deux grandes hypothèses, la rébellion contre les autorités institutionnelles s'est faite au nom de la sécurité juridique, pour que triomphe la solution sûre. Mais aujourd'hui que le changement de

⁽⁵⁹⁴⁾ J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1987, p.104-105.

⁽⁵⁹⁵⁾ T. AUBERT-MONPEYSEN, note sous Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1994, p.50.

⁽⁵⁹⁶⁾ E. S. DE LA MARNIERRE, *Éléments de méthodologie juridique*, précité, p.45.

perspective a eu lieu, la doctrine cherche à définir et à redéfinir les contours des notions présentées hier comme salvatrices.

Ces exemples où la doctrine fait mine de s'en remettre à l'autorité institutionnelle pour trancher une controverse sur le contenu des normes ou pour définir clairement un concept qu'une controverse stérile aurait obscurci, illustrent cette tension entre l'interprète scientifique qui met en avant sa neutralité, et l'interprète doctrinal qui use de son autorité prescriptive. Il s'agit pourtant du même personnage. Ainsi s'impose le paradoxe que, pour assurer la permanence de la solution sûre, il faut pouvoir en déterminer la source formelle et la neutralité est exprimée par cet appel aux véritables sources du droit. C'est dans cet esprit que la recherche de la solution s'effectue. Pour résoudre un cas difficile de manière certaine et définitive, l'on implorera soit l'assemblée plénière, soit le législateur mais il arrivera aussi que la doctrine s'en remette aux lumières des formations ordinaires de la Cour de cassation, eu égard à leurs domaines spécifiques de compétence.

105. Le recours à l'assemblée plénière de la Cour de cassation - Au delà de la prohibition des arrêts de règlement disposée à l'article 5 du Code civil, l'assemblée plénière a vocation de régler les questions qui se posent à elle de manière générale et définitive. L'article L. 131-2 du Code de l'organisation judiciaire prévoit sa saisine dans deux séries d'hypothèses. Premièrement, l'assemblée plénière doit être obligatoirement saisie lorsque "après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens"; deuxièmement, elle peut être facultativement saisie sur un premier pourvoi dès lors que "se pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre les juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ⁽⁵⁹⁷⁾.

De par la solennité qui est attachée aux arrêts rendus en assemblée plénière, la loi et la doctrine prêtent à la plus haute formation de la Cour de cassation la capacité à résoudre les cas les plus difficiles. On ne peut s'empêcher de faire un rapprochement avec la thèse de Ronald Dworkin dans la mesure où le texte de l'article L. 131-2 alinéa 2 du Code civil utilise lui aussi l'expression "question de principe" pour désigner les cas devant être tranchés par l'assemblée plénière. La question se posera donc de savoir si l'assemblée plénière a comme Hercule le pouvoir d'écrire la chaîne du droit, mais en tout

⁽⁵⁹⁷⁾ L. CADJET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2ème éd., 1998, n°276, p.129; G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, PUF, 3ème éd., 1996, n°57, p.242.

état de cause, lorsque la doctrine prête à la Cour de cassation le pouvoir de trancher la controverse pour la clore définitivement, c'est *a priori* qu'elle accorde à la Haute juridiction tout à la fois un pouvoir juridictionnel et le pouvoir scientifique doctrinal de définir les orientations futures du droit positif.

Dans cette mesure, l'image de la Cour de cassation et plus encore celle de l'assemblée plénière dont la grande majorité de la doctrine se fait le relais, est celle d'un interprète habilité à résoudre les questions de principe et à définir ces mêmes questions de principe. C'est ainsi que la doctrine s'en remet au pouvoir normatif de l'assemblée plénière pour mettre un terme aux dissonances prétoriennes ou pour définir des notions incertaines. "Face à la diversité des décisions des juridictions du fond, bien des cours d'appel continuant par exemple à se référer à la jurisprudence apparue en 1987 qui protège le professionnel se trouvant dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur, l'exigence de sécurité juridique apparaît désormais comme la première des priorités. [...] Une décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui apporterait de clairs principes de solution, serait la bienvenue ⁽⁵⁹⁸⁾".

Lorsque la Cour de cassation ne semble pas en mesure de pouvoir résoudre et trancher définitivement les controverses, soit que l'on considère qu'il faut une réforme profonde et globale de l'ensemble d'une matière, soit que l'on s'appuie sur des hésitations de la Cour de cassation concernant la politique jurisprudentielle à mener, la doctrine en appelle au législateur.

106. Le recours à l'autorité du législateur - Il est alors présenté comme la seule autorité capable soit d'entériner une position doctrinale ou prétorienne controversée, soit de définir lui-même une nouvelle norme générale. Bien entendu, en l'absence de recours formel devant l'autorité législative, ces appels sont plus fréquents qu'entendus, de sorte que le recours au législateur lancé par la doctrine tient plus d'une rhétorique de la détermination d'une question particulièrement difficile que d'une attente effective.

Quand les auteurs plaident pour une remise en ordre législative du droit de la vente par exemple, ils utilisent l'autorité du législateur pour disqualifier les

⁽⁵⁹⁸⁾ G. PAISANT, note sous Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *D.* 1996, p.230.

solutions dégagées par la Cour de cassation⁽⁵⁹⁹⁾. Ces solutions n'ont pu s'imposer et, sur la matière considérée, elles ont discrédité l'autorité scientifique de la Cour de cassation. Du reste, l'image doctrinale du législateur capable de résoudre les cas difficiles est ambivalente. *A priori* la doctrine qui en appelle au législateur concède son incapacité à résoudre les problèmes et propose elle-même des solutions qui s'imposeraient par leur univocité et leur qualité de sécurité. Devant la carence plus que vraisemblable du législateur, la doctrine retient à elle l'autorité scientifique qu'elle paraissait concéder pour prescrire elle-même des solutions.

En d'autres termes, l'utilisation de l'appel au législateur procède d'une rhétorique masquant un traitement doctrinal incertain du cas difficile. Lorsque l'appel au législateur sera entendu, il se trouvera toujours des auteurs pour critiquer la norme promulguée de sorte que le législateur véhicule une double image : celle du sauveur et celle de l'incompétent. Néanmoins, on lui prête toutefois, contrairement à la Cour de cassation, le pouvoir de faire table rase⁽⁶⁰⁰⁾ et d'assurer ainsi la possibilité pour les interprètes de renouveler les analyses exégétiques ou conséquentialistes grâce à la reformulation des normes législatives⁽⁶⁰¹⁾.

En matière de responsabilité du fait des produits défectueux par exemple, et en dépit des innovations prétoriennes, la doctrine soulignait que les décisions de la Cour de cassation, si audacieuses qu'elles soient pour appliquer la directive européenne du 25 juillet 1985, ne pouvaient se substituer à l'intervention du législateur⁽⁶⁰²⁾. Des auteurs notaient cependant⁽⁶⁰³⁾ que, devant l'inertie législative, la Cour de cassation se ralliait clairement au régime de la directive en posant "que le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; qu'il en est responsable tant à

⁽⁵⁹⁹⁾ J. GHESTIN et J. DESCHE, *Traité des contrats, La vente*, Paris, LGDJ, 1990, p.1043 : "On a montré que l'existence et les relations particulièrement complexes des diverses actions susceptibles d'être exercées par l'acheteur étaient un grave facteur d'incertitude et d'insécurité juridique. Une réforme du droit de la vente en la matière est indispensable (...). C'est donc une réforme législative du droit des contrats qui doit être entreprise".

⁽⁶⁰⁰⁾ Toutefois l'assemblée plénière de la Cour de cassation est pourvue de pouvoirs très voisins ; "Cet événement était attendu. Il efface le passé, marque le présent et prépare l'avenir", L. AYNES, note sous Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *D.* 1996, p.13, à propos des arrêts rendus en matière d'indétermination du prix.

⁽⁶⁰¹⁾ G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, 7ème éd., 1995, p.124 à propos du maintien après le mariage de la présomption de pouvoir de l'art. 221 al. 2 issu de la réforme du 23 décembre 1985 : "Ce maintien est aujourd'hui certain et la controverse close. C'est un bris de jurisprudence".

⁽⁶⁰²⁾ v. Loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et son commentaire exégétique par F.-X. TESTU et J.-H. MOITRY, *D. aff.* 1998, supplément au n°25.

⁽⁶⁰³⁾ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., 1997, précité, n°665, p.396.

l'égard des tiers que de son acquéreur ⁽⁶⁰⁴⁾". On constatera ainsi que lorsque le sentiment est bien présent que le législateur tarde à intervenir, lorsque les appels qui lui sont lancés restent lettre morte, la doctrine replace la jurisprudence en situation de combler le vide, imparfaitement sans doute, mais réellement néanmoins, à dessein de forcer ou non la main du législateur par des arrêts particulièrement audacieux ou provocateurs.

Le pouvoir législatif garde néanmoins la primauté ; on lui prête par exemple le pouvoir de rompre la cohérence d'un système existant et la doctrine se félicite parfois de ce qu'une réforme législative destinée à répondre à l'appel de certains lobbies n'a pas créé plus de difficultés qu'elle a résolu de problèmes. Le recours au législateur se dilue, en somme, dans l'efficacité et la qualité des réformes adoptées pour n'être parfois que de simples coups d'épée dans l'eau ⁽⁶⁰⁵⁾, pour être encore de véritables scandales provoquant la mort du droit ⁽⁶⁰⁶⁾ ou enfin pour être les réponses attendues mais trop tardives aux sollicitations de la doctrine.

Finalement, le sentiment domine que d'une manière ou d'une autre, ni le recours à l'assemblée plénière, ni le recours au législateur ne sont capables de trancher à coup sûr les questions de principe. Sans doute est-ce dû au fait que la résolution des "questions de principe" ne peut être le monopole de l'assemblée plénière et que le législateur chirurgien qui viendrait opérer un abcès relève du plus parfait fantasme ⁽⁶⁰⁷⁾. La doctrine prête tout autant aux formations ordinaires le pouvoir de trancher, nettement et sèchement, une longue controverse doctrinale ⁽⁶⁰⁸⁾.

Pour la doctrine française, la solution est sûre par son contenu et non par sa forme. La bonne solution n'est pas entendue comme un énoncé valide dont il faudrait déterminer la signification politique pour le cas à trancher mais elle est entendue comme la signification elle-même, prenant place *a priori* dans un ensemble de solutions cohérentes. Lorsque cette cohérence est rompue, il faut la rétablir. Qui peut agir ? En faisant appel aux autorités jurisprudentielles, la

⁽⁶⁰⁴⁾ Cass. civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, p.350, note JOURDAIN ; ou encore Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, *D. Aff.* 1998, n°113, p.664, obs. J. F.

⁽⁶⁰⁵⁾ M. BANDRAC, obs. sur Paris, 7 mai 1996, *RTD civ.* 1996, p.948 à propos de l'interprétation de l'art. 2037 du Code civil.

⁽⁶⁰⁶⁾ H. SOLUS, "Le statut hérétique des Tribunaux paritaires de baux ruraux", *D.* 1950, chr., p.153.

⁽⁶⁰⁷⁾ M. REMOND-GOULLAUD, obs. sous Cass. com., 19 mars 1991, *D.* 1992, somm., p.81 : "En définitive, l'intérêt essentiel de la décision rapportée est qu'il ait fallu la rendre. L'importance du contentieux que l'action directe du substitué en douane continue de susciter en dépit de la fermeté de la Cour suprême, montre que les plaideurs ne désarment pas. Puisque l'abcès se fixe sur ce point, il faudra bien se résoudre à opérer".

⁽⁶⁰⁸⁾ D. MAZEAUD, note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Deffrénois* 1997, p.981, n°8 à propos de la cession de contrat et du consentement du cédé.

doctrine les représente à l'aide de constructions contradictoires qui montrent les faiblesses des conceptions légalistes et suivistes ; elle en retire comme bénéfique qu'elle seule est en mesure de guider les interprètes habilités sur la voie de la cohérence.

En somme, le savoir juridique appartiendrait tout entier à la doctrine. "C'est pure question doctrinale que de juger de la question de la rectitude juridique de la jurisprudence et de dire laquelle est ou n'est pas fidèle à la loi ⁽⁶⁰⁹⁾". Ce serait également pure question doctrinale que de juger de la conformité de la loi à l'unité de l'ordre juridique.

107. Conclusion - La rhétorique de l'unité d'interprétation et de la solution sûre se résume finalement à peu de mots souvent rencontrés. Nombre d'analystes et de commentateurs de la jurisprudence reprennent un discours devenu refrain. Quand il est critique, il met en avant un dévoiement des fonctions judiciaires par la juridiction suprême en lui rappelant son rôle. "La Cour de cassation dont le rôle est d'unifier l'interprétation de la règle de droit, a une incidence pratique considérable ... Elle participe au maintien de la sécurité juridique en général et de la prévision contractuelle en particulier ⁽⁶¹⁰⁾". Et ce rôle n'appartient qu'à la juridiction suprême. "L'interprétation de la loi est exclusivement donnée et imposée à tous les juges par la Cour de cassation. Reconnaître aux juges du fond un pouvoir légal de résistance, c'est nier ce monopole et revenir à un temps où n'existait d'autre droit que la loi. [...] La jurisprudence ne peut s'épanouir dans un système de droit codifié sans être unique et imposée ⁽⁶¹¹⁾". Au fond contre l'arbitraire des juges, contre les incohérences du législateur, contre les spéculations doctrinales sources de controverses, il faudrait s'en remettre à la Cour de cassation parce qu'elle est seule capable de découvrir la bonne solution. Cela est bien difficile à croire et l'on soupçonne de la part de la doctrine qui invite à adhérer au dogme de la solution unique soit une certaine ironie, soit un double langage. Les gages doctrinaux de l'unité ne seraient-ils que des leurres lancés pour satisfaire les conceptions suivistes et légalistes de l'ordre juridique ? Il n'est pas douteux que les auteurs oeuvrent à la découverte des solutions et des concepts : leur neutralité n'est que de façade.

⁽⁶⁰⁹⁾ Ph. MALAURIE, "La jurisprudence combattue par la loi", *Mélanges Savatier* 1965, p.607.

⁽⁶¹⁰⁾ C. BOULLEZ, "La garantie des vices : la part maudite de la jurisprudence", *Gaz. pal.*, 4-5 novembre 1994, p.9.

⁽⁶¹¹⁾ F. ZENATI, "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *D.* 1992, chr., p.247.

En raisonnant *de jure ferenda*, la doctrine est nécessairement en avance sur le droit positif et son discours en affecte l'évolution ; son autotité se crée dans un contexte formé par ses anticipations, ses "prémonitions" et l'ensemble de ses prévisions. Elle pose les jalons des contraintes argumentatives qui pèseront sur les interprètes authentiques. Qui plus est, en admettant le lieu commun que le droit doit être prévisible, on admet qu'il doit être conforme aux prévisions doctrinales. La solution posée prend donc place dans un contexte dont la cohérence est définie par la doctrine. Par ses "actes de connaissance", elle crée des contraintes argumentatives qui guideront mais aussi entraveront l'interprète et sa liberté d'interprétation.

Elle est aussi, et c'est ce qui est le plus difficile à concevoir, nécessairement en retard. La bonne solution, celle qui assure la continuité de notre ordre juridique est toujours le résultat d'un jugement *a posteriori*, c'est à dire d'une (re)construction du passé à travers la chaîne du droit, la sédimentation du savoir juridique, les changements de paradigmes ou les révolutions scientifiques ⁽⁶¹²⁾. On considère aujourd'hui que "si notre système juridique est en train de changer radicalement, c'est en effet par souci d'effectivité du droit. Le législateur ne peut que produire les instruments normatifs à travers les lois, mais non les appliquer lui-même : il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte. Si l'on pose que le droit ne prend vie, c'est-à-dire n'existe, qu'à travers son application, le système juridique doit mettre en avant, d'une façon première, ce souci d'effectivité du droit. Par conséquent il cesse nécessairement de reposer sur la loi pour se reconstruire à partir du jugement ⁽⁶¹³⁾". "Nul n'est censé ignorer la loi" nous dit-on pourtant, mais cet adage n'a d'autre but que de maintenir "le caractère unitaire et cohérent de l'ordre juridique ⁽⁶¹⁴⁾". "Nul n'est censé ignorer l'unité du droit" devrait-on dire. Mais si la loi et les énoncés prétoriens ont en commun de créer cette unité constatée par la doctrine, ils sont des solutions à des questions. Dans ce cas, il s'agirait d'aborder les solutions par les questions.

⁽⁶¹²⁾ C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, précité, p.171, n°45.

⁽⁶¹³⁾ W. BARANES et M.-A. FRISON-ROCHE, "Le souci de l'effectivité du droit", *D.* 1996, chr., p.301.

⁽⁶¹⁴⁾ F. TERRE, "Le rôle actuel de la maxime "Nul n'est censé ignorer la loi"", *Études de droit contemporain*, Trav. et recherches de l'institut de droit comparé de l'université Paris X, Paris, Cujas, 1966, p.91.

CHAPITRE 2 La bonne solution

108 Présentation - Loin d'entamer un débat sur l'ontologie de la bonne réponse, la doctrine française décrit la solution sûre à travers des mots simples. Si les vocables utilisés sont distincts selon les matières, ils expriment tous l'idée que la sécurité juridique est un guide interprétatif dont le respect permet d'atteindre sans heurt une connaissance certaine quoique parfois inédite. On recherchera et on trouvera ainsi la solution efficace, la solution constante, la solution exacte ; enfin et surtout, l'on définira la solution prévisible. Ces épithètes montrent les diverses faces du dogme de la solution unique qui, se transformant, a fini par reléguer la solution juste et équitable, la solution infaillible ou la solution vraie au rang des idéaux figés ou dépassés. Ils montrent surtout que la doctrine pratique une ontologie prescriptive par laquelle, dans les hypothèses examinées, elle assigne aux solutions souhaitées des propriétés *ad hoc* grâce à l'utilisation d'épithètes polysémiques.

La "solution sûre", conforme à la "sécurité juridique", permet, tout en préservant l'idéal d'unicité de la solution et d'univocité de son contenu, de concevoir un raisonnement qui intégrera *a priori* les mutations de l'ordre positif. À l'image de la solution prévisible, quand celle-ci n'a pas encore été énoncée par une autorité normative habilitée, la solution à rendre devra être conforme aux prédictions déjà faites et déjà diffusées auprès des justiciables. Connaître la solution positive (SECTION 1), prévoir la solution future (SECTION 2) sont les deux objets du discours doctrinal.

Section 1 *Connaître la bonne solution*

109 Une solution positive - Les jurisconsultes sont de bons conseils, mais pour renseigner, il faut connaître. Ils cherchent donc la solution consacrée par le droit positif : celle qui par son efficacité assurera la sécurité des relations juridiques (PARAGRAPHE 1), celle qui par son exactitude démontrera la qualité du savoir transmis (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LA SOLUTION EFFICACE

110. Efficacité des sûretés - "Sûreté" et "sécurité" sont des concepts pareillement difficiles à saisir parce qu'ils se répondent, et l'on est bien en peine de définir positivement la sécurité juridique à partir du droit des sûretés. Abruptement, "la sûreté n'est pas [même] une notion, ce n'est qu'une étiquette qui s'accommode du disparate ⁽⁶¹⁵⁾". Elle recouvre des réalités différentes faute de critères homogènes de qualification. Mais l'absence d'une telle définition conceptuelle de la sûreté ne prive pas les mécanismes de protection des créanciers de leur efficacité. Au contraire, c'est l'efficacité du mécanisme qui définit la sûreté. La sûreté est bonne (c'est-à-dire sûre) si elle assure "au créancier une chance maximale de paiement et dont la constitution et la réalisation sont simples et peu onéreuses" ⁽⁶¹⁶⁾. En fait, tous les mécanismes qui permettent à leurs utilisateurs de parvenir au meilleur compte, au meilleur résultat, sont des concepts et des solutions efficaces et, dans cette mesure pragmatique, ce qui est efficace est sûr. Inversement les sûretés inefficaces seraient appelées à disparaître. C'est en tout cas le sort qui fut envisagé pour l'antichrèse ⁽⁶¹⁷⁾. Comme la réforme des procédures collectives de 1985 n'en fit aucun cas, une doctrine inventive la relevait associée au bail ⁽⁶¹⁸⁾ et posait de manière renouvelée la question de son efficacité. La doctrine s'interrogeait. Fallait-il "la reléguer au rang de pièce de musée ?" Il eût été imprudent de le faire, "car l'atteinte portée à l'efficacité de l'hypothèque par le droit des procédures collectives [pouvait] donner un second souffle à sa piètre rivale ⁽⁶¹⁹⁾". La nouvelle réforme de 1994 aura toutefois sonné la fin (provisoire) de la renaissance de l'antichrèse ⁽⁶²⁰⁾. De cette entreprise de rénovation discutée ⁽⁶²¹⁾, l'on retiendra que l'oeuvre de résurgence du concept fut essentiellement doctrinale et que seule la modification des termes du débat par l'intervention du législateur fut un frein à la renaissance de l'antichrèse comme sûreté efficace. Il est déjà clair que la recherche de la bonne sûreté est

⁽⁶¹⁵⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 4ème éd., 1997, n°2, p.2.

⁽⁶¹⁶⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème éd., 1997, précité, n°5, p.5.

⁽⁶¹⁷⁾ M. DAGOT, *Les sûretés*, Paris, PUF, 1981, p.273.

⁽⁶¹⁸⁾ F. LEJEUNE, "Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail", *JNA* 1986, p.571.

⁽⁶¹⁹⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2ème éd., 1993, n°814, p.610.

⁽⁶²⁰⁾ La revanche des sûretés frustes sur les sûretés perfectionnées aurait fait long feu. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 4ème éd., 1997, n°814, p.656.

⁽⁶²¹⁾ D. R. MARTIN, "L'antichrèse", *JCP*, éd. N, 1987.I. p.299 ; R. TENDLER, "L'antichrèse, mythe ou réalité ?" *D.* 1989, chr., p.143.

fonction de l'état actuel de la législation et de l'évolution de la jurisprudence, elle l'est aussi des capacités de la doctrine à inventer ou réinventer des mécanismes de garanties appropriés aux exigences des praticiens. Ce qui diffère peut-être d'avec d'autres conceptions de la bonne solution, c'est bien que la valeur de la sûreté s'apprécie à son résultat. C'est ainsi que le cautionnement personnel, après les contorsions jurisprudentielles sur la mention manuscrite, cède, semble-t-il aujourd'hui, une partie de son empire à des garanties voisines, soit à des garanties autonomes, soit à des cautionnements hypothécaires. On compte aussi d'autres techniques en marge du droit des sûretés que la doctrine recueille sous l'appellation de " sûreté négative " "pour embrasser diverses formules restreignant la liberté contractuelle du débiteur ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de paiement ⁽⁶²²⁾". Dans son acception étendue, cette pseudo-sûreté s'entendrait de toutes les clauses tendant à accroître la sécurité du créancier. Leur efficacité n'est cependant pas absolue, "reposant sur le seul contrat, elles demeurent inopposables aux tiers de bonne foi et se résolvent donc, en cas de violation, en de simples dommages et intérêts ⁽⁶²³⁾". Cette efficacité relative des sûretés indirectes explique évidemment le recours aux sûretés directes dont la forme est gage de sécurité, mais l'utilisation du terme "sûreté" pour ce qui n'est, somme toute, qu'une technique contractuelle, est révélatrice de l'équivalence entre efficacité et sécurité que l'on retrouve pour tous les concepts de la vie des affaires.

111. Efficacité des techniques contractuelles - Les instruments juridiques s'imposent aux acteurs du commerce par leur efficacité. De la lettre de change, on dira par exemple qu'elle "conservé un rôle très important dans les relations commerciales, car la sécurité juridique qu'elle procure à travers des règles sûres et rigoureuses pour les débiteurs reste très appréciée des opérateurs ⁽⁶²⁴⁾". Quelles sont les raisons mises en avant pour expliquer ce succès et cette pérennité de la lettre de change ? Rigueur, simplicité, invariance des concepts révélant aussi bien une capacité remarquable d'adaptation qu'une application

⁽⁶²²⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 4ème éd., 1997, précité, n°576, p.431.

⁽⁶²³⁾ A. JAUFFRET et J. MESTRE, *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 23ème éd., 1997, n°679, p.472.

⁽⁶²⁴⁾ A. JAUFFRET et J. MESTRE, *Droit commercial*, 23ème éd., 1997, précité, n°843, p.601 ; Dans le même esprit ces auteurs considèrent le rôle important joué par la jurisprudence commerciale à travers la rapidité et l'efficacité de ses interventions (*ibid.*, n°23, p.15).

sans faille ⁽⁶²⁵⁾. Un rien paradoxal, ce constat montre la double nature assignée à la sécurité des instruments et des techniques juridiques : stabilité et adaptabilité. Malgré - ou grâce à - l'invariance de son régime légal, la plasticité de la lettre de change lui a permis d'accompagner avec succès les métamorphoses de l'économie capitaliste. C'est ainsi que, par l'alliance de la souplesse et de la rigueur contractuelles, les acteurs de la vie économique caressent l'espoir de mieux maîtriser l'avenir de leurs relations, et avant toute intervention judiciaire ou arbitrale, la sécurité des instruments juridiques se juge à la qualité du cadre qui aura été défini conventionnellement.

L'efficacité et la sécurité se reconnaissent en matière contractuelle à travers les concepts qui permettent de ne pas avoir recours à l'institution judiciaire. En ce sens, les rédacteurs du Code civil avaient évidemment perçu l'importance de la transaction en matière civile dont la raison d'être était de pallier l'incertitude des droits et leur évolution en fixant formellement dans le présent le cadre d'un éventuel contentieux ⁽⁶²⁶⁾. La complexité croissante des textes législatifs et réglementaires, les variations économiques, s'ajoutent aujourd'hui à la recherche d'efficacité et l'on découvre ainsi la valeur transactionnelle de certaines conventions ou stipulations. Le contrat d'avoir est de cet ordre. Il permet d'aménager conventionnellement les conséquences de la non-réalisation d'une opération en reportant dans le futur le règlement du problème. Mais la nature de l'avoir est elle-même soumise à question, et la technique peut perdre son intérêt dès lors qu'il s'agit de traduire le mécanisme de l'avoir en termes de " dû " ou de " créance " ⁽⁶²⁷⁾.

Pourtant, l'efficacité des techniques contractuelles ne se vérifie pas à ce qu'en dira un juge. Dans un article important, M. le professeur Mousseron a montré que la sécurité contractuelle n'était pas qu'une affaire d'assurance ou de raisonnement judiciaire, qu'elle était surtout affaire d'imagination ⁽⁶²⁸⁾.

⁽⁶²⁵⁾ On lira par ailleurs à propos des promesses de vente sous condition suspensive que "l'article 1178 du Code civil constitue un instrument particulièrement efficace de protection des intérêts du vendeur, car il engendre à la charge de son cocontractant une obligation de loyauté dont l'objet est assez rigoureusement déterminé par la jurisprudence", D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1ère, 25 octobre 1994, *Deffrénois* 1995, p.755.

⁽⁶²⁶⁾ E. SERVERIN, P. LASCOUMES, T. LAMBERT, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris, Economica, 1987, p.28.

⁽⁶²⁷⁾ A. HONORAT et A.-M. ROMANI, note sous Cass. com., 22 février 1994, *D.* 1995, p.27 ; D. R. MARTIN, "L'avoir", *D.* 1995, chr., p.129.

⁽⁶²⁸⁾ J.-M. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", *RTD civ.* 1988, p.481. L'auteur cite à l'appui de sa présentation, (p.486) D. LEDOUBLE, "L'entreprise et le contrat", Paris, Litec, 1980, p.246 : "L'influence des compagnies d'assurances, ajoutée à la paresse intellectuelle de certains juristes, ont pu laisser croire que l'unique moyen de réduire les risques liés à un contrat ne pouvait être que l'assurance, alors qu'une rédaction attentive des clauses mêmes du contrat peut rendre les plus grands services sans entraîner des frais supplémentaires. Dans les contrats de longue durée, les risques de toutes sortes assaillent les cocontractants et

L'évolution du capitalisme et l'adaptation du droit contemporain des contrats à l'économie libérale - en crise ⁽⁶²⁹⁾ - ont engendré la nécessité d'intégrer dans la prévision contractuelle l'anticipation du risque d'inexécution. Le concept de la "gestion des risques" par le contrat montre que la sécurité n'est pas une fin pour les acteurs économiques. L'efficacité et la réalisation de l'objet du contrat priment, et la prévisibilité augmente avec la qualité des techniques utilisées à bonne fin. La prévention des risques et leur imputation par des aménagements conventionnels de l'inexécution manifestent une perception du contrat qui a singulièrement changé ⁽⁶³⁰⁾. Les acteurs économiques entourent l'objet du contrat d'un cadre conventionnel destiné à discipliner sa réalisation de manière autonome et à maîtriser en quelque sorte l'incertitude de l'avenir. Mais tant d'un point de vue pratique que théorique, la maîtrise du futur révèle ses illusions et ses désillusions ⁽⁶³¹⁾. Le fait est que le "risk-management" conduit à élargir la sphère contractuelle et invite les contractants à développer des techniques qui substitueront la discipline conventionnelle à un règlement contentieux de l'inexécution. L'utilisation de clauses de "suspension du contrat", de clauses d'adaptation automatique, de négociation, de prolongation ou de "résiliation sauvegarde", permet de concevoir le rapport contractuel d'obligation indépendamment du cadre de la responsabilité. "L'évolution va consister à "déculpabiliser" l'inexécution, à ne plus y voir le signe d'une quelconque faute d'un débiteur négligent ou récalcitrant mais un risque dont il faut organiser le traitement". Notre droit serait capable d'absorber cette évolution en fournissant aux acteurs économiques des instruments juridiques de qualité. Un traitement contractuel du risque d'inexécution permettrait par le biais de ces mécanismes "d'auto-assurance" de réduire les coûts du contrat et, à terme, cette "programmation

la prise de conscience de la notion de risque au travers des diverses manifestations concrètes a conduit à une nouvelle technique : "la gestion des risques".

⁽⁶²⁹⁾ v. L. AYNES, "Crise économique et rapports de droit privé", in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, 5 et 6 octobre 1995, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1997, p.57-72.

⁽⁶³⁰⁾ L'impact des études et les théories économiques du contrat y est sans doute pour quelque chose. Les efforts des économistes pour modéliser des relations contractuelles montrent que le contrat ne se conçoit plus seulement comme une relation bilatérale (ou commutative) mais comme un objet scientifique. Reste que les économistes et les juristes se rejoignent pour faire état de l'incomplétude du contrat et la dénoncer, le cas échéant : incomplétude due aux mouvements du droit positif ; voir par exemple B. SALANIE, *Théorie des contrats*, Paris, Economica, 1994, p.109.

⁽⁶³¹⁾ J.-M. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", précité, p.483 : "Mais du temps qui vient l'homme même le mieux informé ne peut avoir qu'une connaissance bien approximative et les prophètes du passé sont plus nombreux que les devins de l'avenir".

conventionnelle de l'activité commune" aboutirait à l'éclosion et au développement des "formes les plus modernes de la maîtrise du futur ⁽⁶³²⁾".

Tout à la fois désireux de maîtriser le temps et conscients de n'y pouvoir parvenir, les juristes pragmatiques traitent le phénomène contractuel et l'insécurité qui lui est inhérente comme une donnée empirique. Loin d'être des pathologies, le risque d'inexécution et le risque de contentieux sont intégrés dans l'ordre contractuel pour être mieux connus et maîtrisés. Il reste que la discipline contractuelle montre parfois ses limites. Certains prônent alors le recours à la forme pour pallier les défaillances du contrat.

112. Efficacité du formalisme - La solennité et le formalisme de l'acte sont pour beaucoup d'auteurs un remède efficace contre les pathologies de l'ordre juridique, les incertitudes du droit de la preuve ⁽⁶³³⁾, le développement des formes anormales de législation ⁽⁶³⁴⁾ ou la nécessité de concilier des exigences contradictoires ⁽⁶³⁵⁾. La forme, et plus encore la forme solennelle, garantirait contre les hésitations jurisprudentielles. Pour préserver la prévisibilité et la sécurité qui sont, selon M. E. S. de la Marnierre les fondations méthodologiques de notre *civilisation juridique*, le formalisme des actes permettrait de fixer *a priori* (et sans grande surprise) les conditions de leur efficacité ⁽⁶³⁶⁾.

Mais gare aux illusions : le formalisme, comme du reste le consensualisme, paie son tribut aux fluctuations jurisprudentielles. En matière de cautionnement, la mention manuscrite fut une terre d'élection de la diversité des solutions. Les débats sont d'ailleurs récurrents et ne risquent pas de se clore avec les "éruptions volcaniques des années 1980 [qui] ont perturbé le paysage juridique du cautionnement pour des décennies. La prévisibilité des

⁽⁶³²⁾ J.-M. MOUSSERON, "La gestion des risques par le contrat", précité, p.503.

⁽⁶³³⁾ L. AYNES, "Les garanties du financement", *Deffrénois* 1986, p.909, n°6 à propos de l'idée selon laquelle l'efficacité du cautionnement serait mieux assurée s'il faisait l'objet d'une authentification.

⁽⁶³⁴⁾ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, p.209. Ardent défenseur d'une vision téléologique de l'interprétation, P. PESCATORE ne se prive pas de dénoncer les tentations dirigistes du législateur contemporain, il n'en est que plus critique à l'égard des formes incertaines que revêtent les normes juridiques, "le développement actuel de toutes sortes de formes anormales de la législation est dangereux pour la sécurité juridique".

⁽⁶³⁵⁾ "La solution est bonne d'abord pour des raisons de sécurité : le formalisme du emploi et la possibilité d'un emploi *a posteriori* concilient sécurité et souplesse", M. GRIMALDI, obs. sur Cass. civ. 1ère, 5 mars 1991, *D.* 1992, somm. p.222.

⁽⁶³⁶⁾ E. S. DE LA MARNIERRE, *Éléments de méthodologie juridique*, précité, p.81 s. Rien d'étonnant donc à ce que la doctrine présente banalement la publicité assurée par les registres de la Conservation des hypothèques comme garante de la sécurité des transactions. La mémoire mise en forme par l'autorité publique assurerait l'univocité des accords passés : F. PETIT, "La mémoire en droit privé", *RRJ* 1997-1, p.27.

solutions est amoindrie à tel point que personne ne peut savoir si une formulation apparemment satisfaisante ne sera pas écartée pour des considérations extérieures, ou si une formulation manifestement insuffisante aujourd'hui ne sera pas jugée bonne demain. L'arbitraire et le hasard ont remplacé la cohérence ⁽⁶³⁷⁾". Pour MM. les professeurs Cabrillac et Mouly, qui regrettent *cette évolution des mentalités*, les incertitudes de la jurisprudence sont nées de ces tentations formalistes, qui voient dans l'alourdissement de la mention manuscrite la meilleure protection du consommateur-caution ⁽⁶³⁸⁾. Ainsi, quoique l'on admette avec M. Pescatore qu'"assurer la sécurité juridique est la raison d'être du formalisme ⁽⁶³⁹⁾" ou encore que la solennité se conjugue toujours avec la certitude, les difficultés surgissent néanmoins. En fait, si l'efficacité d'une solution ou d'une formule passe par la forme qu'elles revêtent, les questions et les controverses nées du contenu apparaîtront comme des imperfections de la forme et l'on réclamera toujours plus de formalisme jusqu'à ce que la forme aboutie de rigidité s'efface au profit d'un système différent, plus souple et prétendument plus sûr ⁽⁶⁴⁰⁾, ou encore plus juste et mieux adapté, comme par exemple une fiction ⁽⁶⁴¹⁾.

113. Efficacité de la fiction - Selon Perelman, "le recours à la fiction manifeste la révolte du juge devant une règle inique (...) quand le texte qu'il doit appliquer ne lui laisse aucun pouvoir d'appréciation, (...) pour échapper aux conséquences de la règle qu'il juge inacceptables ⁽⁶⁴²⁾". La fiction permettrait d'échapper à la solution qui paraît s'imposer pour justifier la solution juste ou acceptable. Pourtant on lit par ailleurs que "lorsque l'impératif de sécurité prime celui de la justice, les fictions pourront alors assurer cette sécurité ⁽⁶⁴³⁾". On considère également que la fiction légale permet de mieux assurer le respect d'une règle d'ordre public. C'est pourquoi, pour éradiquer les clauses

⁽⁶³⁷⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2ème, 1993, précité, n°104, p.85.

⁽⁶³⁸⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2ème, 1993, précité, n°111, p.96.

⁽⁶³⁹⁾ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, précité, p.209.

⁽⁶⁴⁰⁾ Comp. J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1, p.93 s.

⁽⁶⁴¹⁾ Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Éditions de l'université de Bruxelles, 1990, p.628. L'auteur utilise l'exemple de la fiction qui, pour éviter de condamner les auteurs de vol d'une valeur de 40 shillings à la peine de mort, conduisit les juges anglais au début du XIXème siècle à considérer que 10 livres ne valaient que 39 shillings.

⁽⁶⁴²⁾ Ch. PERELMAN, *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.364-365.

⁽⁶⁴³⁾ A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, Thèse Paris II, 1995, p.321, n°276 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préface de J. Amiel-Donat, Paris, LGDJ, 1997, n°3.3., p.13.

nulles, le choix de la fiction de la clause réputée non écrite est un gage de sécurité ⁽⁶⁴⁴⁾.

Priorité du juste sur le sûr, primauté de la sécurité sur la justice. Les contradictions du contenu et du but de la sécurité juridique émergent de tous les raisonnements menés sur les questions difficiles. Est-ce parce que l'on se représente la sécurité comme fin subalterne du droit ⁽⁶⁴⁵⁾, ou parce que "c'est dans la sécurité que certains juristes individualistes voient l'essence du droit, [parce qu'] elle forme l'un des éléments essentiels du droit pour certains autres ⁽⁶⁴⁶⁾" ? Sous le film apparent de son ambiguïté, la fiction est un raisonnement qui sert toujours une cause pratique et, bien que pure abstraction, elle permet l'efficace d'arguments et de considérations d'opportunité. "L'obligation faite au juge français de statuer en droit et non en équité l'amène à rattacher nécessairement sa décision à une règle légale. Cette exigence peut conduire le magistrat à déformer artificiellement l'application logique de la règle s'il estime opportun de l'adapter aux nécessités du cas d'espèce à lui soumis ⁽⁶⁴⁷⁾".

L'efficacité de la solution dépend alors de la qualité des fictions utilisées par le juge pour emporter la conviction, mais leur si grande efficacité atteint parfois un point paradoxal lorsque l'on refuse de les rendre opératoires en considération de l'insécurité qu'elles créeraient. On pense évidemment à la personnalité morale dont la puissance évocatrice en fait parfois une réalité. Les raisons qui justifient le fait que le législateur donne la personnalité juridique à certains groupements de personnes ou de biens et la refuse à certains autres, se résument à l'opportunité de créer un écran entre des personnes physiques et un patrimoine collectif, et à celle de donner à un groupe le droit d'agir en justice.

L'efficacité économique et juridique de la personne morale est, reconnaissons-le, incomparable ⁽⁶⁴⁸⁾, et cela en a fait un facteur décisif du développement des sociétés occidentales. Mais que dire du recours à la personnalité juridique du syndicat des copropriétaires par la loi du 10 juillet 1965, sinon qu'il ne s'est pas avéré un moyen satisfaisant pour enrayer l'augmentation du nombre des copropriétés en difficultés ! Inversement le refus de reconnaître la personnalité des sociétés créées de fait dans certaines

⁽⁶⁴⁴⁾ J. KULLMANN, "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *D.* 1993, chr., p.59 (p.63).

⁽⁶⁴⁵⁾ P. CUCHE, *Conférences de philosophie du droit*, précité, 1928, p.20.

⁽⁶⁴⁶⁾ D. N. MICESCOU, *Essai sur la technique juridique*, Thèse Paris, 1911, p.24.

⁽⁶⁴⁷⁾ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, "Les fictions en droit privé", *APD* 1975, p.273.

⁽⁶⁴⁸⁾ A. SERIAUX, *Les personnes*, Paris, PUF, 2ème éd., 1997, p.102 s.

hypothèses laisse également des auteurs perplexes, lesquels dénoncent les dangers de cette éviction ⁽⁶⁴⁹⁾. La solution sera sûre si la fiction est adaptée au but recherché et ménage pour le système une certaine cohérence. "Les fictions ont l'utilité pragmatique de faciliter les innovations en évitant la révélation brutale. Mais c'est précisément le rôle de la jurisprudence, de faire pont entre deux étapes de l'évolution du droit. Et c'est à la doctrine de surveiller le moment où l'on peut répudier impunément la fiction, révéler la vérité et, pour ainsi dire, réaliser la stabilisation juridique des changements sociaux en des mots et des concepts nouveaux pleinement accordés au réel ⁽⁶⁵⁰⁾". En somme, à défaut d'efficacité de la fiction, la doctrine dénoncera son irrelevence et discutera sa pertinence, ce qui en fera une solution controversée.

La solution efficace est celle qui se vérifie en considération du résultat obtenu. Mais le choix de la sûreté, de l'effet de commerce, ou le raisonnement censé parvenir au résultat escompté précède nécessairement l'effet et le jugement sur l'opportunité de la solution, de sorte que sa qualité n'émerge qu'*a posteriori* ; à moins de raisonner *a priori*, mais dans ce cas, la solution efficace se distinguera mal de la solution induite. Quoi qu'il en soit, le juriste doit s'interroger sur la positivité des solutions ; il doit garantir, autant qu'il est possible, la certitude des informations qu'il donne. Cette sécurité à apporter impose qu'il connaisse parfaitement la solution positive. L'inexactitude peut même s'avérer fautive.

PARAGRAPHE 2. LA SOLUTION EXACTE

114. Pratique du conseil - La sécurité juridique est la raison d'être du formalisme et justifie la présence du notaire parmi les forces créatrices du droit. Il en est même l'un des gardiens naturels. Sa responsabilité pourra être engagée toutes les fois que "ses agissements se révéleront contraires à la sécurité juridique à la sauvegarde de laquelle il se trouve naturellement préposé du seul fait de sa mission d'officier public" ⁽⁶⁵¹⁾. Professionnel du droit, il ne saurait commettre une erreur de droit, il se doit de connaître le droit

⁽⁶⁴⁹⁾ J.-M. BERMONX DE VAULX, "L'empire des faits et l'émergence de la notion de société", *D.* 1996, chr., p.185 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", *D.* 1982, chr., p.83.

⁽⁶⁵⁰⁾ G. MORIN, "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", précité, p.68.

⁽⁶⁵¹⁾ J.-L. AUBERT, obs. au *Defrénois* 1988, p.1095.

positif. Informer suppose détenir l'information et causalement l'acquérir ⁽⁶⁵²⁾. Il se trouve donc soumis à des contraintes ambivalentes. C'est son habilitation à garantir la validité et l'efficacité des actes qui est source de ses devoirs, et on admet ainsi que "le non-respect du devoir de conseil, générateur d'insécurité juridique, constitue en soi une faute déontologique ⁽⁶⁵³⁾". L'information donnée par le notaire est clairement l'objet et l'enjeu de la sécurité qu'il doit à son client, et il se trouve en quelque sorte tenu de garantir l'évolution à venir. Il doit non seulement connaître le droit positif mais anticiper son avenir. Mais le notaire est-il en mesure de dire le droit positif ? Il ne peut au mieux que faire état des règles existantes, légales et prétoriennes, et les conjuguer aux désirs et aux desseins des clients. Il pèse sur lui une règle dont la formulation révèle des conceptions bien rigides de l'ordre juridique et de la transmission du savoir.

Jurisprudence et doctrine affirment avec constance la mise en oeuvre de la responsabilité du notaire en cas d'erreur de droit. Il ne s'agit pas à proprement parler de l'hypothèse où le notaire informe insuffisamment son client sur la portée de ses engagements, ni de celle où lui-même ménagerait sa peine et ne vérifierait la réalité des droits des uns ou des autres qu'imparfaitement ⁽⁶⁵⁴⁾. Il s'agit d'une erreur sur le droit positif applicable. La jurisprudence est constante et ancienne sur ce point mais l'appréciation doctrinale de la notion d'erreur de droit varie. Par contre, en guise de tempérament, il est toujours affirmé que la responsabilité du notaire n'est pas engagée en cas d'erreur de droit commise "sur un point douteux et susceptible de controverse ⁽⁶⁵⁵⁾". Il serait d'ailleurs impropre de parler d'erreur de droit dans cette dernière hypothèse ; mais "sa responsabilité ne sera déchargée que s'il a pris soin d'aviser ses clients de cette particularité ⁽⁶⁵⁶⁾". Cet aspect de l'obligation

⁽⁶⁵²⁾ P. JOURDAIN, "Le devoir de " se " renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)", *D.* 1983, chr., p.139 ; Cass. civ. 2ème, 19 juin 1996, *D. aff.* 1996, p.1028 : "Celui qui a accepté de donner des renseignements a lui même l'obligation de s'informer en connaissance de cause". Ce principe général prend pour les praticiens du droit une teinte particulière. Leurs connaissances se trouvent en effet soumises aux variations des règles qui gouvernent les obligations d'informations.

⁽⁶⁵³⁾ G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, Bordeaux, PUB, 2ème éd., 1994, p.99.

⁽⁶⁵⁴⁾ Il commet une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors qu'il établit un acte de vente immobilière mentionnant des sommes versées inférieures à celles effectivement reçues caractérisant ainsi un manquement à son obligation d'assurer la *sécurité juridique* des actes qu'il rédige et authentifie (Paris, 2ème ch. B, 3 février 1995 *Juris-data* n°020090).

⁽⁶⁵⁵⁾ Cass. req. , 13 février 1883, *DP* 1884.1.255 ; Cass. civ., 18 juin 1918, *DP* 1922.1.149 ; *Encyclopédie Dalloz*, v° Notaires, par J. DEFRENOIS, 1953, n°139.

⁽⁶⁵⁶⁾ Cass. civ. 1ère, 17 février 1971, *Bull. civ. I*, n°52 ; PH. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz Action, 1996, n°2420, p.554 citant Cass. civ., 16 avril 1935, *sem. jur.* 1935, 915 : "Il est des circonstances où l'existence même de la controverse rend incertaine, soit la validité, soit l'efficacité des droits faisant l'objet de l'acte et où le notaire ne saurait, sans se rendre coupable d'un délit ou d'un quasi

d'information des notaires, pourtant très mineur en soi, donne à l'ensemble de la fonction notariale une teinte dogmatique. Il va de soi que les professionnels du droit sont tenus de s'informer de l'évolution des matières qui intéressent leurs spécialités ; la généralité de cette assertion est évidente. Pourtant, l'obligation d'informer le client de l'état controversé d'une question suspend au-dessus du notaire une sorte de menace, car la question qu'il doit, lui, se poser en pratique, est de savoir si la controverse est ou non de droit positif. Le fait qu'une question fut tranchée une fois par une juridiction quelconque ne donne aucune assurance ; le fait que le problème soit inédit n'en donne pas non plus. Or, si le notaire a pour fonction de donner aux actes qu'il instrumente "la sécurité à laquelle ses clients peuvent légitimement prétendre", il entend également que le régime de la transmission des informations préserve sa propre sécurité. La pratique notariale porte le relais de cette idée diffuse et diffusée dans le public, qui conduit à affirmer que le droit doit être certain. Les notaires ne peuvent se satisfaire de solutions juridiques incertaines parce que leurs clients ne s'en satisfont pas. Et même s'il n'a pas à aller au-delà de l'information floue, même s'il ne doit pas s'improviser prophète dans les cas incertains ⁽⁶⁵⁷⁾, l'incertitude des solutions effraie. Elle effraie d'autant plus que des questions sont tranchées par des arrêts isolés et que d'autres passent plusieurs fois devant la Cour de cassation sans trouver le repos. "La question est-elle controversée ?" est elle-même une question théorique qui devrait amener la pratique à s'interroger sur la positivité des questions. L'erreur de droit consiste en ce que, se fondant sur une règle connue pour sa permanence, le notaire n'a pas mesuré qu'elle était sujette à controverse. C'est faute d'anticipation de l'évolution des questions que la responsabilité est engagée, plus que de méconnaissance des solutions déjà posées ⁽⁶⁵⁸⁾.

On se rend compte que les professionnels du droit doivent prévoir, au-delà de l'état des solutions, un état des questions et il n'est pas simple de concevoir la "question prévisible". L'avocat n'est pas en reste. Un arrêt de la première chambre civile du 15 octobre 1985 a retenu que l'avocat engageait sa responsabilité pour avoir manqué à ses obligations "en méconnaissance d'une

délict, refuser aux parties l'avertissement auquel leur inexpérience et leur confiance leur donnent droit, sur les risques inhérents à la possibilité d'une solution jurisprudentielle de nature à consommer leur ruine".

⁽⁶⁵⁷⁾ *Répertoire civil Dalloz*, v° Notaires, par J. DE POULPIQUET, 1993, n°279.

⁽⁶⁵⁸⁾ G. ROUZET, *Précis de déontologie notariale*, précité, p.101-102. "Il ne peut se défaire en arguant l'existence d'incertitudes pour se dégager de son devoir de conseil mais il remplit correctement ses obligations en attirant l'attention de son client sur le risque d'une interprétation défavorable et inédite de la loi".

nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation ⁽⁶⁵⁹⁾. En mettant à la charge des professionnels du droit de telles obligations, la Cour de cassation s'arrogue un pouvoir doctrinal plus grand. Ces arrêts diffusent dans la pratique le sentiment qu'une seule autorité interprétante, source unique du savoir juridique, serait finalement plus sûre et que, pour garantir la sécurité des professionnels, il suffirait pour eux qu'ils s'en remettent à ses prescriptions ⁽⁶⁶⁰⁾. Le problème est alors que le revirement de jurisprudence, imprévisible pour qui voue un culte au dogme de la solution unique, induit en erreur. Mais il y a des erreurs que l'on peut admettre et d'autres qu'il faut taire. La répétition de l'indu illustre bien les difficultés qui naissent des interactions entre la pratique du paiement et l'évolution des interprétations.

115. Pratique du paiement - Les développements récents de la jurisprudence relative à la répétition de l'indu permettent de comprendre que, sous l'autorité du principe de sécurité juridique, transparaissent des argumentations contradictoires. Lorsqu'un employeur verse à l'URSSAF des cotisations sociales calculées sur une base intégrant des indemnités de départ volontaire, et qu'un arrêt de la Cour de cassation vient ensuite exclure ces primes du calcul de l'assiette de ces cotisations ⁽⁶⁶¹⁾, peut-il invoquer utilement ce revirement de jurisprudence postérieur au paiement pour obtenir répétition des sommes versées ? L'arrêt de l'assemblée plénière du 2 avril 1993, rangé avec prudence parmi les grands arrêts ⁽⁶⁶²⁾, répond par l'affirmative à cette question sans pour autant affirmer qu'un tel paiement était erroné. C'eût été admettre là l'erreur prétorienne. La Cour de cassation biaise et efface du régime de la répétition de l'indu objectif, la condition de l'erreur du *solvens*. Observons que cette décision n'a pas convaincu l'ensemble de la doctrine. Des auteurs ont contesté ⁽⁶⁶³⁾, et d'autres continuent de le faire ⁽⁶⁶⁴⁾, la valeur de cet arrêt et de l'interprétation doctrinale dominante qui en est faite. Le revirement de jurisprudence de la Chambre sociale aurait tout simplement rendu le paiement ultérieurement indu, par effet rétroactif de la

⁽⁶⁵⁹⁾ Cass. civ. 1ère, 15 octobre 1985, *RTD civ.* 1986, p.759, obs. HUET.

⁽⁶⁶⁰⁾ La pratique réagit cependant : C. RAMAGET et Ph. LAFARGE, "L'avocat fakir", *Gaz. pal.* 1995.1., doctr., p.137 ; B. RICHARD et F. SAGE, "La responsabilité civile de l'avocat", *Gaz. pal.* 1994.2., doctr., p.1324.

⁽⁶⁶¹⁾ Cass. soc., 27 novembre 1985, *Bull. civ.* V, n°563.

⁽⁶⁶²⁾ Cass. ass. plén., 2 avril 1993, in F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 10ème éd. 1994, n°153, p.626.

⁽⁶⁶³⁾ A. SERIAUX, "Beaucoup de bruit pour rien (brèves remarques sur un arrêt récent de l'assemblée plénière de la Cour de cassation)", *D.* 1993, chr., p.230.

⁽⁶⁶⁴⁾ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Thèse Aix, 1996, n°54, p.123.

jurisprudence, et l'arrêt de l'assemblée plénière n'aurait fait que ramener ce paiement litigieux dans le giron des paiements déclarés ultérieurement sans cause, et pour lesquels ne fut jamais exigée la démonstration d'une quelconque erreur. La répétition de l'indu, concept connu et institution permanente depuis le droit romain, aurait-elle brusquement quitté sa chrysalide pour répondre aux exigences de la pratique contemporaine ? Subit-elle simplement les influences centrifuges des lobbies bancaires et patronaux, de la sécurité sociale, des compagnies d'assurance et de l'ensemble des milieux d'affaires ou bien sa mutation est-elle le fruit de l'évolution continue ? Indiscutablement, la doctrine dominante a fait de cette décision une révolution et, avec elle, table rase des raisonnements cherchant, dans la tradition et la nature des choses, le sens de l'évolution du concept. Le courant doctrinal qui plaidait pour la disparition de la condition de l'erreur du *solvens*⁽⁶⁶⁵⁾ a saisi l'occasion de cette décision, somme toute d'espèce, pour réformer une institution si ancienne qu'aucun législateur contemporain n'aurait eu le courage d'une telle initiative politique. Ce discours doctrinal conduit à évincer la condition de l'erreur du *solvens* au motif qu'aucune erreur n'aurait été démontrable, que l'hypothèse de l'intention libérale de l'employeur à l'égard de l'URSSAF est pour le moins marginale, et surtout qu'en termes de probabilité, les organismes payeurs qui traitent par systèmes informatisés, ne peuvent que commettre une erreur quand le paiement s'avère indu ; qu'enfin, plutôt que poser une présomption d'erreur, autant débarrasser définitivement l'institution de ses guenilles en consacrant l'abandon de la condition et en laissant à l'*accipiens* le loisir de démontrer l'intention libérale du *solvens*. Et, sur le problème particulier du paiement conforme à une règle prétorienne qui ne durera pas le temps de la prescription, admettre l'erreur du *solvens* eût été admettre l'erreur de la Cour de cassation. Les commentateurs des *Grands arrêts* expliquent cette position silencieuse de sa *ratio decidendi*. "On perçoit mal pourquoi - sinon pour des raisons de sécurité juridique manifestes - la jurisprudence refuse de prendre en compte dans les procédures de recours l'erreur de droit qui résulte d'un changement de jurisprudence⁽⁶⁶⁶⁾". L'erreur de droit ne naît pas d'un revirement ; cela discréditerait la continuité de la jurisprudence. À défaut

⁽⁶⁶⁵⁾ I. DEFRENOIS-SOULEAU, "La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil", *RTD civ.* 1989, p.243 ; D. R. MARTIN, "De la répétition de l'indu", *D.* 1993, chr., p.167.

⁽⁶⁶⁶⁾ F. TERRE et Y. LEQUETTE, commentaire de Cass. ass. plén., 2 avril 1993, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, précité, p.629.

d'explication, la sécurité juridique doit donc s'imposer " manifestement " puisque la solution est désormais acquise.

116. La solution acquise - La formule "solution acquise" désigne des solutions qui ont accédé à une constance qui se passe désormais d'explication. Qu'elle semble paradoxale ou illogique ⁽⁶⁶⁷⁾, la solution acquise est devenue factuelle. On ne la présente plus comme le résultat d'une interprétation mais comme un fait ⁽⁶⁶⁸⁾. C'est pourquoi ce qui est acquis est en général *définitivement* acquis ⁽⁶⁶⁹⁾, comme si la constance de la jurisprudence était un phénomène irréversible. L'on ne peut que rapprocher cette expression de la distinction opérée par Gény entre le "donné" et le "construit" pour montrer que, dans l'esprit des auteurs contemporains, la Cour de cassation est capable de produire des énoncés normatifs qui intégreront le "donné". Sans le dire, la doctrine prête à la répétition, à la constance et à la stabilité, les vertus que le droit naturel accorde à la tradition : la vertu d'un révélateur de la bonne solution découverte et maintenue par le temps. C'est ainsi que la solution acquise rejoint les principes insusceptibles de controverse et indiscutables ⁽⁶⁷⁰⁾, et ce en dépit de la nécessité de les rappeler périodiquement en permettant la publication ⁽⁶⁷¹⁾. En somme, le statut de solution acquise est accordé aux règles prétoriennes, dont doctrine et jurisprudence considèrent qu'elles constituent le fond certain du droit positif. Irréductible droit naturel ou irréductible droit positif, la solution acquise est forcément la solution sûre ⁽⁶⁷²⁾.

⁽⁶⁶⁷⁾ C. GIVERDON, obs. au *D.* 1992, somm., p.138 : "La Cour de cassation répond par l'affirmative assez curieusement toutefois, par un arrêt de cassation pour défaut de base légale alors que, semble-t-il, il aurait été plus logique que ce fût en violation de l'art.42 al.2. La solution n'en est pas moins acquise et apparemment paradoxale. Il semble cependant que la position de la Cour de cassation doit être approuvée".

⁽⁶⁶⁸⁾ Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome 1, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, Rousseau, 2ème éd., par R. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, 1934, p.177. : "La vie a besoin de stabilité autant que de progrès et l'on sait que les revirements sont rares en jurisprudence ; une interprétation judiciaire est un fait acquis".

⁽⁶⁶⁹⁾ F. CHABAS, note sous Cass. civ. 2ème, 25 janvier 1995, *Gaz. Pal.* 1995, 18-20 juin 1995, p.28 : "Il est par ailleurs acquis (définitivement semble-t-il) que lorsqu'il y a choc entre la victime (ou son véhicule) et véhicule en mouvement du défendeur, ce dernier est impliqué".

⁽⁶⁷⁰⁾ J. MASSIP obs. sur Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, *Defrénois* 1997, p.990, n°100 à propos de l'interprétation de l'article 334-9 du Code civil selon laquelle l'interdiction de contester une filiation établie par un titre et une possession d'état conforme ne concerne que les enfants légitimes, non les enfants légitimés. "Non seulement la solution est indiscutable en droit, mais, au surplus, on observera qu'il ne paraît pas justifié que la légitimation rende inattaquable la reconnaissance sur laquelle elle s'appuie et permette à son auteur de s'approprier l'enfant d'un tiers avec la complicité de la mère".

⁽⁶⁷¹⁾ D. TRICOT, in P. DRAI, Y. CHARTIER, D. TRICOT, "Cour de cassation et doctrine", *Droits-20*, 1994, p.120-121 ; "Les arrêts publiés au bulletin civil ou criminel, ou signalés au bulletin d'information de la Cour de cassation, présentent un intérêt particulier dû à la nouveauté ou à l'utilité de rappeler une solution acquise".

⁽⁶⁷²⁾ comp. C. ATLAS, *Théorie contre arbitraire*, précité, p.58 : "La plupart des juristes souscriraient à cette affirmation qu'à la suite de la naissance d'une "jurisprudence solide", la réflexion théorique change : "le débat

117. Conclusion - À la réflexion, la solution certaine, la solution efficace, la solution acquise, la solution exacte sont autant de solutions sûres pour qui les connaît. Comme le praticien, le magistrat ou le professeur qui cherche à décrire l'état du droit positif de manière à renseigner son client, à juger conformément aux règles applicables ou à exposer un cours à ses étudiants, les juristes se projettent inévitablement dans l'avenir de telle sorte que, plus encore que certaine, exacte ou acquise, *la solution sûre sera la solution prévue. Et, pour être prévue, encore fallait-il qu'elle fût prévisible.* Et rétrospectivement, la solution prévisible sera-t-elle la solution qui aura été prévue ? Cette alliance entre la sécurité et la prévisibilité implique de la part du juriste une activité prédictive. La solution prévisible étant nécessairement une solution future, il doit s'en remettre à des concepts qui lui permettront de maîtriser l'avenir et l'évolution de la matière qui le préoccupe⁽⁶⁷³⁾. Si effectivement l'unicité de la solution est un gage de sécurité pour le présent, parce que l'absence de solution dissidente ou minoritaire impose l'unique solution comme une évidence, l'avenir réserve au juriste les incertitudes à naître. Il doit donc cheminer parmi la diversité des fondements possibles pour prévoir la solution qui, demain, sera positive.

Section 2.

Prévoir la bonne solution

118. Une solution future - "Le droit bancaire français reste en l'absence de Code de la monnaie et du crédit soumis au droit commun complété par les usages et aménagé par la pratique, sous le contrôle de la jurisprudence. Le régime du compte courant comme la responsabilité professionnelle du

doctrinal s'en trouve considérablement éclairci : il existe désormais des points acquis" (P. CATALA, "L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve, *RTD civ.* 1960, p. 396, n°5). Autrement dit, là où il y a réponse du droit positif, la théorie est à la fois inutile et condamnable; elle ne peut créer qu'en dehors des "points acquis". La réalité est sans doute un peu moins simple. La théorie ne cède pas toujours respectueusement le pas au droit positif pour ne commencer, révérences gardées, qu'à ses limites. A l'évidence, le besoin de théorie se fait sentir à l'intérieur même de la règle la mieux établie, de la solution la plus certaine".

⁽⁶⁷³⁾ v. F. DOUET, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, préface de B. Néel, Paris, LGDJ, 1997, p.153 s. Pour cet auteur, la solution respectueuse de la sécurité juridique est une solution prévisible ; il s'emploie ainsi à montrer par quelles procédures et à l'aide de quels concepts ("sûrs"), les justiciables peuvent prévoir les évolutions de l'interprétation des textes fiscaux.

banquier sont des exemples types de ce système qui est à la fois flexible, adaptable et assez stable. Les déferlantes législatives et réglementaires de la dernière décennie inclinent à se réjouir du maintien de secteurs du droit aux solutions stables sans être irréversibles. La prévisibilité est en droit civil comme en droit des affaires une qualité précieuse pour les opérateurs et les usagers ⁽⁶⁷⁴⁾. L'idée est aujourd'hui bien ancrée que la solution figée est en soi mauvaise, mais l'imagination des juristes étant elle aussi un facteur d'insécurité, la doctrine non seulement recherche des solutions sûres mais encore, à travers la solution prévisible, pour connaître la solution future, elle cherche à dégager des recettes fiables et des concepts sûrs (PARAGRAPHE 2). Peu importent les évolutions, elles sont inévitables ; la solution restera sûre si elle peut être induite (PARAGRAPHE 1).

PARAGRAPHE 1. LA SOLUTION INDUITE

119. La solution répétée - Lentement mais sûrement, la solution se dessine, s'affirme et s'affermite. Elle finit par s'imposer par la régularité de son application et tire son caractère général de la répétition. Pour être sûre, la règle prétorienne doit être répétée "jusqu'à ce que [elle entre] dans tous les manuels et dans tous les esprits voire dans la loi ⁽⁶⁷⁵⁾" ; mais le plus souvent, il suffira simplement "de constater que la solution consacrée par plusieurs décisions s'impose en fait avec un certain caractère de stabilité, partant de prévisibilité, pour autoriser à les qualifier de règles juridiques ⁽⁶⁷⁶⁾". La solution gagne alors sa légitimité dans la répétition : "une jurisprudence, parfois séculaire, n'est pas un accident ; si la solution se répète c'est qu'elle a des raisons ⁽⁶⁷⁷⁾" ; des raisons de s'incliner devant la constance. "La sagesse des juges leur déconseille l'obstination têtue. Le maintien sans faiblesse de la ligne jurisprudentielle contestée emporte le plus souvent, au bout d'un temps qui peut être plus ou moins long, l'évanouissement des mouvements de résistance

⁽⁶⁷⁴⁾ C. GAVALDA, note sous Cass. com., 6 avril 1993, *D.* 1993, p.310.

⁽⁶⁷⁵⁾ A. PERDRIAU, "Visas, " chapeaux " et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation", *JCP* 1986.I.3257.

⁽⁶⁷⁶⁾ E. S. DE LA MARNIERRE, *Éléments de méthodologie juridique*, précité, p.81.

⁽⁶⁷⁷⁾ H. BATIFFOL, "La responsabilité de la doctrine dans la création du droit", *RRJ* 1981-2, p.175 ; F. DERRIDA, obs. sur Cass. com., 20 février 1990, *D.* 1991, somm., p.3 qui mesure l'importance de la décision commentée, à la reconduction de la solution.

(...) ; ce ralliement s'inscrit dans la logique de l'unité de la jurisprudence et contribue de ce point de vue à une certaine sécurité juridique ⁽⁶⁷⁸⁾".

En somme, la solution est sûre parce qu'elle est répétée ; la validité de l'induction réalisée est assurée par le respect de la sécurité juridique. On pressent que, présenté comme le fruit d'un établissement coutumier et irréversible, le résultat de l'induction n'est jamais qu'un pronostic sur la norme future. La solution répétée a ses nuances, connaît des revirements et n'est stable qu'après coup. À travers "la solution répétée", c'est plus certainement une solution prévisible que la doctrine tâche de prescrire.

PARAGRAPHE 2. LA SOLUTION PREVISIBLE

120. Des recettes fiables - Sous l'apparence d'une déférence au dogme de la solution unique, les auteurs déploient une rhétorique de l'adhésion à la solution posée qui ménage la part du travail d'élaboration et de construction. Bien que cela n'apparaisse pas toujours lisiblement dans les commentaires d'arrêt "à chaud", sur des questions importantes nécessitant un recul suffisant, la doctrine sait préserver son autorité scientifique et ne livre pas toujours au juge suprême la maîtrise de l'avenir.

À la suite des arrêts du 1er décembre 1995, la question de la validité des clauses de variation du taux d'intérêt a été reformulée et les solutions anciennes sont vite apparues *obsolètes* ⁽⁶⁷⁹⁾. Alors que la Cour de cassation n'avait pas encore eu l'occasion de changer sa jurisprudence, M. le professeur Mazeaud écrivait : "Sur ce point [la notion de prix abusif] la lecture des commentaires doctrinaux apporte quelques éléments de réponse mais guère de certitude en raison de propositions parfois difficilement conciliables, sinon contradictoires. Il faudra fatalement du temps et des arrêts pour que des *recettes fiables* soient livrées à la pratique. En matière de prêt à intérêts, il est difficile de livrer des critères décisifs et définitifs en ce qui concerne le taux d'intérêt abusif ⁽⁶⁸⁰⁾". La Cour de cassation confirmera cette orientation par un arrêt de la Chambre commerciale du 9 juillet 1996, en mettant un terme à la

⁽⁶⁷⁸⁾ J.-L. AUBERT, "La résistance des juges du fond", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.185.

⁽⁶⁷⁹⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Paris, 12 janvier 1996, *Defrénois* 1996, n°61, p.756 ; *contra* Aix, 27 février 1996, *Bull. Aix*, 1996/1, p.72.

⁽⁶⁸⁰⁾ D. MAZEAUD, *ibid.*, n°61, p.757.

nullité de principe de la clause de variation se référant au taux de base de la banque et transportant ainsi les difficultés sur le terrain de la définition des conditions de la variation. "L'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de rejeter la demande du bénéficiaire d'une convention d'ouverture de compte courant avec autorisation d'utilisation de crédit, tendant à voir nommer un expert à l'effet de recalculer les intérêts sur la base du taux d'intérêt légal, dès lors qu'elle retient que le taux de l'intérêt convenu pouvait varier en fonction de l'évolution du taux de base de la banque". La doctrine s'est montrée majoritairement satisfaite et même tout à fait séduite par ce changement de perspective favorable aux banques ⁽⁶⁸¹⁾, non seulement parce qu'il assure la cohérence du traitement de l'indétermination du prix dans le cadre général de l'abus, mais aussi parce que la jurisprudence antérieure réservait à la France une situation singulière face aux autres pays européens. Cette singularité était critiquée ⁽⁶⁸²⁾. L'uniformité du contrôle des pratiques bancaires permet une harmonisation des jurisprudences européennes conforme aux idéaux d'unité et de sécurité.

Mais au-delà de cette satisfaction, l'ancienne solution avait ses partisans ⁽⁶⁸³⁾ et ceux-ci ne manqueront pas de souligner le risque d'insécurité créé par l'absence de "critères objectifs de définition de l'abus" dans la fixation du prix ou dans la variation du taux. La fiabilité de la solution dépendra de la capacité des banques à préserver l'équilibre contractuel et de celle des juges à le faire respecter. Le désir d'unité posé, il s'agira ensuite de trouver, avec le temps, les moyens de sa réalisation. La définition de l'abus émergera de la façon dont la doctrine sera parvenue à saisir les aspirations de la pratique et à modifier les techniques contractuelles de celle-ci afin d'adapter son besoin de prévoir aux mouvements nécessaires de la matière. Le risque d'entrer dans une nouvelle impasse n'est cependant pas négligeable ; du coup, la doctrine se voit vigie : mieux vaut attendre que de prescrire d'emblée des critères imparfaits. Des faits sortira le droit, mais pour l'heure les recettes ne sont pas prêtes. À terme,

⁽⁶⁸¹⁾ "L'esprit concret de la Chambre commerciale est décidément très séduisant" selon Ph. DELEBECQUE, obs. sur Cass. com., 9 juillet 1996, *Deffrénois* 1996, p.1364 ; L. FINEL, "Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire", *JCP* 1996.I.3957.

⁽⁶⁸²⁾ I. CORBISIER, "La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe. Droit belge, luxembourgeois, néerlandais et allemand", *Rev. Aff. Europ.* 1993-3, p.27 ; R. SEFTON-GREEN, "La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe. Droit anglais", *Rev. Aff. Europ.* 1993-3, p.41.

⁽⁶⁸³⁾ J.-L. RIVES-LANGE, obs. sur Cass. civ. 1ère, 2 mai 1990, *Banque* 1990, p.1097 ; C. GAVALDA, note sous Cass. com., 9 juin 1992, *D.*1992, p.531. *Contra*, M. CABRILLAC et B. TEYSSIE, obs. à la *RTD com.* 1992, p.653.

L'observation des pratiques bancaires libérées des anciennes contraintes prétorienne permettra à la doctrine de fournir non seulement des expédients fiables mais aussi lui donnera les moyens de fonder la validité des solutions positives en dégagant des règles plus sûres. L'exigence de fiabilité et de sécurité a ainsi donné lieu à la création et à l'affermissement d'un certain nombre d'obligations que les professionnels doivent scrupuleusement remplir pour assurer la sécurité de leurs clients ; elle a également conduit la doctrine à imaginer des concepts plus "sûrs".

121. Des concepts sûrs - Le désir d'offrir aux praticiens des techniques plus efficaces et des garanties plus solides pour que les juges puissent fournir des règles plus adaptées aux contraintes économiques modernes, est assurément l'un des principaux axes de recherche de la doctrine privatiste. Il faut observer que les auteurs ne se sont pas contentés de concevoir des instruments sûrs, mais ils ont cherché à développer une certaine "sécurité des concepts".

Le développement des questions liées à la notion d'action directe nous paraît à cet égard topique. Au XXème siècle, la doctrine a contribué à conceptualiser les rapports d'obligations à plusieurs personnes en donnant une consistance à une dimension collective de l'intérêt contractuel. Associant l'intérêt économique au cadre traditionnel du contrat, l'action directe permettait de gagner en prévisibilité tout en augmentant la prise de risque. Dans sa thèse consacrée à cette notion, M. le professeur Jamin rappelait qu'avant d'avoir été conçue comme une dérogation à l'effet relatif des conventions, l'action directe avait été utilisée pour éluder les difficultés de mise en oeuvre de l'action oblique. En effet, cette dernière n'offre pas toujours au créancier qui agit contre le débiteur de son débiteur la possibilité de se faire payer de manière satisfaisante. Au préalable, il doit démontrer la défaillance de son contractant ; la somme récupérée dans le patrimoine du sous-débiteur réintègre alors celui du débiteur défaillant, ce qui n'augure rien de bon pour le créancier quand son contractant est en cessation des paiements : il devra affronter le concours des autres créanciers. L'action directe permet, elle, d'échapper à la condition de la démonstration de la défaillance du contractant, et surtout peut court-circuiter le risque d'une éventuelle faillite. En somme, le créancier qui peut agir directement contre un débiteur substitué dispose d'une garantie supplémentaire de paiement. L'on considère ainsi que "l'action directe confère à celui qui l'exerce une situation

privilegiée sur la créance de son débiteur qui lui est en quelque sorte réservée ⁽⁶⁸⁴⁾".

Cette garantie très particulière a donc donné lieu à une très abondante littérature notamment doctorale et a divisé les auteurs entre ceux qui ne voyaient que la loi comme fondement de l'action directe et ceux qui admettaient qu'elle puisse être d'origine prétorienne. Sur ce terreau *a priori* abstrait et conceptuel, ont éclos des questions très en prise sur les métamorphoses de la réalité économique. Ces mutations ont conduit à repenser la nature des rapports contractuels jusqu'à imaginer des liens d'obligation comprenant des prérogatives contractuelles en l'absence de formation d'un lien contractuel. Il faut remarquer que la discussion sur la nature légale ou extralégale de l'action directe en paiement qui durait encore dans les années soixante ⁽⁶⁸⁵⁾, céda sa place, dans les années soixante-dix et quatre-vingt, à un débat sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action directe en responsabilité, comme s'il était acquis que l'origine formelle des actions directes était indifférente. Légales, prétoriennes voire doctrinales, elles existaient pour répondre à un besoin de sécurité du créancier en lui garantissant une plus grande prévisibilité. La constatation de ce besoin suffisait à transporter le champ d'investigation doctrinale en d'autres lieux. En 1979, la Cour de cassation consacrait la possibilité pour le sous-acquéreur d'agir directement contre le vendeur initial en garantie des vices cachés. La solution n'était pas tout à fait nouvelle. Très tôt la Cour de cassation avait reconnu la possibilité pour le sous-acquéreur lésé d'agir contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire sur un fondement délictuel ⁽⁶⁸⁶⁾. Elle avait consacré ensuite la reconnaissance d'une action directe en dérogation aux principes régissant l'action oblique ⁽⁶⁸⁷⁾, action par laquelle elle laissait au sous-acquéreur lésé une option dérogeant au principe de non-cumul des responsabilités, en lui permettant d'agir en responsabilité délictuelle dès lors que le bref délai de

⁽⁶⁸⁴⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1995, n°189, p.338.

⁽⁶⁸⁵⁾ Selon M. le professeur Jamin, la thèse de M. le professeur Cozian, (*L'action directe*, Paris, LGDJ, 1969), mène à son apogée l'idée que les actions directes n'ont de fondement qu'exclusivement légal. Cette thèse toujours d'actualité dans les ouvrages juridiques aurait, toujours selon M. Jamin, enserré l'étude du régime de l'action directe dans sa double fonction de voie d'exécution et de privilège, et l'aurait même condamné à n'être plus qu'une sûreté. C. JAMIN, "Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français", in M. FONTAINE et J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers ; comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1992, p.264-265, n°2-3.

⁽⁶⁸⁶⁾ Cass. civ. 25 janvier 1820, S. 1820.1.213.

⁽⁶⁸⁷⁾ Cass. civ., 2 novembre 1884, S. 1886.1.149 ; Cass. civ., 17 novembre 1908, S. 1914, p.443.

l'action en garantie était expiré ⁽⁶⁸⁸⁾. La nouveauté de l'arrêt Lamborghini du 9 octobre 1979 résidait dans la précision qui faisait de l'action directe en garantie des vices cachés, une action nécessairement contractuelle, privant le sous-acquéreur d'une action en dommages et intérêts intentée hors du bref délai ⁽⁶⁸⁹⁾. Les enjeux du débat en étaient reformulés et ces actions directes se posaient véritablement comme des dérogations prétoriennes au principe de l'effet relatif des conventions. Depuis lors, doctrine et jurisprudence sont divisées sur la nature contractuelle ou délictuelle des actions en responsabilité dans les ensembles contractuels. Situons l'évolution du débat à partir de la distinction entre les chaînes de contrats et les groupes de contrats.

122. Chaînes homogènes, chaînes hétérogènes - L'appellation de chaîne de contrats concerne les ensembles contractuels dont l'objet de chacun des contrats comprend le transfert de la propriété d'un bien. Une succession de ventes est une chaîne dite " homogène " puisqu'elle est composée de contrats de même nature ; une succession de contrats d'entreprise avec fourniture de matériel et de ventes est une chaîne dite " hétérogène ". L'arrêt Lamborghini avait admis en 1979 la nature contractuelle de l'action directe en garantie des vices cachés dans les chaînes de ventes ; sur son élan, la Cour de cassation ouvrit, dans les chaînes homogènes, la possibilité d'agir directement en "responsabilité contractuelle de droit commun ⁽⁶⁹⁰⁾". Mais dans les chaînes hétérogènes, le débat devint conflictuel entre la première et la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Le 29 mai 1984, la première chambre civile consacrait l'action nécessairement contractuelle du maître de l'ouvrage contre le vendeur d'un produit défectueux, alors que, le 19 juin 1984, la troisième chambre refusait de l'imiter ⁽⁶⁹¹⁾. La thèse de la nature contractuelle de l'action en responsabilité dans les chaînes de contrats hétérogènes l'emportait finalement devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Celle-ci décidait le 7 février 1986 que "le maître de l'ouvrage comme le sous-

⁽⁶⁸⁸⁾ M. BRUSCHI, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Thèse Aix-en-Provence, 1995, n°41, p.83.

⁽⁶⁸⁹⁾ "L'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant ou un vendeur intermédiaire pour la garantie du vice caché affectant la chose vendue dès sa fabrication est nécessairement de nature contractuelle", Cass. civ. 1ère, 9 octobre 1979, *Gaz. pal* 1980. I. p.249, note PLANCQUEEL ; *D.* 1980, IR, p.222, obs. LARROUMET ; *RTD civ.* 1980, p.354, obs. DURRY.

⁽⁶⁹⁰⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1995, n°189-1, p.339 qui cite Cass. civ. 1ère, 19 mars 1983, *Bull. civ.* I, n°92.

⁽⁶⁹¹⁾ Cass. civ. 1ère, 29 mai 1984 et Cass. civ. 3ème, 19 juin 1984, *D.* 1985, p.213 note BENABENT ; *JCP* 1985.II.20387, note MALINVAUD ; *RTD civ.* 1985, p.406 obs. REMY.

acquéreur jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée ⁽⁶⁹²⁾". En réalisant cette extension du lien contractuel *intuitus rei*, la Cour de cassation donnait à l'action directe contractuelle une vocation à régir les rapports entre tous les participants à une chaîne de contrats avec les inconvénients dus à des délais d'action plus courts, mais aussi l'avantage pour le créancier de ne pas avoir à prouver la faute du débiteur de l'obligation inexécutée et pour le débiteur celui de n'être tenu en principe que des dommages prévisibles ⁽⁶⁹³⁾. La première chambre continuait son chemin. En 1988, elle innovait plus considérablement encore en consacrant le principe de l'action directe en "responsabilité contractuelle" dans les groupes de contrats.

123. Groupes de contrats - Cette appellation est réservée aux ensembles contractuels complexes qui, homogènes ou hétérogènes, rassemblent des contrats dont l'objet n'est pas de transférer la propriété d'un bien ⁽⁶⁹⁴⁾ ; les groupes superposent des contrats qui, ensemble, sont destinés à la réalisation d'une opération, l'extension du lien contractuel se faisant donc *intuitus operis* ⁽⁶⁹⁵⁾. Ainsi, par deux arrêts célèbres, la première chambre civile de la Cour de cassation consacrait la nature contractuelle de l'action directe dans les groupes de contrats. Le 8 mars 1988, elle posait que "dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre elle que d'une action de nature nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué" ⁽⁶⁹⁶⁾. Cela signifiait que l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant était encadrée par le régime de l'action en dommages et intérêts contractuelle et par les éventuels aménagements conventionnels de l'inexécution dont s'était entouré le sous-traitant. Cela signifiait en l'espèce

⁽⁶⁹²⁾ Cass. ass. plén., 7 février 1986, deux arrêts, *D.* 1986, p.293 note BENABENT ; *JCP* 1986.II.20616 note MALINVAUD, *RTD civ.* 1986, p.605 obs. REMY.

⁽⁶⁹³⁾ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n°53, p.205.

⁽⁶⁹⁴⁾ En dépit des nombreux travaux sur la question, *la notion de groupe de contrats n'est pas univoque*. L'on peut en effet admettre des groupes composés de contrat translatif de propriété au moins à titre accessoire lorsque la sous-traitance ou la location s'accompagne de fourniture de matériel : voir Ph. DELEBECQUE, "L'appréhension judiciaire des groupes de contrats", in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p.117

⁽⁶⁹⁵⁾ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 1992, précité, n°54, p.209.

⁽⁶⁹⁶⁾ Cass. civ. 1ère, 8 mars 1988, *JCP* 1988.II.21070, note JOURDAIN ; *RTD civ.* 1988, p.551, obs. REMY ; *ibidem*, p.741, obs. MESTRE.

que le client qui avait remis des diapositives au développement, diapositives perdues par le sous-traitant, se voyait opposer la clause limitative de responsabilité dont celui-ci bénéficiait à l'égard de son propre contractant. Le 21 juin 1988, la première chambre civile accentuait l'extension du lien contractuel en affirmant "que dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande de réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ⁽⁶⁹⁷⁾".

L'importance de ces deux décisions résidait tout à la fois dans le régime applicable aux relations de deux membres d'un ensemble contractuel, mais surtout la première chambre civile transformait la vision que les opérateurs devaient avoir de leur propre engagement. Si l'absence de lien contractuel formalisé n'était pas un obstacle à l'application d'un régime contractuel à cet ensemble, était-ce parce que le groupe de contrats formait lui-même un contrat ? Cela ne fut jamais dit mais il y avait dans cette orientation de l'évolution du droit des obligations, l'idée qu'il fallait aborder les relations économiques contractuelles d'un point de vue global, de façon sans doute à comprendre le groupe comme une unité d'objet et de mobile. En effet, si l'on s'en tenait à une définition souple du groupe, on pouvait superposer des contrats de transport, d'entreprise voire de bail pour définir une unité de l'objet de l'opération. Le point délicat restait évidemment le consentement.

Pour justifier la dérogation aux règles traditionnelles de formation des conventions que l'on sentait poindre, en plus de la dérogation à l'effet relatif déjà consacrée, les auteurs imaginèrent la notion de *tiers intéressé* ⁽⁶⁹⁸⁾. Cela permettait d'adoucir l'argument de texte tiré d'une interprétation rigoriste de l'article 1165 du Code civil en suggérant que les ensembles contractuels, par leur structure complexe, échappaient pour partie au droit commun des obligations. Le consentement donné pour un contrat valait adhésion au groupe de contrats. Cela justifiait l'action directe de nature nécessairement contractuelle ; cela renforçait l'exigence de vigilance du contractant pour une

⁽⁶⁹⁷⁾ Cass. civ. 1ère, 21 juin 1988, *D.* 1989, p.5 note LARROUMET ; *JCP* 1988.II.21125, note JOURDAIN ; *JCP*, éd. E, 1988.II.15294, note DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1989, p.107, obs. REMY.

⁽⁶⁹⁸⁾ Ph. DELEBECQUE, note sous Cass. civ. 1ère, 8 mars 1988, *RJCom.* 1988, p.304 ; J. GHESTIN, "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", *JCP* 1992.I.3628.

meilleure gestion des risques du contrat. Mais alors que la doctrine avait prôné l'adoption du régime contractuel pour augmenter la prévisibilité des événements, la Cour de cassation fit machine arrière pour garantir la cohérence.

En fait, le système contractuel posait plus de questions qu'il n'en résolvait, et après trois ans d'une construction innovante de la première chambre, l'assemblée plénière donna sa préférence à l'application sans nuance du principe de l'effet relatif des conventions, à laquelle la troisième chambre civile était restée fidèle ⁽⁶⁹⁹⁾. L'arrêt Besse du 12 juillet 1991 marquait le retour à l'orthodoxie ⁽⁷⁰⁰⁾. Sous le visa de l'article 1165 du Code civil, l'assemblée plénière censurait une décision de la Cour d'appel de Nancy qui avait repris au mot près la formule utilisée par la première chambre le 8 mars 1988. Un laconique attendu de principe rendu sur le ton d'une évidence, ("attendu qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la Cour d'appel a violé le texte susvisé"), mettait un terme à un mouvement doctrinal qui avait vu dans l'action directe conjuguée à l'extension du rayonnement contractuel, un instrument favorisant la sécurité et la prévisibilité. Le sentiment avait gagné qu'à trop vouloir prévoir, on risquait d'être incohérent ⁽⁷⁰¹⁾.

124 Mécanisme correcteur ou garantie de prévisibilité ? - Alors que, dans un premier temps, la jurisprudence fit écho à l'idée doctrinale qu'une plus grande prévisibilité des conséquences de l'inexécution était assurée par la voie contractuelle plutôt que par la voie délictuelle ⁽⁷⁰²⁾, l'idée inverse finit par triompher.

Il faut bien comprendre que cette question des groupes de contrats a été, un temps, le nerf d'une réflexion sur l'ensemble de l'ordre juridique. Il faut observer que lorsqu'elle examine une question technique, la doctrine ne

⁽⁶⁹⁹⁾ Cass. civ. 3ème, 22 juin 1988, *JCP* 1988.II.21225 note JOURDAIN ; Cass. civ. 3ème, 13 décembre 1989, *RTD civ.* 1990, p.287, obs. JOURDAIN.

⁽⁷⁰⁰⁾ H. GROUDEL, "Les groupes de contrat : le retour à l'orthodoxie", *Resp. civ. et ass.* 1991, chr., p.23.

⁽⁷⁰¹⁾ MOURIER, concl. pour Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, *RJDA* 1991, p.586.

⁽⁷⁰²⁾ J. MESTRE obs. sur Cass. civ. 1ère, 21 juin 1988, *RTD civ.* 1989, n°6, "Du sous-contrat au groupe de contrats", p.75 : "Ensuite, c'est au nom d'un impératif de *prévisibilité* qu'est affirmé le caractère nécessairement contractuel de l'action qui va relier les deux personnes situées aux extrêmes de l'ensemble contractuel. Ainsi, cette considération, qui inspirait déjà légalement le régime de la responsabilité au sein même du contrat, rayonne au-delà et va jusqu'à justifier que des personnes souffrent d'un accord auquel elles n'ont pas été parties. Cette idée qu'un contrat est aussi fortement un *acte de prévision* est naturellement intéressante au point de vue théorique, et peut même concrètement conduire à l'affermissement de certaines solutions, par exemple en droit transitoire".

discute pas sa place au sein des interprètes, ni ne mène de réflexion globale. Pourtant, l'attention des auteurs se concentre ponctuellement sur des questions dont les réponses apportées modifient notre perception du droit positif. Est-ce ce regard doctrinal qui produit le changement ou est-ce la nouveauté des solutions consacrées ? Question sans réponse, mais le fait de questionner modifie déjà le réel parce que celui qui s'interroge sur une solution acquise peut toujours entamer sa discussion en faisant un aveu de complexité et en montrant que tout n'est pas si simple. Ainsi, si aujourd'hui on ne revient pas en doctrine sur le principe de l'effet relatif des conventions revigoré par l'arrêt Besse, la persistance d'une littérature abondante sur la nature de l'action directe montre le souci de concevoir le régime des ensembles contractuels complexes à partir des conditions classiques de formation des conventions, mais en tenant compte des questions nouvelles posées par l'allongement des chaînes de distribution et la spécialisation des opérateurs. Cela conduit des auteurs à aborder ces ensembles contractuels dans leur globalité de façon à saisir leurs différences d'avec la conception classique du contrat.

Les thèses de MM. les professeurs Teysié⁽⁷⁰³⁾ et Néret⁽⁷⁰⁴⁾ considérées comme à l'origine du mouvement prétorien des années 1980⁽⁷⁰⁵⁾, ont été suivies récemment par d'autres qui ont révélé des approches conceptuelles originales de l'ensemble contractuel⁽⁷⁰⁶⁾. Indépendamment des solutions consacrées par la Cour de cassation, les analyses faites par la doctrine ont mis le doigt sur une difficulté récurrente et pour laquelle il s'agit de concevoir un régime juridique capable d'assurer au participant d'un ensemble contractuel complexe la réalisation de ses prévisions. En effet, puisque l'on considère classiquement que le contrat est un acte de prévision⁽⁷⁰⁷⁾, il est déterminant que la chaîne ou le groupe de contrats puissent assurer au contractant la

⁽⁷⁰³⁾ B. TEYSSIE, "Les groupes de contrats", Paris, LGDJ, 1975, préface de J.-M. Mousseron, n°584 "L'apparition de qualifications de groupes consacre cette unité en même temps qu'elle suscite la question de leur devenir. Ne seraient-ils qu'une étape sur la voie de l'intégration d'un certain nombre de conventions en un contrat unique à structure complexe? La découverte de relations de nature contractuelle entre toutes les parties à un groupe rend l'interrogation plus pressante (...) n'annoncent-ils pas la naissance de nouveaux contrats complexes ?"

⁽⁷⁰⁴⁾ J. NERET, *Le sous-contrat*, Paris, LGDJ, 1979, préface P. Catala.

⁽⁷⁰⁵⁾ C. JAMIN "Une restauration de l'effet relatif du contrat", *D.* 1991, chr, p.257.

⁽⁷⁰⁶⁾ D. MAINGUY, *La revente*, Paris, Litec, 1996, préface Ph. Malaurie, p.422. "Une observation partielle des reventes aurait pu laisser penser que, écarté l'article 1165 du Code civil, s'opère une " fusion contractuelle " de la vente et de la revente. Une observation plus complète tempère cette conclusion pour admettre une solution admettant une certaine imbrication sans que celle-ci soit totale" ; *adde*, M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface de Y. Lequette, Paris, LGDJ, 1996.

⁽⁷⁰⁷⁾ J. MESTRE, obs. *RTD civ.* 1989, p.75.

prévisibilité recherchée. Or un ensemble de contrats n'est pas strictement un contrat, quoiqu'on leur reconnaisse des propriétés communes. Certes, on ne parlera pas de partie mais l'on admettra sans peine que les participants d'un ensemble contractuel sont empiriquement intéressés par les liens contractuels qui unissent les autres. Les conditions posées pour la formation des contrats, capacité, consentement, objet et cause, n'ont pas d'équivalent dans la discussion sur la formation des ensembles contractuels, mais économiquement les acteurs ne sont pas dupes. Ils intègrent nécessairement dans leur prévision le risque d'une adhésion à un ensemble contractuel complexe, en tant que distributeur, en tant que fournisseur, en tant que sous-traitant (agréé et non), et même en tant que consommateur. L'action directe de nature nécessairement contractuelle était une tentative prétorienne destinée à placer les contractants en situation de prévoir dans un cadre fini. Elle leur permettait d'intégrer, dans leurs raisonnements économiques, les conséquences d'une éventuelle inexécution de ses obligations par l'un quelconque des membres de l'ensemble, sachant qu'aux termes de l'article 1150 du Code civil, en matière contractuelle, la réparation des conséquences de l'inexécution est limitée par le dommage prévisible.

Pour certains auteurs, l'arrêt Besse a marqué un retour louable à l'orthodoxie ⁽⁷⁰⁸⁾. Pour d'autres et notamment pour M. le professeur Larroumet qui avait toujours plaidé en faveur de la nature nécessairement contractuelle de l'action dans les ensembles complexes ⁽⁷⁰⁹⁾, cet arrêt a témoigné d'une attitude frileuse de la plus haute formation de la Cour de cassation, alors qu'elle avait su montrer de l'audace dans d'autres domaines. Selon cet auteur, la lecture rigide et traditionnelle de l'article 1165 du Code civil nie le concept d'ensemble contractuel alors que celui-ci, correspondant à une réalité économique, méritait d'être juridiquement structuré ⁽⁷¹⁰⁾. La fermeté de la position de la Cour de cassation sur l'application de l'effet relatif des conventions et la mort de la théorie des groupes de contrats ⁽⁷¹¹⁾ font place à des discussions *de lege ferenda* sur l'opportunité de concevoir des actions directes dans des groupes spéciaux de contrats. Mme le professeur Viney

⁽⁷⁰⁸⁾ H. GROUDEL, "Les groupes de contrat : le retour à l'orthodoxie", *Resp. civ. et ass.* 1991, chr., p.23.

⁽⁷⁰⁹⁾ C. LARROUMET, "L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité dans les ensembles contractuels", *JCP* 1988.I.3357.

⁽⁷¹⁰⁾ C. LARROUMET, "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", *JCP* 1991.I.3531.

⁽⁷¹¹⁾ Ph. DELEBECQUE, "L'appréhension judiciaire des groupes de contrats", in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p.120.

remarquait déjà à la suite de l'arrêt Besse que, "s'agissant de manquements purs et simples au contrat sans atteinte à la sécurité, cette réorientation appelle des réserves et des nuances. Le régime délictuel apparaît en effet inadapté car il ne permet l'indemnisation de la victime qu'au prix d'une déformation de la notion de faute délictuelle et au risque d'un bouleversement de prévisions contractuelles. Pour éviter ces inconvénients sans priver la victime de toute possibilité d'agir directement contre l'auteur du dommage, il serait donc souhaitable de consacrer par voie législative une véritable " action directe " appuyée sur le contrat en la limitant toutefois strictement aux relations entre créancier et débiteur substitué, notamment, en matière de sous-traitance, entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ⁽⁷¹²⁾".

Le partage persistant de la doctrine sur cette question des groupes de contrats montre que le recours à la prévisibilité des solutions comme but et principe décisif du concept sûr n'apporte pas grand chose ; tout simplement parce que la sécurité et les prévisions des uns ne sont pas celles des autres. Pour beaucoup, le régime des relations contractuelles serait le meilleur moyen d'assurer la réalisation des prévisions mais, dans le même temps, on relève les limites de cette idée. Cela nous donne les discussions sans fin sur la nature de la responsabilité encourue dans telle ou telle hypothèse, sachant que le but visé est prétendument d'assurer une meilleure sécurité. La responsabilité du transporteur engagée du fait d'un tiers à l'occasion d'un vol de bagages dans un compartiment non fermé et situé en bout de wagon, est-elle contractuelle ou délictuelle ? La réponse prévisible dépend des orientations générales données au droit de la responsabilité. Hier, elle était contractuelle ; aujourd'hui elle ne le serait plus. La Cour de cassation attentiste cherche la solution sûre ⁽⁷¹³⁾. Qui peut, à cette heure, prédire la solution ? Quelle responsabilité est mieux à même d'assurer la sécurité des relations juridiques ? Les réponses sont si variées. Dans un autre registre, on dira que "la soumission des notaires au droit de la responsabilité délictuelle est gage de sécurité pour les victimes ⁽⁷¹⁴⁾", mais comment expliquer que des professions voisines soient soumises à des régimes différents ⁽⁷¹⁵⁾ ? On dénoncera la décision qui aura fait

⁽⁷¹²⁾ G. VINEY, note sous Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, *JCP* 1991.II.21743.

⁽⁷¹³⁾ Cass. civ. 2ème, 6 mars 1996, *Bull. civ.* II, n°58 ; *JCP* 1996.I.3958, n°4 obs. FABRE-MAGNAN ; *D.* 1997, somm. p.25, obs. DELEBECQUE.

⁽⁷¹⁴⁾ J.-L. AUBERT, "Dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité notariale", *Rapport de la Cour de cassation 1994*, Paris, La documentation française 1995, p.79.

⁽⁷¹⁵⁾ Dire que les notaires ou les huissiers ont un régime de responsabilité autonome n'explique pas que les commissaires-priseurs, par exemple, n'en aient pas : v. Ph. LE TOURNEAU et L. CADJET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz Action, 1996, n°2392, p.551.

primer l'ordre contractuel et sa sécurité juridique sur les impératifs de l'ordre public ⁽⁷¹⁶⁾, mais l'on plaidera aussi pour l'abandon d'une "solution arithmétique qui sert de moins en moins la sécurité juridique au profit d'une solution plus équitable et plus utile ⁽⁷¹⁷⁾".

Arrivé à ce point, il faut comprendre que la prévisibilité, la sécurité, la justice ou l'ordre public sont des exigences qui n'identifient pas nécessairement des réalités concrètes mais qui produisent des ressorts argumentatifs. Les concepts sûrs ne sont jamais que des objets intellectuels. Leur stabilité et leur unité d'entendement dépendent à la fois de leur efficacité pratique, de l'obéissance aux normes qui les véhiculent et de leur fonction dans le discours doctrinal. Sous l'interprétation, comme les pilotis du système juridique, l'on va trouver les différentes perspectives philosophiques qui contradictoirement, non seulement établissent les guides et les contraintes interprétatives mais aussi justifient et donnent un sens aux pratiques existantes. Les questions "techniques" résonnent donc toujours à plusieurs niveaux d'entendement.

Si l'on s'interroge sur la nature de l'action directe, mécanisme correcteur ou garantie, on donne au débat doctrinal une dimension philosophique, tout à la fois parce que l'on va raisonner sur l'essence d'une chose et incidemment parce que l'on va s'appuyer sur la distinction aristotélicienne de la justice. Sur cette même question, les philosophies utilitaristes vont donner une assise à des raisonnements et des solutions différentes ; les philosophies positivistes et réalistes feront de même. Si aujourd'hui les acteurs du théâtre juridique, selon la métaphore de MM. les professeurs Ost et Van de Kerchove, recherchent la prévisibilité des solutions, ils n'assoient pas la maîtrise de l'avenir sur les mêmes fondements théoriques. Pourtant, si d'un point de vue descriptif on peut penser que la prévisibilité ne peut servir de fondement à des solutions divergentes, il reste que les tenants des thèses opposées auront à coeur de montrer que la solution qu'ils prônent est la plus efficace, la plus exacte, la plus constante ou la plus prévisible et cela, parce que dans notre système juridique positif, les valeurs qui sont censées remporter l'adhésion des juges et des justiciables sont aujourd'hui plus centrées sur la sécurité que sur l'ordre public ou sur l'équité. Du reste, la critique doctrinale peut, le cas échéant,

⁽⁷¹⁶⁾ C. COLOMBET, obs. sur Paris, 6 juillet 1989, *D.* 1990, somm. p.57 : "L'arrêt (...) laisse une impression de malaise qui provient précisément du fait qu'il contient quelque chose de difficilement acceptable pour la doctrine française du droit d'auteur, notamment lorsqu'il fait prévaloir les obligations d'un contrat et la sécurité juridique qui y est attachée sur les nécessités de l'ordre public".

⁽⁷¹⁷⁾ D. VOINOT, note sous CJCE, 24 novembre 1993, *Keck*, *D.* 1994, p. 191.

dénoncer les heurts théoriques entre la sécurité d'une part, et l'ordre public ou la cohérence d'autre part, notions dont les champs sémantiques ne sont pourtant pas moins flous ⁽⁷¹⁸⁾. Pour revenir aux actions directes, la recherche de la prévisibilité s'est pour l'instant soldée par un retour à une conception rigide de l'ensemble contractuel, mais cette longue controverse a mis à jour des questions qui n'ont pas cessé d'exister et qui, n'en doutons pas, réapparaîtront prochainement sous d'autres formes. Qu'il s'agisse du notaire, de l'avocat, qu'il s'agisse du *solvens* ou du "tiers intéressé", qu'il s'agisse même des commentateurs, la question est voisine. Qui doit assumer l'instabilité du droit positif et les incertitudes du prétoire ? Chacun voudrait être sûr de ses prédictions et tous voient d'un mauvais oeil la remise en cause du point de vue adopté.

⁽⁷¹⁸⁾ J. GHESTIN, "L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.77.

CONCLUSION DU TITRE 2 "LA SOLUTION SÛRE".

125. Quête ou conquête ? - La découverte de la solution sûre donne à la doctrine une mission et au droit une définition. L'affirmation du principe de sécurité juridique et la variabilité de son contenu laissent penser que le droit est envisagé de manière fonctionnelle : le droit doit assurer la stabilisation des relations sociales. On est passé de la nature stable du droit avancée par Ripert ⁽⁷¹⁹⁾ à la fonction stabilisatrice du droit. Les juristes se trouvent donc en situation de définir pour l'avenir les concepts, les solutions qui assureront cette fonction de stabilisation. Sous couvert de neutralité, la sécurité juridique absorbe le caractère péjoratif dont est teinte l'appréciation de la valeur politique, morale ou plus sûrement idéologique de la règle posée par le législateur ou le juge. La sécurité proclamée principe fondamental du droit français est un instrument rhétorique absolument creux ou parfaitement contradictoire. Sauf chez les auteurs qui distinguent encore, à l'instar de Demogue, sécurité statique et sécurité dynamique ⁽⁷²⁰⁾ pour montrer la valeur accordée à la protection du propriétaire ou des tiers, le sens donné en général à la sécurité juridique se nourrit des ambiguïtés entretenues par le discours doctrinal. La sécurité juridique n'est pas que polysémique. Elle est fortement ambiguë ⁽⁷²¹⁾. Elle relaie un discours centré sur lui-même plus apparenté à la poésie qu'à la logique ⁽⁷²²⁾. Les efforts faits pour recenser la diversité des contenus sont vains. C'est un contenant rhétorique qui neutralise le discours politique de la doctrine sans priver ses prescriptions de leur caractère persuasif. La sécurité juridique commande ⁽⁷²³⁾ et la solution s'impose par sa permanence ⁽⁷²⁴⁾.

⁽⁷¹⁹⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, précité, p.19.

⁽⁷²⁰⁾ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, précité, p.134 à propos du mandat apparent.

⁽⁷²¹⁾ *Supra* n°4.

⁽⁷²²⁾ Selon R. JAKOBSON, "l'ambiguïté est une propriété intrinsèque, inaliénable, de toute message centré sur lui-même, bref c'est un corollaire obligé de la poésie", cité par M. AQUIEN et G. MOLINIE, *Dictionnaire de rhétorique et de poétique*, Paris, Le livre de Poche, 1996, p.450.

⁽⁷²³⁾ J.-L. AUBERT, obs. sur Cass. civ. 1ère, 16 avril 1991, *D.* 1992, somm. p.265 : "La sécurité juridique commande, nous semble-t-il, qu'en toute hypothèse plus aucune action en nullité..."

⁽⁷²⁴⁾ A. HONORAT et A.-M. ROMANI, note sous Cass. com., 22 février 1994, *D.* 1995, p.29 : "La solution s'impose avec une égale évidence sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 (...) La compensation légale devait donc être écartée, ce qui fut fait. (...) La demande du tiré devait nécessairement être rejetée (...) L'arrêt commenté apporte un nouveau témoignage de la permanence de cette solution".

Mais la doctrine implore aussi pour elle-même la stabilité de son savoir et se laisse parfois aller à des incantations. Pour M. le professeur Brière de L'Isle, "comment entamer un procès dont on ne sait ce que sera son issue ? ⁽⁷²⁵⁾" ; des auteurs qui se font écho de la voix doctrinale de la pratique, reprochent volontiers à la doctrine universitaire de couper les cheveux en quatre et de n'aborder les questions que pour fuir les solutions ⁽⁷²⁶⁾ ; et plutôt que de faire les systèmes, certains paraissent supplier la juridiction suprême de les faire à leur place ⁽⁷²⁷⁾ ; on se laisserait aller à penser qu'ils réclament pour eux-mêmes la sécurité juridique.

⁽⁷²⁵⁾ G. BRIERE DE L'ISLE, "Sécurité et Loi", Entretiens de Nanterre des 16 et 17 mars 1990, *JCP* éd. E, 1990, *Cah. dr. entr.*, supplément n°6, p.6.

⁽⁷²⁶⁾ R. MARTIN, "Impertinente supplique d'un praticien à des chercheurs", *JCP* 1989.L3393.

⁽⁷²⁷⁾ G. COUTURIER, note sous Cass. civ. 1ère, 28 mars 1995, *D.* 1995, p.440 : "Pour mettre plus de sécurité juridique dans l'application de l'art. L.321-4-1 [C. trav.] et rendre les décisions des juges en la matière plus aisément prévisibles, il faudra attendre de la Cour de cassation bien d'autres directives".

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE "LA TRANSFORMATION EN DOCTRINE DE L'IDEE DE PERMANENCE".

126. La sécurité à laquelle la doctrine peut légitimement prétendre ! - Être en sécurité, c'est savoir ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas, savoir ce qui est conforme à l'ordre juridique et ce qui ne l'est pas, savoir ce qui relève de l'évidence et ce qui n'en relève pas. Mais l'on peut croire en la certitude d'un savoir et se tromper. Être en sécurité, c'est alors pouvoir se tromper légitimement. Il y a ainsi des erreurs que l'on peut commettre et d'autres qui ne sont pas admises - sans parler des erreurs inexcusables. L'erreur invincible crée le droit. L'erreur légitime du tiers contractant avec le mandataire apparent crée le lien de droit. Mais la sécurité de celui qui commet une erreur sur la valeur d'une chose n'est pas assurée, il aurait dû savoir. Le *solvens* qui payait en application d'une règle appelée à changer ne pouvait pas savoir que l'exigence de l'erreur disparaîtrait des conditions de la répétition de l'indu. Véritable imbroglio, les raisonnements juridiques pour expliquer les mutations des concepts font des allers et retours entre des niveaux épistémologiques différents. Les descriptions de la sécurité envisagent rarement la diversité des aspects des questions. Que dire de la sécurité du mandant engagé par l'apparence, ou celle de l'organisme URSSAF obligé de répéter des sommes qu'il avait dûment encaissées ? Tout cela montre que le savoir juridique est instable et il est illusoire de vouloir le fixer. L'illusion devient complète et les raisonnements parfaitement rigides dès lors que l'on passe de la description d'une situation factuelle de sécurité ou d'insécurité, au principe de sécurité juridique. Ce qu'il y a de plus curieux dans l'attitude des auteurs qui prônent le respect de la sécurité juridique, c'est qu'ils paraissent renoncer à leur faculté de raisonner *de lege ferenda* ou *de jure ferenda*. Cela n'est qu'une apparence. "L'argument de stabilité revient à dire qu'une solution approximative mais stable est un principe préférable à une solution plus pertinente ou plus juste, mais susceptible d'engendrer l'insécurité juridique de par sa nouveauté même ⁽⁷²⁸⁾"; mais, une fois placés sous l'égide de la "nécessaire stabilité des solutions", les raisonnements peuvent emprunter les chemins qui mènent au changement. Il n'est pas si paradoxal d'inviter "à

⁽⁷²⁸⁾ F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, p.136-138.

assurer au mieux la sécurité juridique, qui suppose prévision raisonnable et harmonisation des solutions", par un revirement des solutions déjà établies ⁽⁷²⁹⁾, quand on mesure à quel point les impératifs de l'unité et de la sécurité sont les véhicules rhétoriques du désir doctrinal de transformation du droit positif.

⁽⁷²⁹⁾ J. GHESTIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *D.* 1991, p.449. L'auteur se félicitait de l'interprétation *contra legem* de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 relative à la lutte contre les clauses abusives, interprétation ayant consacré la possibilité pour les juges du fond de réputer non écrites les clauses abusives contenues dans un contrat de consommation, quel qu'il soit, alors que la lettre du texte ne les dotait pas d'une telle faculté.

DEUXIEME PARTIE

LA PERMANENCE DU DESIR DOCTRINAL DE TRANSFORMATION

127. Les autorités - Selon la définition donnée par M. le professeur Carbonnier, "dans le vocabulaire juridique, on appelle " doctrine " l'opinion qui sur un point de droit se dégage comme prépondérante parmi les docteurs, (s'il peut s'en dégager une car ils sont très individualistes). Toute opinion tend à devenir du droit, surtout si elle réussit à séduire les juges. Mais ce n'est que l'effet d'une influence intellectuelle ; et la doctrine n'a pas auprès des juges l'autorité de la jurisprudence qui s'impose par le poids hiérarchique des tribunaux supérieurs ⁽⁷³⁰⁾". Cette réflexion sur la définition de la doctrine et sur l'influence qu'elle exerce sur les autorités habilitées à rendre des jugements nous invite à apprécier l'incidence du discours savant, non pas auprès des juridictions du fond mais directement auprès de la Cour de cassation. En effet, peut-être est-ce là un point de vue sociologiquement réducteur mais le poids des hiérarchies institutionnelles semble avoir un effet dissuasif contre l'émergence d'opinions doctrinales depuis les juridictions du fond ⁽⁷³¹⁾. Naturellement, cette réduction de la jurisprudence à la seule jurisprudence de la Cour de cassation évince une très grande partie du droit prétorien qui se

⁽⁷³⁰⁾ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, Forum, 1996, p.70.

⁽⁷³¹⁾ Il est rare que les juridictions citent expressément les opinions doctrinales. Pour un contre-exemple, v. Aix, 14 décembre 1995, n°583, *Bull. Aix*, 1995/2, p.303, obs. B. LASSALLE : "Une décision pouvait être prise à la majorité de l'article 25. Quel est l'effet du rejet (3.841 voix *contre*) de la demande d'autorisation qui n'a recueilli que 977 voix *pour* alors qu'elle requérait au moins 5.001 voix pour être adoptée par une assemblée réunissant 7.017 voix sur 10.000 ? En suivant la dernière position d'auteurs aussi éminents que MM. CAPOULADE et GIVERDON, dans la mesure où le nombre des copropriétaires présents ou représentés excédait la moitié des voix de tous les copropriétaires, il y avait en l'espèce décision de refus, même votée à la majorité relative, ne rendant pas nécessaire la convocation d'une autre assemblée générale en application du dernier alinéa de l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965. La Cour relève toutefois que cette opinion introduit dans le dispositif de la loi une notion de quorum qui n'y figure pas. Elle préfère donc se ranger à l'opinion d'autres auteurs aussi remarquables que les précités, tels que MM. GUILLOT, MORAND, ZURFLUTH et SIZAIRE en considérant qu'il n'a pu y avoir de décision d'approbation ou de rejet prise à la majorité de l'article 25 quel qu'ait été le nombre de voix et quel qu'ait été le sens du vote, et qu'une deuxième assemblée aurait dû être convoquée pour statuer à la majorité de l'article 24 de la loi".

créée sur le terreau des particularismes locaux ⁽⁷³²⁾. Mais l'analyse se tient sur plusieurs niveaux.

Dans l'ordre judiciaire, l'organisation hiérarchique de la magistrature est sans doute un obstacle à l'émergence d'idées neuves : les générations de magistrats se succèdent à un rythme et selon une périodicité qui respectent des procédures d'avancement très centralisées. Ajoutée au fait que la jurisprudence se fait essentiellement à Paris, en cour d'appel ou à la Cour de cassation, et que les revues juridiques n'y sont évidemment pas pour rien ⁽⁷³³⁾, cette imbrication des points de vue institutionnels et des habitudes de penser crée des réflexes conformistes que seule une étude sociologique menée en profondeur pourrait éclairer. On constaterait ainsi que l'éviction du point de vue sociologique confère à la Cour de cassation un *quasi-monopole* dans l'élaboration du droit prétorien ⁽⁷³⁴⁾. Cela se justifie d'un point de vue théorique dans la mesure où la Cour de cassation se présente comme le garant de l'unité du droit prétorien en particulier et du droit en général ⁽⁷³⁵⁾. Naturellement, la jurisprudence est un phénomène qui sociologiquement ne se réduit pas aux seuls énoncés de la Cour de cassation puisque tous les jugements ne sont pas frappés d'appel et que tous les arrêts d'appel ne sont pas frappés d'un pourvoi, mais sous le dogme de la solution unique, cette croyance selon laquelle un énoncé prétorien peut régler définitivement une question générale ou une série de questions particulières, fait que, seule la Cour de cassation et, selon les hypothèses, seule l'assemblée plénière de la Cour de cassation disposerait de ce pouvoir normatif général. On a pu constater que l'attitude suiviste qui résulte d'une adhésion au dogme de la solution unique, a connu depuis deux siècles une métamorphose sensible provoquée par l'érosion du principe de légalité ⁽⁷³⁶⁾. Le développement de la jurisprudence et l'émergence de son caractère normatif ont modifié la perception que la doctrine avait du législateur et qu'elle avait d'elle-même. Nécessairement, la

⁽⁷³²⁾ B. BEIGNIER, note sous TGI de Saintes, 2 juillet 1991, *D.* 1992, p.466 : à propos de l'application de l'article 1348 du Code civil qui permet prouver par tous moyens dès lors qu'existe une coutume régionale *contra legem* créant une impossibilité morale de rapporter un écrit ; J. PREVAULT, note sous Versailles, 21 septembre 1990, *JCP* 1991.II.21772 à propos de l'usage qui en région parisienne dispense les voisins de respecter la servitude légale de plantation de l'article 671 du Code civil.

⁽⁷³³⁾ Voir C. BEROUJON, "Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel", *RTD civ.* 1995, p.579 ; S. BORIES, "À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires)", *JCP* 1985.I.3213.

⁽⁷³⁴⁾ C. LARHER-LOYER, "La jurisprudence d'appel", *JCP* 1989.I.3407.

⁽⁷³⁵⁾ C'est un refrain que l'on lit chaque année dans les comptes rendus des audiences de rentrée disposés en ouverture des rapports de la Cour de cassation.

⁽⁷³⁶⁾ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, précité, p.58 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, précité, p.491 s.

doctrine et la jurisprudence se définissent l'une par rapport à l'autre puisqu'elles partagent toutes deux la même fonction d'interprète scientifique. La tension qui résulte du regard que chacun porte sur l'ordre juridique et de l'image que les interprètes entendent donner d'eux-mêmes se traduit par l'existence de questions fondamentales sur l'effectivité des énoncés produits. En concurrence, ils conçoivent, posent et prédisent des interprétations dont ils souhaiteraient qu'elles fussent éternelles ⁽⁷³⁷⁾. Les interprètes scientifiques partagent donc l'ambition de guider la réalisation de l'unité et de la permanence du droit et l'expriment dans un discours savant qui est son propre enjeu.

128 Son propre enjeu - La doctrine désigne à la fois l'auteur du discours et le discours lui-même considéré comme l'ensemble des travaux juridiques propres à une matière ou à une théorie. La dualité de la "doctrine" crée son ambiguïté. Cette remarque n'est pas purement sémantique ; elle porte en elle toute la difficulté à situer la place du discours doctrinal dans le concert des interprètes. L'auteur est autant en quête d'une reconnaissance personnelle que d'une autorité désincarnée et anonyme. Si, comme l'affirmait M. Touffait, peu d'auteurs franchissent la rampe de la Cour de cassation ⁽⁷³⁸⁾, à titre personnel s'entend, il reste que la doctrine dans son entier, en tant que communauté abstraite détentrice d'un savoir d'initié, influence directement les autorités décisionnaires. L'unité du discours n'est pas, du reste, une nécessité pour que l'influence soit réelle, puisque les interprétations divergentes par les juridictions sont aussi un reflet des affrontements doctrinaux. D'un point de vue sociologique, la communauté des juristes n'est pas homogène, peut-être l'est-elle même de moins en moins ; mais la notion d'entité doctrinale conserve une force importante dans la mesure où chaque auteur se projette dans son propre discours comme le représentant d'un groupe, soit qu'il soit majoritaire, soit qu'il soit minoritaire, soit qu'il soit unanime ⁽⁷³⁹⁾. Par cette

⁽⁷³⁷⁾ J. CHEVALLIER, "Les interprètes du droit", in P. AMSELEK (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.121

⁽⁷³⁸⁾ A. TOUFFAIT, "Conclusion d'un praticien (à propos de l'étude comparative sur les cours suprêmes)", *RID comp.* 1978, p.484 : selon cet auteur, infiniment rares étaient les opinions de la doctrine qui "franchissaient la rampe de la Cour de cassation" parce que formellement (et nominativement) la doctrine n'était pas une source du droit.

⁽⁷³⁹⁾ Ph. JESTAZ et C. JAMIN, "L'entité doctrinale française", *D.* 1997, chr., p.167 ; L. AYNES, P.-Y. GAUTIER et F. TERRE, "Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine)", *D.* 1997, chr., p.230 ; Adde, V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law* (étude comparative), Thèse Lyon III, 1995, qui représente la doctrine française de manière organique.

opération l'auteur rejoint l'entité doctrinale et se fond en elle, avec le dessein de maîtriser les incidences de l'abstraction doctrinale par un discours personnel.

Pour mesurer la réalité de l'influence de ce discours personnel sur l'ensemble de la doctrine, il faudrait être capable de connaître la vitesse d'établissement du savoir doctrinal en savoir juridique positif. Une telle étude ne peut être menée que sur de longues périodes et donc de manière historique car nos institutions fonctionnent en tenant le sceau de l'anonymat comme un gage d'objectivité. Ce secret qui donne aux organes délibérants leur autorité, a ses équivalents dans les abstractions utilisées par la doctrine pour parler d'elle-même. La diversité des personnages qui composent la doctrine, comme la diversité de leurs opinions philosophiques, de leurs méthodes d'enseignement ou encore de leurs conceptions de l'ordre juridique et le recours à une vision presque unitaire de la doctrine, placent le discours doctrinal au centre d'une tension fondamentale entre les différents intervenants sur la scène juridique. Quelle que soit la perspective théorique que l'on adopte, l'on en revient toujours à s'interroger sur l'influence de ceux qui ne décident pas, qui ne produisent pas de norme, qui n'énoncent au fond que des propositions mais qui, indéniablement, contribuent à la transformation de l'ordre juridique.

Nous avons pu observer que la doctrine justifiait ses prises de position par la neutralité de sa démarche. Une opinion déduite de la solution unique se confond avec la solution elle-même ; une opinion dérivant du principe de sécurité juridique se confond avec les exigences de ce principe. Mais la "solution unique", qu'elle soit "fixe" ou "sûre", a des propriétés différentes selon ce qu'entend montrer ou démontrer celui qui en use. L'absence de véritable critère de démarcation entre les différentes applications du concept de sécurité fait que la solution efficace, la solution acquise, la solution exacte, fixée ou prévisible, sont, toutes, l'expression d'un désir de certitude : certitude du contenu de la norme elle-même ou certitude des procédures de détermination de la signification des énoncés produits. Or cette certitude ne s'acquiert qu'en termes de probabilité. Du coup, la description doctrinale qui montre "la solution juridique" n'est qu'une prise de position sur un présent possible et un avenir probable. La solution unique n'est pas déduite mais induite. L'unicité de la solution n'est pas le résultat d'un constat mais celui d'un choix. Sous le syllogisme et la subsomption, on trouve l'enthymème et l'argumentation.

On comprend dès lors que la description doctrinale de l'ordre juridique constatant l'unité du droit et l'unicité nécessaire des réponses à donner, se double de prescriptions pour l'unité ; toutes deux expriment le désir doctrinal de transformation de l'ordre juridique.

L'étude du désir doctrinal de transformation sera donc menée en deux volets :

**Titre 1 Les descriptions doctrinales par l'unité.
Titre 2 Les prescriptions doctrinales pour l'unité.**

TITRE PREMIER

LES DESCRIPTIONS DOCTRINALES PAR L'UNITE

Quant aux jurisconsultes, comme s'il voulait supprimer tout usage de leur science, il déclara souvent "qu'il ferait en sorte, par Hercule, que personne ne pût donner de consultation excepté lui".

SUETONE, *Les douzes Césars, Caligula*, XXXIV.

Trad. par M. Rat, Paris, Classiques Garnier, 1955.

129. L'unité - L'unité convainc le sens commun. C'est là sa seule vertu. L'unité du droit, l'unité des concepts, l'unité de la doctrine ne sont rien d'autre que des représentations que l'expérience, le plus souvent, démasque. Mais rien n'y fait. Comme toutes les philosophies spéculatives, le droit est en quête permanente de cette unité, de cette pureté, *toujours désirée, toujours réalisée à bon marché*⁽⁷⁴⁰⁾ et toujours discutée⁽⁷⁴¹⁾. Lorsque l'École de la libre recherche scientifique et ses auteurs révoquèrent la méthode exégétique, c'était pour faire état d'une découverte. "Ils découvrirent progressivement combien leurs aînés avaient été obsédés par le rôle de la loi au détriment de leur vocation naturelle de partenaires du juge si longtemps oblitérée, et se démarquèrent d'eux en les rangeant dans "l'école de l'exégèse" dont ils dénoncèrent l'abus de construction juridique⁽⁷⁴²⁾".

Dénoncer l'unité d'un système ancien et archaïque pour construire ou révéler une nouvelle vision de l'ordre juridique participe d'un discours théorique qui emprunte à la rhétorique ce que la réalité ne parvient pas à imposer comme relevant de l'évidence. Le débat doctrinal, dans cette mesure, n'est pas seulement technique car, à travers l'illusion de neutralité, se dévoile le pouvoir des interprètes. La doctrine neutre, le juge anonyme, le législateur

⁽⁷⁴⁰⁾ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1970, p.86.

⁽⁷⁴¹⁾ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, tome IV, Paris, Rousseau, 1923, n°681, "Il ne faut pas trop céder aux tendances à l'unité. Il faut remarquer que chaque droit a une limite objective différente suivant sa nature".

⁽⁷⁴²⁾ F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991, p.75.

de la France unitaire conjuguent à leur manière leur pouvoir normatif et leur faculté de convaincre. Le discours descriptif se veut explicatif en mesurant la conformité des énoncés juridiques à une représentation théorique de l'ordre juridique.

Décrire "l'unité de l'ordre juridique" et la cohérence du contenu des normes - règles et principes -, suppose replacer chacune de ses manifestations dans un système explicatif de cette unité. Pour mieux comprendre les usages par la doctrine française des concepts d'unité ou d'unicité des solutions, nous établirons un parallèle entre les thèses développées par M. le professeur Dworkin et la manière dont la doctrine met au jour la cohérence du système juridique.

Précisons néanmoins que Dworkin place le juge au centre de ses travaux alors que nous n'envisageons que la doctrine. Nous ne voyons pas cependant d'inconvénient majeur à mener cette comparaison dans la mesure où nous nous intéressons au discours explicatif sur la norme juridictionnelle ou légale et non à la norme elle-même. Le fait que dans les systèmes anglo-américains il appartienne au juge lui-même de produire un tel discours de motivation et d'explication tient aux particularités de l'évolution sociologique des groupes composant les interprètes du droit ⁽⁷⁴³⁾ : en l'absence d'une doctrine institutionnellement distincte de la magistrature, les juges de *common law* produisent, à la fois mais distinctement, des interprétations authentiques et non-authentiques.

Nous poursuivrons ce parallèle en nous interrogeant sur la manière dont les interprètes conçoivent la distinction, présente chez Dworkin, entre les cas faciles tranchés par des règles et les cas difficiles soulevant des questions de principe, distinction, qui, en droit positif, est consacrée par le Code de l'organisation judiciaire relativement au tri des pourvois parvenant devant les chambres de la Cour de cassation.

Nous discuterons parmi les théories de la conformité et de l'unité, celle qui, selon nous, correspond le mieux aux pratiques discursives des juristes. Mais nous ferons apparaître que lorsque chaque interprète juge la conformité des solutions proposées à l'unité postulée, le jugement qu'il porte, qu'il soit approubatif ou non, est l'expression d'un désir de changement ou de stabilité et, qu'en réalité, ce sont des prescriptions que l'interprète formule.

L'examen des descriptions doctrinales comportera donc deux chapitres :

⁽⁷⁴³⁾ Voir V. CROMBEZ, *La doctrine en droit français et en common law* (étude comparative), précité, p.27 s.

Chapitre 1. Théories de la conformité
Chapitre 2 Jugements de conformité

CHAPITRE 1

Théories de la conformité

130. Approches - Pour rendre compte de la qualité d'une solution posée ou proposée, les interprètes se fondent sur les représentations de l'ordre juridique que véhiculent plus ou moins confusément les trois grands courants de la philosophie du droit, positiviste, naturaliste et réaliste. Les guides de la conformité sont trouvés tantôt dans des raisonnements en terme de validité, tantôt dans des théories métaphysiques ou politiques de la justice, tantôt dans la mesure de la complexité. Il en ressort que la solution conforme est autant à constater qu'à construire. Le discours doctrinal vante l'unité pour ses vertus (SECTION 1), mais c'est lui-même qui crée les entraves de sa réalisation (SECTION 2).

Section 1

Les vertus de l'unité

131. *Vis et virtus* - La solution unique s'impose infailliblement en l'absence de réponses concurrentes. La force de l'unité est sa vertu. Selon le Tribunal fédéral suisse, "rechercher le sens d'un concept juridique dit imprécis, ce n'est pas, selon l'opinion dominante, poser un acte d'appréciation mais résoudre une question de droit (...). Il est vrai que de tels concepts doivent être précisés dans chaque cas particulier et appliqués à l'état de fait concret. Mais ils ne laissent pas de choix entre deux ou plusieurs solutions d'égale valeur. C'est toujours une seule interprétation qui est juste et c'est à l'autorité qui doit appliquer une disposition légale qu'il appartient de trouver cette interprétation⁽⁷⁴⁴⁾". Reste donc à découvrir cette solution qui est la seule correcte. La théorie de la bonne réponse développée par Ronald Dworkin est sans doute la plus aboutie et celle qui, à l'heure actuelle, remporte le plus grand succès tout en étant la plus discutée. Elle correspond assez bien à la

⁽⁷⁴⁴⁾ Cité par J.-F. PERRIN, "Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ?", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.218 à propos de la doctrine du Tribunal fédéral suisse concernant les notions juridiquement indéterminées.

méthode rationaliste avec laquelle la doctrine et la jurisprudence françaises abordent leur rôle de gardien de l'ordre juridique. Sous un regard critique, la bonne réponse unique (PARAGRAPHE 1) ne manquera pas d'apparaître comme une oeuvre de rationalisation *a posteriori*, plutôt que comme une découverte de la raison (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LA BONNE REPONSE

132. La chaîne du droit - A de nombreux égards, si l'on devait résumer la théorie de l'interprétation dominante, on pourrait fort bien utiliser la conception dworkinienne. Il est en effet intéressant de constater que la théorie normative du juge présente chez Dworkin décalque assez bien l'analyse doctrinale de la pratique judiciaire et cela depuis près de deux siècles. Bien entendu, il serait anachronique de présenter la théorie de la chaîne du droit comme représentative ou explicative de la situation du juge dans l'histoire du système français. D'un point de vue sociologique, les américanimes dont est pourvue cette représentation de l'ordre juridique peuvent également constituer un frein à une tentation d'assimilation entre théorie dworkinienne et pratique française ⁽⁷⁴⁵⁾, mais à travers l'étude de la représentation doctrinale des interprètes en quête d'unité et d'unicité aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, il apparaît que la métaphore de la chaîne narrative est une représentation ancienne quoique rénovée de la pratique judiciaire. Le discours de la doctrine, qu'il s'agisse du commentaire explicatif ou de la synthèse pédagogique, s'est souvent efforcé et s'efforce encore de dégager du passé les moyens de découvrir, par la mise en évidence de la continuité du droit, les solutions en devenir. Selon MM. les professeurs Terré et Lequette, l'activité des juges est ainsi soumise à une double loi : loi d'imitation et loi de continuité. La première signifie que "ce que la Cour de cassation a jugé, les juges du fond le jugeront. Il savent en effet que, s'ils ne respectent pas les directives de la Haute juridiction, leurs décisions seront censurées. Encore faut-il pour cela que le système fonctionne correctement, que le modèle proposé soit unique, clair et connu de ses destinataires. Unique : l'institution des chambres mixtes et celle de l'assemblée plénière sont là pour y pourvoir.

⁽⁷⁴⁵⁾ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p.132.

Clair : le prononcé d'arrêts de principe aux formules soigneusement ciselées y répond. Connue de ses destinataires : la publication au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation n'a pas d'autre fin". La seconde traduit l'idée que "ce que la Cour de cassation a jugé dans le passé, elle le rejugera dans l'avenir. Certes, rien ne l'y oblige : un revirement est toujours possible (...) [mais] la stabilité de la jurisprudence n'est probablement pas inférieure à celle de la loi ; de plus en plus souvent produit de ministères " techniques ", celle-ci énonce moins une règle de conduite qu'elle ne devient un procédé de gouvernement, alors que celle-là est l'oeuvre des magistrats imprégnés, au-delà de leur diversité, de ce que Ripert nommait " l'esprit juridique ", c'est-à-dire " l'esprit conservateur au sens philosophique du terme " ⁽⁷⁴⁶⁾".

Ailleurs, anecdotique mais néanmoins symptomatique, l'utilisation de la métaphore de la chaîne pour illustrer la continuité était déjà présente chez Picard : "Après un si long parcours, de cime en cime, sur la chaîne alpine du droit, il est difficile de ne point penser à son avenir ⁽⁷⁴⁷⁾". Pour cet auteur, le droit se lirait du haut des crêtes de sorte qu'en gagnant de l'altitude, la doctrine pourrait voir plus loin et prévoir les évolutions du droit. On notera toutefois que les représentations anciennes de l'unité du droit accompagnaient un discours polémique n'hésitant pas à disputer la valeur politique des solutions. À présent, l'abandon patent des pratiques doctrinales de la polémique conceptuelle semble donner au discours sur la continuité et sur la détermination des règles applicables, une force d'autant plus considérable que le droit positif de l'organisation judiciaire rend compte de la tension entre les interprètes d'une manière qui favorise la représentation de la jurisprudence de la Cour de cassation par la continuité de son oeuvre prétorienne. L'utilisation par le Code de l'organisation judiciaire de la distinction entre les questions de principes dévolues à l'assemblée plénière de la Cour de cassation et les affaires simples réservées aux formations ordinaires, donne aux thèses de Dworkin encore plus de résonance. Mais avant de les discuter au contact du système français, il nous faut rappeler les principes qui les gouvernent.

⁽⁷⁴⁶⁾ F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, p.310-312.

⁽⁷⁴⁷⁾ Ed. PICARD, *Les constantes du droit*, Paris, Flammarion, 1921, p.247 ; adde H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p.133 ; voir également J. ESSER, *Principe général du droit et norme dans la pratique juridictionnelle de droit privé*, dont KELSEN fait un compte rendu, *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, chapitre 28, "Normes juridiques et principes juridiques. La théorie de la transformation d'Esser", p.151.

133. Le droit comme unité - Ronald Dworkin illustre sa thèse de l'unité du droit - le droit comme intégrité - au moyen de la métaphore de la chaîne narrative ⁽⁷⁴⁸⁾. Sorte de roman (ou d'épopée ?) écrit chapitre après chapitre de la main des juges, le roman du droit raconte la découverte et l'application des principes et des règles qui forment le droit positif ⁽⁷⁴⁹⁾. La cohérence de la globalité de l'oeuvre - la cohérence narrative - est assurée par la raison qui anime chaque auteur de chapitre, chaque interprète authentique. Certes l'unité du droit est postulée mais cette axiomatique s'explique par le fait que le système produit les conditions et les modalités de son propre renouvellement. Outre que cette métaphore est séduisante en présentant l'interprète judiciaire sous l'aspect d'un écrivain cohérent, loin du poète surréaliste ou du prêcheur ésotérique sous les traits duquel la doctrine le dessine parfois ⁽⁷⁵⁰⁾, elle permet de légitimer largement une certaine adhésion des juristes à l'idée que le passé prépare l'avenir et que les (bonnes) raisons actuelles de décider sont à rechercher dans les chapitres précédents. L'utilisation du précédent, non comme solution mais comme outil heuristique, permet dans cette perspective de découvrir les arguments et les raisons qui hier ont prévalu pour fonder les solutions anciennes, si bien que la cohérence postulée de la narration et de l'évolution de l'ordre juridique s'avère un moyen pour le juge de trouver, au présent, l'état positif des principes par lesquels le droit exprime ses raisons pratiques.

Il faut comprendre que pour Dworkin, le droit positif est le produit d'une évolution des solutions et des textes, mais également des raisons de décider ; et

⁽⁷⁴⁸⁾ R. DWORKIN, "La chaîne du droit", *Droit et société*, 1985, n°1, p.51 ; *L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, 1994, p.250.

⁽⁷⁴⁹⁾ Dworkin n'est pas le premier à associer un raisonnement en principes et en règles faisant du juriste le dépositaire d'un savoir total ; v. G. DEL VECCHIO, "Essai sur les principes généraux du Droit", *Rev. crit. légis. et jur.* 1925, p.153 (p.165) : "A priori il est impossible que d'un principe général on puisse tirer des applications qui seraient en contradiction avec une règle particulière. Cette exigence se fonde essentiellement sur la nature du système juridique, lequel doit former un assemblage unique et cohérent, un véritable organisme logique, susceptible d'offrir une directive certaine, non équivoque, et ne comportant aucune solution contradictoire pour tout rapport social possible. L'harmonie intime des différentes parties composant le système doit être essayée et confirmée à chaque instant, en rapprochant les règles particulières entre elles, et par rapport aux principes généraux auxquels elles se rattachent. C'est seulement par là que le juriste peut comprendre l'esprit profond du système et le suivre dans ses applications particulières, en évitant les erreurs qui ne manqueraient pas de se produire s'il se contentait de ne considérer, d'une manière abstraite, que telle ou telle règle. Le juriste et particulièrement le juge, doivent, autant que possible, dominer et pour ainsi dire revivre le système entier, en se pénétrant de son unité spirituelle, depuis les principes lointains et sous-entendus, jusqu'aux plus minimes dispositions de détail, comme s'ils étaient l'auteur du tout, qu'en eux la loi parle réellement" [souligné par nous].

⁽⁷⁵⁰⁾ F. CHABAS note sous Cass. civ. 2ème, 25 janv. 1995, *Gaz. pal.* 18/20 juin 1995, p.28 : "Toute révérence gardée envers la Cour suprême, l'arrêt, de cassation et de principe, rendu par la 2ème chambre civile le 26 mai 1992, comporte un chapeau qui est un chef d'oeuvre d'ésotérisme ! Lecteur retiens ton souffle..."

le système juridique dans son entier produit des arguments juridiques qui servent à la détermination des solutions juridiques. Comme le souligne M. le professeur Stamatis, "la maxime méthodologique décisive est [pour Dworkin] l'argumentation adéquate sur les principes qui justifient les régulations applicables, et non pas la recherche historique en tant que telle ⁽⁷⁵¹⁾". Mais la cohérence postulée, nécessaire d'un point de vue pratique pur, est elle-même assurée par ces rétropections. Cette construction a la vertu d'illustrer une thèse de l'unité du droit dont l'ambition est de tordre le cou aux conceptions sceptiques qui noient le droit dans une diversité contradictoire et qui présentent son unité comme un mythe. "Le "mythe" selon lequel il existe une bonne réponse dans un cas difficile, est à la fois rebelle et bien portant. Sa ténacité et sa prospérité tendraient à prouver qu'il ne s'agit pas d'un mythe ⁽⁷⁵²⁾".

Ainsi, selon Dworkin, une assemblée de juristes [des juges d'une Cour suprême par exemple] qui auraient une connaissance et une expérience suffisantes de la pratique judiciaire, pourraient raisonnablement déterminer la bonne réponse à une question controversée sans que cette réponse soit le fruit d'un quelconque arbitraire politique. Dans cette mesure, c'est la vérité ou l'objectivité de la décision qui pourrait être appréciée. "Une proposition de droit peut être présentée comme vraie si elle est plus cohérente avec la théorie du droit qui justifie le mieux le droit établi que ne l'est la proposition opposée. Elle peut être invalidée comme fautive si elle est moins compatible avec cette théorie du droit que la proposition contraire ⁽⁷⁵³⁾".

Reste tout de même à identifier la théorie du droit qui sert de référentiel. Pour vérifier son théorème, Dworkin fait appel à un philosophe affirmant que les juristes "ont tort de penser que dans les cas difficiles une proposition de droit peut être vraie et par conséquent la proposition contraire fautive. Il peut [ajoute le philosophe] y avoir un certain intérêt politique à propager le mythe selon lequel il existe une bonne réponse et selon lequel par conséquent ils n'ont aucun pouvoir discrétionnaire dans les solutions des cas difficiles. Mais les juges doivent reconnaître, du moins entre eux, que cette idée n'est en

⁽⁷⁵¹⁾ C. STAMATIS, *Argumenter en droit*, précité, p.204, note 51 ; R. DWORKIN, *Une question de principe*, trad. par A. Guillaïn, Paris, PUF, 1996, p.186.

⁽⁷⁵²⁾ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M.-J. Rossignol et F. Limare, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, 1995, p.411 ; *adde* F. MICHAUT, "La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ? Autour de Dworkin", *Droits-09*, 1989, p.69 ; B. HOFFMASTER, "Understanding judicial discretion", *Law and Philosophy* 1, 1982 p.21-55.

⁽⁷⁵³⁾ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, précité, p.402.

réalité qu'un mythe ⁽⁷⁵⁴⁾. Ce philosophe, qui entre-temps serait devenu juriste en acquérant connaissance et expérience par une formation *ad hoc*, et qui serait amené à trancher un litige, ne pourrait rendre manifestement que des "jugements à égalité" signifiant que les propositions de solutions ne sont ni vraies ni fausses. Logiquement, le philosophe devenu juriste, convaincu qu'il n'y a pas de bonne réponse mais des réponses, se contenterait de rendre des jugements à égalité - des matchs nuls ⁽⁷⁵⁵⁾ - mais ces jugements, qui ne sont rien d'autre que des dénis, seraient du même ordre qu'un jugement de valeur prescrivant la meilleure solution, celle qui serait la plus conforme à la théorie du droit la mieux adaptée. Le philosophe-juriste devrait donc considérer qu'il admet que la meilleure réponse dans les cas difficiles est de rendre ces jugements à égalité. Or, souligne Dworkin, le jugement à égalité ne se rencontre pas ou trop peu pour tenir lieu de solution matrice ; les affaires délicates ne sont pas indécidables, au contraire, l'hypothèse du match nul serait même tout à fait exotique ⁽⁷⁵⁶⁾.

Dworkin paraît soupçonner qu'un principe inhérent à l'ordre juridique, expression d'une raison pratique pure, prescrirait la prohibition du déni de justice. Le juge cohérent ne pourrait en somme ni refuser d'écrire, ni écrire plusieurs chapitres différents au risque de rompre la cohérence narrative de l'ensemble ; et bien que le principe de prohibition du déni joute des principes opposés dans un certain nombre d'hypothèses - désistement d'instance, transaction par exemple - ce principe directeur de la chaîne du droit condamnerait en somme le juge à rechercher la solution plus en accord avec l'ensemble de l'oeuvre. Certes, il peut y avoir des juges fantaisistes et Dworkin en tient compte, si bien que ses thèses se présentent de façon normative. Mais pour être cohérent, il suffira au juge de juger en conformité avec tout ce qu'il sait par ailleurs, et si la bonne réponse est au prix d'un travail herculéen, elle reste accessible ⁽⁷⁵⁷⁾. Pourtant, Dworkin abandonne souvent le discours normatif pour une approche constatative : les juges sont rarement fantaisistes

⁽⁷⁵⁴⁾ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, précité, p.402 ; *L'empire du droit*, précité, p.287 ; Comp. P. VEYNE, *Les grecs ont-ils cru à leurs mythes ?*, Paris, Seuil, 1983, Points essais, p.89 : "Dire que, par conséquent, le mythe était devenu une idéologie politique n'est pas faux, mais demeure peu instructif. Un détail même au delà de ces généralités : les grecs semblent souvent ne pas avoir cru beaucoup à leurs mythes politiques et ils étaient les premiers à en rire (...) ; en effet, le mythe était devenu vérité rhétorique. On devine alors qu'ils éprouvaient moins de l'incrédulité, à proprement parler qu'un sentiment de convention ou de division devant le caractère convenu de cette mythologie".

⁽⁷⁵⁵⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.182.

⁽⁷⁵⁶⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.181.

⁽⁷⁵⁷⁾ v. K. KRESS, "Legal Reasoning and Coherence Theories : Dworkin's Right Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions", 72 *California L. Rev.* 369 (1984).

et, dans les cas difficiles, leur travail consiste à prendre la mesure d'une évolution ; on aurait tendance à penser qu'il s'agirait même d'une prédestination. L'habileté de Dworkin consiste à déplacer les questions dans le champ des théories politiques de la justice. Il écrit : "Pour me prouver que j'ai tort, il faudra donc recourir à des raisonnements de type philosophique ; il faudra s'attaquer au présupposé qui est le mien : à savoir que dans un système juridique complexe et complet, il est *a priori* improbable que deux théories diffèrent au point d'exiger des réponses différentes pour un certain cas et offrir un degré de convenance acceptable avec les textes juridiques relatifs à ce cas. La démonstration de mon adversaire devra offrir une certaine forme de scepticisme, ou l'idée d'un certain degré d'indétermination dans la doctrine morale, pour supposer qu'aucune de ces théories n'est préférable à une autre en termes de morale politique ⁽⁷⁵⁸⁾". L'argument renverse d'une certaine manière la charge de la preuve philosophique de l'unité en proposant aux sceptiques de démontrer qu'il y a des réponses ; puis, partant de l'idée que la prétendue pluralité des réponses naît de la diversité des théories politiques, Dworkin condamne le scepticisme en tant que théorie politique.

En résumé, l'argument de Dworkin est le suivant. Les théories qui admettent l'existence de plusieurs bonnes réponses possibles sont incapables de démontrer que lesdites réponses ont la même valeur politique ou morale ⁽⁷⁵⁹⁾. S'il n'y a pas égalité, c'est qu'il y a une solution qui est forcément meilleure qu'une autre. Le juge va donc devoir choisir, parmi les théories politiques ou morales présentes, celle qui lui permettra d'assurer la continuité de l'ordre juridique. Le scepticisme, et tous ses avatars du pluralisme moral, étant eux-mêmes vecteurs d'une philosophie politique et participant donc à ce choix, Dworkin s'interroge : que perdrons-nous en abandonnant le scepticisme ? ⁽⁷⁶⁰⁾. Autrement dit, sauf à concevoir une théorie capable d'expliquer que des solutions possibles auraient une valeur politique ou morale égale, il n'y a pas lieu de croire qu'il n'y a pas qu'une réponse possible. Dworkin nous invite donc à croire par défaut au dogme de la solution unique,

⁽⁷⁵⁸⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.183 ; contre le scepticisme, *ibid.*, p.220.

⁽⁷⁵⁹⁾ R. DWORKIN, "Les contraintes argumentatives dans l'argumentation juridique 2 : Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation juridique?" in P. AMSELEK (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.227.

⁽⁷⁶⁰⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.222.

simplement parce qu'il y aurait plus d'avantages à y croire qu'à ne pas y croire ⁽⁷⁶¹⁾.

Sous l'interprétation, le juge a donc un premier choix à faire, celui de la théorie qui va lui permettre d'étalonner les solutions qui lui seront proposées ⁽⁷⁶²⁾. Ce premier choix, s'il est conscient et éclairé, est un choix philosophique ; il doit choisir, parmi les théories de la justice, celle qui positivement serait le mieux à même d'expliquer et de fonder l'ordre social dans lequel il évolue. Un tel débat peut-il fournir une réponse autre que politique ? Que l'on adhère à une théorie métaphysique ou politique de la justice, ce choix est nécessairement le résultat d'une argumentation philosophique, politique ou le cas échéant d'un réflexe communautaire ou idéologique. Dworkin semble pourtant aller plus loin. Les théories de la justice seraient produites par l'observation du système juridique lui-même, de sorte que l'on devrait considérer que toute raison politique de décider est en réalité une raison juridique, et que les raisons pratiques pures sont également fournies par le système. Le système juridique serait ainsi producteur des arguments juridiques - d'autorité ou substantiels pour reprendre la distinction du professeur MacCormick ⁽⁷⁶³⁾ -, des raisons juridiques de décider et de la solution posée. Au demeurant, Dworkin considère qu'une théorie est nécessairement dominante ou positivement admissible, parce que les juristes sont en général d'accord pour affirmer qu'une théorie est meilleure qu'une autre ⁽⁷⁶⁴⁾. La théorie dominante serait-elle celle qui rassemble le plus de suffrages, serait-ce cette théorie des droits qui permettrait d'étalonner les solutions proposées et de déterminer leur valeur de vérité ? Outre le fait que le discours théorique sur le fondement des solutions ne se résume pas à un débat philosophique éclairé en toile de fond du débat judiciaire, il paraît difficile d'évincer l'aspect confus que produit la superposition des théories au fil du

⁽⁷⁶¹⁾ comp. G. DEL VECCHIO, "Essai sur les principes généraux du Droit", *Rev. crit. légis et jur.* 1925, p.153 : "Aucun argument ne saurait mieux montrer la nature éminemment pratique du droit et son adaptation pleine et parfaite que celui-ci : il ne peut exister aucun conflit entre les hommes, aucune discussion, même compliquée et imprévue, qui n'implique ou même n'exige, une solution juridique ferme et assurée. Les questions douteuses et incertaines, peuvent subsister longtemps dans le domaine théorique : toutes les branches du droit du savoir humain, et la science du droit elle-même considérée comme une science théorique, offrent l'exemple de problèmes discutés pendant des siècles et restés jusqu'ici sans solution, peut-être parce qu'ils sont insolubles. Mais à la demande : *quid juris* ? quelle est la limite de mon droit et de celui d'autrui ? on doit, en chaque cas d'espèce, pouvoir donner une réponse, qui certes ne sera pas infaillible, mais qui sera pratiquement définitive".

⁽⁷⁶²⁾ rapp. R. SHUSTERMAN, *Sous l'interprétation*, trad. J.-P. Cometti, Combas, L'éclat, p.20-21, p.37-38.

⁽⁷⁶³⁾ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, repris dans "Les contraintes argumentatives dans l'argumentation juridique 1 : Argumentation et interprétation en droit" in P. AMSELEK (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.213.

⁽⁷⁶⁴⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.181.

temps. Dworkin l'admet du reste : "le raisonnement du juriste s'appuie sur la notion de cohérence normative, qui est clairement plus complexe que la notion de cohérence narrative ⁽⁷⁶⁵⁾". Cette cohérence idéale, axiomatique, politiquement et socialement utile est exprimée de manière dynamique à travers la chaîne narrative et à travers les chapitres précédents qui ont écrit la complexité du droit positif. Mais ces chapitres rassemblent des textes et des énoncés jurisprudentiels d'époques différentes répondant à des préoccupations sociales différentes, rédigés dans des styles différents, rendant compte d'intentions législatives différentes. Par quel enchantement ces couches superposées antinomiques seraient-elles rendues non-contradictaires sans poser *a priori* un axiome de non-contradiction ?

Il est difficile de ne pas penser que de solutions uniques en bonnes réponses, la continuité du droit ne se construit pas par rétrodiction. Il faut s'interroger. La rationalisation *a posteriori* qui permet de réinterpréter la chaîne du droit une fois rendues des décisions incongrues, ferait-elle aussi partie du système ? Car il n'est pas douteux que pour être cohérente, la chaîne narrative est constamment réinterprétée à la lumière des décisions nouvelles. Sauf à considérer que le droit est pleinement prédestiné, la continuité ne se découvre qu'au réexamen permanent du passé par une rationalisation *a posteriori* faisant regagner aux décisions ésotériques ou insolites le giron du "droit comme intégrité". Les arrêts provocateurs condamnés pour leurs effets immédiats sont après coup reconsidérés à la lumière de leurs avatars pour devenir souvent les événements décisifs sans lesquels des réformes nécessaires n'auraient jamais eu lieu. C'est aujourd'hui la manière dont la doctrine interprète l'arrêt *Desmares* du 21 juillet 1982. Cette décision, qui fut abondamment critiquée ⁽⁷⁶⁶⁾, revenait sur la possibilité de partager la responsabilité entre la victime et le gardien de la chose en posant que la faute de la victime ne pouvait avoir une force exonératoire de la responsabilité du gardien qu'à condition de présenter les caractères d'un événement "imprévisible et insurmontable" : "seul un cas de force majeure exonère le

⁽⁷⁶⁵⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.180 ; comp. R. GUASTINI, "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", *Droit et société* 1986 n°2, p.15 (p.19) : "Il faut remarquer que cette façon de penser de Dworkin est fondée sur une hypothèse difficilement démontrable : je veux parler du dogme de la cohérence du droit. Si un système juridique n'était pas considéré comme cohérent, on ne pourrait pas soutenir qu'une et une seule doctrine éthique et politique (bien que très générale et abstraite et donc indéterminée), est au fondement du système tout entier. Par contre, si le système n'est pas cohérent, on peut tirer de lui non pas une seule doctrine mais plusieurs doctrines politiques en conflit entre elles".

⁽⁷⁶⁶⁾ Cass. civ. 2ème, 21 juillet 1982, *D.* 1982, p.449, concl. CHARBONNIER, note LARROUMET ; *JCP* 1982.II.19861, note CHABAS ; *RTD civ.* 1982, p.606, obs. DURRY ; *Defrénois* 1982, p.1689, obs. AUBERT.

gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384 al. 1er du Code civil : dès lors, le comportement de la victime, s'il n'a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l'en exonérer même partiellement". La résistance des juridictions du fond fut une véritable rébellion. Pour leurs magistrats, l'arrêt Desmares n'avait d'autre ambition que de forcer le législateur à intervenir de sorte qu'ils persistent à procéder à des partages de responsabilité là où la Cour de cassation prescrivait pourtant l'inverse ⁽⁷⁶⁷⁾. Puis la loi du 5 juillet 1985 rendit caduque la provocation et la Cour de cassation retrouvait sa continuité dès 1987 ⁽⁷⁶⁸⁾. Aujourd'hui, l'oeuvre doctrinale a rationalisé l'ensemble de cette évolution : "L'intervention souhaitée s'étant réalisée, qu'allait-il advenir de la jurisprudence *Desmares*? La réponse ne se fit guère attendre. Par trois arrêts rendus le 6 avril 1987, la deuxième chambre civile rompit avec cette jurisprudence en affirmant que "le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué à la production du dommage". Il est ainsi confirmé que la finalité de l'arrêt du 21 juillet 1982 était bien de provoquer l'intervention du législateur. Celle-ci obtenue, la Cour de cassation abandonne le système du "tout ou rien" instauré par l'arrêt *Desmares* ⁽⁷⁶⁹⁾. L'arrêt Desmares fut-il la bonne réponse aux problèmes posés de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation? Il fut une réponse possible dont les incidences furent éminemment politiques ⁽⁷⁷⁰⁾.

On peut se demander si la description de la continuité du droit ne serait pas plutôt le résultat d'une rationalisation que l'oeuvre de la raison.

PARAGRAPHE 2. UNE OEUVRE DE RATIONALISATION

134 Un principe de rationalisation - Le point de vue adopté par Dworkin pour décrire la chaîne du droit nous paraît proche de la situation de la doctrine française commentant l'évolution de l'ordre juridique positif. Il est normatif

⁽⁷⁶⁷⁾ A. ORIOL, "La résistance des juges du fond", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.194.

⁽⁷⁶⁸⁾ Cass. civ. 2ème, 6 avril 1987, *D.* 1988, p.32, note MOULY ; *JCP* 1987.II.20828, note CHABAS ; *Defrénois* 1987, p.1136, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1987, p.767, obs. HAUSER.

⁽⁷⁶⁹⁾ F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, p.564.

⁽⁷⁷⁰⁾ J.-L. AUBERT, "L'arrêt Desmares : une provocation... à quelques réformes", *D.* 1983, chr., p.1.

de la même manière que le discours doctrinal est prescriptif : il permet une activité de pronostics et si ceux-ci sont contredits, il opère la rationalisation de la solution posée par rapport à l'ensemble ⁽⁷⁷¹⁾. La recherche de la non-contradiction se fait de manière à gommer les paradoxes pour créer la continuité. Il faut ici bien dissocier l'axiome de non-contradiction logique comme pourrait l'utiliser un positiviste normativiste servant à la construction d'un objet, de l'utilisation d'une rhétorique de la non-contradiction portant directement sur le contenu des énoncés. Si l'on admet avec les positivistes que l'autorité d'application du droit sera en mesure de résoudre la contradiction sémantique par recours à une norme de conflit, ce conflit, résolu en logique, laisse à l'interprète l'expression libre et discrétionnaire du contenu de la solution. Ce contenu qui dépendra de la volonté de l'interprète authentique et de son adhésion à un certain nombre de contraintes argumentatives, sera, en définitive, l'expression d'un choix politique ⁽⁷⁷²⁾. Pour Dworkin, le juge serait capable de donner objectivement la bonne réponse : à savoir une réponse qui serait indépendante de son arbitraire, une réponse qui ne serait que l'expression d'un acte de connaissance constatant la seule réponse possible. La non-contradiction est pour Dworkin inhérente à la production des normes prétoriennes et à l'application du droit. Le roman écrit par les juges chapitre après chapitre est toujours cohérent. Le problème, c'est qu'il peut être cohérent quoi qu'il raconte. Ce qui peut apparaître incohérent ou immoral, sera rationalisé sur le tard pour être réinterprété chaque fois que la trame du roman aura balbutié ou aura changé de cap.

La faiblesse de la métaphore de la cohérence narrative, c'est la fin du roman, son épilogue. On ne le connaît pas et on ne le connaîtra jamais. N'est-il pas difficile d'apprécier l'intégrité et l'unité d'une oeuvre sans en connaître la fin ? A moins que l'on entende fin comme finalité. Dans ce cas, l'unité de la chaîne du droit a une fin ; toutes les questions ont une réponse et une seule parce que c'est de l'office du juge que d'en fournir conformément à cette fin. Le droit serait-il ainsi finalisé, vers le juste, vers la sécurité, vers la démocratie ? Il est vrai, comme le dit Dworkin, que "les juristes seront rarement d'accord pour affirmer qu'aucune théorie ne fournit un meilleur

⁽⁷⁷¹⁾ M. TROPER, "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", *Droit et société*, 1986, n°2, p.41 ; C. STAMATIS, *Argumenter en droit*, précité, p.233 ; *adde* O. BEAUD, "Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique. À propos de "Prendre les droits au sérieux"", *Droits*-25, 1997, p.135.

⁽⁷⁷²⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 1962, précité, p.462-463.

cadre qu'une autre ⁽⁷⁷³⁾ ; mais, le discours des juristes semble ne pas nous laisser d'autre choix que de croire qu'il existe une bonne réponse et une seule : "Le télescopage des textes ne laisse-t-il qu'une porte étroite : mais l'article 4 du Code civil nous dit qu'elle existe nécessairement. Il faut bien la trouver et l'emprunter ⁽⁷⁷⁴⁾". La bonne réponse existe nécessairement parce que les raisons d'autorité en témoignent. Les textes disposent ainsi que le juge doit parvenir à énoncer une solution unique, univoque et conforme aux règles applicables (art. 12 NCPC), que la solution obscure ou ambiguë est elle-même soumise à interprétation (art. 461 NCPC), et qu'enfin le déni est prohibé (art. 4 C. CIV.) ; la Cour de cassation cherche à dégager le seul fondement possible des solutions qu'elle pose ; la doctrine, elle, cherche à rendre compte de la production normative en montrant qu'un phénomène continu anime la genèse des règles et des principes de droit ⁽⁷⁷⁵⁾. Chaque raison d'autorité, s'appuyant sur un texte, sur un précédent ou sur une opinion dominante, conduit à ce que "l'idée défendue s'impose comme une évidence (censée être irréfutablement démontrée) en rendant certain le probable. Ce qui compte n'est pas tant le raisonnement mené par le locuteur que la façon dont l'évidence s'impose à l'auditeur ⁽⁷⁷⁶⁾". Pour cela, le discours technique de la doctrine comme les contributions du théoricien à la science du droit, participent d'une rhétorique d'autorité.

Or, pour décrire l'unité du droit, il faut idéalement que la thèse de l'unité se soit déjà imposée comme une réalité ⁽⁷⁷⁷⁾. C'est donc cette hypostase qui fournit la matière mythologique de la bonne réponse. On soulignera à l'instar de Roland Barthes que la chaîne du droit est bien au coeur de la formation d'un mythe. En effet, en tant que parole dépolitisée, "le mythe a pour charge de fonder une intention historique en nature, une contingence en éternité (...). Ce que le monde fournit au mythe, c'est un réel historique ; ce que le mythe restitue, c'est une image *naturelle* de ce réel. (...) Le mythe est constitué par la déperdition de la qualité historique des choses : les choses

⁽⁷⁷³⁾ R. DWORKIN, *Une question de principe*, précité, p.181.

⁽⁷⁷⁴⁾ M. le conseiller Y. CHARTIER, rapport pour Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, *D.* 1995, p.145 (p.146).

⁽⁷⁷⁵⁾ J.-F. NIORT et G. VANNIER, "Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles", *Droits-20*, 1994, p.161.

⁽⁷⁷⁶⁾ R. PEREZ PERDOMO, "L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique", *APD* 1972, p.234.

⁽⁷⁷⁷⁾ Les juristes de droit public qui hier encore dissociaient la continuité du droit constitutionnel et du droit administratif (G. VEDEL, "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge", *Mélanges Waline*, Paris, LGDJ, 1974, tome 2, p.777), en arrivent à plaider pour une continuité globale de l'ordre juridique (S. DYENS et E. SALES, "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?", *La Revue administrative*, Mai - juin 1996, p.275).

perdent en lui le souvenir de leur fabrication ⁽⁷⁷⁸⁾". Et c'est bien ce que produit la représentation du droit sous la forme d'un processus continu. On évince les controverses, les solutions divergentes, les opinions hérétiques pour tracer un cheminement continu dans cet ensemble dont les mutations sont pourtant les fruits de phénomènes discrets. Il est donc à craindre qu'aucune démonstration ne puisse vraiment être convaincante. La bonne réponse est celle qui parvient à faire taire les dissidences, celle qui renvoie à l'absence de pertinence toute autre proposition et justification, celle qui finit par persuader la communauté des juristes que le cas difficile est devenu facile. Mais les affaires simples sont aussi un lieu d'expression du pouvoir discrétionnaire du juge, simplement parce que la discrétion est faite du silence des raisons.

La vertu pratique de la métaphore de la chaîne narrative est de présenter l'unité des solutions comme un idéal théoriquement accessible, et de masquer ainsi le pouvoir des juges de créer le droit en dissimulant cette création derrière "la volonté cachée du législateur ou les principes fondamentaux qui préexistent à leurs décisions ⁽⁷⁷⁹⁾". Elle permet en outre aux commentateurs doctrinaux de la bonne réponse de la généraliser en donnant à la décision la portée qui lui convient ⁽⁷⁸⁰⁾. Mais le pouvoir de généraliser appartient à la doctrine seule, elle "ne saurait [le] perdre, ni même [le] partager ⁽⁷⁸¹⁾", de sorte que les descriptions de la portée de l'arrêt et de la continuité des réponses ne sont vraisemblablement que les faire-valoir d'une rhétorique de l'extension ou de la restriction de la solution aux hypothèses connexes.

Plus largement, on relèvera que les théories qui conçoivent l'évolution de l'ordre juridique comme un processus continu, immunisent celui qui les emploie. De manière voisine, la chaîne narrative immunise le juge contre les conséquences politiques de ses décisions, comme les représentations de la doctrine dépositaire d'un savoir issu de la tradition et de l'initiation immunisent les auteurs contre leurs propres prescriptions. Lorsqu'ils tombent, les masques de la continuité ou de la neutralité laissent la place à des discussions sur la complexité et les paradoxes du système et ne restent que des arguments. En fait, il faut revenir au point de départ et admettre qu'il y a

⁽⁷⁷⁸⁾ R. BARTHES, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, Points essais, 1970, p.216.

⁽⁷⁷⁹⁾ M. TROPER, "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", *Droit et société*, 1986, n°2, p.41 (p.51-52).

⁽⁷⁸⁰⁾ v. J.-L. BERGEL, "Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques", *RRJ* 1993, p.1055 et C. ATIAS, "L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé", *JCP* 1984.I.3145.

⁽⁷⁸¹⁾ M. MOREAU, "Rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence, aspects de droit privé français", Journées de la Société de législation comparée, *RID comp.* n°spécial - vol. 16, 1994, p.239.

peut-être autant de bonnes réponses que de théories. Et que de théories pour expliquer les solutions existantes ⁽⁷⁸²⁾ ! Nous rejoindrons donc M. le professeur Perrin quand il affirme: "Prendre le droit au sérieux consiste donc à accepter à son sujet, plutôt deux ordres de vérité, parfois contradictoires et concurrents, plutôt qu'une certitude, encore et toujours introuvable ⁽⁷⁸³⁾". En pastichant le style de M. le professeur Carbonnier, on pourrait même ajouter que chaque réponse est mauvaise, parce qu'au fond, toute unité en soi est un mal ⁽⁷⁸⁴⁾.

Section 2

Les entraves à l'unité

135. L'interprétation sans contrainte - Concurrément à un discours qui fait de la solution unique la fin et l'essence du droit, les interprètes défont les contraintes argumentatives positives relevant de leur autorité pour dépasser et déplacer le champ convenu de leur positivité. L'expression permanente du désir doctrinal de transformation de l'ordre juridique condamne l'unité à se reconstituer. On recherche dans des raisons pratiques les moyens d'ériger de nouvelles contraintes (PARAGRAPHE 1) et l'on profite de ce déplacement de l'autorité pour libérer un discours polémique où la diversité des réponses se fait entendre (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LES CONTRAINTES INTERPRETATIVES

136. Maîtrise de l'univocité - Selon Dworkin, l'univocité est caractéristique de la règle alors que les principes sont, eux, de nature éthico-politique et leur application est soumise à discussion. On ne pourrait pas déterminer les seconds sur la base d'un raisonnement en termes de *pedigree* ⁽⁷⁸⁵⁾. Il faut comprendre par là que le sens d'un énoncé n'est pas à rechercher dans son

⁽⁷⁸²⁾ C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, précité, p.27.

⁽⁷⁸³⁾ J.-F. PERRIN, "Définir le droit... selon une pluralité de perspectives", *Droits-10*, p.63 (p.67); *adde* R. SEVE, "La juste diversité des définitions du droit", *Droits-10*, p.89.

⁽⁷⁸⁴⁾ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, précité, p.281.

⁽⁷⁸⁵⁾ R. DWORKIN, "Is law a system of rules ?", in *Readings in philosophy*, Oxford, OUP, 1977, p.38-65 ; *adde* A. GOLDMAN, "Rules in the law", *Law and philosophy* 16, 1997, p.581.

arbre généalogique mais dans le texte lui-même et dans son contexte. Dans cette mesure, que faut-il penser de l'application du principe selon lequel "nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ⁽⁷⁸⁶⁾" ? On conviendra rapidement que l'anormalité du trouble est rarement univoque et qu'au sens où l'entend Dworkin, cet adage constitue bien un principe. Le fondement en fut longtemps discuté en doctrine, et la jurisprudence a fini par considérer qu'il s'agissait d'une responsabilité autonome à mi-chemin entre la responsabilité de droit commun et l'abus du droit de propriété ⁽⁷⁸⁷⁾. Depuis le début des années 1970, la Cour de cassation a progressivement défini les contours de l'anormalité du trouble de voisinage et vise aujourd'hui directement le principe, oubliant la référence passée aux articles 544 et 1382 du Code civil. Le fondement n'est plus discuté. L'anormalité est définie dans ses détails. Le principe est devenu une règle. Il est utilisé pour subsumer le cas, lequel reçoit des réponses évidentes. La règle a trouvé son pedigree. Doctrine et jurisprudence ont maîtrisé l'univocité.

C'est là l'enjeu du "combat pour la doctrine ⁽⁷⁸⁸⁾". L'unité et l'univocité se créent dans le discours non-authentique qui a pour objet de maîtriser les contraintes interprétatives.

137. Maîtrise des contraintes - Entre argumentation et interprétation, la doctrine possède des moyens d'orienter les choix de l'interprète authentique. Dans un court article sur les contraintes argumentatives, M. le professeur Neil MacCormick présentait une grille d'analyse des différents arguments que véhicule le discours juridique ⁽⁷⁸⁹⁾. Selon l'auteur de *Raisonnement juridique et théorie du droit* ⁽⁷⁹⁰⁾, le monde des arguments opposerait les raisons substantielles qui viennent au soutien d'un raisonnement pratique pur et les raisons institutionnelles d'autorité qui justifient l'utilisation des classiques arguments de texte et des références déjà consacrées. L'idée de MacCormick est de montrer que derrière tout raisonnement d'autorité se trouve un

⁽⁷⁸⁶⁾ Cass. civ. 3ème, 24 octobre 1990, *Bull. civ.* III, n°205.

⁽⁷⁸⁷⁾ Cass. civ., 27 novembre 1844 et Cass. civ. 3ème, 4 février 1971, in F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, n°72-73, p.312.

⁽⁷⁸⁸⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, p.235, n°188.

⁽⁷⁸⁹⁾ N. MACCORMICK, "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique ; argumentation et interprétation en droit", in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, p.211.

⁽⁷⁹⁰⁾ Pour une appréciation de l'évolution de la théorie de MacCormick, v. O. PFERSMANN, "Notes de lectures : Neil MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*", *Droits*-27, p.208 s.

raisonnement pratique pur qui permet à l'interprète, le cas échéant, de se dégager des contraintes formalistes et institutionnelles créées par l'autorité et le fonctionnement des institutions. Pour répondre à la question *Quid juris ?*, le raisonnement de l'interprète est balisé par des contraintes linguistiques, systémiques et téléologico-déontologiques. Pour cheminer, il utilise donc des arguments linguistiques, systémiques (des arguments tirés de l'harmonisation contextuelle, des arguments tirés du précédent, l'argument tiré de l'analogie, l'argument logico-conceptuel, l'argument tiré des principes généraux, et l'argument historique), des arguments téléologico-déontologiques et des arguments conséquentialistes⁽⁷⁹¹⁾, de sorte que les décisions prises se justifieront en considération "à la fois des arguments conséquentialistes montrant l'acceptabilité ou la non-acceptabilité d'un jugement par rapport à ses conséquences, et des arguments de cohérence et de consistance montrant comment un jugement acceptable pour d'autres raisons peut s'intégrer au corps législatif concerné existant⁽⁷⁹²⁾". Mais au-delà du cercle de l'autorité, il reste à s'interroger sur le pouvoir des interprètes à ériger ou déjouer les contraintes argumentatives⁽⁷⁹³⁾. Si la recherche des raisons de décider que la solution n'a qu'un seul fondement possible, se trouve liée d'une manière ou d'une autre à la sécurité juridique, à la prévisibilité, ou encore à l'exigence d'efficacité, on a quelques raisons de croire que le raisonnement tenu sera celui d'un prestidigitateur. Des concepts, dont le contenu est plus contradictoire que variable, et sur lesquels nombre d'interprétations sont prétendument fondées en raison, sont utilisés pour justifier le choix d'une signification. En guise de cohérence, l'interprète serait contraint par l'exigence de prévisibilité des règles juridiques ou l'impératif de sécurité juridique. Cette contrainte positive tenant à la fois d'un raisonnement sur la continuité, la cohérence, le précédent et la conséquence est en réalité un passeport pour la liberté de l'interprète. Si, au nom de la prévisibilité, on doit assurer la réalisation des prédictions, cela signifie que l'on érige en contraintes les opinions et les pronostics doctrinaux (non-authentiques), alors qu'eux-mêmes sont le résultat d'un usage rhétorique de la prévisibilité. Si l'interprète authentique ne peut (ou ne doit) réaliser que ce qui a été prédit, ou pour reprendre un euphémisme autorisé, ce à quoi l'on pouvait légitimement

⁽⁷⁹¹⁾ N. MACCORMICK, "Les contraintes argumentatives...", précité, p.220.

⁽⁷⁹²⁾ N. MACCORMICK, "Le raisonnement juridique", *APD* 1988, p.106.

⁽⁷⁹³⁾ Sur la distinction entre contraintes *au sens fort* et contraintes *au sens faible*, M. TROPER, "La liberté d'interprétation du juge constitutionnel", in P. AMSELEK (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.243.

s'attendre, sa liberté est totale puisque, du point de vue des significations possibles, on peut s'attendre à tout. Seul un accord parfait, une unanimité sans faille serait le témoin de l'univocité des règles mais l'on constatera qu'en quête d'unité, le droit savant ne fournit que des réponses.

PARAGRAPHE 2. LES REPONSES DOCTRINALES.

138 Pluralité des opinions - La diversité des opinions doctrinales est un obstacle infranchissable pour qui voudrait admettre la doctrine parmi les sources du droit. C'est du moins ce qui se déduit du postulat selon lequel les sources du droit fournissent des énoncés univoques ; nous savons combien est illusoire ce genre de réduction du raisonnement juridique, car, qu'elle soit formelle ou informelle, aucune source ne peut garantir l'univocité des énoncés normatifs qu'elle produit. Les auteurs conçoivent leur rôle par la double nature de leur travail : découvrir ce qui est et proposer ce qui doit être. "La doctrine n'a pas seulement à découvrir les choses qui préexistent ; l'imagination entre aussi dans son lot : à elle de proposer une solution neuve ou une réforme législative. Certes, elle n'a pas d'autorité officielle. Simple puissance de l'esprit, elle propose : le juge et le législateur disposent, étant certain que jamais ne s'impose une solution unique et définitive, ce qui explique le pluralisme, la diversité des opinions des docteurs⁽⁷⁹⁴⁾". Ainsi le discours doctrinal pèse sur le droit positif par la description *de jure lata* et parvient à le transformer par des raisonnements *de jure ferenda*. Alors cependant que l'on s'accorde en général pour reconnaître la valeur heuristique de la discussion doctrinale et sa fonction imaginative, peu d'auteurs seraient prêts à admettre le caractère performatif des énoncés doctrinaux, surtout lorsqu'ils sont constitués d'un ensemble d'opinions contradictoires. Pourtant le discours doctrinal prétendument neutre pèse considérablement sur la transformation de l'ordre juridique positif. E. Bertrand expliquait cette influence par l'idée que les écrits juridiques opèrent comme *une dialectique en mouvement*⁽⁷⁹⁵⁾ et rappelait que les succès obtenus en jurisprudence par les théories de Jossierand et de Ripert avaient fait coexister de manière antagoniste

⁽⁷⁹⁴⁾ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz Action, 1996, n°8, p.9 ; *adde* C. ATIAS, "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", *JCP* 1980.I.2999.

⁽⁷⁹⁵⁾ E. BERTRAND, "Le rôle de la dialectique en droit privé positif", *D.* 1951, chr., p.153.

la faute et le risque comme fondement de la responsabilité civile alors même que d'autres auteurs réclamaient une intervention législative prétendument capable de trancher le conflit doctrinal ⁽⁷⁹⁶⁾. L'idée de E. Bertrand était que dans cette conjonction des contraires, le rôle du juriste consistait à "définir le moment des institutions qui se meuvent et de veiller, afin que les forces de principes contraires donnent une somme constante de justice ⁽⁷⁹⁷⁾". Dans cette perspective, la doctrine appellerait à la controverse pour exercer des contrepoids sur des questions particulières afin que l'ensemble de l'ordre juridique soit dirigé vers le but, avoué ici, de la recherche du juste. On pourrait tout aussi bien fixer d'autres buts à la controverse de manière à lui permettre de dégager l'utile, le cohérent ou le vrai ⁽⁷⁹⁸⁾. En fait, tous ces buts coexistent dans le discours prescriptif de la doctrine, de sorte que la première difficulté consiste à identifier la finalité la plus vraisemblable d'une thèse défendue par un auteur. La deuxième difficulté est sans doute la plus ardue puisque, se présentant la plupart du temps sous une forme descriptive et neutre, le discours prescriptif qui traduit le désir doctrinal de transformation du droit positif passe sous silence ses tenants et ses aboutissants. C'est d'ailleurs ce silence qui fait la richesse et la force de ce discours, l'aveu de contradiction est, au moins en apparence, le signe d'une *méthode de fou* ⁽⁷⁹⁹⁾. Il faut donc affirmer l'unité, l'unicité, la cohérence et la neutralité pour prescrire des solutions diverses et particulières. Peu d'auteurs défendent les vertus du discours contradictoire contre l'univocité postulée des solutions posées, mais ils sont plus nombreux à déjouer les pièges tendus par le dogme de l'unité pour emmener leurs interlocuteurs sur des chemins de traverse et ainsi opérer des distinctions qui *a priori* ne s'imposaient pas.

139. Les interlocuteurs doctrinaux - Déterminer ceux à qui précisément la doctrine s'adresse revient peu ou prou à définir son rôle et le champ supposé de son influence. Premièrement, la doctrine s'adresse à elle-même ; plus

⁽⁷⁹⁶⁾ H. CAPITANT, "Les fluctuations de la théorie de la responsabilité des dommages causés par le fait des choses", *DH* 1927, chr., p.49.

⁽⁷⁹⁷⁾ E. BERTRAND, "Le rôle de la dialectique", *D.* 1951, chr., p.154.

⁽⁷⁹⁸⁾ Comp. L. AYNES, P.-Y. GAUTIER ET F. TERRE, "Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine)", *D.* 1997, chr., p.230 et C. ATIAS, "La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé", *RRJ* 1983, p.447.

⁽⁷⁹⁹⁾ E. BERTRAND, "Le rôle de la dialectique", *D.* 1951, chr., p.153. L'auteur plaide pour la reconnaissance des vertus de la dialectique en droit privé, "quelles seraient les conséquences d'une méthode dialectique généralisée ? Elle impliquerait qu'aucun principe, en aucune matière, ne soit proclamé ou accepté sans l'acceptation, au même moment, du principe contraire".

exactement, les auteurs tâchent de se convaincre les uns les autres de la qualité des solutions qu'ils préconisent. Deuxièmement, la doctrine s'adresse aux autorités normatives. Mais qu'il s'agisse de la doctrine universitaire ou de la voix doctrinale de la pratique, les discours spéculatifs ou pragmatiques se rejoignent en ce qu'ils contribuent à offrir aux membres de la communauté des juristes des raisons de plaider et aux autorités habilitées des raisons de décider. Troisièmement, en retour, les autorités normatives répondent par voie d'arrêt ou d'avis, de notes d'arrêts, de conclusions ou de rapports publiés. Certes les formes empruntées pour discourir sont différentes et tiennent à des particularités culturelles, mais la présence de ces voix doctrinales sonnantes et dissonantes montrent que le discours scientifique est son propre enjeu. Il forme un champ de tensions entre les différents interprètes qui se disputent l'autorité scientifique et la capacité de convaincre. Son objet, c'est la maîtrise de l'évolution du savoir juridique ⁽⁸⁰⁰⁾.

140. L'objet du discours doctrinal - À ceux qui critiquaient l'École de la libre recherche, Géný répondait : "Les spéculations, sur la méthode et les sources, sont, dira-t-on, vaines et superflues, puisque, en fait, la mise en oeuvre du droit dépend exclusivement de l'autorité judiciaire, qui, l'expérience le montre, s'adapte d'elle-même aux nécessités. On sent pourtant que l'objection ainsi présentée part d'un point de vue bien étroit, et qu'elle tend si on la pousse jusqu'au bout à nier toute influence doctrinale. Sous peine de se réduire à un rôle exclusivement empirique, la jurisprudence ne peut se passer du secours et de l'appui des auteurs. Ses travaux conduits au jour le jour et circonscrits au domaine concret des espèces, doivent, pour se soutenir et se développer, être dirigés par les vues d'une doctrine perspicace et condensés en de fortes synthèses. De fait, il en a toujours été plus ou moins ainsi. Et pour en être assuré, il suffit d'observer comment, en présence d'une législation nouvelle ou des autres évolutions plus discrètes du droit positif, les exposés des auteurs apparaissent nécessaires pour ouvrir la voie aux décisions de justice, ou en résumer les tendances ⁽⁸⁰¹⁾". Tout à la fois, objet et but du discours doctrinal, la compréhension et la maîtrise de l'évolution du droit positif sont l'enjeu des propositions, des critiques ou des injonctions faites par

⁽⁸⁰⁰⁾ voir *La Cour de cassation et la loi : collaboration ou tension?*, Entretiens de Nanterre 1991, *JCP* éd. E, 1991, *cah. dr. entr.*, n°5, p.5 ; J. DEPREZ, "Sois juge et tais-toi" (réflexions sur le rôle du juge dans la cité)", *RTD civ.* 1978, p.503.

⁽⁸⁰¹⁾ F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, *précité*, p.236.

la doctrine aux autres autorités. Aujourd'hui, les termes du débat ont changé : le pouvoir normatif de la jurisprudence est reconnu. Effet de balancier sans doute : la Cour de cassation est en quête d'un pouvoir doctrinal mais sa position d'interprète habilité lui interdit souvent une pleine reconnaissance scientifique. "Depuis son Olympe, la Cour de cassation dit le droit, mais elle le dit en peu de mots, voire en termes sibyllins et seulement quand les plaideurs la saisissent. Pour le reste, c'est l'oracle doctrinal qui parle à sa place en lui prêtant, à tort ou à raison, des intentions de constance ou de non constance ⁽⁸⁰²⁾". En somme, la jurisprudence en recherche d'une légitimité et d'une autorité scientifiques croise le chemin de la doctrine en quête d'une reconnaissance pour ses contributions effectives aux transformations du droit. Si la doctrine contemporaine est face à cet immense obstacle à sa reconnaissance, sa propre création, à savoir le pouvoir normatif de la jurisprudence et plus globalement la théorie des sources, les auteurs ne se contentent pas d'argumenter dans les interstices que leur laissent la loi et la jurisprudence. Car au fond, où est l'interstice, où est la solution acquise ? Où la forme, où le contenu ? Où le construit, où le donné ? Chacun voit midi à sa porte et dénonce l'illusion qui consiste à prendre l'un pour l'autre. Par ses contradictions, par la diversité des opinions qui émergent du discours doctrinal, les auteurs (comme les voix doctrinales des autorités normatives) oeuvrent à une redéfinition permanente de leur position sur le théâtre juridique. Située aux confins flous d'un point de vue interne savant et d'un point de vue externe, la doctrine modifie donc par sa contribution la définition de son propre rôle. Elle modifie aussi les contraintes interprétatives que les représentations passées de l'ordre juridique avaient créées. Cela laisse apparaître plus encore l'ambiguïté du discours doctrinal qui se présente comme descriptif d'un ordre normatif ⁽⁸⁰³⁾, si bien que, sous couvert de description, l'oeuvre de la doctrine manifestant une tension entre interprètes, est essentiellement argumentative. "Et qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui c'est choisir ⁽⁸⁰⁴⁾".

141. L'argumentation doctrinale - Pour ne pas aborder la question d'une éventuelle spécificité de l'argumentation doctrinale, nous nous en tiendrons à

⁽⁸⁰²⁾ Ph. JESTAZ, "La jurisprudence constante de la Cour de cassation", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.216.

⁽⁸⁰³⁾ R. GUASTINI, "Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1997, p.551.

⁽⁸⁰⁴⁾ M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p.292.

la seule idée que les auteurs, même de façon indéterminée, produisent un discours destiné à peser sur l'orientation de l'évolution du droit. Vers une société plus juste, plus libérale, plus démocratique, peu importe la qualification du but puisque le progrès du droit est un concept à l'image des théories juridiques : non finalisé. La détermination de la progression du droit dans le temps ne se fait qu'en considération du chemin déjà parcouru : elle n'est jamais que rétrospective. Pour progresser axiologiquement, c'est-à-dire pour s'améliorer, encore faut-il que le droit se transforme en tant qu'objet d'étude et en tant que savoir. Or l'évolution passée a créé des contraintes à cette progression qui aujourd'hui sont positives. Quand bien même on aurait la conviction que la solution unique n'est qu'une illusion, qu'un arrêt d'assemblée plénière peut être une décision de circonstances, l'analyse technique d'interprétation de la jurisprudence ou de la loi nous contraint à cheminer selon des méthodes qui tiennent certaines idées pour inhérentes au droit. La seule façon de transformer les concepts positivement établis est donc, comme l'écrit M. le doyen Carbonnier, de réussir à convaincre que la suite est déjà dans le précédent ⁽⁸⁰⁵⁾. La transformation du droit qui rend positifs des désirs parfois contradictoires est le résultat d'une rhétorique de l'adhésion à une idée considérée comme seule valablement juridique, rhétorique qui conjugue pour la définition de l'avenir les éléments actuels d'un débat. Les difficultés pour comprendre le pouvoir de la doctrine tiennent donc à la définition de ces éléments qui loin d'être clairement identifiables, mêlent souvent l'ambigu au tabou, l'indicible au non-dit, et le mythe à l'esprit de la loi ⁽⁸⁰⁶⁾.

142. Paradoxe - Le discours des juristes qui décrivent des phénomènes normatifs pour tenter d'en comprendre l'évolution, se double d'un discours qui, loin d'être neutre et descriptif, est au contraire prescriptif et argumentatif. Ce paradoxe n'en est pas un. Les conflits apparents entre le caractère descriptif du discours doctrinal et la volonté des auteurs de peser sur les transformations du droit reflètent les tensions entre les exigences d'un point de vue interne pratique et la découverte d'un savoir (méta)juridique capable d'expliquer les modes de transformation du savoir juridique. Ils reflètent également les tensions nées de l'hétérogénéité de la communauté des juristes, une hétérogénéité telle que les juristes ne sont jamais parvenus à déterminer

⁽⁸⁰⁵⁾ J. CARBONNIER, "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr., p.138.

⁽⁸⁰⁶⁾ rappr. M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, nrf, 1969, p.144-145.

l'objet de leurs investigations. C'est une diversité des points de vue qui fait coexister une pluralité des méthodes. En fait cette description sous forme communautaire ⁽⁸⁰⁷⁾ plutôt que sous forme d'entité ⁽⁸⁰⁸⁾ sert une vision réaliste de l'ensemble des sujets détenant un savoir sur le droit. Mais qu'y a-t-il de commun à l'ensemble des juristes ? Selon Ripert, "la science juridique crée un esprit commun à tous les juristes (...) Il faut pour une telle science un esprit d'ordre et de modération, un sens concret qui préserve de l'idéologie, un souci de la justice qui écarte les passions, une conviction de l'utilité des règles existantes, une prévision des maux engendrés par leur violation ⁽⁸⁰⁹⁾". L'étude du droit et son enseignement donneraient à celui qui s'y applique une pensée ordonnée et le sens de la mesure. Elle ferait de lui un prudent dont les qualités exprimeraient la tempérance, la capacité à saisir le concret, la conviction de l'utilité des solutions positives et la capacité à prédire. On perçoit dans cette manière de comprendre les détenteurs du savoir juridique un fort sentiment communautaire comme si la grande vertu de prudence était dévolue aux seuls initiés, comme si seul le juriste pouvait précisément découvrir la bonne solution. Pour les uns donc, cette capacité acquise par les juristes à découvrir ce qui est de droit positif en toute neutralité serait le facteur déterminant de la cohésion de leur communauté. Pour les autres, la mission de la doctrine se situerait ailleurs : dans un rôle de grincheux impénitent ⁽⁸¹⁰⁾.

143. Le rôle du grincheux impénitent - Pour M. le professeur Atias, le juriste doit se montrer iconoclaste ⁽⁸¹¹⁾ pour se donner les moyens de poursuivre les hypothèses examinées dans toutes leurs conséquences, car seule la controverse est susceptible d'apporter une amélioration du savoir juridique. Face aux autres autorités, le juriste doit trouver les moyens rhétoriques de se distinguer. L'enregistrement des décisions, les commentaires approuvés se contentant de paraphraser les arrêts ne peuvent suffire à lui assurer une autorité scientifique. "La science du droit ne se contente pas d'observer les produits des sources du droit et les faits auxquels ils s'appliquent ; elle examine les normes, les pratiques, les réactions sociales et les événements juridiques au travers du

⁽⁸⁰⁷⁾ Voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit...*, précité, p.66 et son sous-ensemble des docteurs (p.70).

⁽⁸⁰⁸⁾ PH. JESTAZ et C. JAMIN, "L'entité doctrinale française", *D.* 1997, chr., p.167

⁽⁸⁰⁹⁾ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., 1955, p.9 ; *adde* H. LEVY-BRUHL, qui présente les tendances conservatrices des juristes comme des gages de sécurité, "Les sources - les méthodes - les instruments de travail", in L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, P. ESMEIN et alii, *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, précité, p.281.

⁽⁸¹⁰⁾ D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 3ème, 30 avril 1997, *D.* 1997, p.478.

⁽⁸¹¹⁾ C. ATIAS, "La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique", *D.* 1997, chr., p.44.

miroir des concepts et des régularités (ou "lois scientifiques") pour construire ce qu'elle appelle l'état du droit positif ⁽⁸¹²⁾. Ainsi le juriste doit se montrer inventif pour trouver les moyens de décrire des phénomènes nouveaux, quitte à affronter des tabous ou à renverser des dogmes, quitte à se faire anarchiste de la connaissance ⁽⁸¹³⁾. S'appuyant aussi sur les travaux de M. le professeur Aubenque, M. le professeur Atias s'emploie à démontrer la valeur impérative de la controverse. Le débat doctrinal serait ainsi moins éclairé qu'éclairant ⁽⁸¹⁴⁾. En fait, le droit positif ne serait accessible que par le discours de la doctrine, lui-même objet d'une épistémologie descriptive. Cela se conçoit aisément pour la recherche des solutions passées. Par effet rétrospectif, le droit passé est un droit doctrinal, sélectionné par les auteurs pour figurer dans des manuels, des traités ou des encyclopédies. Les sources législatives, réglementaires ou prétoriennes n'atteignent une autorité historique qu'au tamis des ouvrages doctrinaux. Quelles raisons y aurait-il de douter que le droit positif n'emprunterait pas sa part aux ouvrages doctrinaux ? Certes, la doctrine ne fournit pas de règles positives applicables au moyen d'une subsumption conforme à l'article 12 du NCPC, mais elle fournit la matière et le contenu des règles qui vont se dégager pour expliquer les changements du droit positif. Lorsque, rétrospectivement, on observe l'existence d'une "source doctrinale directe" ⁽⁸¹⁵⁾ ou la paternité doctrinale d'une solution ⁽⁸¹⁶⁾, c'est bien que les auteurs se reconnaissent le pouvoir de franchir la rampe de la Cour de cassation pour imposer leurs vues ⁽⁸¹⁷⁾ ; c'est bien que l'interprète par voie d'argument assoit sa sphère d'influence au-delà de celle *a priori* et formellement réservée à l'interprète authentique. Mais le problème reste souvent que la recherche juridique se conçoit toujours plus ou moins comme devant déboucher sur la solution future la plus acceptable, celle qui d'une manière ou d'une autre s'imposera comme la solution positive. Même lorsque les auteurs perçoivent le rôle de la doctrine à travers un examen dialogique de thèses opposées, c'est encore pour gagner en certitude de la solution offerte au juge.

⁽⁸¹²⁾ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, précité, n°86, p.168.

⁽⁸¹³⁾ Loin d'être péjoratif, l'anarchisme épistémologique envers lequel M. le professeur ATIAS a montré quelques sympathies est celui du philosophe Paul FEYERABEND cité dans *Théorie contre arbitraire*, précité, n°51, p.216.

⁽⁸¹⁴⁾ P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1993, p.46.

⁽⁸¹⁵⁾ Ph. REMY, obs. à la *RTD civ.* 1989, p.107.

⁽⁸¹⁶⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Paris, 12 janvier 1996, *Defrénois* 1996, n°61 p.756 qui attribue à M. le professeur AYNES la paternité des nouvelles solutions du 1er décembre 1995 relative à l'indétermination du prix.

⁽⁸¹⁷⁾ comp. A. TOUFFAIT, "Conclusion d'un praticien", précité, p.484.

Selon M. le professeur Zénati, "l'intervention doctrinale s'avère bénéfique et génératrice de certitude". La dialectique doctrinale permet de réduire la contradiction à deux thèses. "Cette cristallisation a un effet simplificateur ; à défaut de permettre à la doctrine d'accéder elle-même à la synthèse, elle présente au juge une alternative qui facilite la décision ⁽⁸¹⁸⁾". L'office de la doctrine serait donc de réduire le nombre de solutions possibles et non de l'augmenter ; l'idéal serait évidemment qu'elle puisse déterminer la seule solution qui s'imposera. Ceci est dû sans doute à une focalisation excessive des auteurs sur le rôle normatif de la Cour de cassation. Lorsqu'apparaissent et persistent des divergences entre des juridictions du fond ou parmi les chambres de la juridiction suprême, et qu'elles subsistent après les interventions de l'assemblée plénière, la doctrine s'interroge et présente volontiers la jurisprudence comme une source du droit imparfaite voire infirme, incapable d'imposer la solution énoncée ⁽⁸¹⁹⁾. Mais le plus souvent, les divergences jurisprudentielles sont le reflet de la diversité des opinions qui a cours en doctrine, une diversité d'opinions qui est elle-même le reflet de la diversité des ordres de valeurs accordées aux solutions possibles. Ainsi, quand M. le professeur Zénati prête à la doctrine la vertu de condenser et de simplifier les alternatives offertes au choix judiciaire, n'y a-t-il pas là l'occultation d'une partie de son pouvoir, celui de passer sous silence les solutions et les raisonnements déviant de l'alternative dominante ? Le discours doctrinal a autant de force dans ses silences que par ses prescriptions explicites, et cela parce qu'il est à la fois un véhicule et un objet. Il est le véhicule d'une rhétorique de l'adhésion à des solutions prescrites par l'autorité énonciative. Il est aussi son propre objet, son propre enjeu même puisque cette rhétorique d'autorité pénètre les sphères plus théoriques et contamine en quelque sorte les supposés points de vue externes.

En résumé, si l'on cherche les réponses possibles, on les trouvera vraisemblablement dans l'oeuvre doctrinale, mais gare aux leurres. Ce que l'on prend pour des descriptions, ce sont aussi des opinions. Les interprètes par voie d'argument jouent de leur position pour créer des contraintes interprétatives. Par leurs "jugements de conformité", ils expriment le désir de peser sur la transformation de l'ordre positif.

⁽⁸¹⁸⁾ F. ZENATI, *La jurisprudence*, précité, p.253 et p.259 ; *adde*, M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 4ème éd., 1997, n°168, p.146 : "Dans le silence du contrat, la communauté des juristes est parvenue à s'accorder sur deux solutions".

⁽⁸¹⁹⁾ P. ESMEIN, "La jurisprudence et la loi", *RTD civ.* 1952, p.17.

CHAPITRE 2

Les jugements de conformité

144. La lutte pour la doctrine - Alors que la voix doctrinale de la Cour de cassation présente la Haute cour comme l'auteur des arrêts de principe, en particulier du fait du style rédactionnel qu'elle lui imprime, la doctrine universitaire se pose tout à la fois comme inspiratrice et maîtresse de la destinée de ces arrêts. M. Capoulade nous dirait ainsi que "l'arrêt unique ne peut prétendre inaugurer une jurisprudence constante que s'il se présente sous les aspects d'un arrêt de principe. Il s'impose alors avec une force particulière parce qu'il tire son autorité de sa rédaction concise, de sa motivation claire et ferme, énonçant sa décision à la manière d'une disposition générale, voire même avec solennité ⁽⁸²⁰⁾" et M. le professeur Zénati ajouterait : "la jurisprudence ne doit pas que son existence à la doctrine. Elle lui est aussi redevable de son titre. Le pouvoir que détient le docteur est dû à l'écrit. C'est la rédaction de la solution qui assure sa conservation et permet sa diffusion. C'est parce qu'il est la mémoire du juge qu'il peut condamner à l'oubli certaines de ses décisions ⁽⁸²¹⁾". Ce sont deux images bien différentes que les interprètes donnent d'eux-mêmes, et c'est sans doute cette diversité des représentations du pouvoir de la Cour de cassation et de son vis-à-vis doctrinal qui illustre le mieux la lutte que se livrent les voix doctrinales des institutions et la doctrine universitaire, pour le contrôle des énoncés normatifs. Pour rendre compte de ce "combat pour la doctrine ⁽⁸²²⁾" que se livrent les différents interprètes du droit et dont le but est la maîtrise et le contrôle du contenu des règles, on utilisera la distinction classique entre

⁽⁸²⁰⁾ P. CAPOULADE, "La jurisprudence constante de la Cour de cassation", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, la documentation française, 1994, p.220-221.

⁽⁸²¹⁾ F. ZENATI, *La jurisprudence*, précité, p.251.

⁽⁸²²⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, p.235 s., n°188 s. ; rappr. A. PERDRIAU, "La portée doctrinale des arrêts civils de la cour de cassation", *JCP* 1990.I.3468.

l'interprétation authentique (SECTION 1) et l'interprétation scientifique par voie d'argument (SECTION 2).

Section 1

L'interprétation authentique

145. Le contrôle des solutions - À qui est dévolu le rôle de contrôler les solutions ? Sans doute l'article 604 du Nouveau code de procédure civile laisse-t-il penser que c'est une tâche qui incombe à la Cour de cassation chargée de censurer la non-conformité des jugements aux règles de droit. Mais qui contrôle la conformité des décisions de la Haute juridiction à l'ordre juridique ? Posée en termes de conformité à un ordre supérieur immanent, à une chaîne narrative, à une tradition ou à une norme fondamentale, cette interrogation invite à réfléchir sur la continuité du droit. La réponse donnée est évidemment fonction d'une orientation philosophique et, positivement, d'une théorie dominante. La diversité des approches suscite donc la diversité des gardiens de la jurisprudence, mais pour nombre d'auteurs, la doctrine trouve sa légitimité dans son activité de sentinelle des juges et de la Cour de cassation : "accomplissant sa mission, elle est un incomparable rempart contre l'arbitraire. L'appréciation du droit positif est dévolu sans partage à la doctrine, sans nul carcan. Pour elle, aucune règle, aucune théorie, n'a de vertu en soi : son champ de discernement est infini. La réflexion n'est pas là pour approuver les lieux communs ou confirmer les évidences, mais, au contraire, en prenant de la hauteur, les regarder d'un oeil neutre, en recherchant leurs qualités et défauts par rapport au bien commun et aux seuls combats qui valent, celui de l'homme ⁽⁸²³⁾". De leur côté, les juges cheminent dans le dédale des lois et des règlements, dans les méandres des précédents judiciaires et dans l'insondable perplexité que provoquent parfois les prétentions des parties. Ils sont, en général, heureux de trouver un guide dans le labyrinthe des normes.

146. Ariane - À la recherche de la solution sûre, M. le président Draï expliquait que le bonheur du juge était complet lorsqu'il pouvait atteindre et tenir ce fil

⁽⁸²³⁾ PH. LE TOURNEAU, "La plume professorale est libre", *D.* 1995, chr., p.273.

conducteur, *gage de la sécurité et de la prévisibilité de sa démarche* ⁽⁸²⁴⁾. La métaphore du fil d'Ariane ou celle de la chaîne narrative d'Hercule peuvent être conçues de deux manières, mais toutes deux font du jugement de conformité un examen de la continuité des solutions. Pour la première, la solution est à rechercher et le fil conducteur est à découvrir. La métaphore n'a alors qu'une propriété heuristique. Le juge produit une solution qu'il ramène à une cohérence présumée par un discours de motivation. La continuité du droit pèse comme une contrainte interprétative sans priver le juge de son libre arbitraire. Pour la deuxième, le fil ou la chaîne existent. Ils ne pèsent pas sur la recherche de la solution comme des contraintes interprétatives, mais sont perçus comme les buts supposés réels de cette recherche ; la décision rendue qui s'écartera de cette ligne sera censurée par la Cour de cassation saisie à bon escient, mais si la décision émane de la Haute juridiction elle-même, elle sera condamnée pour hérésie, disqualifiée comme non-juridique par la doctrine.

Le Code de l'organisation judiciaire consacre en droit français positif la distinction entre les cas faciles ⁽⁸²⁵⁾ et les cas difficiles. Devant la Cour de cassation, les premiers appellent des solutions qui s'imposent ⁽⁸²⁶⁾ ; les seconds posent des questions de principe ⁽⁸²⁷⁾. L'organisation du traitement des pourvois et des questions juridiques appelle, ne serait-ce que parce qu'il fait résonner le débat philosophique sur le pouvoir discrétionnaire des juges dans les cas difficiles, une réflexion sur la façon dont la juridiction suprême entend jouer son rôle de source du droit c'est-à-dire d'interprète autorisé. Il faut distinguer pour cela les cas faciles (PARAGRAPHE 1) des cas difficiles (PARAGRAPHE 2), en gardant à l'esprit que la qualification de "cas facile" porte en elle l'éviction (arbitraire ?) de la question.

PARAGRAPHE 1 LE CONTROLE DU CAS FACILE.

⁽⁸²⁴⁾ P. DRAI, "La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions", *Droits-20*, p.108-109 : "L'auteur du présent propos, juge depuis plus de quatre décennies, se souvient - non sans une certaine émotion - de sa quête fiévreuse, au fil des espèces qui lui étaient soumises, du moindre signe de la Cour de cassation pouvant lui révéler une certaine "doctrine", au-delà d'une vaine et épuisante casuistique. Et le bonheur de ce juge était complet lorsqu'au travers des commentaires, même critiques, des maîtres de l'Université, il pouvait atteindre et tenir ce fil conducteur, gage de la sécurité et de la prévisibilité de sa démarche. Parvenu au sommet et... au terme de sa carrière professionnelle, mais toujours convaincu que, pour accomplir l'art du juste et du bien, il lui faut, encore et toujours avoir des idées... et les mettre en oeuvre, ne jamais jouer comme d'habitude, mais toujours désapprendre et recommencer (suivant le conseil de Toscanini donné à ses élèves), (...) Il en tire une grande et légitime fierté".

⁽⁸²⁵⁾ Le vocable "cas facile" n'est jamais usité mais la doctrine parle "d'affaires simples". v. G. GUIDICELLI-DELAGÉ, *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, PUF, 2ème éd., 1993, n°230, p.301.

⁽⁸²⁶⁾ Art. L.131-6 C.O.J.

⁽⁸²⁷⁾ Art. L.131-2 C.O.J.

147. Sursaturation - Devant la "sursaturation" de la Cour de cassation⁽⁸²⁸⁾, le législateur contemporain est intervenu à trois reprises pour réformer la procédure de sélection des affaires soumises à examen devant l'une des chambres de la Haute juridiction. La loi du 3 janvier 1979 a tout d'abord adjoint à chaque chambre une formation restreinte de trois magistrats chargée de "rejeter les pourvois irrecevables ou manifestement infondés". Mais peu satisfaite de ce système lourd et incertain⁽⁸²⁹⁾, la voix doctrinale de la Cour de cassation critiquait les effets pervers de cette institution impliquant un double examen des pourvois dans un grand nombre de cas⁽⁸³⁰⁾, et aboutissant de fait à ouvrir une section *Requêtes* à l'intérieur de chaque chambre⁽⁸³¹⁾. La loi du 6 août 1981 réforma la loi critiquée. Le nouvel article L. 131-6 al. 2 du Code de l'organisation judiciaire innovait en permettant à la formation restreinte non seulement de rejeter les pourvois, mais aussi de casser les arrêts dès lors que le cas avait été renvoyé devant elle. "Lorsque la solution lui paraît s'imposer, le premier président ou le président de la chambre concernée peut faire juger l'affaire par une formation restreinte" qui "peut renvoyer l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre, à la demande de l'une des parties ; le renvoi est de droit si l'un des magistrats composant la formation le demande". Cette réforme très tôt considérée comme un expédient⁽⁸³²⁾ s'avéra insuffisante pour assurer efficacement le désengorgement croissant de la Cour. Les projets de nouvelle réforme n'aboutirent pas⁽⁸³³⁾ jusqu'à la récente loi du 23 avril 1997⁽⁸³⁴⁾. L'article L. 131-6 du Code de l'organisation judiciaire dispose désormais : "Après le dépôt des mémoires, les affaires soumises à une chambre civile sont examinées par une formation de trois magistrats appartenant à la chambre à laquelle elles ont été distribuées.

⁽⁸²⁸⁾ P. BELLET, "Grandeur et servitudes de la Cour de cassation", *RID comp.* 1980, p.293.

⁽⁸²⁹⁾ P. HEBRAUD, "“Aggiornamento” de la Cour de cassation", *D.* 1979, chr., p.205 ; R. LINDON, "De certaines récentes modifications de la procédure devant la Cour de cassation", *JCP* 1980.I.2967.

⁽⁸³⁰⁾ J. BORE, "Réflexion sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation", *D.* 1979, chr., p.247.

⁽⁸³¹⁾ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3ème éd., 1996, précité, p.245.

⁽⁸³²⁾ R. LINDON, "La loi du 6 août 1981 sera-t-elle la dernière loi modifiant la procédure devant la Cour de cassation ?", *JCP* 1981.I.3051, n°12

⁽⁸³³⁾ G. CORNU ET J. FOYER, *Procédure civile*, 3ème éd., 1996, précité, p.245. En 1994, "un projet de loi (Sénat, n°418, 1993-1994) prévoyait la création au sein de chaque chambre d'une formation d'admission, composée de trois magistrats, qui eût examiné toutes les affaires distribuées à la chambre, avec le pouvoir de refuser l'admission des pourvois manifestement irrecevables ou ne présentant aucun moyen de cassation sérieux".

⁽⁸³⁴⁾ Loi n°97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation, *JO RF*, 25 avril 1997, p.6268.

Cette formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose. Dans le cas contraire, elle renvoie l'examen du pourvoi à l'audience de la chambre.

Toutefois, le premier président ou le président de chambre concernée, ou leurs délégués, d'office ou à la demande du procureur général ou de l'une des parties peuvent renvoyer directement une affaire à l'audience de la chambre par décision non motivée.

Lorsque la solution d'une affaire soumise à la chambre criminelle lui paraît s'imposer, le premier président ou le président de la chambre criminelle peut décider de faire juger l'affaire par une formation de trois magistrats. Cette formation peut renvoyer l'examen de l'affaire à l'audience de la chambre, à la demande de l'une des parties ; le renvoi est de droit si l'un des magistrats composant la formation le demande".

Cette loi vient de conférer aux formations restreintes des moyens censés permettre l'évacuation des pourvois pour lesquels une réponse s'impose sans conteste. Le texte, entérinant une pratique, réforme la totalité de la sélection des affaires puisqu'il supprime les termes de "formation restreinte". Chaque chambre est désormais dotée d'une structure ordinaire de trois magistrats qui statue lorsque la solution du pourvoi s'impose et renvoie l'examen à l'audience de la chambre dans le cas contraire ⁽⁸³⁵⁾. En termes clairs, le législateur, sous l'impulsion des magistrats de la Haute cour, a fait sienne la distinction entre les cas facile et difficile. "Il s'agit en pratique, d'étendre les attributions de l'ancienne formation restreinte au sein de chacune des chambres de la Cour de cassation pour permettre un traitement rapide des affaires simples et favoriser l'approfondissement des dossiers les plus complexes ⁽⁸³⁶⁾".

148 La définition du cas facile - Le trait caractéristique du cas facile est qu'il se définit positivement par sa solution, soit qu'elle s'impose, soit qu'elle paraisse s'imposer. Les travaux parlementaires mettent au jour la différence de nuance entre les deux expressions. "La solution lui paraît s'imposer" fut remplacée au cours du débat par "la solution s'impose". L'amendement proposé par la commission des lois du Sénat et adopté, visait non seulement à distinguer les affaires civiles des affaires pénales qui restent soumises au précédent système mais, surtout, à dissocier la fonction d'orientation de la fonction de jugement. Dans cet esprit, le pouvoir de juger - rejeter ou casser - supposait que soit assuré un certain équilibre entre la rapidité de la prise de décision et le degré

⁽⁸³⁵⁾ L. CADJET, *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2ème éd., 1998, n°272, p.127.

⁽⁸³⁶⁾ J. TOUBON, garde des sceaux, Ministre de la justice, *JO Sénat*, Séance du 16 janvier 1997, p.113.

de complexité du cas. Juger rapidement n'est pas - dit-on - préjuger, de sorte que le cas ne sera facile que s'il reçoit une réponse évidente ⁽⁸³⁷⁾; or les termes "lorsque la solution paraît s'imposer" laissaient croire que la Cour de cassation pouvait "statuer sur le fondement d'une simple apparence ⁽⁸³⁸⁾" ou pire, "d'une évidence douteuse ⁽⁸³⁹⁾".

149. Les critères du cas facile - Le cas facile se conçoit de deux hypothèses soit par sa réponse évidente ⁽⁸⁴⁰⁾, soit par sa réponse certaine, toutes deux conformes à la jurisprudence ⁽⁸⁴¹⁾. On perçoit ici la teneur dogmatique du débat. La solution, c'est-à-dire l'interprétation judiciaire, est considérée comme le seul élément décisif du champ argumentatif. La pertinence des moyens n'est pas à déterminer, la présence d'une jurisprudence constante permet d'en éluder l'examen. M. le doyen Perdriau considère ainsi le cas facile et les critères de compétence des formations restreintes. "S'il est conforme à la lettre de la loi qu'une formation restreinte juge les pourvois dont la solution paraît s'imposer, il est conforme à son esprit qu'elle juge en outre d'autres pourvois dont la solution peut ne pas s'imposer, mais n'engage ou n'entame en aucune façon la doctrine de la Cour. (...) Ainsi les affaires qui n'appellent qu'un contrôle de la motivation, quelle que soit la difficulté de celui-ci, doivent, selon nous, s'ajouter à celles qui appellent un contrôle normatif mais dont l'issue est certaine parce qu'elle est commandée par la simple application à l'espèce d'une jurisprudence constante ⁽⁸⁴²⁾". L'image que la Cour de cassation propose d'elle-même a besoin de cette distinction entre les arrêts de peu d'importance qui, quelle que soit leur réponse, n'affecteront pas sa doctrine, et ceux qui mettent en jeu l'unité de sa jurisprudence ⁽⁸⁴³⁾. Aux formations restreintes le soin de juger selon la jurisprudence constante ⁽⁸⁴⁴⁾, aux

⁽⁸³⁷⁾ J. TOUBON, *ibidem*, p.113 : "Cette formation examinera les moyens des parties pour déterminer si la solution s'impose d'évidence".

⁽⁸³⁸⁾ Ch. JOLIBOIS, rapporteur de la commission des lois, *JO Sénat*, Séance du 16 janvier 1997, p.113.

⁽⁸³⁹⁾ B. PETIT, "L'évidence", *RTD civ.* 1986, p.491.

⁽⁸⁴⁰⁾ v. P. CAPOULADE, "La Cour de cassation et la copropriété : synthèse de jurisprudence", *AJDI* 1998, p.495 : "En écho à certaines thèses doctrinales, la Cour de cassation rejette, en formation restreinte et par une formule abrégée (ce qui témoigne de l'évidence de sa solution), le pourvoi contre un arrêt ..." [c'est nous qui soulignons].

⁽⁸⁴¹⁾ J. BORE, "La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation", *D.* 1981, chr., p.301, n°11 : "La simplicité de l'affaire s'apprécie d'après l'évidence de sa solution (...) Devant une cour régulatrice, dont le premier devoir est d'avoir une jurisprudence stable permettant la prévision des rapports juridiques, il est naturel que la notion de jurisprudence constante joue un rôle dans la sélection des affaires et que l'on réserve aux formations les plus nombreuses l'examen des pourvois offrant un intérêt jurisprudentiel".

⁽⁸⁴²⁾ A. PERDRIAU, "Les formations restreintes de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3768, n°82 et 83.

⁽⁸⁴³⁾ J. BORE, "La Cour de cassation de l'an 2000", *D.* 1995, chr., p.141

⁽⁸⁴⁴⁾ J. BORE, "La Cour de cassation de l'an 2000", précité, p.139

formations plénières le pouvoir créateur. Il y a de ce point de vue une claire dissonance entre la voie doctrinale de la Cour de cassation et la doctrine universitaire, non point sur les buts mais sur les moyens d'assurer l'unité de la jurisprudence. "L'unification de la jurisprudence ne peut être le résultat d'un débat rapide et tronqué, au risque de n'être qu'une unification provisoire et illusoire. Accélérer l'unification de la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est prendre le risque d'une multiplication de revirements de jurisprudence" ⁽⁸⁴⁵⁾. La raison d'être des chambres restreintes est en quelque sorte soumise à une double tension. Pour désengorger la Cour de cassation, il faut permettre un traitement rapide de certaines affaires. De la même manière, la rédaction des arrêts pourra-t-elle se satisfaire de formules elliptiques et évasives dont la concision rivalisera en maigreur avec leur contenu ? En somme, si l'éviction du contentieux de masse en est le but avoué, peut-il être atteint aux dépens de l'unité de la jurisprudence, de sa maturité et de sa constance ? La question est posée. Elle est bien sûr biaisée puisque son véritable enjeu est le contrôle du contenu normatif des solutions par les autorités doctrinales.

150. Éluder le contentieux de masse - Le débat parlementaire discutant la loi du 23 avril 1997 a rappelé que depuis deux siècles, les effectifs de la Haute juridiction avaient été multipliés par quatre, et que le nombre des affaires à traiter annuellement avait été, lui, multiplié par soixante. Cet engorgement chronique de la Cour de cassation a plusieurs causes. On regrette toujours l'absence de moyens alloués, on dénonce le manque de qualité des lois ⁽⁸⁴⁶⁾, on honnit plus encore l'existence d'un contentieux dénommé "disciplinaire" ⁽⁸⁴⁷⁾. Ainsi, alors que la Cour de cassation s'est vue recevoir du législateur la triple mission de contrôler l'uniformité de l'application de la loi, d'assurer le respect de l'obligation de motiver et d'exercer son contrôle normatif sur l'interprétation des lois, elle ploie aujourd'hui sous le nombre des pourvois parasites. Son travail en est affecté. "Le refus d'opérer un tri a pour conséquence que la Cour de cassation, au lieu de définir des concepts, statue "coup par coup" compte tenu de la situation de fait, ce qui aboutit à de nombreuses décisions sur une même question avec d'infinies variations ⁽⁸⁴⁸⁾". À

⁽⁸⁴⁵⁾ M. JEANTIN, "Réformer la Cour de cassation", *Mélanges P. Hébraud*, 1981, p.469.

⁽⁸⁴⁶⁾ I. CORPART, "L'encombrement croissant de la Cour de cassation", *Les petites affiches*, 6 février 1995, n°16, p.4.

⁽⁸⁴⁷⁾ v. E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé*, précité, p.248-267.

⁽⁸⁴⁸⁾ J. BEL, "La plume d'oie", *D.* 1995, chr., p.59.

terme, cet encombrement rendra la Cour de cassation tribunaire du cas d'espèce et la fera juge du fait. Sa "mission essentielle, celle de veiller à la bonne application de la loi par les juges et d'assurer l'unité de son interprétation ⁽⁸⁴⁹⁾", sera dévoyée. Alors qu'elle a vocation à ne rendre que des arrêts de principe, la voilà aujourd'hui, occupée à la rédaction fastidieuse d'arrêts sans intérêt pour la "jurisprudence". Le recours aux formations restreintes ou à une institution de traitement rapide des cas faciles ne relevant pas ou plus de sa vocation, est présenté par sa voix doctrinale comme un impératif ⁽⁸⁵⁰⁾. Le temps passé à rendre ces arrêts "disciplinaires", à faire application d'une jurisprudence constante, à rejeter ces *mauvais pourvois* manifestement infondés ⁽⁸⁵¹⁾, est du temps perdu pour la réflexion sur les cas difficiles. Non seulement la Cour ne doit pas être encombrée mais ses auteurs plaident pour qu'elle n'embarrasse pas ces arrêts de subtiles motivations. Les arrêts "brévissimes" dans les cas faciles sont présentés comme salvateurs.

151. Une solution brevissime - Devant l'abondance des pourvois formés par les justiciables qui feignent d'ignorer que la Cour de cassation n'est pas juge du fait ⁽⁸⁵²⁾, les auteurs autorisés invitent aujourd'hui la pratique et l'ensemble des observateurs à se satisfaire de motivations "brévissimes". Ces réponses données à des questions sans intérêt doctrinal sont révélatrices de la façon dont la Cour de cassation entend jouer son rôle d'interprète suprême. Lorsque, pour toute réponse, les arrêts énoncent après un rappel des faits et la présentation de la thèse du pourvoi, *que le jugement n'encourt pas les griefs du moyen* ⁽⁸⁵³⁾ et répètent cette formule magique comme un refrain, on peut se souvenir des exhortations de MM. Touffait et Tunc plaidant pour une motivation plus détaillée des réponses données. "La Cour de cassation procède par voie d'affirmation. Le souci de la sécurité juridique, à laquelle elle attache légitimement une très grande importance la conduit à reprendre les mêmes principes dans les mêmes termes, quelles que soient les discussions qu'ils ont

⁽⁸⁴⁹⁾ P. DRAI, "Pour la Cour de cassation", *JCP* 1989.I.3374.

⁽⁸⁵⁰⁾ Pour libérer la Cour de cassation des pourvois qui, provenant de juridictions statuant en premier et dernier ressort, mêlent fait et droit, certains proposent de décentraliser le pouvoir de cassation en attribuant une partie de ce pouvoir aux cours d'appel. Le rôle unificateur resterait à la Cour de cassation par l'intermédiaire du pourvoi dans l'intérêt de la loi. v. P. TRUCHE, "Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année 1997", *Rapport de la Cour de cassation* 1996, Paris, La documentation française, 1997, p.41.

⁽⁸⁵¹⁾ A. PERDRIAU, "Les formations restreintes de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3768, n°75.

⁽⁸⁵²⁾ A. PERDRIAU, "Pour une rédaction plus homogène des arrêts de la Cour de cassation", *Gaz. pal.* 19 et 20 juillet 1995, p.2.

⁽⁸⁵³⁾ par exemple Cass. soc., 22 novembre 1995, pourvoi n°92-43.785 *lexilaser*.

pu susciter. Tout se passe donc comme si la Cour se considérait comme infaillible. On peut discuter la portée du dogme, non son existence. De là résulte un certain immobilisme, une constance excessive, une "force d'inertie" - certains ont dit : une certaine sclérose ⁽⁸⁵⁴⁾". Le remède est pour les uns le mal que dénoncent les autres. Pour les uns le cas facile se résout facilement, objectivement, puisque indépendamment de l'arbitraire du juge, la solution s'impose infailliblement. En suivant les préceptes de M. le doyen Perdriau, on pourrait ainsi éliminer par quelques formules sibyllines les pourvois formés contre les décisions des Cours d'appel s'étant conformées aux arrêts de principe rendus en matière de paiement de l'indu ou d'indétermination du prix. La brièveté de la motivation aurait pour vertu la certitude des solutions. Pour les autres, concevoir le débat juridique en termes de questions / réponses élude la part créatrice des juges dans la répétition des mêmes solutions. Cela les amène à s'interroger sur la diversité des approches du raisonnement judiciaire et la validité de la subsumption comme mode idéal de résolution des cas faciles. "La science du droit n'a pas la rigueur de la science mathématique, et il est naturel que des recherches indépendantes aboutissent à des résultats différents ; un parfait monolithisme serait un indice certain de sclérose intellectuelle ⁽⁸⁵⁵⁾". Il y a lieu par conséquent de s'interroger sur des cas supposés faciles, subsumant des interprétations évidentes. On aurait tort de tous les juger hâtivement. Au reste, l'insistance avec laquelle la voix doctrinale de la Cour de cassation rappelle que la mission de la Haute juridiction est de veiller à l'unité du droit positif est porteuse d'une difficulté connexe. Les plaidoyers en faveur d'un désengorgement de la Cour par des méthodes expéditives, invitant les plaideurs à plus de retenue, utilisent de manière intelligemment anachronique le rôle confié à la Cour de cassation par Portalis et son pouvoir normatif actuel. En effet, au début du XIXème siècle, la Haute juridiction est encore considérée comme un interprète par voie d'argument, alors qu'aujourd'hui cet emploi est concurrent de celui d'interprète autorisé. Ainsi, en décidant qu'une affaire est simple voire simplissime, elle opère un classement entre les cas qui méritent une certaine attention et ceux qui n'en réclameraient pas. On a le sentiment que le pouvoir discrétionnaire de la Cour de cassation est de cet ordre : dans sa capacité à imposer que le cas est facile,

⁽⁸⁵⁴⁾ A. TOUFFAIT et A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation", *RTD civ.* 1974, p.497.

⁽⁸⁵⁵⁾ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris 1965, p. 50 cité par E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, précité, p.342 note 9.

sans autre examen que la recherche de la constance ou la découverte d'une évidence.

152. Sans préjugé ? - Le problème est bien là. Lorsque la voix doctrinale de la Cour de cassation invite au respect le plus scrupuleux des décisions de ses chambres les plus hautes dans un but de sécurité juridique, c'est au motif que, quoi qu'il adviene, ce non-respect ne donnera pas lieu à débat. La violation d'une solution acquise par un juge inférieur justifiera "l'attribution à une formation restreinte du jugement d'un pourvoi qui viendrait à poser la question réglée". L'idée est évidemment qu'en considération de la sécurité juridique, toute résistance est inutile. Pour M. le doyen Perdriau, "dans cet esprit, la solution juridique donnée par une assemblée plénière, particulièrement si elle est adoptée dans une cassation sans renvoi, doit être considérée comme relevant d'une "jurisprudence établie", au moins équivalente à une "jurisprudence constante", sans avoir besoin d'avoir été reprise ou répétée. Il en va non seulement de la sécurité à laquelle ont droit les justiciables, mais de leur intérêt même. En effet, il ne servirait à rien, de la part des juridictions du fond, d'opposer des résistances ou des réticences qui ne feraient que retarder l'achèvement des litiges en raison du jeu des pourvois et de leur prévisible aboutissement (...) ⁽⁸⁵⁶⁾". Il apparaît clairement que si le pouvoir normatif crée les règles, c'est un pouvoir d'un autre ordre qui crée et applique les principes permettant de dire si la question est réglée ou non. C'est un pouvoir d'ordre doctrinal - non-authentique -; or c'est le second qui donne force et portée au premier. Lorsque l'on s'accorde en doctrine pour dire qu'une question est réglée, qu'une question ne se pose pas ou plus, ou simplement pour rappeler comment le législateur a mis un terme à une controverse, ce constat a pour effet d'écarter *a priori* toute discussion sur la pertinence de la question posée : d'avance, elle n'en a pas. Pour aller plus vite, on renonce donc à vérifier que la solution appliquée mérite un examen en termes d'opportunité politique, de justice ou de cohérence pour justifier son application par des raisons de seule autorité. Mais il est sans doute des affaires que l'on range vite parmi les affaires simples pour éviter de discuter le fondement de leur solution prétendument évidente. Car enfin, s'il est un pouvoir qui est absolument discrétionnaire politiquement, c'est bien celui de taire les opinions dissidentes, les raisonnements différents et surtout les

⁽⁸⁵⁶⁾ A. PERDRIAU, "La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3798, n°82, note 53.

argumentations qui viennent ébranler les solutions acquises. Ce pouvoir, aux mains de l'interprète, se traduit, *a priori*, par l'étouffement de la controverse dans les cas faciles et, *a posteriori*, par l'utilisation d'un artifice de rationalisation lorsque la question a fini par émerger. La question devenue délicate s'écarte alors des chemins balisés par les raisons d'autorité pour devenir une question de principe.

PARAGRAPHE 2 LE TRAITEMENT DU CAS DIFFICILE

153 La réponse aux questions de principe - Contrairement au cas facile, le cas difficile ne se définit pas par sa solution mais plutôt par les conséquences théoriques et pratiques que ses solutions possibles pourraient avoir. Aussi les cas difficiles impliquent-ils de raisonner en cohérence de façon à appréhender la difficulté intrinsèque du cas, sans méconnaître la série d'autres questions qui surgissent à son examen et dont elle est génératrice. La révélation ou la qualification de cas difficiles agit comme l'épicentre d'un bouleversement dont la doctrine et la Cour de cassation se doivent de maîtriser les conséquences sur l'ensemble du système et des autres solutions. Les arrêts *révolutionnaires*⁽⁸⁵⁷⁾ et les revirements *spectaculaires*⁽⁸⁵⁸⁾ produisent ainsi des ondes de choc qui soit favorisent la multiplication des contentieux et augmentent un peu plus la difficulté des questions (dans cette mesure, c'est l'incohérence de la solution qui sera relevée), soit permettent la remise en ordre de la matière considérée.

Ce qui distingue véritablement le cas facile du cas difficile est bien que le cas facile ne rayonne pas au-delà de la question qu'il pose et que la solution prescrite pour le résoudre n'est pas susceptible de discussion au-delà de l'hypothèse visée. Le cas difficile se conçoit quant à lui par une approche plus globale qui oblige la doctrine - ou le cas échéant la voix doctrinale de la Cour de cassation⁽⁸⁵⁹⁾ - à raisonner à l'aide de principes capables de rendre compte et de traiter de manière plus théorique la pathologie de cette partie de l'ordre juridique. En effet, pour que la solution du cas difficile soit sûre, il faut que la

⁽⁸⁵⁷⁾ F. CHABAS note sous Cass. civ. 2ème, 25 janv. 1995, *Gaz. pal.* 18-20 juin 1995, p.28. Pour l'auteur du commentaire, par cet arrêt révolutionnaire, la deuxième chambre civile "reconstruit toute une aile de l'édifice - à vrai dire bien composite - de la notion d'implication".

⁽⁸⁵⁸⁾ J. GHESTIN note sous cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, *JCP* 1995.II.22371.

⁽⁸⁵⁹⁾ A. PERDRIAU, "La portée doctrinale des arrêts civils de la cour de cassation", *JCP* 1990.I.3468.

règle qu'elle énonce soit susceptible de résoudre facilement des problèmes connexes. En un sens, la solution sûre d'un cas difficile sera celle qui permettra la mutation du cas difficile en cas facile.

154. Détermination du cas difficile - Alors que le cas facile se reconnaît à l'évidence de sa réponse, le cas difficile naît d'une sorte d'incapacité de la doctrine ou de la jurisprudence à déterminer rapidement et unanimement la bonne réponse. Il en appelle alors à des principes supérieurs puisque les règles *a priori* immédiatement applicables s'avèrent douées d'inadéquation. Ce que l'on souhaite, c'est de rendre facile un cas difficile et pour cela, il faut s'interroger sur le futur pour le maîtriser. Le regard rétrospectif porté sur les précédents n'est pas suffisant pour concevoir la chaîne narrative du droit comme une image parfaitement opératoire en droit privé français : les juristes français préfèrent souvent commencer un nouveau chapitre plutôt que de continuer celui de leur prédécesseur. La continuité du droit français ne s'établit donc pas *a priori* mais plus certainement de manière improvisée voire anarchique (dans le sens d'un établissement discontinu et discret de la connaissance), mais la force de la description rétrospective donne à l'ensemble sa continuité. Les éclipses et les renaissances des concepts en droit civil sont l'illustration de cette attitude de la doctrine, cherchant dans le passé la justification de son savoir et tournée vers l'avenir pour l'utilisation de ce qu'elle y a découvert ⁽⁸⁶⁰⁾.

155. Les principes en question - L'opinion de MM. Touffait et Tunc est partagée par un grand nombre d'auteurs : ils conçoivent l'obligation de motiver en détail les décisions de justice comme le moyen d'unir les efforts de la jurisprudence et de la doctrine pour clarifier le droit et le faire progresser. En respectant la mesure nécessaire en toute chose, sans excès de verbiage, en conservant une indispensable concision mais non une concision maximale, la Cour de cassation pourrait élucider certaines questions sans les éluder. Ce débat sur une motivation détaillée ou une *brevitas imperatoria* traduit l'état d'un rapport de force entre doctrine et jurisprudence. L'enjeu dépasse le cadre de l'acte décisionnel. Sur qui pèserait le renforcement de la contrainte

⁽⁸⁶⁰⁾ J. LEAUTE, *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Thèse Paris, 1946 ; et par exemple Ph. CONTE, note sous Cass. civ. 2ème, 23 mars 1994, *JCP* 1994, II, 22292 à propos de la résurrection de l'effet perturbateur : "On voit ainsi renaître aussitôt de leurs cendres certaines des distinctions que l'arrêt paraissait avoir légué à l'histoire".

argumentative ? On est tenté de répondre que le juge aura une plus lourde charge pour justifier la solution qu'il donnera, et qu'il s'engagera, du coup, dans une recherche de la bonne réponse et de la bonne raison de décider. Cela permettra de réduire voire d'anéantir son pouvoir arbitraire, subjectif et politique - si tant est qu'il le soit - pour le plus grand bien de tous. La motivation plus explicite serait "une garantie contre toute manifestation d'hérésie" sans être un frein au progrès collectif ⁽⁸⁶¹⁾. Au regard de la sécurité juridique, cela permettrait de révéler si le juge a bien fait le tour du problème avant de prendre sa décision. Cette décision mieux expliquée, plus pédagogique et moins ésotérique, sera à même de convaincre les justiciables de la qualité de la solution adoptée et de la pertinence des principes qu'elle emploie.

Pourtant, la difficulté intrinsèque du cas se double d'une discussion sur le contrôle que la Cour de cassation entend affirmer et exercer sur les pratiques des juridictions du fond. C'est là que l'on perçoit le mieux l'ambiguïté de la distinction cas facile / cas difficile positivement consacrée. Lorsque la Cour de cassation affirme son pouvoir de contrôle du trouble manifestement illicite par exemple ⁽⁸⁶²⁾, elle se proclame seule gouverneur des règles de détermination de l'évidence juridique. L'arrêt d'assemblée plénière du 28 juin 1996 a montré combien le cas facile pouvait devenir délicat et comment ce qui était évident pouvait contenir une "question de principe"; il illustre la manière dont la Cour de cassation dispose de son pouvoir normatif à travers l'habilitation qu'elle donne aux juridictions inférieures. Partant du lieu commun que le risque d'arbitraire doit être réduit au minimum, l'autonomie normative des juridictions inférieures est laissée à ce qui ne ressort que du fait ⁽⁸⁶³⁾. L'existence du trouble est souverainement appréciée par les juges du fond ; son illicéité manifeste est, elle, du ressort de la Cour de cassation. Il faut comprendre que les mêmes questions se posent à chaque étage de la hiérarchie judiciaire, devant les juges du contentieux sérieux ou ceux des réponses rapides et, à tous ces niveaux, on peut observer que les questions liées à la distinction des cas faciles et des cas difficiles, (c'est-à-dire les questions de

⁽⁸⁶¹⁾ A. TOUFFAIT et A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation", *RTD civ.* 1974, p.508 ; *contra*, A. BRETON, "L'arrêt de la Cour de cassation", *Ann. Faculté de droit de Toulouse* 1975, XXIII, p.26.

⁽⁸⁶²⁾ Cass. ass. plén., 28 juin 1996, *D.* 1996, p.497, concl. WEBER, note COULON ; *JCP* 1996.II.22712, note MEMETEAU ; *RTD civ.* 1997, p.216, obs. NORMAND ; *Procédures* 1996, n°334, note PERROT ; *Rev. dr. imm.* 1996, p.536, obs. critiques BERGEL.

⁽⁸⁶³⁾ M. BRUSCHI, "Dépossession manifestement illicite : le "référé possessoire" devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence", *Bull. Aix* 1997/1, p.131.

délimitation du pouvoir souverain des juges du fond), celles sur la distinction du fait et du droit, (c'est-à-dire finalement, celles qui témoignent d'une interrogation sur le pouvoir de l'interprète), toutes ces questions sont des questions de principe. Et l'on pourrait revenir sur le contrôle des clauses abusives ou sur celui de la séparation de fait, condition du divorce pour rupture prolongée de la vie commune au sens de l'article 237 du Code civil, pour affirmer que la qualité des solutions posées par la Cour de cassation "laisse subsister une inquiétude ; jusqu'où entend-elle exercer en la matière un contrôle qui peut, de proche en proche, être envahissant et donner alors à penser à quelques esprits impertinents que si la Cour de cassation est débordée, c'est parce qu'elle le veut bien ⁽⁸⁶⁴⁾". La frontière entre cas facile et cas difficile serait donc plutôt ténue ; surtout lorsque le cas antérieurement difficile est devenu facile.

156. Du cas difficile au cas facile - Ordinairement, les théoriciens qui discutent l'existence d'un pouvoir créateur discrétionnaire du juge et de sa liberté d'interprétation vis-à-vis de l'ordre juridique institué, usent de cas difficiles pour illustrer leurs argumentations. Bien plus, pour l'essentiel, ce serait par la distinction entre cas facile et cas difficile que l'on pourrait discuter l'existence du pouvoir discrétionnaire des juges en présence d'une question particulièrement sensible. Dans cet esprit, on pourrait prendre pour exemples des questions touchant à l'état des personnes et s'interroger avec l'assemblée plénière de la Cour de cassation sur les conventions de mère-porteuse ⁽⁸⁶⁵⁾ ou sur le changement d'état civil des transsexuels ⁽⁸⁶⁶⁾, mais également sur toutes les décisions qui ont définitivement tranché une controverse.

Cependant, il faut garder à l'esprit que le fait que l'arrêt devienne de principe n'est pas du ressort de l'interprétation authentique, mais du caractère persuasif du contenu de la décision ; l'activité de l'interprète habilité se confondrait parfois avec celle d'un juriste. Pourtant, la force de l'arrêt ne dépasse pas le contentieux qu'il tranche. Pour étendre son influence, sa portée, la norme prétorienne s'appuie toujours sur les commentaires doctrinaux qui vont la diffuser, la citer, la synthétiser et en somme la

⁽⁸⁶⁴⁾ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996, n°612, p.494 note 9.

⁽⁸⁶⁵⁾ Cass. ass. plén., 31 mai 1991, *JCP* 1991.II.21752, concl. DONTENWILLE, note TERRE ; *D.* 1991, p.417, rapp. CHARTIER, note THOUVENIN ; *RTD civ.* 1991, p.517, obs. HUET-WEILLER.

⁽⁸⁶⁶⁾ Cass. ass. plén., 11 décembre 1992 (2 arrêts), *JCP* 1993.II.21991, concl. JEOL, note MEMETEAU ; *RTD civ.* 1993, obs. HAUSER ; J. MASSIP, "Le transsexualisme", *Deffrénois* 1993, p.414.

promulguer. Sans doute, lorsque la décision émane de la plus haute formation de la Cour de cassation, elle portera une propension plus grande à devenir une règle effective et d'application générale mais elle n'exclura ni les résistances des juridictions du fond, ni les revirements ultérieurs issus de ces résistances : on compte autant d'arrêts fondateurs que de résistances initiatrices⁽⁸⁶⁷⁾. Il faut par là observer que la tension qui existe entre les interprètes sur le contenu des interprétations met aux prises la diversité des opinions des juges et celle des auteurs ; au-delà de l'arrêt, c'est bien un débat scientifique qui confère à la norme prétorienne énoncée en termes généraux sa vocation quasi réglementaire⁽⁸⁶⁸⁾.

Le débat doctrinal ne fait pas que prolonger le questionnement aux situations connexes ; il assure aussi aux arguments et aux solutions un habillage d'autorité qui leur permet de se confondre parfois avec des raisons pratiques pures. Cette confusion permet à des solutions idéologiquement dominantes de passer pour des réponses évidentes. L'autorité ainsi conférée par l'explication et l'approbation doctrinale finit par déclasser la question de cas difficile en cas facile. Il en fut ainsi pour la question discutée de la nature propre ou commune des gains et salaires des époux. Après la réforme des régimes matrimoniaux de 1965, un certain nombre d'auteurs affirmèrent que dans le régime légal de communauté d'acquêts, les gains et salaires des époux demeuraient propres⁽⁸⁶⁹⁾. Cette question qui fut âprement débattue dans les années soixante et soixante-dix, s'éteignit ensuite. Selon M. le doyen Cornu, "en décidant que les produits du travail des époux sont communs, dès l'origine, un jugement du TGI de Bordeaux⁽⁸⁷⁰⁾, confirmé par la Cour de Bordeaux⁽⁸⁷¹⁾, fera cesser la controverse doctrinale - et l'émotion légitime - sur l'alimentation à la source de la communauté par les revenus professionnels des époux⁽⁸⁷²⁾". On peut ici s'étonner que deux décisions de juridictions du fond aient suffi à éteindre une controverse doctrinale, alors que souvent des arrêts

⁽⁸⁶⁷⁾ Voir la résistance de la Cour d'appel de Paris, 6 février 1998, *D. aff.* 1998, n°114, p.713 contre la jurisprudence consacrée par les arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995 : "la vente étant un contrat synallagmatique source d'obligation, l'article 1129 du Code civil qui traite de la validité des obligations contractuelles lui est applicable en l'absence de dispositions contraires propres à la vente, quoi qu'en dise la Cour suprême".

⁽⁸⁶⁸⁾ N'est-ce pas la discussion *au delà du Code civil* qui est l'expression du succès de l'École de la libre recherche scientifique ? v. R. SALEILLES, préface de F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, précitée, p.XXV. : "ce à quoi nous tenons le plus, c'est à " l'Au-delà "".

⁽⁸⁶⁹⁾ notamment H. MAZEAUD, "La communauté réduite au bon vouloir des époux", *D.* 1965, chr., p.91.

⁽⁸⁷⁰⁾ TGI Bordeaux, 17 juin 1969, *JCP* 1970.II.16561, note COUTURIER, *RTD civ.* 1970, p.557, obs. NERSON.

⁽⁸⁷¹⁾ Bordeaux, 5 janvier 1971, *JCP* 1971.II.16721, note PATARIN, *RTD civ.* 1971, p.374, obs. NERSON.

⁽⁸⁷²⁾ G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, précité, p.329.

de l'assemblée plénière de la Cour de cassation n'y parviennent pas. La raison en est que ce ne sont pas les arrêts qui peuvent clore les controverses mais les jugements doctrinaux portés sur ces arrêts. La solution choisie par l'interprète authentique n'a de véritable portée que celle que lui accordera l'interprète non-authentique.

Le traitement du cas difficile est donc tout à la fois une oeuvre prétorienne en ce que la solution sera posée, et également une oeuvre doctrinale en ce que la solution posée sera rationalisée et interprétée par rapport à un ensemble de questions connexes. La question sera alors réglée, et le cas rangé parmi les affaires simples, s'il ne mérite pas que soient à nouveau exposées et débattues les raisons qui lui avaient fait gagner le statut de solution acquise. Les discussions menées au-delà de l'arrêt par les différentes voix doctrinales seront un discours qui donnera à la norme prétorienne sa portée. Cela explique que les représentations de la jurisprudence soient si contrastées. La Cour de cassation paraît poser des solutions comme le ferait un législateur mais ces solutions ne réalisent leur vocation générale qu'au tamis d'un discours second. Une fois les questions tranchées par l'interprète authentique, de manière rétrospective, le discours doctrinal donne une consistance au passé et cette oeuvre de rationalisation institue les guides des raisonnements futurs. Tout simplement, la doctrine érige en contraintes interprétatives les raisons d'autorités qu'elle a définies. La lutte pour la doctrine est donc la lutte pour la conquête de ce discours censé n'être que descriptif mais qui va en réalité étendre ou contrarier la portée des règles positives.

Comment savoir si le cas facile est réglé ou le cas difficile résolu ? Comment savoir si la signification d'une norme choisie récemment par l'interprète authentique est toujours d'actualité ? Comment savoir si une décision insolite et isolée n'augure pas un revirement ? Cette activité de rationalisation et celle de prédiction qui l'accompagne sont le trait caractéristique de l'oeuvre doctrinale non authentique.

Section 2

L'interprétation par voie d'argument

157. La "rampe" - Si selon M. Touffait, peu d'auteurs seraient susceptibles de franchir la rampe de la Cour de cassation ⁽⁸⁷³⁾, il y a de quoi s'étonner. Les

⁽⁸⁷³⁾ A. TOUFFAIT, "Conclusion d'un praticien", précité, p.484.

hauts magistrats seraient-ils imperméables aux opinions doctrinales ? Les conclusions et les rapports publiés montrent aujourd'hui pourtant le contraire. Si leurs auteurs préfèrent dessiner un conducteur historique continu au moyen de décisions de la Cour pour expliquer ses différentes positions, ils ne délaissent pas la littérature doctrinale, surtout quand ils considèrent que l'ancienne jurisprudence était par trop erronée ⁽⁸⁷⁴⁾. Pareillement, quand le haut magistrat se livre à une exégèse de textes dont il relève l'ambiguïté, il peut en éclairer le contenu au moyen des différentes interprétations dégagées par les professeurs spécialistes de la matière ⁽⁸⁷⁵⁾. Ce type de discours ne révèle pas, naturellement, une soumission du pouvoir judiciaire au pouvoir scientifique, mais l'absence d'étanchéité des savoirs montre non seulement que la Cour de cassation n'est pas insensible aux prescriptions doctrinales, mais surtout que la résolution des conflits d'interprétation n'est pas qu'une affaire de pouvoir. À travers l'idée que l'assemblée plénière doit unifier l'interprétation, il ne s'agit pas pour elle de désigner l'unique fondement possible mais de convaincre l'ensemble des juristes que la solution désignée devait légitimement prévaloir. La question du pouvoir normatif de la Haute juridiction se dédouble donc. S'adressant aux justiciables voire à la pratique, les énoncés prétoriens s'imposent par la place hiérarchique de la juridiction ; mais à l'adresse de la doctrine, parce qu'il s'agit bien d'un point de vue savant, le discours des magistrats est en quête de légitimité.

158 La tension entre interprètes - "La qualité et l'autorité croîtraient aux dépens de la quantité sans ralentir la marche de la justice ⁽⁸⁷⁶⁾", car tel est bien le but de cette démarche : augmenter l'autorité doctrinale de la Cour de cassation face aux autres pouvoirs normatifs. N'en doutons pas ; l'enjeu de cette controverse sur le style des arrêts recèle une prise de parti fondamentale

⁽⁸⁷⁴⁾ Quand il s'est agi de résoudre la question très controversée du point de départ des intérêts d'une somme détenue en exécution d'une décision de justice exécutoire, par la suite anéantie, M. le Premier avocat général JEOL soulignait les erreurs qui avaient conduit la Cour à considérer le versement effectué comme un paiement indu et à admettre que le détenteur de la somme était un *accipiens* de mauvaise foi "censé connaître les vices du titre litigieux". "A la vérité, nous disait M. JEOL, s'il y avait un vice, c'était plutôt dans le raisonnement de la Cour de cassation" et concluait : "vous pouvez tout décider avec seulement la certitude que votre arrêt, quel qu'il soit, ne fera pas l'unanimité (...) mais il est souhaitable, sur un problème auquel le mauvais fonctionnement de la justice confère tant d'importance pratique, que votre assemblée plénière éclaire l'ensemble de la matière et ne se borne pas, après deux siècles de palinodies et de flottements, à trancher la moitié du débat!" Cass. ass. plén., 3 mars 1995, concl. M. JEOL, *Gaz. pal.* 17-18 mai 1995, p.16.

⁽⁸⁷⁵⁾ Voir par exemple, Avocat général WEBER, concl. pour Cass. ass. plén., 5 décembre 1997, *JCP* 1998.II.10006.

⁽⁸⁷⁶⁾ A. TOUFFAIT et A. TUNC, "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation", *RTD civ.* 1974, p.505.

sur la structure de l'ordre juridique. À l'inverse de l'invitation d'Adhémar Esmein et *sa lutte pour la jurisprudence*, avec l'augmentation de *l'autorité* de la Cour de cassation, les tenants de cette thèse entendent assurer aux énoncés juridictionnels généraux, prétendument plus didactiques, une meilleure adhésion des juristes. Leur argumentation théorique consiste en fait à proposer un cheminement censé permettre à la Cour de cassation de retrouver son autorité doctrinale sans perdre pour autant son pouvoir normatif, car la doctrine, voix de la controverse, ne se soumet par définition qu'à une autre autorité doctrinale. Le contenu normatif des décisions doit être apprécié pour ce qu'il révèle en lui-même. Mais si tout est dit, l'interprète doctrinal de l'arrêt ne commentera que de manière redondante et paraphrasée la fameuse motivation plus explicite.

Tout cela est fort paradoxal et du reste, ces auteurs, professeurs et magistrats, ne furent pas vraiment suivis. Préservant les avantages de la concision des arrêts, la Cour de cassation a entrepris de reconquérir le terrain doctrinal en publiant elle-même dans son rapport annuel, ou en faisant publier en son nom dans les revues juridiques, les conclusions et les rapports de ses conseillers. Inversement, la doctrine universitaire et la voix doctrinale de la pratique professionnelle sont à l'unisson pour préserver la connaissance scientifique et pratique des tentatives de systématisation d'origine prétorienne.

La Cour de cassation, bien qu'interprète suprême, n'est pas maîtresse de la connaissance juridique ; au contraire, la doctrine utilise la panoplie rhétorique dont elle dispose pour prononcer des jugements de conformité "dans l'intérêt de l'ordre juridique". M. le doyen Carbonnier montrait que cette tension entre doctrine et interprètes suprêmes habilités donnait au discours doctrinal une force particulièrement importante. "L'art du juriste n'est-il pas de faire que (le) probable rejoigne le souhaitable ? L'arrêtiste est juriste et, comme tel, participant au combat pour le droit ou même pour le juste, a vocation à orienter la jurisprudence. L'annotation implique ainsi un devoir de conseil, partant un pouvoir de remontrance. De ce pouvoir, toutefois, l'usage est discret, et la critique judiciaire demeure, pour le mordant, très en deçà de la critique littéraire. C'est un peu une autosuggestion : la doctrine, ayant poussé les arrêts à un rang quasi-législatif parmi les sources du droit, les a mis elle-même hors de la portée de ses flèches. Mais c'est beaucoup plus le désir d'être efficace : un censeur trop radical ne serait pas écouté. L'annotation qui fait

jurisprudence est celle qui réussit à convaincre les juges que la suite est déjà dans le précédent ⁽⁸⁷⁷⁾.

Le jugement de conformité rendu par la doctrine a bien une vocation prescriptive. Qu'elle approuve ou désapprouve les "sources du droit", la doctrine porte nécessairement son regard vers l'avenir et raisonne *de jure ferenda*. Son ambition est que les prescriptions d'hier deviennent les descriptions de demain. Au regard de la conformité à l'ensemble, la doctrine fait exercice de son pouvoir. Dans les années soixante et soixante-dix, les rénovateurs de la loi l'avaient compris, à tel point qu'ils ont su convaincre le législateur d'introduire, parmi les grands principes du procès civil, un texte d'une valeur théorique considérable : l'alinéa premier de l'article 12 du Nouveau code de procédure civile. "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables". La loi soumet par cette formule les juges et le plus haut d'entre eux, la Cour de cassation, au contrôle scientifique de l'autorité doctrinale.

Cette formule montre bien que le discours doctrinal est son propre enjeu parce qu'il permet de maîtriser, dans une certaine mesure, l'évolution des conceptions sur le droit positif et la teneur de la notion de "règles applicables". Le jugement de conformité à l'ordre juridique en général et à la sécurité juridique en particulier, n'est en fait qu'un jugement de valeur de la règle positive, appréciée par le commentateur. Le jugement de conformité consiste ainsi soit en une condamnation de la décision ou des hésitations qui y ont conduit (PARAGRAPHE 1), soit en une approbation de la solution qui a coupé court aux controverses (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LE JUGEMENT DOCTRINAL DE CONDAMNATION

159. Des incertitudes - Le guide interprétatif que constitue désormais le principe de sécurité juridique permet à la doctrine de dénoncer l'insécurité de la norme prétorienne générale ou particulière en situant la critique sur deux plans simultanément. D'une part la sécurité juridique, traduisant une adéquation de la norme au fait, invite la doctrine à vérifier la conformité de la

⁽⁸⁷⁷⁾ J. CARBONNIER, "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr., p.138.

décision aux exigences pratiques de la matière ; d'autre part les jugements doctrinaux de condamnation disent l'impossibilité théorique d'étendre, par effet de généralisation induite, la norme trop peu sûre aux cas voisins ou analogues.

Ainsi, sous l'empire du principe de sécurité juridique, la doctrine glisse ses propositions en valorisant des raisonnements tenus pourtant *a priori*. Lorsque M. le professeur D. R. Martin écrit "la chose bancaire fait le tourment du juge, et l'intérêt conventionnel son vertige. Mais ce spleen jurisprudentiel n'a que trop duré : dans une matière aussi pratique et sensible, la sécurité juridique proscrie les états d'âme ⁽⁸⁷⁸⁾", il condamne les oscillations de la jurisprudence et ses difficultés à déterminer des critères "objectifs" de l'application de l'article 1907 al.2 du Code civil. Il condamne surtout une solution particulièrement rigide qui oblige les banquiers à formaliser par écrit la stipulation du taux d'intérêt conventionnel.

Dans un sens voisin, la doctrine condamne, par recours à la sécurité juridique, la solution qui se révèle "en parfaite inadéquation avec le droit positif de la promesse unilatérale de vente ⁽⁸⁷⁹⁾". La critique est alors très sèche : "la Cour de cassation fait (...) la part belle à la fraude et à la mauvaise foi". En substance, M. le professeur Denis Mazeaud voit, dans la solution posée, les conséquences les plus néfastes pour l'efficacité de la promesse de vente. En permettant au vendeur de se rétracter valablement pendant le délai pour lever l'option, l'arrêt condamne l'avant-contrat à la précarité. La Cour persiste, du reste, et continue de porter de "mauvais coup à la sécurité juridique et à la vitalité des promesses unilatérales de vente ⁽⁸⁸⁰⁾". Sur la même question, un autre auteur juge durement le raisonnement tenu par la Haute juridiction. "Inutile de dire que ce raisonnement paraît spécieux : un consentement par hypothèse irrévocable ne peut être révoqué sans priver le contrat de toute force obligatoire et de toute sécurité juridique ⁽⁸⁸¹⁾". La doctrine s'autorise ainsi à porter de sévères jugements sur l'appréciation judiciaire. Elle se donne l'autorité de contrôler les lois et leurs interprétations

⁽⁸⁷⁸⁾ D. R. MARTIN, note sous Cass. civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, p.213. Cet auteur est d'ailleurs souvent enclin à dénoncer les excès de "sensibleries" doctrinale et prétorienne.

⁽⁸⁷⁹⁾ D. MAZEAUD, note sous Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, *JCP* 1995.II.22366. Dans le même sens, J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1994, p.588 ; *contra* M. FABRE-MAGNAN, "Le mythe de l'obligation de donner", *RTD civ.* 1996, p.85 (p.102).

⁽⁸⁸⁰⁾ Cass. civ. 3ème, 26 juin 1996, *Deffrénois* 1996, p.1371, obs. D. MAZEAUD. L'auteur lui aussi persiste et au risque de passer pour un "agitateur", continue de dénoncer la solution dégagee par la troisième chambre civile.

⁽⁸⁸¹⁾ O. TOURNAFOND, note sous Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, *D.* 1994, p. 231.

pour dénoncer les effets pervers des unes ⁽⁸⁸²⁾ ou les caractères divinatoires des autres ⁽⁸⁸³⁾. Elle en profite parfois même pour faire sonner les sirènes du déclin du droit : "Ainsi prospère une jurisprudence aléatoire où sombre la sécurité juridique, sans parler de la cohérence du droit qu'on n'ose même plus revendiquer comme critère de pertinence, d'efficacité et d'esthétique juridique ⁽⁸⁸⁴⁾".

La conformité à la sécurité juridique n'est pas exclusive d'autres guides. Les auteurs peuvent donner plus de force à une autre valeur tenue pour supérieure. La critique doctrinale pourra ainsi dénoncer la contrariété de l'exigence de sécurité face au respect de l'ordre public, dont le champ sémantique n'est pourtant pas moins erratique ⁽⁸⁸⁵⁾. Le jugement doctrinal est sévère lorsque "l'arrêt (...) laisse une impression de malaise qui provient précisément de ce qu'il contient quelque chose de difficilement acceptable pour la doctrine française du droit d'auteur, notamment lorsqu'il fait prévaloir les obligations d'un contrat et la sécurité juridique qui y est attachée sur les nécessités de l'ordre public ⁽⁸⁸⁶⁾". On lui préfère également la justice lorsqu'un revirement "permettrait également d'abandonner une solution arithmétique qui sert de moins en moins la sécurité juridique au profit d'une solution plus équitable et plus utile ⁽⁸⁸⁷⁾". La sécurité juridique n'est donc pas le seul principe d'appréciation doctrinale même s'il est dominant. Le manque de cohérence et d'unité est également relevé. La critique doctrinale s'exprime alors à travers l'absence d'identité des décisions rendues sur des questions semblables. "Il est toujours troublant de constater, au niveau normalement unificateur de la Cour de cassation, un traitement différent de situations apparemment identiques (...) ⁽⁸⁸⁸⁾". Plus conséquentialiste, la critique peut, non sans humour, viser l'incohérence d'une politique jurisprudentielle encouragée par la loi. "La

⁽⁸⁸²⁾ Ph. MALAURIE, "L'effet pervers des lois", *Mélanges Cornu*, Paris, PUF, 1995, p.309.

⁽⁸⁸³⁾ J. MESTRE à la *RTD civ.* 1985, p.372 à propos des clauses pénales ; O. TOURNAFOND, obs. sur Cass. civ. 3ème, 20 décembre 1994, *D.* 1996, somm. p.10 : "[La solution] ne présente aucun intérêt pratique et n'aboutit en fin de compte qu'à compliquer les questions et à ébranler la sécurité juridique en introduisant des facteurs d'incertitude : ainsi, comment distinguer en pratique "l'avant-contrat synallagmatique de vente" lorsque la promesse de vente aura été rédigée de manière maladroite ou équivoque ? En fait, le juge risque d'être conduit à adopter une interprétation quelque peu divinatoire de la volonté des parties".

⁽⁸⁸⁴⁾ D. R. MARTIN, note sous Cass. com., 21 mai 1996, *D.* 1997, p.106.

⁽⁸⁸⁵⁾ J. GHESTIN, "L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.77.

⁽⁸⁸⁶⁾ C. COLOMBET, obs. sur Paris, 6 juillet 1989, *D.* 1990, somm. p.57.

⁽⁸⁸⁷⁾ D. VOINOT, note sous CJCE, 24 novembre 1993, *Keck*, *D.* 1994, p. 191.

⁽⁸⁸⁸⁾ A. BENABENT, note sous Cass. civ. 1ère, 3 février et 8 décembre 1993, *D.* 1994, p.248. L'auteur critique le raisonnement de la Cour de cassation en ce qu'elle ne s'explique pas sur la différence de traitement des deux situations. Elle aurait dû rechercher les critères qui auraient justifié des solutions distinctes de sorte qu'en l'absence de ce raisonnement, "les arrêts sont donc mauvais tous les deux".

patience imposée aux créanciers d'un débiteur surendetté peut donc ne pas avoir de limites et les obligations dont ils sont les créanciers seront autant de leurres dans leurs patrimoines : après les obligations civiles et naturelles, voici les obligations virtuelles ⁽⁸⁸⁹⁾". Aussi, d'une conformité à l'autre, la sentence désapprobative pourrait-elle être plus simplement celle-là : "le raisonnement de la [Cour de cassation] est faux ⁽⁸⁹⁰⁾".

Après condamnation, il arrive parfois que la solution change. La doctrine se montre alors approbative. Toujours à propos de la "rétractation" d'une promesse unilatérale de vente, on lira que "la jurisprudence contraire, malencontreuse et contestable est et doit être abandonnée (...)". L'accent est alors mis sur les vertus du revirement : "un revirement vaut parfois mieux qu'un arrêt de principe, tant il démontre la faiblesse des errements et d'une analyse juridique réfractaire à l'évolution du contrat de promesse ... de contrat ⁽⁸⁹¹⁾".

PARAGRAPHE 2 LE JUGEMENT DOCTRINAL D'APPROBATION

160. Des certitudes et un juste titre - La Cour de cassation peut être approuvée d'avoir clos les débats et rétabli la certitude du droit ; ce discours doctrinal apparemment purement descriptif se prétendrait volontiers objectif. Quelques formules sont intéressantes à retenir. Pour féliciter la juridiction suprême de n'avoir pas adopté un raisonnement casuiste, M. le professeur Denis Mazeaud écrit : "Manifestement, la Cour de cassation est insensible à ces arguments qui, pourtant, procèdent d'un certain bon sens ; elle entend préserver le principe de l'intangibilité du lien contractuel et ne peut pas sacrifier l'impératif de sécurité juridique à l'idéal, un peu trop fluide, d'équité. Qui l'en blâmera ? ⁽⁸⁹²⁾". L'impératif de sécurité procède bien d'une vision *a priori*, et ne supporte pas les raisonnements empiriques, il s'accommode donc de l'exigence de détermination de "critères objectifs ⁽⁸⁹³⁾". Mais découvrir les bons critères qui permettent de connaître *a priori* les bonnes solutions ne suffit pas. Il faut

⁽⁸⁸⁹⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, *D.* 1996, somm., p.122.

⁽⁸⁹⁰⁾ C. LARROUMET, "Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité", *D.* 1997, p.145, n°3 à propos de l'arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996.

⁽⁸⁹¹⁾ I. NAJJAR, "La "rétractation" d'une promesse unilatérale de vente", *D.* 1997, p.119.

⁽⁸⁹²⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Cass. com., 2 avril 1996, *D.* 1996, somm., p.330.

⁽⁸⁹³⁾ L. AYNES, obs. au *D.* 1989, somm. p.296.

encore que leur émergence normative ne soit pas brutale. Un revirement de jurisprudence est d'autant plus respectueux de la sécurité juridique qu'il est progressif ⁽⁸⁹⁴⁾. Il est heureux qu'en fin de compte "un équilibre s'instaure. Avec sagesse, la Cour de cassation a depuis quelques années su modifier - sans virages brutaux - les relations banque / clientèle ⁽⁸⁹⁵⁾". En somme, l'arrêt sera approuvé quand les juges auront "corrigé, à juste titre (*), la solution contestable précédemment affirmée ⁽⁸⁹⁶⁾" et quand, mettant fin aux hésitations antérieures, ils auront "décidé, à bon droit (°) que la licéité de la faculté d'attribution en propriété implique celle de la clause prévoyant l'octroi d'un bail sur les biens propres de l'époux prédécédé ⁽⁸⁹⁷⁾". L'approbation est donc sans réserve quand la Cour de cassation a jugé conformément à ce qu'avait anticipé la doctrine.

CONCLUSION DU TITRE 1: "LES DESCRIPTIONS DOCTRINALES PAR L'UNITE".

161. Illusion ? - Selon M. Perdriau, le cas facile est donc réglé de telle manière qu'il ne fait qu'augmenter la somme des décisions rendues dans le même sens ⁽⁸⁹⁸⁾. Il reste encore à s'interroger sur le fait de savoir si l'accumulation de décisions rendues dans le même sens ne modifie pas la règle. Cette accumulation de décisions rendues est au moins le signe que la solution ne s'est pas imposée définitivement et n'a pu faire taire tout le contentieux ⁽⁸⁹⁹⁾.

⁽⁸⁹⁴⁾ J.-L. AUBERT, note sous Cass. ass. plén., 2 février 1996, *D.* 1996, p.193 : L'auteur approuve la nouvelle solution d'autant qu'elle "opère un revirement de jurisprudence très mesuré qui respecte autant qu'il est possible la sécurité juridique".

⁽⁸⁹⁵⁾ C. GAVALDA, note sous Cass. com., 6 avril 1993, *D.* 1993, p.310.

⁽⁸⁹⁶⁾ CRDP NANCY, obs. sur Paris, 4 décembre 1996, *D.* 1997, somm. p.265.

(*) Souligné par nous.

⁽⁸⁹⁷⁾ A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 9ème éd., 1998, n°325, p.151 à propos de la clause commerciale ; dans le même sens mais sur un ton différent, Ph. SIMLER, obs. sur Cass. civ. 1ère, 29 avril 1985, *JCP*, éd.N, 1986.II. p.75 : "C'est cette heureuse solution, plutôt que la stérile interprétation stricte d'un texte d'exception que consacre la Cour de cassation dans son arrêt du 29 avril 1985, et cela de la manière la plus claire".

⁽⁸⁹⁸⁾ A. PERDRIAU, "La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3798, n°82, note 53.

⁽⁸⁹⁹⁾ Pour une illustration intéressante : R. LIBCHABER, obs. sur Cass. civ. 1ère, 28 février 1995, *D.* 1995, p.228 : "Vieille question au mystère épuisé, la preuve du prêt resurgit périodiquement en jurisprudence et oblige la Cour de cassation à répéter une solution assurée : une remise de fonds ne peut, à soi seule, constituer la preuve d'un prêt. (...) Le raisonnement implicite qui sous-tend l'argumentation du demandeur à la prétention n'est justifié par rien, en droit, ce qui illustre une fois de plus le décalage qu'il peut y avoir entre la pertinence intrinsèque des règles de preuve et leur acceptation psychologique par le corps social".

Pour repousser l'idée que la nature du logement familial s'opposerait, le cas échéant, à ce que les créanciers de l'époux propriétaire puissent faire inscrire une hypothèque judiciaire sur le bien ou en demander le partage, s'il est indivis, par voie oblique, la jurisprudence considère que "l'article 215 alinéa 3 du Code civil a pour seule finalité de protéger l'un des époux contre l'aliénation du logement constituant le domicile conjugal à l'initiative de l'autre époux et [que] ses dispositions ne sauraient être étendues jusqu'à frapper le bien d'une insaisissabilité opposable aux créanciers alors qu'elle n'est pas prévue par la loi ⁽⁹⁰⁰⁾". La bonne solution, celle qui est exacte selon la doctrine, est donc celle qui n'érige pas des prescriptions contraires à la loi ⁽⁹⁰¹⁾. L'édification de la règle sur le fondement du standard légaliste des insaisissabilités contraires à la loi a pour effet de condamner tous les raisonnements qui tiendraient à la nature ou à l'utilité d'une protection particulière attachée au bien. Le cas est tranché, la controverse est close, mais l'utilisation de cette motivation n'est que rhétorique ⁽⁹⁰²⁾.

Si la motivation des arrêts répétée devient un leitmotiv abstrait, la discussion sur la règle fait naître les conditions d'un déplacement du problème à travers une interprétation de l'énoncé juridictionnel. Il semblerait que la stabilité des solutions ne soit pas celle des questions. Loin de maintenir la question sous l'éteignoir de la controverse, le cas facile serait donc l'occasion de démontrer la stabilité de sa solution. L'évidence ne supporte pas le débat mais les formules magiques des arrêts brevissimes, les standards qui règlent les affaires simples, sont l'expression d'un pouvoir de classement entre ce qui est certain et ce qui ne l'est pas encore ou pas assez. En réalité, pour reprendre les mots de M. le professeur Rials, il faut "prêter attention à ces petits mots trop évidents, trop discrets, pour être vraiment honnêtes ⁽⁹⁰³⁾". Et M. le doyen Carbonnier remarquait justement que la jurisprudence contemporaine pratiquait, du point de vue méthodologique, un éclectisme tactique ⁽⁹⁰⁴⁾. Cette diversité des méthodes d'interprétation et la diversité des méthodologies de

⁽⁹⁰⁰⁾ Paris, 8 décembre 1995, *JCP* 1996.I.3962, n°2 ; Aix, 22 octobre 1997, n°533, *Bull. Aix*, 1997/2, somm. n°4, p.249.

⁽⁹⁰¹⁾ G. CHAMPENOIS, obs. sous Cass. civ. 1ère, 3 décembre 1991, *Defrénois* 1992, p.399-400 approuvant la décision qui admet, hors cas de fraude, la possibilité pour les créanciers des époux de provoquer le partage de l'immeuble indivis, logement familial, faisant application de l'article 815-17 al. 3 du Code civil là où l'article 215 al. 3 protège pourtant le logement de la famille. La solution inverse, par laquelle la protection du logement familial serait opposable au créancier frapperait le bien d'une insaisissabilité contraire à la loi.

⁽⁹⁰²⁾ S. RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.51.

⁽⁹⁰³⁾ S. RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", précité, p.53.

⁽⁹⁰⁴⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, tome 1er, 11ème éd., 1977, n°39, p.179.

détermination de la bonne réponse, dont la voix doctrinale de la Cour de cassation se fait l'écho, nous conduisent invariablement à relever que les descriptions, qui sont en réalité des prescriptions doctrinales sur la méthodologie, sont elles aussi politiques ⁽⁹⁰⁵⁾. Le discours sur la méthodologie a pour ambition de persuader le juriste de se détourner d'un certain nombre de procédés herméneutiques pour en adopter d'autres. L'utilisation des catégories juridiques, l'interprétation guidée par la volonté du législateur ou la sécurité juridique, la nature des situations juridiques sont autant de standards méthodologiques dont la validité est convenue mais la variabilité conceptuelle certaine. Pour paraphraser M. le professeur Rials, nous dirions volontiers qu'en "acceptant de recourir à un standard [méthodologique], pour s'étonner d'une anormalité, en jouant de l'ambiguïté normalité descriptive / normalité dogmatique, en ayant recours à une appréciation plus ou moins abstraite, [le juriste] opère des choix politiques au plus haut point ⁽⁹⁰⁶⁾".

Ainsi le pouvoir doctrinal des juges, pouvoir discrétionnaire évidemment, est justement dans cette faculté de classement en solutions qui s'imposent et en questions de principe. Les premières ne reçoivent que des réponses elliptiques ; les secondes sont au centre de tensions politiques. La doctrine fait écho à ce pouvoir en donnant consistance et portée aux décisions énoncées et aux prescriptions méthodologiques dessinées par les juges. Approbatif ou désapprobatif, le commentaire n'est pas que descriptif. Il en ressort donc que les auteurs du discours juridique, voix des interprètes habilités ou non, profitent d'une situation où, censés décrire des normes, ils gomment les guillemets des citations de la loi ou de l'arrêt, pour en réalité prescrire des directives méthodologiques et des solutions désirées. La description de l'ordre juridique unitaire par son contenu, celle de l'absence de pouvoir discrétionnaire des juges suprêmes, les descriptions de la conformité des solutions à un mouvement historique sont autant de prescriptions doctrinales par lesquelles les interprètes manifestent de manière récurrente leur désir de transformation de l'ordre juridique positif.

⁽⁹⁰⁵⁾ Selon Kelsen, "d'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du droit à appliquer pourrait être préférée aux autres. Il n'y a purement et simplement aucune méthode que l'on puisse dire de droit positif", *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1962, p.458 ; v. M. TROPER, "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", in P. BOURETZ, *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p.133.

⁽⁹⁰⁶⁾ S. RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", précité, p.53.

TITRE SECOND
LES PRESCRIPTIONS DOCTRINALES POUR L'UNITE

"S'il fallait citer un scientifique conscient de la nature complexe de la parole explicative, et qui s'en est servi avec une remarquable habileté, je citerais Galilée. Comme Achille, Galilée a donné de nouvelles significations à des mots anciens et familiers ; comme Achille, il présente ses résultats dans un cadre de référence partagé et compris par tous (...); mais contrairement à Achille il savait ce qu'il faisait et il a essayé de camoufler les changements conceptuels dont il avait besoin pour garantir la validité de ses arguments".

P. FEYERABEND, *Adieu la raison*, Paris, Seuil, 1989, p.308 :

162. Interprétation, argumentation et démonstration - L'interprétation désigne à la fois l'activité de l'interprète et le résultat de cette activité. Par métonymie, l'interprétation est à la fois une action et son but, à savoir dégager les sens possibles d'un texte. Naturellement, interpréter c'est choisir⁽⁹⁰⁷⁾, parce que concevoir de nouvelles interprétations, augmenter le champ des possibles, c'est agir sur le texte. Mais reste que découvrir, déterminer ou décrire les sens possibles d'un énoncé, n'est pas désigner le sens unique de l'énoncé rapporté au cas. Dans le discours doctrinal, "description" et "prescription" entretiennent des rapports étroits et ambigus. L'attitude de retrait des commentateurs laisse penser que leur activité prescriptive est niée et que la doctrine n'argumente pas (sauf quand elle l'affirme explicitement). Cela tient à l'usage d'une confusion entre "l'argumentation" et la "démonstration".

Selon Perelman, l'argumentation est une action consistant dans l'utilisation de "l'ensemble des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses que l'on présente à leur assentiment⁽⁹⁰⁸⁾". Une argumentation ne présente donc que des raisons pour ou contre une thèse donnée⁽⁹⁰⁹⁾, alors que la démonstration fournit des preuves contraignantes. L'interprète doctrinal est-il capable de fournir ces preuves ? Ses actes de connaissance (ou de volonté) sont-ils aussi des actes de

⁽⁹⁰⁷⁾ rapp. M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p.292 qui affirmait : "qu'il en ait ou non conscience, le juriste défend une cause. Décrire pour lui c'est choisir".

⁽⁹⁰⁸⁾ Ch. PERELMAN, *Rhétoriques*, Éd. Univ. Bruxelles, 1989, p.437-439.

⁽⁹⁰⁹⁾ Ch. PERELMAN, *Encyclopédia universalis*, v° Argumentation ; *L'empire rhétorique*, Paris, Vrin, 1977, p.169 s. ; *add.*, G. VANNIER, *Rhétorique et jugement. La théorie du droit de Perelman et sa lecture d'Aristote*, Thèse Caen, 1995.

contrainte ? Dépourvu du pouvoir de décider, il détiendrait un autre pouvoir, celui d'élaborer les critères de pertinence du choix. Peut-il les imposer au juge ?

Si la question est "peut-il créer des normes valides ?", la réponse est bien entendu négative. Si la question est "peut-il modifier le contexte de l'interprétation et baliser le raisonnement qui conduit le juge à faire un choix ?", la réponse est plus délicate.

Lorsque les auteurs vérifient la "vérité" de leurs propositions par référence à "l'unanimité de la doctrine", à la "nature des situations juridiques", à "l'autonomie des branches du droit" ou encore aux "effets pervers" de la solution, les raisonnements menés n'apportent pas des preuves, mais les arguments d'autorité obligent celui qui s'y oppose à découvrir des voix doctrinales dissonantes, à dédoubler ce qui a été unifié, à réunir ce qui a été distingué et à montrer que les conséquences de la solution peuvent être maîtrisées. En fait, tout simplement, ce qui est dit par les uns peut être contredit par les autres. En revanche, ce qui n'est pas dit ne peut être contredit. Le discours doctrinal use de procédés d'implication par lesquels les auteurs gomment la partie prescriptive de leur raisonnement et nous présentent des syllogismes en lieu et place d'arguments.

Ainsi, lorsque les auteurs mettent en avant l'existence d'un principe ou d'un adage, ils rassemblent, sous l'égide d'un énoncé général, des textes ou des décisions, de telle manière que le principe ou l'adage considéré figurera la majeure des raisonnements syllogistiques qu'ils présenteront. Mais la présence du principe est induite dans un premier temps pour que soient déduites les applications dans un second. On peut effectivement constater que de nombreux principes et adages "découverts" par la doctrine ont ainsi pénétré le droit positif⁽⁹¹⁰⁾. On ne peut que constater, également, l'orientation argumentative des questions posées sur la présence de tels principes⁽⁹¹¹⁾. Le plus souvent, la doctrine pose les questions qui lui permettront de résoudre des difficultés d'interprétation en mettant en avant une unité et une

⁽⁹¹⁰⁾ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Monchrestien, 1990, n°107, p.367-368 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3ème éd., 1992, *Introduction*, p.XV qui considèrent l'adage comme extra-prétorien : "il n'est guère concevable d'identifier l'adage, qui est disposition générale et permanente, à un droit jurisprudentiel qui est marqué au sceau de la relativité, tant spatiale que temporelle".

⁽⁹¹¹⁾ par exemple : Colloque du Centre de droit des affaires et de gestion de la faculté de droit de Paris V du 20 mars 1998, "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?", *Les petites affiches*, 30 septembre 1998.

cohérence de la matière étudiée. Une fois proposé, le principe masque l'argumentativité des descriptions doctrinales.

La force démonstrative du discours doctrinal n'est somme toute qu'une force persuasive. Les contraintes contextuelles posées par la doctrine laissent au juge la faculté de s'y dérober, mais la rhétorique doctrinale de l'unité, faite de dit et de non-dit, paraît si puissante que ses arguments d'autorité passent pour des preuves. Ainsi le discours doctrinal paraît capable de modifier le champ des questions dans lequel "la preuve" a émergé.

Cette rhétorique doctrinale de l'unité nous mènera à dresser un état des lieux doctrinaux pour s'interroger ensuite sur leur capacité à modifier la réalité juridique.

L'étude des prescriptions doctrinales comportera donc deux chapitres :

Chapitre 1. L'état des lieux doctrinaux
Chapitre 2. La force du discours doctrinal.

CHAPITRE 1

L'état des lieux doctrinaux

163 L'argument "juridique" - Le statut de l'argument juridique est, du point de vue de son contenu, bien difficile à définir. La doctrine utilise souvent un genre de descriptions sommaires et sibyllines qui se contentent d'admettre ou de rejeter des idées "juridiques" ou "non-juridiques". Ce discours se rencontre dans plusieurs situations que nous allons tâcher d'éclairer. Face à l'équité, par exemple, il est courant de lire qu'une solution, pour équitable qu'elle soit, n'est *guère juridique* ⁽⁹¹²⁾, comme s'il manquait au principe posé une sorte de base légale, d'assise normative positive. Un autre genre de formule consiste à exposer les termes d'un choix et à déterminer, parmi les différentes propositions, la solution *la plus juridique* ⁽⁹¹³⁾. Ce serait en quelque sorte celle qui correspondrait le mieux à une attente du droit positif. Il y a enfin, de manière plus insolite, l'argument qui consiste à écarter une solution ou une notion parce qu'elle serait *trop juridique* ⁽⁹¹⁴⁾. Ces trois exemples illustrent l'idée que sous l'épithète "juridique" se glissent des représentations de ce que doit être le droit. Cela montre surtout que la doctrine utilise cette épithète de manière axiologique, et en vérité tautologique. Dans le discours de la doctrine, seul ce qui est "juridique" est censé avoir une valeur décisive. Ainsi, "dans les actes commutatifs, tels que les retraits conventionnels d'associé, il n'y a pas de *jus fraternitatis*. "Aimez-vous les uns les autres", "aidez-vous les uns les autres" sont d'admirables règles évangéliques, elles ne relèvent pas du droit ⁽⁹¹⁵⁾". Il est important de remarquer que dans ce type de discours la relevance et la pertinence de la solution sont associées à l'épithète "juridique", soit par

⁽⁹¹²⁾ F. CHABAS, note sous Cass. civ. 2ème, 4 mars 1992, *Gaz. pal.* 25-27 avril 1993, p.7-8 : "Toute cette jurisprudence repose sur l'idée de confusion de fait entre les patrimoines des enfants et ceux de leurs père et mère. On ne veut pas qu'indirectement soit repris d'une main ce que l'autre verse à l'enfant. Bien entendu, tout cela n'est guère juridique, même si cela est fort équitable" [souligné par nous]; et d'autres auteurs, pour d'autres raisons, se féliciteront d'une décision qui aura permis au droit de prendre sa revanche sur l'équité : F. ZENATI, obs. sur Cass. civ. 1ère, 12 janvier 1994, *RTD civ.* 1994, p.642, n°2.

⁽⁹¹³⁾ F. COLLARD DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1998, n°820, p.672 : "La solution la plus juridique serait, sans doute de donner plein effet aux clauses souvent proposées par lesquelles les hôteliers déclinent toute responsabilité pour les objets de valeur que les clients refusent de déposer dans les coffres de l'établissement" [souligné par nous].

⁽⁹¹⁴⁾ J. PAILLUSSEAU, note sous cass. com., 17 oct. 1995, *D.* 1996, p.167 note (25) : "On pourrait utiliser la notion de patrimoine pour identifier le contenu mais d'une part, elle n'est pas suffisamment dynamique, et d'autre part trop juridique" [souligné par nous].

⁽⁹¹⁵⁾ Ph. MALAURIE, note sous Cass. civ. 3ème, 15 janvier 1997, *D.* 1997, p.217.

exclusion de la morale ou de l'équité, soit par exclusion de l'incertitude qui découle de l'énoncé normatif, soit en considération de l'efficacité de cette solution, soit enfin en considération de sa cohérence avec une approche plus globale. On y retrouve en fait pêle-mêle toutes sortes de raisonnements. Le but à atteindre étant la conformité au droit, il va de soi que ce qui n'est pas conforme n'est pas juridique ; ce qui ne l'est pas assez, ne l'est pas vraiment ; ce qui le serait trop, serait en quelque sorte ennemi du bon droit. Car la solution juridique dans ce type de discours, c'est la bonne solution au sens dworkinien. La comparaison est importante : alors que la doctrine utilise la texture ouverte du droit pour tisser ses argumentations et ses interprétations, son discours produit des prescriptions qui viennent clôturer son champ d'investigation ⁽⁹¹⁶⁾. Écarter un argument ou une interprétation au motif qu'ils ne sont pas "juridiques", revient à distinguer deux sortes de pertinence, chacune étant de part et d'autre de la validité juridique. Mais la frontière est plus que trouble. L'absence de raisonnements reprenant en amont des explications de ce qui est "juridique", est justifiée par l'idée que la doctrine ne peut systématiquement revenir à l'origine du monde pour expliquer ses positions dans des notes d'arrêts qui, par contraintes éditoriales, se doivent d'être de plus en plus brèves. Bien entendu ! Mais dans ce cas, interrogeons-nous plutôt sur le fondement de ces contraintes éditoriales ⁽⁹¹⁷⁾. Que la concision du discours rime en général avec sa qualité, ne dispense pas l'auteur de préciser un tant soit peu ses assises théoriques. Il est difficile de reprocher légitimement à une solution d'être trop peu ou pas du tout "juridique", sans expliquer ce que recouvre ce qualificatif. Pourtant notre science du droit admet parfaitement ces silences doctrinaux. Est-ce pour autant que les auteurs ont admis de manière stipulative une définition commune du droit ? Est-ce pour autant qu'ils ont une même conception de ce qui est juridique ? Évidemment non ⁽⁹¹⁸⁾, mais il existe positivement une sorte de consensus dogmatique conduisant à ne pas réveiller systématiquement des querelles philosophiques qui, de toute manière, ne mèneraient nulle part.

⁽⁹¹⁶⁾ N. MACCORMICK, "La texture ouverte des règles juridiques", in P. AMSELEK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF 1989, p.109 ; B. BIX, "H.L.A. Hart and the "open texture" of language", *Law and Philosophy* 10, 1991, p.51.

⁽⁹¹⁷⁾ A. BERNARD et Y. POIRMEUR, "Doctrine civiliste et production normative", in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p.129-130 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit*, précité, p.74 ; J.-D. BREDIN, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p.117.

⁽⁹¹⁸⁾ Les volumes 10 et 11 de la revue *Droits* consacrés à la définition du droit en furent une démonstration plus que convaincante.

L'argumentation doctrinale prospère ainsi autant par ses silences que par ses exposés clairs et limpides ; cela nous amènera donc à envisager la part de dit (Section 1) et à rechercher la part de non-dit (Section 2).

Section 1

La part du dit

La mission de la doctrine étant de transformer la confusion en ordre ⁽⁹¹⁹⁾, il lui appartient de montrer clairement la voie de la solution juridique. Elle détermine et prescrit les solutions de cette remise en ordre. Elle argumente tantôt en usant des unités doctrinales (PARAGRAPHE 1), tantôt en mettant en avant les primautés doctrinales (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. LES UNITES DOCTRINALES

164. Unité et unités - L'autorité de l'argument est d'autant plus grande que l'opinion d'un auteur rejoint le point de vue de la communauté. Les auteurs témoignent des opinions de leurs maîtres et de leurs pairs pour vérifier ainsi que les leurs sont bien conformes à l'*opinio communis doctorum*. Rien de très surprenant à vrai dire. Le discours doctrinal utilise l'unanimité et l'unité de penser de la communauté des juristes comme un révélateur de vérité. Pourtant, l'unanimité des juristes est bien une chose invérifiable. Elle devient pure rhétorique d'autorité lorsqu'elle profite de ce que la recherche de l'unité objective a pour valeur d'effacer l'opinion derrière la vérité dévoilée ; mais elle n'offre jamais en guise d'opinion commune qu'une opinion dominante ⁽⁹²⁰⁾. Ailleurs, faisant le constat que des solutions divergentes coexistent irrémédiablement, la diversité rejoint l'unité lorsque, de distinction en cloisonnement, la doctrine parvient à convaincre qu'à chaque matière suffit son unité. L'unité du droit renaît alors de l'autonomie des disciplines, des méthodes, des régimes ou des notions. Ces unités doctrinales qui se

⁽⁹¹⁹⁾ Ph. LE TOURNEAU et L. CADIEU, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz Action, 1996, n°8, p.8.

⁽⁹²⁰⁾ comp. J. WOODS et D. WALTON, *Critique de l'argumentation*, logiques et sophismes ordinaires, Paris, Éditions KIME, 1992, p.41 s., p.57 s.

prétendraient volontiers élémentaires, c'est-à-dire constitutives de l'ordre juridique, mettent en avant le caractère intersubjectif de l'opinion commune à travers la rhétorique de l'unanimité doctrinale (ARTICLE 1) et le caractère objectif des différentes spécialités juridiques à travers la rhétorique de l'autonomie des méthodes (ARTICLE 2).

ARTICLE 1. L'UNANIMITE DOCTRINALE

165. L'unisson - La question est de savoir comment la doctrine utilise à son profit ce qu'elle décrit elle-même comme l'unanimité ou l'unité de ses positions. De toute évidence, les auteurs donnent à cet unisson une valeur particulière d'autorité qui dépasse leur auctorialité ⁽⁹²¹⁾. Grâce à l'unanimité, leurs opinions se confondraient avec une sorte de raison abstraite qui gouverne la science du droit et qui convainc par son unité. Cette figure rhétorique véhicule l'idée que tout autre raisonnement et toute solution qui s'écarteraient de cette unanimité seraient plus ou moins hérétiques ; elle contribue en quelque sorte à contenir les propositions "anormales" à un champ d'application marginal et expérimental. En vérité, un auteur utilise tout simplement la référence à l'unanimité de la doctrine pour réduire à l'absence de pertinence les opinions divergentes ⁽⁹²²⁾. Il apporte par son adhésion à la solution unanimement prescrite les gages d'objectivité auxquels, de sa part, le juge peut légitimement prétendre. C'est ainsi qu'à propos de la question du recours entre coresponsables lors d'un accident de la circulation, la doctrine avait longtemps critiqué l'interprétation de la loi du 5 juillet 1985 ⁽⁹²³⁾

⁽⁹²¹⁾ C. LAPOYADE DESCHAMPS note sous Cass. civ. 2ème, 19 janvier 1994, *D.* 1994 p.574 : "Sur cette question pourtant délicate, jurisprudence et doctrine sont parfaitement à l'unisson" ; *adde*, G. LECLERC, *Histoire de l'autorité*, Paris, PUF, coll. Sociologie d'aujourd'hui, 1996, p.10.

⁽⁹²²⁾ Voir par exemple, F. LUCET et B. VAREILLES, obs. sur Cass. civ. 1ère, 18 décembre 1990, *RTD civ.* 1991, p.787 : Sur la question délicate de l'indisponibilité des récompenses, ces auteurs approuvaient la Cour de cassation d'avoir censuré la décision d'une Cour d'appel qui avait permis, au profit du mari, la saisie d'une récompense due par l'épouse à la communauté. Réaffirmant le principe de l'indisponibilité des récompenses, la Cour repoussait la thèse des créanciers pressés de récupérer leurs fonds par un règlement isolé et avant que le compte de récompense ne soit soldé. "Aussi la doctrine fait-elle preuve d'une parfaite unité pour repousser l'éventualité du règlement séparé d'une récompense née au bénéfice de la masse commune ou d'une masse propre". Les commentateurs précisaient cependant que la solution contraire pouvait néanmoins se concevoir mais qu'elle était réservée à des hypothèses exceptionnelles étrangères au compte de récompenses.

⁽⁹²³⁾ Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

initialement adoptée par la Cour de cassation ⁽⁹²⁴⁾. Celle-ci réservait à la victime seule les dispositions de la loi de 1985, et fondait l'action récursoire du conducteur impliqué sur l'article 1384 du Code civil. À plusieurs reprises, M. le professeur Groutel proposa de mettre un terme à ce qu'il concevait comme une incohérence ⁽⁹²⁵⁾ et, ralliant l'ensemble de la doctrine à ses thèses, finit par emporter la conviction de la Cour de cassation. Le 6 mars 1991, la deuxième chambre civile réformait son interprétation de la loi et donnait au recours un double fondement. Le conducteur impliqué dans un accident et actionné par la victime, s'il peut maintenant "exercer contre les autres coauteurs une action récursoire sur le fondement des articles 1382 et 1384 du Code civil, peut également en tant que subrogé dans les droits de la victime, se prévaloir des dispositions des articles 1er à 6 de la loi du 5 juillet 1985" ⁽⁹²⁶⁾. Les manuels de droit des obligations qui exposent aujourd'hui cette question, paraissent considérer que la solution d'origine doctrinale relevait de l'évidence et que cette évidence s'appuyait sur une unanimité doctrinale ⁽⁹²⁷⁾. Or, quoique forte, une unanimité qui n'est pas sans faille, n'est jamais qu'une majorité qui traîne avec elle son lot de dissidence et, sur cette question, M. le professeur Sériaux avait exprimé les regrets que lui inspirait le revirement de jurisprudence ⁽⁹²⁸⁾. Cet exemple illustre simplement combien est rhétorique le recours à l'unanimité ; d'autant que la Cour de cassation a opéré un nouveau revirement sur cette question ⁽⁹²⁹⁾.

166. La valeur rhétorique de l'unanimité - Nous venons de le constater : la valeur de l'unanimité se révèle plus encore à l'examen de l'absence d'unanimité. La raison en est que, sur des questions délicates, un auteur a tendance à rechercher l'appui d'autorités concordantes et lorsque cet auteur feint de ne pas connaître l'existence d'opinions dissidentes, soit parce qu'il les relègue au rang d'hérésie, soit parce qu'il leur dénie toute pertinence, il utilise

⁽⁹²⁴⁾ Cass. civ. 2ème, 20 juillet 1987, *D.* 1988, p.293 note GROUDEL ; M. BEHAR-TOUCHAIS, "Le fondement des recours contributoires entre coimpliqués", *JCP* 1988.I.3339 ; H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Paris, Montchrestien, 8ème éd. par F. CHABAS, 1991, p.626, n°556-13.

⁽⁹²⁵⁾ H. GROUDEL, note sous Cass. civ. 2ème, 20 juillet 1987, *D.* 1987, p.469 ; note au *D.* 1988, p.293.

⁽⁹²⁶⁾ Cass. civ. 2ème, 6 mars 1991, *D.* 1991, p.257 note GROUDEL ; *RTD civ.* 1991, p.552, note JOURDAIN.

⁽⁹²⁷⁾ Voir la présentation faite par M. le professeur BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., 1997, précité, n°659 : "la doctrine a unanimement critiqué cette distorsion entre le régime juridique de l'action principale et celui de l'action récursoire. Elle finit par emporter l'adhésion de la Cour suprême qui a opéré un revirement" ; v. P. JOURDAIN, obs. à la *RTD civ.* 1991, p.552.

⁽⁹²⁸⁾ A SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n°130, p.452. L'auteur affirmait explicitement qu'il regrettait la solution nouvelle ; la Cour de cassation semble depuis l'avoir entendu.

⁽⁹²⁹⁾ Cass. civ. 2ème, 14 janvier 1998, *D.* 1998, p.174, note très critique GROUDEL.

l'unanimité comme une valeur d'adhésion à la thèse qu'il défend. En taisant les contre-exemples qui viendraient rompre l'unité alléguée, il prive son lecteur de la connaissance de solutions différentes ou d'arguments opposés afin de renforcer l'autorité de son raisonnement. En l'absence d'une interprétation "vraie" ou "authentique" susceptible de s'imposer comme une évidence objective issue de la nature des choses elle-même ou de la qualité scientifique du raisonnement tenu, l'unanimité est utilisée comme un révélateur d'objectivité. La doctrine prête ainsi indifféremment à l'interprétation unanime une valeur objective autant qu'intersubjective de sorte que l'on rencontre des unanimités bien différentes.

167. Unanimités - Il y a ce que l'on peut appeler des unanimités rétrospectives - ou historiques - et des unanimités stipulatives. Les premières sont utilisées dans des raisonnements se fondant sur la continuité d'un concept ou d'une interprétation forgés par des juristes ou par la Cour de cassation, depuis suffisamment longtemps pour qu'en soient admises la qualité et l'efficacité. La force de l'unanimité historique vient de ce que les divergences se sont éteintes pendant que le savoir juridique s'améliorait. Cette utilisation de l'unanimité des juristes a pour but de convaincre grâce à la raison objective qui, avec le temps et parfois les siècles, a permis à une interprétation de s'imposer. Cet argument ne prétend nullement que l'unanimité des auteurs a toujours existé ; il utilise même les divergences d'opinions pour montrer que les controverses ont favorisé l'émergence de la solution défendue. On retrouve cette rhétorique sous la plume d'auteurs qui considèrent la tradition et la sélection historique des concepts comme un facteur d'amélioration du droit ⁽⁹³⁰⁾. Elle peut également être utilisée pour justifier une opposition à l'émergence d'une interprétation nouvelle trop circonstancielle, plus fragile et vouée à disparaître. Les secondes unanimités que nous avons qualifiées de stipulatives correspondent à un accord de la doctrine contemporain de la question posée. L'unité de la doctrine actuelle sur une question donnée permet de dégager de cet unisson une raison pratique qui s'impose par souci d'effectivité ou de cohérence positive. La solution proposée doit s'imposer tout simplement parce qu'aucune autre ne lui est supérieure de l'avis même de tous.

⁽⁹³⁰⁾ A.-J. ARNAUD, "La tradition française dans la théorie du droit des civilistes", *APD* 1988, p.261 ; C. ATIAS, "Présence de la tradition juridique", *RRJ* 1997, p.397.

Si nous avons utilisé le pluriel pour désigner ces images de l'unanimité, c'est pour montrer qu'elles se subdivisent chacune selon un autre critère de partition. En effet, une importante difficulté tient au fait que la doctrine peut se montrer tout à fait unanime sur la qualification d'une situation juridique ou sur une solution à adopter, sans pour autant que les raisonnements menés pour y parvenir soient uniformes. Par exemple, la doctrine se considère unanime pour rejeter l'erreur sur la valeur comme cause de nullité des conventions, mais cette unanimité se disperse dans une pluralité de fondements de la solution. En effet, on considérera soit que l'erreur sur la valeur doit être assimilée à une erreur inexcusable, soit, et c'est la tendance générale, que l'erreur sur la valeur est une lésion, soit enfin que l'erreur sur la valeur est une erreur qui ne relève pas *a priori* de l'objet du contrat ⁽⁹³¹⁾.

La question de l'unanimité se dédouble dès lors en une unanimité pour la solution et en une unanimité sur le raisonnement tenu pour y parvenir. Faut-il tenir pour unique et univoque une solution positive, alors que cette solution a émergé de raisonnements différents voire contradictoires ? Il faut se poser la question de savoir si les raisonnements distincts qui mènent tous à la même solution ou à la même interprétation démontrent la qualité de cette interprétation, ou bien s'il ne révèlent pas plus vraisemblablement son ambiguïté ⁽⁹³²⁾. C'est de toute façon l'efficacité rhétorique de l'unanimité qui doit retenir notre attention puisqu'elle permet en dernier lieu d'effacer les divergences scientifiques.

A vrai dire, lorsque la solution est unanimement admise par la jurisprudence et la doctrine, cela favorise la disqualification des

⁽⁹³¹⁾ comparer AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome IV, Paris, Libr. générale de jurisprudence, 4ème éd., 1871, p.295, §343 bis ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., 1949, précité, p.80 ; J. GHESTIN, *Rép. civil Dalloz*, v° Erreur, 1998, n°56 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, tome 2, *Les obligations*, volume 1, *Les sources*, Paris, Sirey, 1962, n°123, p.114 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil*, 1. *L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 7ème éd., 1996, n°211, p.139 ; C. LARROUMET, *Droit civil*, tome 3, *Les obligations, Le contrat*, Paris, Economica, 4ème éd., 1998, n°352, p.299-300 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Cours de droit civil*, tome VI, *Les obligations*, Paris, Cujas, 9ème éd., 1998, n°410, p.244 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 4, *Les Obligations*, Paris, PUF, 21ème éd., 1998, [41], p.97 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996, n°212, p.178 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 2ème éd., 1998, n°16, p.58 note 123.

⁽⁹³²⁾ Sur la question de l'intervention de la prescription par l'effet d'une décision de justice : "Il est classique d'admettre que toute prescription se trouve intervertie par l'effet d'un jugement de condamnation même si l'unanimité ne se fait pas sur la justification de cette solution". Ce serait pour les uns un effet novatoire de la dette initiale produit par le jugement ; ce serait pour les autres, de manière absolument incompatible avec la première explication, le résultat "d'une extension analogique de la solution prévue à l'article 179 du Code de commerce qui n'est inspirée par aucun motif particulier aux lettres de change". L. LEVENEUR, obs. sur Cass. com., 16 avril 1996, *Contrats, concurr., consom.*, 07/96, n°120 ; adde, M. BRUSCHI, *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Thèse Aix-Marseille, 1995, n°89, p.153.

raisonnements tenus pour la contourner ou pour en atténuer les effets, et cela renforce inévitablement la croyance dans le caractère univoque de la solution. On lira par exemple que nul paiement ne saurait être frauduleux. C'est l'opinion défendue par Mme le professeur Catala et par M. le professeur Ghestin⁽⁹³³⁾. C'est plus encore une opinion qui sert de référence en bas de page. Elle écarte absolument la possibilité d'une action paulienne contre un paiement, bien qu'elle admette l'éventualité d'un concert frauduleux ou l'hypothèse d'une simulation pour écarter un tant soit peu les conséquences dommageables pour le créancier victime. Les auteurs ne sont pas toutefois en accord sur la totalité du raisonnement qui conduit à affirmer l'irrecevabilité de l'action paulienne contre les paiements.

Là encore, il faut s'interroger. Les nuances, les précisions ou les détails qui distinguent des raisonnements voisins rompent-ils l'unité de la doctrine ? Le fait est que l'on rencontre plus souvent une *unanimité hétérogène* qu'une unité sans faille. Cela n'est pas étonnant au fond. La doctrine française se rassemble autour d'un sentiment parfois communautaire, parfois corporatiste mais elle est consciente de sa diversité. L'unanimité n'est jamais une réalité ; elle est à géométrie variable et les auteurs ne s'accordent souvent que *grosso modo*. En revanche, pour assurer un rôle prescriptif, la doctrine doit apparaître gardienne de l'idéal d'unité ; son discours argumentatif véhicule ainsi cet accord irréal et, bien qu'une telle présentation de l'état des opinions doctrinales soit souvent démentie dans les faits, elle sert l'autorité de l'interprète scientifique.

Notons qu'il y a là une différence fondamentale entre l'exposé explicatif aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Nous avons vu que les exposés controversistes des "exégètes" avaient pour ambition de rassembler le plus grand nombre d'arguments pour évincer ceux qui n'étaient pas conformes à la vérité, à la morale ou à la nature des choses. L'exposé analytique, qui va dominer le XX^{ème} siècle et qui va assurer la circulation "scientifique" du savoir juridique, se satisfera de solutions considérées comme univoques. Peut-on parler pour autant de déclin de la controverse à l'examen des questions traitées par les jurisconsultes du XIX^{ème} siècle et de celles traitées par les auteurs du XX^{ème} siècle⁽⁹³⁴⁾ ? L'exposé controversiste a décliné en quantité, c'est indéniable.

⁽⁹³³⁾ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, Paris, LGDJ, 1961, préface de J. Carbonnier, p.277 ; J. GHESTIN, "La fraude paulienne", *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, p.578.

⁽⁹³⁴⁾ C. ATIAS, "La controverse doctrinale et le mouvement du droit privé", *RRJ* 1983, p.427 et la discussion reproduite.

Mais il reste que la doctrine a intégré dans son discours interprétatif les changements qui ont affecté la valeur du discours de la juridiction suprême. En rejetant une méthode de recherche considérée comme scolastique pour adopter un système considéré comme scientifique, la doctrine a contribué à modifier l'image de la controverse juridique. Elle n'y a pas pour autant renoncé. Elle a cependant considérablement affaibli sa valeur pédagogique. Les révolutions scientifiques qui ont affecté la charnière des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles ont, certes, affecté l'idéal d'unité mais celui-ci est demeuré l'un des piliers de la recherche. Cela explique que le discours de la doctrine, ouvertement prescriptif et véritablement argumentatif au XIX^{ème} siècle, est devenu au XX^{ème} siècle un discours qui a revêtu les apparences de la description et de l'explication. Pour distiller, en toute neutralité, ses prescriptions et assouvir ses désirs de transformations, les auteurs doivent donc naviguer parmi les dogmes qui continuent de faire de la permanence et de l'unité, la fin et l'essence du droit. Car, au fond, la valeur de l'unanimité doit s'apprécier à travers la persistance des désaccords ; la "doctrine unanime" ne convaincra qu'autant qu'aucune opinion dissidente ne se sera fait entendre, et si celle-ci y parvient, la doctrine ne fera pas pour autant état d'une division de la doctrine.

168. Une doctrine hésitante ? - Sorte d'angoisse contemporaine, la division de la doctrine qui viendrait rompre la cohésion du corps des juristes est traitée par des euphémismes. Plutôt que d'admettre l'éclatement de la doctrine en opinions divergentes, plutôt que de considérer que l'ensemble des auteurs est partagé sur une question donnée, on écrira que la doctrine est hésitante⁽⁹³⁵⁾. Pourtant on peut par exemple douter du caractère hésitant des positions de MM. les professeurs Aynès et Jamin sur les questions relatives au consentement du cédé dans les cessions conventionnelles de contrat⁽⁹³⁶⁾, ou encore de celles tenues par MM. les professeurs Ghestin et Malaurie lorsqu'il s'agit de discuter du sens d'une décision de la Cour de cassation concernant les notions de réticence dolosive et d'obligation d'information⁽⁹³⁷⁾.

⁽⁹³⁵⁾ F. EUDIER, note sous Cass. com., 3 mai 1995, *D.* 1997, p.124.

⁽⁹³⁶⁾ L. AYNES, "Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé", *D.* 1998, chr., p.25 ; C. JAMIN et M. BILLIAU, "Cession conventionnelle de contrat : la portée du consentement du cédé", *D.* 1998, chr., p.145 ; C. JAMIN, "Cession de contrat et consentement du cédé", *D.* 1995, chr., p.131 ; C. JAMIN, "Cession de contrat et consentement du cédé", *D.* 1995, chr., p.131 ; M. BILLIAU, "Cession de contrat ou délégation de contrat ? (étude du régime juridique de la prétendue "cession conventionnelle de contrat")", *JCP* 1994.I.3758.

⁽⁹³⁷⁾ Cass. com., 27 février 1996, *JCP* 1996.II.22665, note GHESTIN ; *D.* 1996, p.517, note MALAURIE.

En vérité, si les controverses partagent la doctrine, elles ne la rendent pas hésitante. Mais il semblerait qu'il vaut mieux croire qu'elle est hésitante plutôt que d'admettre qu'elle n'est pas unitaire. Il faut donc voir dans ce discours qui fait de la doctrine une entité ou un corps élémentaire, une rhétorique de la neutralité qui lui permet de s'immuniser contre les dérives polémiques de ses prescriptions. En se présentant unanime ou hésitante, la doctrine se veut toujours unitaire, de telle sorte que celui qui utilise cette rhétorique feint de disparaître derrière la totalité, tout en profitant de l'autorité attachée à la communauté, qu'il l'approuve ou qu'il la contredise.

Ce désir d'apparaître comme un ensemble unitaire, la doctrine le manifeste aussi lorsqu'il s'agit de ne pas confondre les spécialités de chacun. Devant la diversité des situations, devant la complexité des textes, des précédents, des théories et des opinions, la doctrine cherche des raisons de distinguer selon les matières pour circonscrire à un champ humain - et non-herculéen - de connaissance, les domaines du droit accessibles aux juristes. Elle crée donc des spécialités et, en rendant autonomes les différentes branches du droit, les différentes matières ou les différentes notions par des descriptions objectives, elle autorise l'utilisation de procédés particuliers de détermination de la bonne réponse. Chaque spécialité connaît ses réponses parce qu'elle a ses méthodes. C'est à cette conclusion que nous amène l'étude de l'argument d'autonomie.

ARTICLE 2. L'AUTONOMIE DES METHODES

169. L'argument de spécialité - Sans doute devrait-on dire l'argument de spécialistes. En précisant une notion, en l'expliquant, il est tentant de lui imprimer un caractère original, de la présenter détachée des notions connexes qui la situent, de lui réserver des méthodes propres de détermination et d'application. C'est ainsi que l'on isole les critères d'identification des concepts juridiques. Mais il ne s'agit pas simplement parfois de qualifier un contrat ou une situation de fait. Si les critères utilisés pour figurer la commercialité d'un acte, sa soumission aux règles du droit du travail ou son appartenance au giron du droit commun tracent des règles de qualification, la question de l'autonomie ou de la spécialité des règles et des branches du droit masque aussi celle plus délicate de l'autonomie des méthodes et des raisonnements. On admet volontiers que, quoique partageant des règles communes, droit

commercial et droit civil s'évincent l'un l'autre dans des situations qui leur sont réservées⁽⁹³⁸⁾. La réfaction judiciaire du contrat sera possible en droit commercial, alors qu'elle est bannie du droit civil ; les juges consulaires pourront ainsi intervenir pour rétablir un équilibre défaillant, alors qu'en matière civile, les juges seraient tenus par une application plus rigide des contrats spéciaux. L'inexécution du contrat de travail obéissant à des règles particulières, celles-ci autorisent les spécialistes du droit du travail à aborder la notion de force majeure ou d'inexécution contractuelle selon des canons qui leur sont propres⁽⁹³⁹⁾. La spécialité du droit aérien autoriserait des raisonnements dérogatoires au droit commun des transports⁽⁹⁴⁰⁾. Le droit financier devrait son autonomie grandissante au fait qu'il consiste principalement dans l'organisation de la circulation de ces choses anormales que constituent les titres⁽⁹⁴¹⁾. Mais chaque spécialité a ses spécialités.

De droit spécial en solutions spécifiques, toutes les branches du droit auraient donc des méthodes d'analyse et de description particulières, des techniques d'interprétation spécifiques⁽⁹⁴²⁾, et en dépit d'une certaine perméabilité des différents domaines du droit privé, ces spécialités autoriseraient les spécialistes à mener des raisonnements qui, par ailleurs, seraient irrecevables. La valeur de l'autonomie est donc essentiellement dérogatoire. La mise en évidence de l'autonomie du droit ou de l'indépendance des concepts a par conséquent pour but de dissocier d'un ensemble de solutions celles qui sembleraient contraires ou incompatibles ou, en tout état de cause, trop éloignées de la raison d'être de l'ensemble.

De ce point de vue, l'autonomie permet de disqualifier des solutions par une élévation théorique du principe d'interprétation *specialia generalibus derogant*. Les raisonnements menés en général sont proscrits pour les cas particuliers dissociés ou les sous-ensembles autonomes. L'intérêt d'une telle autonomie théorique est bien entendu qu'elle sera capable de produire ses propres normes méthodologiques. "Apparemment inutile voire artificielle, la querelle de l'autonomie devrait être encore plus révélatrice de la démarche doctrinale (...) Prétendre faire du droit commercial un droit autonome, c'est

⁽⁹³⁸⁾ Comp. J. VAN RYN, "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", *RTD com.* 1953, p.565 ; S. FREDERICQ, "L'unification du droit civil et du droit commercial", *RTD com.* 1962, p.203.

⁽⁹³⁹⁾ J.-J. DUPEYROUX, "Droit civil et droit du travail : l'impasse", *Dr. soc.* 1988, p.372 ; J. PELISSIER, "Droit civil et contrat individuel de travail", *Dr. soc.* 1988, p.387.

⁽⁹⁴⁰⁾ M. DE JUGLART, "Le droit aérien actuel est-il un droit autonome?", *D.* 1954, chr., p.117.

⁽⁹⁴¹⁾ A. COURET, "De quelques apports conceptuels du droit financier contemporain", *Mélanges Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p.195.

⁽⁹⁴²⁾ G. COUTURIER, "Les techniques civilistes et le droit du travail", *D.* 1975, chr., p.151.

principalement revendiquer l'autonomie de son interprétation⁽⁹⁴³⁾". L'argument d'autonomie consiste ici à "substituer à l'interprétation une activité différente. Le choix s'offre entre le travail de réflexion sur la raison d'être de chaque règle civile pour décider de l'opportunité de son application au commerce - ce qui est l'interprétation - et la construction d'une règle nouvelle pour combler une lacune volontairement créée par l'éviction du droit civil⁽⁹⁴⁴⁾".

Tous les sous-ensembles du droit privé issus de l'éviction du droit commun répondent à cette préoccupation doctrinale et à ce désir "des spécialistes" de libérer l'interprétation des contraintes pesant sur l'interprète du droit commun. Ainsi de nouvelles branches du droit privé prétendent-elles à un moment ou à un autre gagner leur autonomie par l'élaboration d'un concept mieux adapté à leur objet. Selon M. le professeur Terré, approuvant les critères recueillis par M. le doyen Vedel, "il ne suffit pas de constater qu'une matière est régie par des règles empruntées aux matières les plus diverses pour considérer que cette matière constitue une branche autonome du droit, cette autonomie permettant de fonder des solutions originales dérogatoires⁽⁹⁴⁵⁾". Encore faudrait-il remarquer que "l'autonomie apparaît d'abord toutes les fois que l'application à une matière des principes généraux et des méthodes de raisonnement empruntés purement et simplement à une discipline existante conduit à des inexactitudes (...) L'autonomie apparaît aussi, quoique de manière plus subtile, quand la matière considérée, bien que ne mettant apparemment en oeuvre que des principes et des méthodes empruntés à des branches existantes, en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté... ainsi en est-il du droit du travail ?⁽⁹⁴⁶⁾". M. le professeur Terré explique par là l'émergence des différentes branches du droit sous un rapport sociologique. L'évolution de notre société ferait naître la diversité des méthodes et la complexité du droit moderne (ou pourquoi pas post-moderne) libérerait de nouveaux "alliages". L'auteur souligne néanmoins le risque d'un passage trop rapide de la diversité à l'autonomie, "car

⁽⁹⁴³⁾ C. ATIAS, "Hypothèses sur la doctrine en droit commercial", *Mélanges Roblot*, Paris, LGDJ 1984, p.33.

⁽⁹⁴⁴⁾ *Ibid.*, p.33.

⁽⁹⁴⁵⁾ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 1998, précité, n°94, p.90 ; comp. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4ème éd., 1994, précité, n°101.

⁽⁹⁴⁶⁾ G. VEDEL, "Le droit économique existe-t-il ?", *Mélanges Vigreux*, Toulouse, 1981, p.770.

l'importance de celle-ci est variable, ce qui est de nature à introduire une dose inutile d'incertitude dans la détermination de la règle de droit ⁽⁹⁴⁷⁾!

La doctrine qui commente les différentes frontières entourant les diverses matières autonomes ne manque pourtant pas de relever leur caractère incertain et flou et ce, même lorsqu'il s'agit de délimiter le droit privé du droit public : les frontières pourtant les mieux arrêtées restent mouvantes ⁽⁹⁴⁸⁾. Les théoriciens et épistémologues du droit ne manquent pas de relever l'aspect idéologique du recours à l'autonomie y compris pour la distinction entre le droit commun et le droit public ⁽⁹⁴⁹⁾. Il y a bien matière à penser que l'unité de l'ordre juridique affirmée d'une part, est pleinement contradictoire avec les sphères d'autonomie mises au jour d'autre part. En effet, la rhétorique doctrinale de l'autonomie se joue des incompatibilités théoriques pour créer des réflexes méthodologiques où les raisonnements se perdent dans le désir d'unité.

Présenté comme un procédé de détermination de la règle applicable, le recours à l'autonomie des branches du droit permet à la doctrine de restreindre *a priori* l'étendue du champ des solutions possibles, afin que de l'autonomie des méthodes émerge logiquement un mode unique de reconnaissance des solutions. Cela ne se fait cependant pas sans controverse.

Des débats divisent ainsi partisans du droit commun et partisans des droits autonomes aux solutions propres. Il faut souligner ici que l'invocation de l'autonomie a un objet sensiblement égal à celui de l'invocation des lacunes. Il s'agit de disqualifier une solution au profit de celle proposée par le droit commun. Cela a des vertus. On présente le droit commun comme stable en ne proposant pas sa mutation et il conserve son caractère supplétif pour les cas où la solution dérogatoire devrait à son tour être écartée. On salue alors le retour au droit commun quand la solution dégagée par le droit prétendu autonome est contraire à certains principes ou certaines valeurs. Les questions ne s'éteignent pas pour autant. L'autonomie relative des branches du droit privé que l'on dessine par là, laisse persister des difficultés d'identification du droit commun parce que les branches autonomes du droit se présentent elles-mêmes comme lacunaires.

⁽⁹⁴⁷⁾ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 1998, précité, n°94, p.91.

⁽⁹⁴⁸⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, 25ème éd., 1997, précité, [67], p.111.

⁽⁹⁴⁹⁾ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, précité, chapitre XII, La distinction droit public - droit privé et la structure de l'ordre juridique, p.193 ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère éd., 1953, rééd., 1988, précité, p.164 ; *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 1962, précité, p.372 ; adde F.-X. TESTU, "La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?", *D.* 1998, chr., p.345.

La Cour de cassation admet par exemple que "le salarié dont l'affection ne peut pas être prise en charge au titre de la législation sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles peut engager une action contre son employeur selon le droit commun de la responsabilité civile contractuelle ⁽⁹⁵⁰⁾". La valeur supplétive du droit commun qui est affirmée, commande de nous interroger sur l'autonomie relative du droit de la Sécurité sociale par rapport au droit commun de la responsabilité. Mais faut-il encore se demander quel est le droit commun de la responsabilité civile? Logiquement, pour le droit de la Sécurité sociale, le droit commun de la responsabilité civile sera ici le régime de l'inexécution contractuelle car, en n'appliquant pas le droit commun de la responsabilité délictuelle, la Cour de cassation affirme l'autonomie du droit de la Sécurité sociale. Mais quoique recevable, cette position apparaît contradictoire au regard des dispositions connexes du droit du travail. Selon M. le professeur Radé, les règles qui déterminent pour l'hypothèse concernée l'application du droit de la Sécurité sociale, règles relatives à l'obligation de sécurité dans les contrats de travail, rendraient indifférente la nature du lien qui unit "le chef d'établissement" et les personnes placées sous son autorité, de sorte que la solution posée aboutirait à créer par une autonomie mal fondée, une dualité de régime qui se perdrait en contradictions et paradoxes. Ce contre-argument d'autonomie a lui aussi pour ambition de ramener le régime applicable à plus d'unité ; il fait en sorte de souligner qu'une autonomie imparfaite n'est jamais qu'une source potentielle de dissonance là où la distinction ne s'impose pas, et qu'il vaut mieux raisonner sur les concepts plutôt que sur des branches du droit figées *a priori*.

Les raisonnements d'autonomie concernent donc aussi les régimes juridiques associés aux concepts qu'ils réalisent. La doctrine relayée par la jurisprudence a ainsi cherché à débrouiller l'écheveau des controverses relatives aux actions de l'acquéreur en associant à chaque concept de vice caché, de non-conformité ou d'erreur, une action et un régime unique.

170. Autonomie des actions - L'unicité de la solution est rarement affirmée par la voix prétorienne de la Cour de cassation. Un exemple récent nous paraît significatif de l'évolution du discours théorique de la juridiction suprême. Sur une question dont la teneur fut maintes fois soumise à l'examen des

⁽⁹⁵⁰⁾ Cass. soc., 28 octobre 1997, D. 1998, p.219, note critique RADE.

différentes chambres civiles, la Cour vient d'admettre pourtant que "la garantie des vices cachés constituant l'unique fondement possible de l'action exercée, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si l'acquéreur pouvait prétendre à des dommages et intérêts sur celui de l'erreur" ⁽⁹⁵¹⁾. Encore une fois, il s'agissait d'une affaire de tuiles gélives. L'acquéreur d'un lot de tuiles défectueuses ne pouvant obtenir réparation de son préjudice sur le terrain des vices cachés, faute d'avoir agi à bref délai, entendait obtenir satisfaction en faisant annuler la vente pour erreur sur les qualités substantielles de la chose - en l'espèce, son aptitude à remplir la fonction que croyait pouvoir lui assigner l'acquéreur - et à défaut d'annulation en demandant l'octroi de dommages et intérêts. La Cour d'appel de Versailles puis la première chambre civile de la Cour de cassation repoussèrent cette argumentation au motif déterminant qu'en présence d'un vice caché avéré, seules les actions prescrites aux articles 1644 et 1645 du Code civil, pouvaient être valablement mises en oeuvre. Cette décision approuvée par la doctrine ⁽⁹⁵²⁾ qui voit dans cet arrêt la fin des confusions qui gouvernaient la matière ⁽⁹⁵³⁾, s'inscrirait dans un mouvement général d'éclaircie ⁽⁹⁵⁴⁾ et permettrait de faire le tri parmi les *prétendus concours d'action* ⁽⁹⁵⁵⁾.

Ce raisonnement d'autonomie tracé à gros trait révèle incidemment la volonté de la Cour de cassation de cloisonner les différentes situations de façon à ce qu'à une qualification spéciale corresponde une action spéciale. L'idée diffusée par la doctrine vint à éclore que le champ d'application et le régime juridique des différents concepts devaient être maintenus distincts, comme si par nature ils l'avaient toujours été, mais que des analyses confuses et erronées en avaient altéré la préhension.

En reprenant à son compte cette reformulation du problème et ses solutions, la Cour de cassation érige de nouvelles contraintes argumentatives que les parties et leurs conseils devront contourner et utiliser. Si un vice caché affecte la chose vendue, alors que l'acquéreur lésé souhaite obtenir l'annulation de la vente pour erreur, il lui faudra taire le vice (et en mettant en avant un manquement du vendeur à son obligation d'information, il pourra

⁽⁹⁵¹⁾ Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, *Bull. civ. I*, n°237 ; Cass. civ. 1ère, 9 février 1994, pourvoi n°91-19.878 *lexis* ; Cass. civ. 2ème, 2 décembre 1992, pourvoi n°90-16.443 *lexis* ; comp. Cass. civ. 1ère, 17 juin 1997, *Bull. civ. I*, n°206.

⁽⁹⁵²⁾ C. RADE, "L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés", *JCP* 1997.I.4009, n°1.

⁽⁹⁵³⁾ B. GROSS et Ph. BIHR, *Les contrats civils I*, Paris, PUF, 1993, p.266.

⁽⁹⁵⁴⁾ A. BENABENT, "Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie", *D.* 1994, chr., p.115.

⁽⁹⁵⁵⁾ O. TOURNAFOND, "Les prétendus concours d'action et le contrat de vente", *D.* 1989, chr., p.237.

peut-être obtenir l'anéantissement du contrat par la voie dérobée de la résolution). L'affirmation de l'autonomie des qualifications, fondée *a priori*, crée ici un tabou qui prive le débat de l'une de ses dimensions. Si, à son tour, la doctrine tait la difficulté de concevoir distinctement le fondement des deux actions, la Cour de cassation aura marqué la frontière et tranché la difficulté en réaffirmant l'imperméabilité des domaines de la formation et de l'exécution du contrat. Mais par ailleurs parce que l'on identifiera des obligations dont la nature juridique est autonome, on affirmera que l'obligation de sécurité est sanctionnée par un régime transcendant la distinction contractuel / délictuel⁽⁹⁵⁶⁾ et l'on réservera aux obligations de conseils des régimes hybrides⁽⁹⁵⁷⁾. Il y a donc quelques difficultés à conclure que le "seul fondement possible" se découvre en dissociant chacun des concepts pour dessiner un champ d'application propre dès lors que des obligations voisines se conçoivent tantôt en termes de responsabilité contractuelle, tantôt en termes de responsabilité délictuelle. L'action de l'acquéreur mettant en cause le défaut de renseignement du vendeur peut être en effet, soit contractuelle associée à l'article 1147 du Code civil, soit contractuelle mais propre à la vente associée à la garantie d'éviction ou à la garantie des vices cachés, soit spéciale à la formation du contrat pour sanctionner le vice du consentement, le défaut de renseignement pouvant constituer une réticence dolosive et, le cas échéant, délictuelle, si l'on fait apparaître que le dol du vendeur constitue une faute ayant entraîné un préjudice non prévisible. Ces actions demandant l'allocation de dommages et intérêts, la réduction du prix, l'annulation ou la résolution, conduisent indifféremment à l'anéantissement des relations contractuelles et/ou à une indemnisation en argent, c'est-à-dire, par soustraction totale ou partielle, à une réfaction du prix du contrat.

Mais en présence de régimes de preuve, de prescription et d'indemnisation dont les contours sont dessinés par des concepts à contenu variable, il semble vain de proclamer que l'issue de chaque litige a une solution unique en raison

⁽⁹⁵⁶⁾ Y. LAMBERT-FAIVRE, "Fondement et régime de l'obligation de sécurité", *D.* 1994, chr., p.81 ; Cass. civ. 1ère, 28 avril 1998, *JCP* 1998.II.10088, rapp. SARGOS ; *RTD civ.* 1998, p.684, obs. JOURDAIN, qui en application "des articles 1147 et 1384 al. 1er du Code civil, interprétés à la lumière de la directive CEE n°85-374 du 25 juillet 1985", pose que "tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers" ; *adde*, J.-L. HALPERIN, "La naissance de l'obligation de sécurité", n°spécial *Gaz. pal.* 21-23 septembre 1997, p.2.

⁽⁹⁵⁷⁾ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, LGDJ, préface J. Ghestin, 1992, p.465 et s. ; voir également C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, Paris, LGDJ, 1993, préface de J. Ghestin, n°308, p.233 ; F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, Paris, LGDJ, 1988, préface de J. Ghestin, n°644 s., p.299 s.

de son seul fondement possible. Si l'on présume que chaque concept doit pouvoir se distinguer de son voisin, il reste que le chevauchement des champs d'application des différentes notions, chevauchement dû à la structure ouverte du langage et à ses mutations, interdit de séparer de manière péremptoire des concepts au seul argument qu'ils seraient signifiés par des vocables différents. La réfaction du contrat n'est pas la réduction du prix, et pourtant..., l'inexécution de l'obligation contractuelle de renseignement n'est pas la réticence dolosive, et pourtant..., les situations à qualifier sont parfois si proches que les dissocier *a priori* paraît absolument illusoire.

Il faut se rendre compte que l'univocité du vocabulaire juridique est utilisée comme postulat dans l'argumentation d'autonomie ; elle ne fait qu'isoler les zones de conflit d'interprétation pour leur attribuer à chacun une solution particulière, avec pour corollaire immédiat de repousser les questions qui pourraient naître d'un abus de distinction.

171. **Vocables, concepts et matières distincts** - Si le vocabulaire juridique est en général insolite par ses archaïsmes, c'est, nous dit-on, pour lui préserver la part de technicité qui le dégage du langage commun. Mais il n'est pas rare que des vocables différents soient utilisés pour signifier des réalités identiques et inversement. Les confusions sont aisées. Elles sont mêmes aisément provoquées sous prétexte de raisonnement étymologique.

Lorsque la compréhension d'une notion passe par l'analyse étymologique, la plupart du temps latine, du vocable utilisé, c'est toujours pour y associer un régime, ou un raisonnement analogique. La classique analyse duale du couple "nature / régime" est alors un instrument prescriptif plus qu'heuristique⁽⁹⁵⁸⁾. "L'identité d'expression conduit à l'identité de pensée" nous dirait Troplong⁽⁹⁵⁹⁾. De la même manière, l'utilisation de formules fondant le rapprochement de concepts seulement sur des parentés de vocabulaire ne peut être conçue que comme rhétorique. On ne trouve en droit véritablement que ce que l'on cherche. Mais les distinctions opérées n'ont parfois vraiment pour objet que de faire en sorte que la réflexion proposée évince les discussions passées, pour se satisfaire des mots et des concepts nouvellement forgés.

La doctrine dénonce alors aussi des distinctions trompeuses, notamment à l'examen des interprétations de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents

⁽⁹⁵⁸⁾ Comp. J.-L. BERGEL, "Différence de nature égale différence de régime", *RTD civ.* 1985, p.254.

⁽⁹⁵⁹⁾ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, De l'échange et du louage, Paris, Hingray, tome 1er, 1840, p.92-93.

de la circulation. "Qu'on ne s'y trompe pas. Le concept de perturbation n'est que celui de causalité, déguisé. (...) Le mot de perturbation n'est qu'un trompe l'oeil ⁽⁹⁶⁰⁾". On trouverait en réalité sous le régime de la réparation des préjudices subis du fait d'un accident de la circulation, lequel est présenté comme un régime autonome d'indemnisation des victimes, les concepts jaunis du droit commun de la responsabilité civile. Qu'il s'agisse pour elle d'un bien ou d'un mal, lorsque la doctrine met en avant la nécessité d'une distinction à faire, elle utilise l'argumentation d'autonomie pour cloisonner les raisonnements sur le fond. Le discours doctrinal prend ici toute sa force. C'est de la discussion doctrinale qu'émergent les contraintes argumentatives qui vont guider et brider les raisonnements des juristes. Telle distinction doit être faite ; telle autre n'est pas pertinente. Telle assimilation peut être contestée ; telle autre doit être observée. Et ce discours pèse sur la liberté de l'interprète authentique ; non pas sur son pouvoir directement, mais simplement parce que le discours doctrinal est un champ qui peut se libérer des contraintes d'autorité qu'il s'est lui-même imposées. La doctrine libère le panorama de l'interprète authentique : elle lui offre des choix, des solutions, des arguments et des raisons ; mais elle le bride aussi, en imposant le respect de primautés doctrinales.

PARAGRAPHE 2. PRIMAUTES DOCTRINALES.

Passage obligé du raisonnement juridique, l'examen de la nature juridique d'une situation, d'une obligation ou d'une action se présente comme indispensable. Lorsque les auteurs définissent la nature juridique de l'obligation d'information ⁽⁹⁶¹⁾, celle de la prestation compensatoire ⁽⁹⁶²⁾ ou celle du lot de copropriété ⁽⁹⁶³⁾, leurs théories nourrissent des arguments destinés à modifier la sphère des raisons d'autorité. L'interprète se libère des contraintes argumentatives et renverse "la théorie officielle de l'interprétation ⁽⁹⁶⁴⁾" en proposant des explications du concept discuté qui sont censées mieux saisir la réalité du droit. Les raisonnements sur la nature juridique (ARTICLE 1) se

⁽⁹⁶⁰⁾ F. CHABAS, note sous Cass. civ. 2ème, 25 janv. 1995, *Gaz. pal.* 1995, 18/20 juin 1995, p.28.

⁽⁹⁶¹⁾ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, précité, 1992, n°493, p.394.

⁽⁹⁶²⁾ A. SERIAUX, "La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris", *RTD civ.* 1997, p.53.

⁽⁹⁶³⁾ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Biens, Paris, Montchrestien, 8ème éd., 1994, par F. CHABAS, p.59, n°1326-3.

⁽⁹⁶⁴⁾ P.-A. COTE, "L'interprétation de la loi : une création sujette à contraintes", in D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit*, Paris, LGDJ, 1992, p.135.

prolongent alors de raisonnements conséquentialistes où finalité et opportunité se confondent parfois (ARTICLE 2).

ARTICLE 1. LA NATURE JURIDIQUE.

172. L'argument tenant à la nature des choses - Si la nature humaine est un paradigme perdu en sciences sociales ⁽⁹⁶⁵⁾, on peut considérer que l'analyse de la nature juridique a su préserver ses forces persuasives. Mais lorsque la doctrine utilise la "nature" d'une situation ou d'un concept, elle ne se place pas nécessairement dans une perspective jusnaturaliste. En effet, alors qu'un raisonnement en prise sur le droit naturel aurait plutôt tendance à découvrir des solutions en équité et en tout état de cause de manière casuistique, pour faire primer de manière avouée la recherche de la justice, l'utilisation de la nature des choses par des auteurs qui se méfient de l'équité, donne à cette rhétorique une résonance particulière.

L'utilisation par les auteurs de la nature juridique du fonds de commerce, du paiement, de la responsabilité ou des quasi-contrats révèle l'existence d'une contrainte argumentative par laquelle le message doctrinal se doit de passer. Naturellement, cette contrainte peut venir de la loi elle-même qui fera référence par exemple à la nature des biens propres ou communs pour déterminer le champ d'application de la présomption de communauté ⁽⁹⁶⁶⁾, ou encore qui visera la nature d'une obligation pour définir les conséquences qui y sont attachées ⁽⁹⁶⁷⁾. Plus que n'importe quel autre concept, la nature des choses fonctionne à contenu variable. Comme le montrait Perelman, l'argument naturaliste permet de s'opposer aux arguments tirés de la loi ⁽⁹⁶⁸⁾. L'idée qu'il véhicule est que les concepts juridiques sont dotés d'une teneur, d'un régime, d'attributs, de propriétés, ou enfin de valeurs qui transcenderaient l'énoncé normatif positif. On le conçoit aisément dans la philosophie jusnaturaliste, dans la mesure où la raison universelle qui

⁽⁹⁶⁵⁾ E. MORIN, *Le paradigme perdu, la nature humaine*, Paris, Seuil, 1973.

⁽⁹⁶⁶⁾ Pour une analyse des articles 1402 et suivants du Code civil, voir Ph. MALAURIE et L. AYNES, "La distinction des biens propres et des biens communs dans la communauté légale ; principes directeurs", *Deffrénois* 1989, p.334.

⁽⁹⁶⁷⁾ L'article 1135 du Code civil fait expressément référence à la nature de l'obligation pour en déterminer le champ d'application. Ainsi, l'on admettra qu'une convention d'assistance emporte nécessairement pour l'assisté l'obligation de réparer les conséquences des dommages corporels subis par celui auquel il est fait appel : cass. civ. 1ère, 27 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p.584, obs. JOURDAIN.

⁽⁹⁶⁸⁾ Ch. PERELMAN, *Logique juridique*, précité, n°33, p.59 ; adde, O. CORTEN, "La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de l' "École de Bruxelles" : critique sociologique", *RIEJ* 1998-40, p.79.

gouverne les Hommes permet d'accéder dans le raisonnement juridique à la solution juste. Sans doute, au XXème siècle, a-t-on fait évoluer les conceptions d'une nature des choses figée de toute éternité pour attribuer au droit naturel un contenu variable mieux à même de répondre aux exigences pratiques ; mais quelles que soient les nuances de la perspective jusnaturaliste que l'on adopte, c'est la raison naturelle qui déterminera la valeur de la norme positive et non l'inverse.

Or l'indétermination relative du droit naturel contraint le juriste à une interprétation casuistique et empirique au sens aristotélicien. *Ex facto jus oritur*. La nature juridique d'une obligation se détermine à son examen empirique. Si l'expérience permet d'induire une raison générale pour poser une règle abstraite de qualification, cette raison agissant *a priori* réserve néanmoins sa part d'indétermination pour le cas où la *juste mesure* s'établirait de manière insolite. Les auteurs qui affichent clairement leurs convictions philosophiques jusnaturalistes décrivent le droit positif et le critiquent au moyen des théories de la justice qu'ils ont adoptées. Leur point commun est que les textes positifs, même lorsqu'ils sont jugés conformes au droit naturel, sont nécessairement des approximations linguistiques d'objets conceptuels existants voire prédestinés. Pour leur découverte, il s'agira de procéder par une argumentation *pro* et *contra*, et "par là même dépasser la stricte neutralité ⁽⁹⁶⁹⁾".

Dans cette perspective, la nature des choses, dans son acception abstraite, est le creuset d'une dialogique *pro / contra* qui, lors du jugement rendu par l'autorité, habilitée à énoncer la norme particulière, fera surgir la juste solution d'espèce. La doctrine, elle, se contente d'étayer cette dialogique, mais cela ne la prive pas de son pouvoir prescriptif, au contraire, puisqu'elle trace des orientations méthodologiques, conceptuelles et philosophiques qui vont guider la recherche du juste.

La difficulté se noue dans les hypothèses très nombreuses où le discours doctrinal emprunte les pas d'un raisonnement naturaliste pour ses vertus persuasives sans toutefois adhérer au fonds philosophique qu'il embrasse. Lorsque la doctrine utilise l'argument naturaliste sans révéler explicitement la perspective philosophique dans laquelle elle se situe, soit parce qu'elle tait ses présupposés théoriques, soit parce qu'elle les ignore ou feint de les ignorer, la nature des choses devient le contenant d'un message prescriptif qui s'appuie

⁽⁹⁶⁹⁾ A. SERIAUX, "La notion de doctrine", *Droits-20*, p.68.

sur un raisonnement descriptif. Grâce à la nature des choses et à l'unité dont elle est pourvue, l'on peut ainsi écarter les interprétations d'un texte qui s'avèreraient non conformes à la solution désignée comme seule légitime. L'on peut pareillement assigner à un concept une signification univoque ou exciper la contradiction qui résulterait d'un constat sur la nature ambivalente d'un concept. Il faut souligner que, dès lors qu'elle n'a pas vocation à guider un raisonnement en équité, la nature des choses est un procédé rhétorique permettant de définir des solutions *a priori* qui s'imposeraient comme étant objectives, émanant d'une raison pure, alors qu'elle n'est le plus souvent que le réceptacle d'un discours politique.

173. Utilisation téléologique de la nature de la responsabilité - La Cour de cassation peut se montrer attentiste et livrer à la doctrine le soin de préciser les termes d'un débat en mutation. Pour exemple, un arrêt du 6 mars 1996 de la deuxième chambre civile relatif à la responsabilité du transporteur, mérite une attention particulière pour son contenu mais aussi pour la manière dont la doctrine l'a abordé ⁽⁹⁷⁰⁾. La question tranchée par les premiers juges était de savoir si le passager d'un T.G.V. dont les bagages déposés en bout de voiture avaient été volés, pouvait obtenir réparation de son préjudice. Condamnant la SNCF à l'indemniser, le jugement énonçait que bien que la responsabilité du transporteur fût uniquement prévue en cas d'enregistrement des bagages, celle-ci n'était pas exclue en cas de dépôt de bagages à main dans une soute collective en bout de voiture. La Cour de cassation censurait le jugement pour manque de base légale, pour n'avoir pas explicitement énoncé le fondement de l'indemnisation. Cette décision suscite plusieurs questions au-delà du choix, non accompli par la juridiction suprême elle-même, de la nature de la responsabilité encourue par le transporteur. Les termes du choix sont alternatifs. La responsabilité du transporteur sera contractuelle ou délictuelle. La règle du non-cumul des responsabilités chapeautant le débat rend l'alternative disjonctive. La discussion, qui est fonction des données propres à l'espèce, résonne dans un cadre plus général.

Question : les biens non enregistrés transportés par le passager relèvent-ils du contrat de transport ? si oui, comment interpréter la clause limitative de responsabilité relative aux bagages enregistrés ? Deux interprétations semblent plausibles. Soit la clause limitative de responsabilité est applicable à toutes les

⁽⁹⁷⁰⁾ Cass. civ. 2ème, 6 mars 1996, *Bull. civ.* II, n°58 ; *JCP* 1996.I.3958, n°4, obs. FABRE-MAGNAN ; *D.* 1997, somm. p.25, obs. DELEBECQUE.

choses qui accompagnent le passager comme l'accessoire suit le principal, soit elle ne l'est pas. Mais la clause ne vise que les bagages enregistrés. Cela ne s'entend pas de toutes les choses et il faudra donc établir la pertinence de l'enregistrement comme critère décisif d'entrée dans le champ de l'objet contractuel.

174. Dans le champ contractuel - Deux lectures *a contrario* divergentes de la clause limitative de responsabilité sont possibles si l'on suppose que le bagage enregistré est objet accessoire du contrat de transport. Soit la clause signifie que la responsabilité du transporteur est "illimitée" pour les bagages non enregistrés, soit la clause l'exonère totalement. Dans la première branche de l'alternative, le terme "illimitée" doit être entendu en cohérence avec la réparation du dommage prévisible de l'article 1150 du Code civil, de sorte que la réparation du préjudice né de l'inexécution du contrat n'est illimitée qu'autant que l'étendue du dommage était prévisible au moment de la conclusion du contrat. Dans la seconde branche, l'interprétation de la clause libère le transporteur dans la mesure où les bagages non enregistrés restent sous la vigilance et la surveillance du passager, et bien qu'entrant dans le champ contractuel, leur détérioration ou leur vol ne sauraient avoir pour effet de permettre la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle du transporteur. Il reste qu'une telle interprétation de la clause pour les bagages enregistrés conduirait à exonérer totalement la SNCF de sa responsabilité, remplissant du coup les critères matériels de la clause abusive. Source de difficulté, déjà non écrite parce que dégagée d'une lecture *a contrario*, cette interprétation ne saurait être admise pour être ensuite réputée non écrite. Dans l'interprétation du contrat, l'exonération totale de responsabilité pèse comme une contrainte interprétative au titre des stipulations informelles abusives. Troisième et dernière interprétation de la clause, le bagage non enregistré ne relèverait pas du champ contractuel.

175. Hors du contrat - La réparation du préjudice du passager serait offerte aux conditions de la responsabilité délictuelle. L'enregistrement du bagage serait alors décisif de la nature de la responsabilité encourue par les transporteurs. La réparation du dommage serait alors intégrale et non limitée aux dommages prévisibles puisque il serait la conséquence d'une faute personnelle de la SNCF ou de celle d'une personne dont elle doit répondre. Soit le défaut de surveillance ou de vigilance est alors admis mais cela reviendrait à présumer la

responsabilité du transporteur pour son fait personnel par une sorte d'obligation de moyen renforcée détachée du contrat. Soit la responsabilité du transporteur du fait d'autrui serait engagée pour la faute d'un préposé ou plus vraisemblablement du fait du passager dont il doit répondre. On toucherait une version très étendue des arrêts *Blieck* ⁽⁹⁷¹⁾ et *Bertrand* ⁽⁹⁷²⁾. Ce ne serait pas une responsabilité contractuelle du fait d'autrui, mais une responsabilité délictuelle du fait du contractant (le voleur étant présumé titulaire d'un billet). Il est probable que nous sommes encore loin d'une telle extension de la responsabilité délictuelle, du moins explicitement, mais son intérêt étant évidemment pour les victimes de déplaçonner la limitation de l'indemnisation qui aurait cours en vertu de l'article 1150 du Code civil, il n'est pas douteux qu'elle trouvera des défenseurs. Déjà la chambre criminelle annonce une responsabilité sans faute en posant que "les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384 al.1er du Code civil ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute ⁽⁹⁷³⁾". Il suffirait simplement que l'on admette que le transporteur a en quelque sorte un pouvoir de contrôle du mode de vie du voyageur pendant la durée du voyage pour le rendre responsable du fait de son passager, même clandestin. Les mêmes qui défendaient hier la nature contractuelle de la responsabilité du transporteur parce qu'elle les dispensait de rapporter la preuve d'une faute de la SNCF, pourraient aujourd'hui trouver plus satisfaisant de défendre la nature délictuelle. En se rapprochant d'une sorte de responsabilité sans faute du transporteur qui ferait échapper l'indemnisation du préjudice subi par le voyageur du carcan des différentes clauses limitatives de responsabilité, la nature de la responsabilité aurait-elle changé ? L'arrêt du 6 mars 1996 est silencieux et la Cour de cassation ne franchira peut-être jamais le pas mais il permet d'observer que la discussion sur la nature de la responsabilité est féconde, quelle que soit la question pratique. Lorsque l'on s'interroge sur le caractère contractuel ou délictuel d'une responsabilité ou d'une action, lorsque l'on s'attache à définir la nature d'une relation qui unit des obligés, et

⁽⁹⁷¹⁾ Cass. ass. plén., 29 mars 1991, *D.* 1991, p.324, note LARROUMET ; *JCP* 1991.II.21673, concl. DONTENWILLE, note GHESTIN ; *Defrénois* 1991, p.729, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p.312, obs. HAUSER, p.541, obs. JOURDAIN.

⁽⁹⁷²⁾ Cass. civ. 2ème, 19 février 1997, *D.* 1997, p.265, note JOURDAIN ; *JCP* 1997.II.22848, concl. KESSOUS, note VINEY ; C. RADE, "Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui", *D.* 1997, chr., p.279 ; H. LECUYER, "Une responsabilité déresponsabilisante", *Droit de la famille* 1997, n°3, Repères.

⁽⁹⁷³⁾ Cass. crim., 26 mars 1997, *D.* 1997, p.496, note JOURDAIN ; *JCP* 1997.II.22868, rapp. DESPORTES ; *D.* 1998, somm. obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997.I.4070, obs. VINEY.

plus généralement, lorsque l'on examine la nature juridique d'une situation, on anticipe nécessairement le régime juridique qui lui sera applicable.

Si l'évolution du droit positif a modifié d'une manière ou d'une autre le régime applicable, les termes du choix auront changé et l'on pourra penser que la nature juridique de la situation a elle-même changé. Ce raisonnement qui combine la nature à son régime juridique associe l'essence d'un concept à sa traduction normative ; se trouve ainsi justifiée toute mutation de la nature par le changement de régime ⁽⁹⁷⁴⁾. Cet argument naturaliste est à contre-pied de celui défini par Perelman. Il ne consiste pas à dépasser la loi, sa lettre ou son esprit, au moyen d'une réflexion essentialiste indépendante des textes, mais au contraire à justifier les métamorphoses d'un concept par intervention de l'autorité habilitée. L'utilisation de l'association nature/régime conduit à définir grâce aux règles posées une "nature positive" des situations. Cette utilisation de la nature est en fait téléologique. La nature des choses se trouve ici finalisée. Quand elle permet une meilleure indemnisation du consommateur, la responsabilité cesse d'être contractuelle, mais si l'on glisse sur le terrain de la preuve de la faute, elle le redevient en s'associant à l'obligation de résultat. À aucun moment n'est véritablement définie la relation entre les obligés, le débat est posé en des termes différents, le plus souvent volontaristes. L'équation par laquelle une nature correspond à un régime unique, unitaire, énoncé en règles univoques, semble encore avoir une force persuasive telle que les juristes non-naturalistes s'obligent à des exercices de style cachant leurs mobiles politiques sous un masque naturaliste.

176. Nature unique ? - On voudrait croire qu'un raisonnement sur la nature des choses juridiques permet de connaître la solution qui convient, indépendamment des autres contraintes argumentatives pesant sur l'interprète, mais les solutions naturelles ne sont pas moins finalisées que les autres. Il faut voir dans l'argument tenant à la nature des choses un raisonnement qui tantôt évincera le régime juridique positif pour déterminer la chose en soi, tantôt s'appuiera sur les textes pour connaître la nature positive de la chose. Peut-être y a-t-il une nature unique pour les choses, mais les juristes utilisent le double visage de l'argument naturaliste pour argumenter *pro* ou *contra* ⁽⁹⁷⁵⁾.

⁽⁹⁷⁴⁾ J.-L. BERGEL, précité, p.259.

⁽⁹⁷⁵⁾ Pour une illustration en droit pénal : F. BOULAN, "Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive", *JCP* 1973.I.2563 et R. VOUIN, "L'unique action civile", *D.* 1973, chr., p.265.

L'on considérera ainsi que le mécanisme du remploi de l'article 1434 du Code civil étant une subrogation réelle, cette opération de remplacement est indépendante de la volonté des époux ; elle est automatique et il suffit de montrer que les fonds remployés étaient des fonds propres pour que le bien acquis soit qualifié de propre. Et inversement, on dira que le remploi est une exception à l'article 1401 du Code civil puisqu'il permet à un bien acquis à titre onéreux pendant le mariage de devenir un propre de l'époux. Ce mécanisme écartant la présomption de communauté, l'article 1434 doit être interprété comme une disposition spéciale reposant sur un formalisme rigoureux : l'époux qui voudrait que le bien échappe à la présomption de communauté a l'obligation de déclarer le remploi et, à défaut, de conclure un accord avec son conjoint. La règle spéciale reposant sur la forme, il n'est donc pas possible d'y déroger ⁽⁹⁷⁶⁾. Double nature pour des réponses divergentes. Par ailleurs, connaître la nature juridique d'un contrat, c'est le plus souvent pouvoir le qualifier et le rattacher à un régime mais c'est aussi, une fois découverte "la prestation caractéristique" ou "l'obligation fondamentale ⁽⁹⁷⁷⁾", montrer que le contrat en question est innomé, qu'il possède un régime positivement identifiable qu'en conséquence il s'agit de construire.

De nombreuses qualifications ont ainsi été proposées pour éclairer la nature juridique du contrat de coffre-fort et après avoir été tentée par le dépôt, la Cour de cassation a montré sa préférence pour la qualification de contrat de garde ⁽⁹⁷⁸⁾. Dans cet esprit, l'argument naturaliste affranchit l'interprète de la contrainte textuelle. Elle lui permet d'affirmer qu'une différence de nature égale une différence de régime ⁽⁹⁷⁹⁾ et le conduit à imaginer un régime rénové. Mais cette égalité est des plus ambiguës. On justifiera autant la nécessité d'un changement de régime par l'évolution de la nature de la chose, que l'on découvrira que la chose a changé par l'analyse d'une réforme ou d'un revirement. L'argument naturaliste oscille ainsi entre des descriptions censées traduire la teneur positive d'un concept et d'autres invitant l'interprète à raisonner sur son immanence et sa permanence.

⁽⁹⁷⁶⁾ A. COSTE-FLORET, "Le remploi tacite à retardement sous le régime de la communauté", *RTD civ.* 1975, p.47 ; M. GRIMALDI, obs. sur Cass. civ. 1ère, 5 mars 1991, *D.* 1992, somm. p.222.

⁽⁹⁷⁷⁾ Ph. JESTAZ, "L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale", *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.273.

⁽⁹⁷⁸⁾ Cass. civ. 1ère, 2 juin 1993, *Bull. civ. I*, n°197 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Paris, Montchrestien, 1994, n°756.

⁽⁹⁷⁹⁾ J.-L. BERGEL, précité, p.257.

Devant une telle indécision sur la nature des choses, la doctrine argumente ensuite en conséquence.

ARTICLE 2. LA VALEUR PREMIERE DES CONSEQUENCES.

177. Effets désirés et effets pervers - Afin de tirer parti de l'unité des causes, la doctrine met en avant des corollaires obligés, pour qu'ainsi l'indécision qui pourrait naître d'une difficulté à concevoir et à identifier les causes d'un problème juridique s'efface devant la valeur des arguments conséquentialistes. "La science juridique est d'ordre essentiellement téléologique ; elle est dominée de bout en bout par le concept de but et, du même coup, par celui du mobile qui ne saurait en être séparé ⁽⁹⁸⁰⁾". Pour de nombreux auteurs à l'instar de Josserand, les effets et leurs causes étant intrinsèquement liés, un raisonnement causaliste permettrait à l'argument purement conséquentialiste de se rattacher à une réflexion sur la nature juridique de la situation discutée. La doctrine pratique le droit comme s'il s'agissait d'une science empirique. Elle vérifie la conjecture par rapport au but recherché. Elle plaide ainsi pour la stabilité de la solution lorsque l'effet recherché est atteint. Elle prône le changement lorsque l'effet pervers a dénaturé le concept en cause.

La doctrine constate. "Reste toutefois une question fondamentale, celle de savoir quelles seront les répercussions économiques de cette politique juridique de protection ⁽⁹⁸¹⁾". La solution posée ou proposée est appréciée en considération de ses effets avérés ou supposés. S'ils sont conformes à la politique définie, les objectifs avoués tiendront lieu de matrice d'interprétation ⁽⁹⁸²⁾. Mais s'ils s'y dérobent, la doctrine formulera des arguments fondés sur l'apparition d'effets indésirables. "La justice impose d'évaluer ce qui est inestimable, de réparer ce qui est irréparable. C'est nécessaire. Ce n'est pas suffisant. Il faut encore que le régime juridique applicable de cette réparation n'induisse aucun effet pervers qui aboutisse à

⁽⁹⁸⁰⁾ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Paris, Dalloz, 1928, Rééd. CNRS, 1984, p.1.

⁽⁹⁸¹⁾ Cass. com., 2 mars 1993, *JCP* 1993.II.22176 note BEHAR-TOUCHAIS.

⁽⁹⁸²⁾ G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, p.30 : "La sécurité des tiers est un souci de la politique matrimoniale, d'autant plus que la sauvegarde de leurs intérêts coïncide avec celle du crédit du ménage".

priver la victime véritable de son indemnisation, voire à en faire indûment profiter quelqu'un d'autre ⁽⁹⁸³⁾. Car un effort louable de protection peut engendrer les pires maux : "La volonté de protéger la caution a toujours été manifeste, mais elle est traditionnellement limitée par la difficulté de trouver les moyens juridiques dont les effets pervers ne soient pas pires que le danger du cautionnement ⁽⁹⁸⁴⁾".

La doctrine prévient et dénonce. "Une banalisation des garanties autonomes, conséquence perverse de la sollicitude louable, mais à certains égards excessive, des tribunaux et du législateur pour les cautions, serait assurément regrettable. Pourtant, l'unique fondement des garanties de cette nature est le principe de la liberté contractuelle. (...) Il paraît dès lors difficile de mettre en doute la validité de principe de tels engagements, quelles que soient les personnes qui les ont souscrits, pourvu que les conditions du droit commun des contrats, et tout spécialement celle tenant à un consentement éclairé soient remplies ⁽⁹⁸⁵⁾". Pareillement, "il ne faut invoquer l'obligation d'information qu'avec mesure, à peine de produire sur la force obligatoire du contrat des effets pervers et ravageurs (...). Il serait déraisonnable d'obliger tout contractant à une publication illimitée d'informations ⁽⁹⁸⁶⁾". Les conséquences de la solution posée sont ainsi relevées et jugées de manière téléologique lorsque l'auteur pressent que la solution nouvelle aura pour effet de promouvoir un comportement socialement indésirable. Contre l'arrêt Bertrand du 19 février 1997, relatif à la responsabilité parentale du fait des enfants, certains réagissaient en accusant la Cour de cassation d'encourager une politique de démission des parents ⁽⁹⁸⁷⁾. L'idée domine que la confrontation de la solution à la réalité permet de lever le voile des apparences simplistes : "la règle consacrée avec tant de constance par les tribunaux a pourtant les apparences du juste et de l'utile. Elle semble nourrie de bon sens, au service d'un objectif indiscutable : permettre l'exécution du contrat de distribution ... La réalité s'est chargée de détruire d'aussi simples apparences : les tribunaux français ont concentré leurs efforts sur une difficulté qui n'existe

⁽⁹⁸³⁾ Y. LAMBERT-FAIVRE, "Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels", *D.* 1992, chr., p.165.

⁽⁹⁸⁴⁾ C. MOULY, note sous Cass. civ. 1ère, 7 mars et 15 novembre 1989, *D.* 1990, p.177.

⁽⁹⁸⁵⁾ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1995, n°211, p.194-195

⁽⁹⁸⁶⁾ Ph. MALAURIE, note sous Cass. com., 27 février 1996, *D.* 1996, p.518.

⁽⁹⁸⁷⁾ H. LECUYER, "Une responsabilité déresponsabilisante", *Droit de la famille* 1997, n°3, Repères ; *contra* C. RADE, "Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui", *D.* 1997, chr., p.279.

pas en pratique et ne mérite pas le traitement qu'on lui réserve ⁽⁹⁸⁸⁾. "A dire vrai, cette jurisprudence donne le vertige et on ne peut souscrire sans réserves à cette fuite en avant de la Cour de cassation. Outre qu'elle révèle la parfaite inanité du dispositif légal, la justice sociale dont elle s'inspire est susceptible d'entraîner des effets économiques pervers. Parce qu'elle sacrifie définitivement les intérêts des créanciers, elle risque de provoquer une distribution toujours plus sélective du crédit et d'inciter fortement les établissements de crédit à ne prêter qu'aux riches ⁽⁹⁸⁹⁾". Aussi, en réaction à des raisonnements tout abandonnés à l'opportunité, la doctrine revient à la lettre des textes.

178 Contenir l'opportunité par le texte - Les auteurs regrettent parfois que "les arguments de texte, très puissants autrefois, ne touchent plus beaucoup maintenant que la méthode d'interprétation est devenue plus libre ⁽⁹⁹⁰⁾". Lorsqu'une interprétation d'un texte visé par un arrêt de la Cour de cassation est l'objet d'une controverse tenace, et c'est le cas de nombreux textes de la théorie générale des obligations, la doctrine utilise, pour prescrire des solutions nouvelles, une rhétorique du retour à la lettre.

Ainsi, sur la délicate question de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle et sur la détermination du champ d'application de chacune des deux responsabilités, la Cour de cassation avait rendu une décision dont M. le professeur C. Lapoyade Deschamps qualifiait le chapeau de "chef d'oeuvre d'ésotérisme" ⁽⁹⁹¹⁾. L'arrêt décidait au visa des articles 1384 al. 1er et 1147 du Code civil que "les dispositions du premier de ces textes étrangères aux rapports des parties contractantes, ne peuvent être invoquées dans le cas d'un manquement commis dans l'exécution d'une obligation résultant d'une convention dont il ne saurait être fait abstraction pour apprécier la responsabilité engagée". Le commentateur, après une exégèse critique de cet attendu de principe - qu'il qualifie au demeurant de "fiasco" - invite son lecteur à un retour aux sources, retour aux sources dont il apparaît qu'il s'agit de la lettre même de l'article 1147 du Code civil. Selon cet

⁽⁹⁸⁸⁾ L. AYNES, "Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?", *D.* 1993, chr., p.26.

⁽⁹⁸⁹⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, *D.* 1996, somm. p.122.

⁽⁹⁹⁰⁾ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 16ème éd., 1996, par M. GERMAIN, p.6, n°8, à propos de la discussion autour des art.1er et 632 et 633 du C. COM.

⁽⁹⁹¹⁾ C. LAPOYADE DESCHAMPS, "Responsabilité contractuelle ou délictuelle?", *Resp. civ. et ass.*, octobre 1992, n°33, p.4.

auteur, la Cour dans cet arrêt a renoué "avec un type de formules suffisamment vagues pour autoriser toutes les dérives jurisprudentielles". Pour empêcher cette dérive et l'insécurité qui l'accompagne, l'auteur érige la lettre de l'article 1147 comme une contrainte qui permettra de ceinturer la responsabilité contractuelle. "Il est temps - nous dit M. le professeur Lapoyade Deschamps - d'accomplir un pèlerinage aux sources en puisant directement dans les termes choisis par le législateur plutôt que de s'égarer dans le dédale d'une improvisation dictée par la politique juridique du moment". Ce faisant, le commentateur incite la Cour de cassation "à contrôler la motivation des juges du fond à partir de mots simples ... qui sont les mots de la loi ⁽⁹⁹²⁾". Il affirme en effet que la meilleure solution ne serait pas trouvée à l'issue de la recherche de critères de distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle : "la question n'est probablement pas d'élaborer un critère de distinction entre les deux responsabilités, car il devient de plus en plus aberrant de subordonner l'issue d'un procès à un choix entre deux responsabilités équivalentes. L'heure est plutôt de les unifier...".

Il est remarquable que dans tout ce raisonnement qui invite à un retour vers l'interprétation exégétique de l'article 1147 du Code civil, l'objet visé par la critique est, en réalité, celui d'une thèse beaucoup plus générale qui prescrit la fusion des deux ordres de responsabilité. En critiquant "la politique juridique du moment" et l'opportunité pratique qui ont guidé la Cour de cassation, l'auteur décrit l'existence à un niveau de cohérence supérieure, celui d'une opportunité plus théorique, fondée sur l'idée qu'un système unifié de responsabilité permettrait d'évincer les questions délicates que l'on rencontre à la lisière des deux ordres de responsabilité actuels. Cette prescription doctrinale d'unification est une lecture qui dépasse évidemment la lettre des textes sans aborder le débat actuel qui fait dire à une partie de la doctrine que l'on ne peut, dans la sphère contractuelle, raisonner en termes de responsabilité ⁽⁹⁹³⁾. Elle témoigne aussi de ce que le discours doctrinal use abondamment de silences.

Section 2.

La part du non-dit.

⁽⁹⁹²⁾ *ibid.*, p.6.

⁽⁹⁹³⁾ Ph. REMY, "Critique du système français de responsabilité civile", *Droit et cultures*, n°31, 1996/1, p.31 ; "La " responsabilité contractuelle " : histoire d'un faux concept", *RTD civ.* 1997, p.323.

179. La loi du silence - La doctrine est-elle libre de critiquer les décisions qui heurtent ses convictions ? Une observation critique de M. le professeur Mazeaud nous paraît à cet égard fort instructive. "Quitte à être, encore une fois, accusé de jouer les agitateurs et à se voir reprocher de briser *la loi du silence*, on ne peut, en effet, se résigner à fermer les yeux sur la menace qui plane aujourd'hui encore sur la promesse unilatérale de vente ⁽⁹⁹⁴⁾".

D'un point de vue moins polémique, Wroblewski observait trois formes de non-dit dans le droit. Pour résumer, le non-dit (1) est composé de règles formulées par la jurisprudence sous forme de précédents, le non-dit (2) est constitué par des conséquences formelles des règles valides et enfin le non-dit (3) rassemble les conséquences interprétatives des règles édictées valablement. C'est ce dernier qui nous intéresse particulièrement puisque "par ses implications axiologiques, le non-dit (3) confirme la thèse que la différence entre le dit et le non-dit dans le droit est liée à des choix conceptuels qui ne sont pas axiologiquement neutres ⁽⁹⁹⁵⁾".

Mise en relation avec le droit privé français, cette présentation situe le discours juridique sur trois niveaux dont chacun a sa part de silence. Le premier est celui de la tension existant entre la loi et la norme prétorienne, générale par son contenu, mais reléguée à une vocation d'espèce. L'interprétation de l'article 5 du Code civil est caractéristique de ce qu'aujourd'hui encore on cherche à taire le rôle producteur de la jurisprudence. Sans doute est-ce lié au fait que l'on ne s'autorise pas à affirmer par quel moyen la norme prétorienne deviendra obligatoire, s'il faudra plusieurs interventions de l'assemblée plénière ou si un seul passage devant une formation ordinaire de la Cour de cassation suffira à produire une règle obligatoire. On affirme que la Cour de cassation crée des règles obligatoires mais on en ignore le processus de promulgation. C'est par la présence d'un tel non-dit que coexistent deux types de réaction face au pouvoir de la Cour de

⁽⁹⁹⁴⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Cass. civ. 3ème, 26 juin 1996, *Deffrénois* 1996, p.1371.

⁽⁹⁹⁵⁾ J. WROBLEWSKI, "Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites", in P. AMSELEK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF 1989, p.137 ; *adde*, C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite*, Paris, A. Colin, 2ème éd., 1998 ; A. LAJOIE, M.-C. BOIVIN, S. PERRAULT, "Interprétation des concepts : efficacité spécifique respective des méthodes juridiques et linguistiques", in D. BOURCIER et C. THOMASSET, *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Paris, Diderot éd., 1996, p.597 ; S. MCEVOY, "La question de l'arrêt : le cas de l'argumentation dans le droit" in D. BOURCIER et P. MACKAY (dir.), *Lire le droit*, Paris, LGDJ, 1992, p.173 ; égal. O. DUCROT, *Dire et ne pas dire*, principes sémantiques linguistiques, Paris, Hermann, 1991, chapitre 1, "Implicite et présupposition", p.1 à 24.

cassation : soit on le considère comme un pouvoir normatif effroyablement versatile dont il faut à tout prix canaliser les réalisations, soit on admet qu'en l'absence de contrainte formelle pesant sur l'interprète suprême, il ne s'agit pas pour lui de déterminer une interprétation durable et l'on offre à sa réflexion des argumentations plus que des interprétations. Dans les deux cas, l'on glisse doucement vers les tensions créées par le deuxième non-dit. Pour résoudre les difficultés d'interprétation de la loi ou de l'énoncé jurisprudentiel, on s'attachera à rechercher sous la règle la volonté du législateur, la continuité ou la cohérence du système prétorien de façon à assurer à la thèse défendue l'adhésion de l'interprète qui se considère comme sentinelle de la loi ou comme dépositaire d'une tradition. Mais la découverte du non-dit se fait en dehors du pouvoir normatif par une autorité scientifique qui maîtrise, quand elle est unanime, la formation du contenu de l'interprétation ou de l'argumentation théorique à partir d'un cadre qu'elle a elle-même forgé. C'est le troisième non-dit constitué par la tension entre la norme énoncée et la conception de l'ensemble de l'ordre juridique. C'est évidemment ce dernier niveau de compréhension du droit qui est propre au discours doctrinal, là où les contraintes interprétatives s'établissent soit en silence (PARAGRAPHE 1), soit sur des tabous (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. L'UTILISATION DOCTRINALE DU SILENCE

180. Une invitation au silence - De l'article 1978 du Code civil, M. le professeur Rémy nous dit qu'il est "un texte sans explication ; la règle ne tient que parce qu'elle a été posée là. On la cantonne ou on la contourne depuis bientôt deux siècles. Sans le Code, on peut parier que les civilistes n'en auraient plus la mémoire ; on pourrait peut-être, aujourd'hui, faire exprès de l'oublier⁽⁹⁹⁶⁾". Cette suggestion, destinée à se débarrasser en douceur de la règle qui prive le créancier de la possibilité d'agir en résolution pour défaut de paiement des arrérages de la rente, rappelle que, par ses abstentions aussi, la doctrine dirige l'interprétation. Taire l'espèce pour affirmer le principe, taire une opinion pour faire triompher l'unanimité, taire une solution pour en faire prévaloir une autre : les silences de la doctrine sont autant de prescriptions. Pour convaincre, il faut parfois passer sous silence tout ou partie du raisonnement

⁽⁹⁹⁶⁾ Ph. REMY, obs. à la *RTD civ.* 1987, p.363.

sachant que des adages interprétatifs viendront soutenir les silences en dessinant une apparence logique (ARTICLE I). Inversement, la force de ce qui est tu invite les auteurs à se glisser dans les silences de la loi ou de l'arrêt pour en révéler l'implicite⁽⁹⁹⁷⁾. *A contrario, a coherentia, a completudine*, les lectures doctrinales montrent alors que le texte dissimulait sa raison d'être. Sa véritable interprétation ne sera révélée que par la mise au jour de ce qui était dans l'ombre. Le sens second du texte apparaît alors (ARTICLE II).

ARTICLE I. LA RAISON PASSEE SOUS SILENCE

181. Généralités - L'ensemble des adages et des maximes d'interprétation est présenté comme l'expression d'une coutume savante⁽⁹⁹⁸⁾ mais ce fonds coutumier exprime tant de généralités qu'il s'en trouve très fortement contradictoire⁽⁹⁹⁹⁾. On pourrait à l'instar des coutumes pratiques ranger les adages en trois catégories, *secundum legem, praeter legem, et contra legem*. Cette division est intéressante parce qu'elle laisse penser que les coutumes savantes forment en quelque sorte un ordre positif parallèle supplétif que le droit positif légiféré ou prétorien pourrait contredire, mais cette division se ramène pour l'essentiel aux adages consacrés et aux adages apocryphes⁽¹⁰⁰⁰⁾.

Les premiers sont légion, les seconds sont le plus souvent oubliés. Ils sont récents ou non, formulés en latin ou en français, repris par la loi ou par la jurisprudence ; ils expriment de manière synthétique un principe universel ou particulier. "Nul ne peut causer à autrui un trouble anormal de voisinage". "Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere". "Dans le doute la liberté prévaut". "Nul n'est censé ignorer la loi". "Fraus omnia corrumpit". Ces brocards sont utilisés tantôt comme des règles applicables par simple inférence des faits sous la norme qu'ils expriment, tantôt comme des guides

⁽⁹⁹⁷⁾ v. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3ème éd., 1992, *Introduction*, p.XVI-XVII. Les auteurs distinguent les raisonnements *a silencio, a contrario, a deducto et a pari* et les comptent parmi les adages *intra legem in intellectu*.

⁽⁹⁹⁸⁾ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, 4ème éd., 1994, précité, n°495, p.463 ; E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, tome 1er, Paris, Rivière, préface de F. GENY, p.148 s.

⁽⁹⁹⁹⁾ A. LAINGUI, "L'adage vestige de la poésie du droit", *Mélanges Imbert*, Paris, PUF, 1989, p.345.

⁽¹⁰⁰⁰⁾ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Monchrestien, 1990, n°110, p.377.

interprétatifs, mais comme le remarque M. le doyen Cornu, "ils appartiennent à la rhétorique ⁽¹⁰⁰¹⁾". Ils sont contradictoires parce qu'ils ont vocation à s'appliquer *a priori* à toutes les situations : là où la loi ne distingue pas, nous ne distinguerons pas ; mais si la raison d'être du texte nous invite à le faire, la distinction sera-t-elle pertinente ? *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Leur généralité impose son autorité jusqu'à ce qu'en sens contraire, il soit soutenu que toute généralité est inacceptable et qu'il faut raisonner empiriquement. Globalement, la force et la primauté de l'adage résultent de l'idée que la solution qu'il exprime découle d'un long processus de maturation qui a permis par contraction de ramasser dans une formule elliptique une permanence juridique. L'utilité rhétorique de la formule et plus encore celle de l'adage interprétatif, est de ne rien dévoiler des raisons de son application au motif prétendu que sa raison d'être est connue de tous. Les adages forment ainsi un *corpus* dogmatique qui ne prive en rien les principes contraires de pertinence mais qui oblige le partisan de la thèse adverse à faire la démonstration que sa solution mérite de s'imposer par dérogation. Au fond l'adage est une formule magique, un visa mystérieux, auquel on adhère par commodité ou par conviction mais qui laisse toujours dans l'ombre une part de non-dit.

Remarquons tout d'abord avec E.-H. Perreau que "la valeur des vieux adages est extrêmement variable ⁽¹⁰⁰²⁾". Mais soit qu'ils nous viennent d'une tradition ancestrale, soit qu'ils nous viennent d'une pratique discutable, ils persistent et demeurent les Majeures d'implacables syllogismes judiciaires. Ils guident l'interprète qui déterminera avec leur aide la validité (prétendument logique) d'une interprétation. Souvent présentée comme une garantie contre l'arbitraire, la longévité de ces maximes du droit serait même le témoin de leur qualité à résister à l'épreuve des faits, mais tous n'éclairent pas également l'interprète. "Ceux qui sont formés d'un texte ou d'un tronçon de texte latin ont une portée sérieuse, leur idée fondamentale ayant été dégagée par de véritables juristes. La plupart des autres, introduits par de simples praticiens, énoncent des principes d'une exactitude approximative et même souvent fautifs qui, pris au pied de la lettre, conduiraient à d'inadmissibles exagérations ⁽¹⁰⁰³⁾". Selon Perreau, il y aurait donc deux sortes d'adage : les

⁽¹⁰⁰¹⁾ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 8ème éd., 1997, précité, n°408, p.137.

⁽¹⁰⁰²⁾ E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, tome 1er, précité, p.150 ; adde G. CORNU, *Linguistique juridique*, précité, p.369.

⁽¹⁰⁰³⁾ E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, tome 1er, précité, p.150-151.

adages qui peuvent valablement être suivis et ceux qui ne le doivent pas. Les premiers ont reçu l'assentiment de la doctrine ; les seconds auraient été introduits dans notre droit de manière illégitime. Leur caractère consacré ou apocryphe ne proviendrait pas seulement de la loi ⁽¹⁰⁰⁴⁾ ou de la jurisprudence ⁽¹⁰⁰⁵⁾. "C'est la tradition historique à laquelle se rattachent [les adages] qui leur donne une autorité propre. [Ils] ne sont pas créés par la jurisprudence mais seulement consacrés et intégrés dans celle-ci ⁽¹⁰⁰⁶⁾". La doctrine participerait donc à leur émergence en discutant leur pertinence. Or, si les auteurs peuvent convenir que tel adage est irrecevable pour guider l'interprétation de telle disposition, ils peuvent par conséquent restreindre le nombre des interprétations possibles. Utilisé ainsi, l'adage se comporte comme une méta-règle capable de désigner la validité-pertinence de l'interprétation proposée. Ce renvoi à une norme (supposément) plus haute, a précisément l'intérêt de déplacer la question posée sous l'interprétation d'une autre règle que celle qui pouvait s'y appliquer de façon à limiter le champ d'une réflexion inédite. Ce faisant, il conduit à taire la raison de l'application d'une règle ou de son éviction pour ne pas s'exposer à une critique qui en opportunité ou en cohérence, obligerait à une réformation. Un exemple illustre cette éviction de la question pratique posée au profit d'une interrogation prétendument plus théorique : le principe d'interprétation stricte des exceptions.

182. Un raccourci interprétatif - Parfois énoncé en latin : *exceptio strictissimae interpretationis est* ⁽¹⁰⁰⁷⁾. La formation de cette maxime donne à réfléchir ; en dépit des nombreuses attaques dont ce principe a fait l'objet au vingtième siècle ⁽¹⁰⁰⁸⁾, l'adage demeure présent en jurisprudence et en doctrine pour écarter les extensions analogiques des textes exceptionnels en leur déniaient par principe et *a priori* toute pertinence. Certains auteurs n'hésitent pas à lui

⁽¹⁰⁰⁴⁾ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3ème éd., 1992, v° *Nemo edere contra se tenetur*, n°235, p.498 ; comp. art. 10 C. CIV. et art. 11 NCPC.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3ème éd., 1992, précité, v° *Qui ne dit mot consent*, n°352, p.740 ; pour nuancer v. Cass. com., 26 janvier 1993, *D.* 1994, p.69 note J. MOURY.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1994, n°563, p.517.

⁽¹⁰⁰⁷⁾ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, précité, v° *Exceptio est strictissimae interpretationis*, n°118, p.236.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ L. ROBINE, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse Bordeaux, 1933 ; ATIAS, *Épistémologie juridique*, précité, n°44 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 8ème éd., 1997, précité, n°415, p.139 ; Ph. REMY, "L'acquisition de parts indivises en nue-propriété ou en usufruit par un époux commun en biens", *JCP*, éd. N, 1981.I. p.37.

prêter un caractère universel ⁽¹⁰⁰⁹⁾. La Cour de cassation l'utilise par exemple pour affirmer que "les dispositions du décret du 27 octobre 1967 portant statut des navires, relatives à la saisie conservatoire desdits navires constituent des exceptions aux règles générales gouvernant les saisies mobilières et désormais définies par la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ; et que ces dispositions particulières ne sauraient être étendues à la saisie conservatoire des créances de fret ⁽¹⁰¹⁰⁾". La doctrine l'approuve et en recommande l'application pour limiter les effets d'une règle qu'elle juge anormale ⁽¹⁰¹¹⁾. Ce principe d'interprétation apparaît à la croisée de plusieurs raisonnements. On le rencontre tout d'abord lorsqu'il s'agit d'en découdre avec un adage voisin, *Specialia generalibus derogant*, et c'est à lui que l'on raccroche l'interprétation des privilèges, des transactions, des présomptions légales ou encore des fictions.

183. *Specialia generalibus derogant* - MM. les professeurs Roland et Boyer nous enseignent que "La spécialité interdit tout raisonnement par analogie : la loi spéciale ne peut être étendue à des cas voisins pour lesquels elle ne dispose pas expressément ; elle doit rester à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel, sans pouvoir les franchir si peu que ce soit. C'est le lieu de faire jouer la maxime : *Exceptio est strictissimae interpretationis*". Mais l'application du principe d'interprétation très stricte est moins systématique qu'il n'y paraît. "Naturellement, l'interprétation n'a de raison d'être que dans la mesure où la loi spéciale réalise une véritable dérogation à la loi générale. Or il faut se garder de croire que toute disposition qui présente un caractère exceptionnel soit nécessairement exclusive du droit commun. Du fait que les différents principes d'une législation ne s'harmonisent pas toujours, il arrive qu'une loi spéciale fasse application d'un principe tout en dérogeant à tel autre (...). Dès lors, rien de plus légitime qu'une interprétation compréhensive de

⁽¹⁰⁰⁹⁾ I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON et A. RIEG, "Rapport général *Les clauses abusives et le consommateur européen*", *RID comp.* 1982, p.1067 à propos de l'interprétation des clauses abusives : "Dans l'application des règles générales d'interprétation, le juge peut modifier le contenu du contrat, sans le dire. Il choisira le sens qui satisfait le plus l'équité, quand bien même ce n'est pas le sens qui pourrait prévaloir si on se référait à l'intention présumée des parties. Ainsi, la règle universellement admise selon laquelle les exceptions sont de droit étroit sera utilisée au maximum pour restreindre la portée des clauses limitant ou excluant le droit commun de la responsabilité".

⁽¹⁰¹⁰⁾ Cass. com., 13 janvier 1998, *D. aff.* 1998, n°104, p.248.

⁽¹⁰¹¹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.35. L'auteur considère que l'extension d'une règle est possible toutes les fois que la disposition légale ne se présente pas comme exceptionnelle, anormale, mais qu'elle apparaît comme l'application particulière d'un droit commun plus général.

telles dispositions ⁽¹⁰¹²⁾". On contemple ainsi des restrictions du droit spécial et des extensions d'exceptions sans que l'on puisse dire s'il s'agit bien d'interprétation "stricte" car toute la difficulté est là : l'interprétation restrictive est une interprétation extensive d'une règle opposée. Si l'on restreint la règle spéciale, ce sera au nom du principe d'interprétation stricte des exceptions. Mais si l'on restreint le droit commun, ne fait-on pas une extension du domaine des cas spéciaux ?

184. Restriction du droit spécial - Lorsque le champ de l'exception est restreint, un retour au droit commun s'opère : la restriction sera par exemple qualifiée d'"atténuation ⁽¹⁰¹³⁾". Ainsi, l'article 882 du Code civil n'admet pas que le créancier puisse agir par voie paulienne contre le partage déjà consommé. Celui-ci, à défaut d'opposition, est forclos et ce, quelle que soit la réalité de la fraude ourdie contre lui. La jurisprudence tempère néanmoins la sévérité de cette règle pour autoriser le créancier à attaquer le partage consommé conclu avec une précipitation destinée à faire obstacle à son intervention. Dans cette hypothèse, le droit commun lui reste ouvert. "C'est là *une exception d'équité nécessaire*, analogue à celle qui permet d'agir au créancier victime d'une fraude paulienne organisée avant la naissance de sa créance ⁽¹⁰¹⁴⁾". L'exception d'équité nécessaire à l'exception disposant la forclusion des actions du créancier conduit à faire échec à l'application du principe *specialia generalibus derogant* et à ne pas interpréter strictement l'exception du droit spécial. Le retour au droit commun obéit à un mobile propre qui fait obstacle à la lettre du texte. Le juge est par là invité à mesurer concrètement l'incidence d'un partage hâtif sur la disparition des droits du créancier forclos.

185. Restriction du droit commun - L'article 1165 du Code civil a connu au vingtième siècle une érosion considérable de son champ d'application avec l'émergence des actions directes d'origine prétorienne mais aussi avec le développement du domaine de ses exceptions classiques. Les dérogations modernes à l'effet relatif des conventions consacrées par la Cour de cassation et entérinées ou non par le législateur sont naturellement des illustrations de l'extension des droits spéciaux. L'argument de spécialité tiré du caractère

⁽¹⁰¹²⁾ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 3ème éd., 1992, précité, v° *Specialia generalibus derogant*, n°400, p.853-854.

⁽¹⁰¹³⁾ M. PATARIN, obs. à la *RTD civ.* 1987, p.134.

⁽¹⁰¹⁴⁾ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome IV, "Successions", Paris, LGDJ, 2ème éd., 1956, n°700, p.950.

exceptionnel des actions directes était le nerf du raisonnement tenu par les partisans de la nature légale de ces actions ⁽¹⁰¹⁵⁾ mais aujourd'hui, ce débat s'étant quelque peu éteint au profit de la nature contractuelle ou délictuelle des actions, la difficulté est reformulée pour lui donner la consistance qui convient aux ensembles contractuels complexes. Si certains auteurs affirment que le caractère exceptionnel de l'action directe en paiement implique la nécessité d'un texte et cela, pour laisser au droit commun la plénitude de son champ d'application ⁽¹⁰¹⁶⁾, les lourdeurs des actions oblique ou paulienne et les restrictions posées par le droit des procédures collectives aux droits des créanciers sont autant de raisons de douter de la volonté de maintenir les actions directes en paiement dans le giron des textes exceptionnels. L'article 1994 al.2 du Code civil et son symétrique en droit commercial, l'article 99 du Code de commerce, disposent que le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée. Sans restriction, la jurisprudence a admis que le sous-mandataire jouissait réciproquement d'une action directe contre le mandant pour obtenir le paiement de son dû ⁽¹⁰¹⁷⁾.

Il va sans dire que l'on pourra toujours considérer que chaque fois qu'une exception est étendue, elle constituera une anomalie exceptionnelle mais il est plus vraisemblable que ces extensions fassent perdre à la règle étendue la qualité d'exception. Ainsi, de manière connexe, l'article 1121 du Code civil, organisant la stipulation pour autrui, institue des exceptions aux articles 1119 et 1165. Hormis les cas où l'on stipule au profit d'un tiers parce que telle est la condition d'une stipulation pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à l'autre, la stipulation pour autrui aurait dû être interdite ⁽¹⁰¹⁸⁾. Mais "sous l'empire des nécessités pratiques ⁽¹⁰¹⁹⁾", parce qu'elle était utile socialement, la jurisprudence a admis, bien avant le législateur, la validité des assurances-décès ⁽¹⁰²⁰⁾. La doctrine observe ainsi que "ce contrat ne rentrait pas expressément dans les termes des exceptions de l'article 1121. L'assuré, en payant les primes, ne fait pas une donation à la compagnie, à l'égard de laquelle il n'a aucune intention libérale ; l'assuré, en outre, ne stipule rien pour lui-même, le capital n'étant payable qu'à son décès ⁽¹⁰²¹⁾". Cet exemple est

⁽¹⁰¹⁵⁾ M. COZIAN, *L'action directe*, Paris, LGDJ, 1969, préface de A. Ponsard, p.65 s.

⁽¹⁰¹⁶⁾ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., précité, n°241.

⁽¹⁰¹⁷⁾ Cass. civ. 1ère, 27 décembre 1960, *D.* 1961, p.491, note BIGOT ; *RTD civ.* 1961, p.700, obs. CORNU ; Cass. com., 8 juillet 1986, *Bull. civ.* IV, n°153 ; Cass. com., 4 décembre 1990, *Bull. civ.* IV, n°312.

⁽¹⁰¹⁸⁾ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 1992, précité, n°52, p.190.

⁽¹⁰¹⁹⁾ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations, l'acte juridique*, 7ème éd., 1996, n°479, p.347.

⁽¹⁰²⁰⁾ Cass. civ., 16 janvier et 22 février 1888, *S.* 1888.1.121, *DP* 1888.1.77.

⁽¹⁰²¹⁾ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *Les obligations*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996, n°491, p.409.

intéressant parce que le vingtième siècle fera de l'assurance-décès un archétype de la stipulation pour autrui et l'on en oubliera presque que son régime était censé être d'interprétation stricte ⁽¹⁰²²⁾. Au fond, en gommant ces restrictions, contre l'application du principe d'interprétation stricte des exceptions, la Cour de cassation répondait à des besoins nouveaux ⁽¹⁰²³⁾. *A contrario*, nous avons là un indice sur la teneur rhétorique de l'adage : son utilisation permet de motiver une absence de mutation prétorienne du droit positif. Mieux, non seulement cet adage interprétatif conduit à figer les droits spéciaux, mais il permet de développer contre l'esprit de la loi des raisonnements qui aboutissent à en paralyser l'application.

186. L'interprétation stricte contraire à l'esprit de la loi - La clause dite "commerciale", par laquelle, aux termes de l'article 1390 du Code civil, les époux stipuleraient "qu'à la dissolution du mariage par la mort de l'un d'eux, le survivant aura la faculté d'acquérir ou, le cas échéant, de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels du prémourant, à charge d'en tenir compte à la succession ...", avait connu jusqu'en 1965 la sanction qui touchait le pacte sur succession future, à savoir la nullité. Mais la consécration législative de sa validité n'éteignait pas les difficultés. Dans l'hypothèse où le prémourant était propriétaire en propre et du fonds de commerce et des murs, l'utilisation du principe d'interprétation stricte des exceptions condamnait les clauses accessoires stipulant que ses héritiers se devaient de consentir à l'époux survivant un bail pour l'exploitation du fonds de commerce acquis en vertu de la clause commerciale. On l'énoncerait sous forme de syllogisme, comme pour dérouler le caractère implacable d'une interprétation qui paraissait s'imposer ⁽¹⁰²⁴⁾.

- 1°). Selon l'article 1389 du Code civil, le principe général de la prohibition des pactes sur succession future régit le contrat de mariage. - 2°) Les clauses d'acquisition ou d'attribution contreviennent à ce principe ; leur validité n'est ainsi qu'exceptionnelle. - 3°) D'interprétation stricte, l'article 1390, admettant la validité de ces clauses, ne peut donc être étendu aux stipulations accessoires prévoyant la conclusion (forcée) d'un bail commercial

⁽¹⁰²²⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, tome 4, 21^{ème} éd., 1998, [124], p.237.

⁽¹⁰²³⁾ H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., 1998, n°774, p.896-897.

⁽¹⁰²⁴⁾ F. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2^{ème}, 1994, p.537.

entre les héritiers désormais propriétaires des murs et l'époux survivant pour l'exploitation du fonds de commerce valablement acquis.

Contre un tel raisonnement la doctrine réagissait ; elle estimait que "l'application restrictive des textes risquait de priver d'efficacité la clause d'attribution elle-même chaque fois que le fonds de commerce ou l'exploitation, comme en l'espèce, était situé dans ou portait sur des immeubles propres (...)". La Cour de cassation consacra la validité des clauses accessoires plutôt que la "stérile interprétation stricte d'un texte d'exception" dans son arrêt du 29 avril 1985, et cela de la manière la plus claire : "la licéité de la faculté d'attribution en propriété implique celle de la clause du contrat de mariage prévoyant l'octroi d'un bail sur les biens propres de l'époux prédécédé ⁽¹⁰²⁵⁾". Rejetant la valeur de l'interprétation stricte des exceptions, M. le doyen Cornu évoque l'aveuglement de l'interprète qui contraindrait son raisonnement par le caractère exceptionnel de la disposition sans égard pour sa raison d'être et méconnaîtrait ainsi l'esprit de la loi ⁽¹⁰²⁶⁾.

Cet aveuglement dénoncé par M. le professeur Cornu commanderait que tel texte ne puisse être étendu à telle hypothèse parce qu'il serait d'interprétation stricte. Mais pourquoi serait-il d'interprétation stricte ? Parce qu'il est exceptionnel. En quoi est-ce une exception ? Parce que le principe est écarté et ne s'applique pas au cas excepté. "On comprendra par là que tout texte écartant accidentellement le droit commun doit être confiné dans les limites étroites et formelles admises par le législateur ⁽¹⁰²⁷⁾". Et si l'exception devait être étendue, elle deviendrait principe ⁽¹⁰²⁸⁾. Son application doit donc être circonscrite à un domaine étroitement déterminé. Cela ne nous explique pas ce qu'est une exception, ni ce qu'est une interprétation stricte. Ce raisonnement fallacieux, présenté comme une mécanique logique, donne à son auteur un pouvoir d'abstention. Il lui permet de s'abstenir de se justifier comme si son application relevait de l'évidence. Il évince un débat sur la qualité de la solution donnée, de son opportunité tant théorique que pratique. Il est ainsi, parfois, plus habile de se réfugier derrière cet adage que d'exposer les raisons d'une interprétation rejetant l'analogie ou l'extension. Néanmoins,

⁽¹⁰²⁵⁾ Ph. SIMLER, obs. sur Cass. civ. 1ère, 29 avril 1985, *JCP*, éd. N, 1986.II p.75.

⁽¹⁰²⁶⁾ G. CORNU, *Droit civil, Introduction*, 6ème, 1993, précité, p.139, n°416 et surtout, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, précité, p.231, à propos de la solution antérieure : "fondée sur l'aveugle interprétation restrictive de l'art.1390, cette solution dissociait arbitrairement l'accessoire du principal, et en compromettant l'exercice de la stipulation principale, méconnaissait gravement l'esprit de la loi nouvelle."

⁽¹⁰²⁷⁾ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, 3ème éd., 1991, précité, n°312, p.127.

⁽¹⁰²⁸⁾ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 1998, précité, n°394, p.406-407.

les hypothèses dans lesquelles ont été étendues des exceptions sont si nombreuses que l'on doit s'interroger sur la permanence parmi les procédés interprétatifs de cet adage à l'application aléatoire.

Dans sa thèse, Luc Robine exposait la pensée des auteurs majeurs qui s'étaient penchés sur la question de l'interprétation des textes exceptionnels : Gény, Van der Eycken, Mailher de Chassat, Delisles, Mallieux, Dupin et Perreau. Robine montrait combien était erratique l'application de l'adage ⁽¹⁰²⁹⁾ : non seulement, il était difficile de définir la notion d'exception, tant les définitions données ouvraient grand la porte aux contre-exemples, mais surtout il était impossible de savoir ce qu'était une interprétation stricte par rapport à une interprétation restrictive, étroite ou très étroite des exceptions, celles-ci s'avérant souvent contraire à l'esprit des dispositions.

Pour s'en convaincre, Robine illustre ses propos par l'interprétation extensive d'un certain nombre de textes exceptionnels : par exemple l'article 909 du Code civil, une illustration que l'interprétation actuelle du texte par la Cour de cassation ne saurait contredire. Le principe de la capacité de contracter est énoncé à l'article 1123 du Code civil : "Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi". L'article 909 du Code civil dispose une incapacité spéciale de recevoir par donation entre vifs ou par testament concernant "les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt". Les incapacités de l'article 909 étant de droit étroit, l'application stricte du principe d'interprétation stricte des exceptions devrait logiquement en empêcher l'extension à tous ceux que le texte ne vise pas expressément. Pourtant on relèvera que les étudiants en médecine ou les rebouteux sont frappés par cette incapacité ⁽¹⁰³⁰⁾. Un impératif en chasse un autre. La raison d'être de l'article 909 du Code civil visant la définition d'une situation topique de captation au profit de celui qui apporterait des soins, quels qu'il fussent, à celui qui ne guérira pas, il est conforme à l'esprit de la loi qu'on en étende le champ d'application aux para- et proto-médecins ainsi qu'aux marabouts.

Comme l'écrivait le doyen Gény, "presque toujours, à vrai dire, au moins par quelqu'un de ses termes, la loi contiendra un élément général, susceptible

⁽¹⁰²⁹⁾ L. ROBINE, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse Bordeaux, 1933, p.63

s.

⁽¹⁰³⁰⁾ Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1978, *JCP* 1980.II.19341 note DAGOT.

d'extension analogique ⁽¹⁰³¹⁾". C'est bien là l'enjeu de notre discussion. Cette sorte de présomption d'interprétation étroite, cette réserve qui frappe les textes dits exceptionnels, a une valeur rhétorique en ce qu'elle invite à occulter la généralité relative du texte. A l'inverse de *specialia generalibus derogant*, pour lequel on admet sans trop de mal que l'extension de la spécialité ou de la généralité à des hypothèses connexes doit être discutée, la qualification d'exception érige une sorte de préambule à l'interprétation analogique. "L'exception" crée un rapport de sujétion du texte exceptionnel vis-à-vis du principe et l'interprète est sur ses gardes. Pour que l'extension du texte exceptionnel soit consacrée, il faudra trouver des motifs hautement impérieux. Les partisans de la pertinence de cet adage diront toujours que, si l'exception a été étendue, c'est qu'elle n'en constituait pas vraiment une ou encore que, quoi qu'il en soit, le principe aura rempli son rôle en étant un rempart contre l'arbitraire puisque son éviction aura été particulièrement motivée. Pour éprouver la qualité de cet adage, envisageons un petit exercice de réflexion spéculatif, sur un cas d'école.

187. Cas d'école ? - L'article 311-9 du Code civil qui dispose que "les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation" est un texte spécial d'ordre public, dérogeant au principe selon lequel les actions sont disponibles unilatéralement ou conventionnellement ⁽¹⁰³²⁾, mais il est aussi une des dispositions générales des actions relatives à la filiation souffrant elle-même des dérogations. À cet égard, l'article 311-20 al. 2 C. CIV. dispose en matière de filiation établie par procréation médicalement assistée que "le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation". Ce texte spécial par rapport à l'article 311-9 ne rejoint pas pour autant le principe de disponibilité de l'action puisqu'il ordonne la renonciation à l'action en contestation de filiation. L'article 311-20 al. 2 prévoit néanmoins que l'action en contestation reste recevable s'il est soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation assistée.

La question qui vient immédiatement à l'esprit est donc de savoir si les époux et concubins qui consentent à la procréation assistée, peuvent valablement renoncer à une action en contestation qui aurait pour objet de démontrer que l'enfant est issu d'une insémination artificielle, y compris si

⁽¹⁰³¹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, n°166, p.125.

⁽¹⁰³²⁾ G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 3ème éd., 1996, précité, n°83, p.362.

celle-ci s'avère après coup erronée. Logiquement, l'hypothèse d'une erreur de manipulation lors de la fécondation voire d'une implantation erronée de l'embryon est connexe aux articles 311-9 et 311-20 et ni l'un ni l'autre ne peut y être étendu. Loin d'être une hypothèse d'école, le cas d'une erreur de transfert d'embryon ayant pour résultat de faire naître l'enfant d'un autre couple pose de manière renouvelée la question de l'interprétation de l'article 311-20 ⁽¹⁰³³⁾. Face à cette exception au principe de libre renonciation, que faire de l'enfant mis au monde par erreur ? L'article 311-9, quoiqu'étant une disposition générale, ne régit que les filiations non issues d'inséminations artificielles (les textes étant disposés dans deux sections distinctes du chapitre *Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle*). L'article 311-20 ne vise pas expressément cette hypothèse mais ne distingue pas selon l'issue de la procréation. Si aucun des deux textes ne s'en saisit, l'hypothèse conçue serait régie par le principe permettant la disponibilité de l'action. L'on voit vite les limites d'un tel artifice rhétorique. Il est très vraisemblable que l'on opposerait à ce raisonnement le caractère général de l'article 311-9 ayant vocation à régir toutes les filiations, plutôt que son caractère spécial qui en limiterait la portée. La raison d'être d'une extension de l'article 311-9 aux conventions de procréation assistée stipulant une renonciation à toute action en contestation se comprendrait par un souci de maintenir une certaine vérité génétique ; mais quel sens cela aurait-il face à une IAD ^(*) si le mari ou le concubin entend contester une paternité qu'il ne pouvait de toute manière pas donner ? Parce que l'enfant, né à la suite de l'erreur, n'aurait pas la même couleur de peau que le mari ou le concubin qui avaient consenti à l'insémination avec don, ceux-ci ne seraient-ils pas fondés à contester le lien de filiation ?

Il est bien entendu illusoire de vouloir répondre à de pareilles questions en termes de principe et d'exception. Soit la solution d'une telle hypothèse conduit à admettre la validité d'un engagement pris en faveur d'une procréation assistée interdisant aux père et mère de contester, même en cas d'erreur de manipulation, la filiation de l'enfant issu de ladite procréation, et l'on aura alors étendu l'exception de l'article 311-20 al. 2, soit l'on en permet la contestation et l'on aura interprété le texte de l'article 311-20 al. 2 au

⁽¹⁰³³⁾ Trib. adm. Clermont-Ferrand, 5 novembre 1997, *Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies*, Bulletin 55, 6 décembre 1997, p.8685 : En l'espèce, l'enfant n'était pas né. Les médecins avaient incité la femme, au sein de laquelle l'embryon avait été implanté par erreur, à pratiquer un avortement.

^(*) Insémination Artificielle avec sperme de Donneur

moyen d'une extension de l'article 311-9 qui est lui-même une exception. Les deux solutions seront, quoi qu'il en soit, absolument contestables puisque, ici plus qu'ailleurs, aucune réponse ne peut être satisfaisante hors de tout examen empirique. On peut difficilement interdire au père de désavouer un enfant qui n'est pas le sien ; on peut difficilement interdire à un couple de contester la filiation de l'enfant qui n'est pas le sien. Mais inversement, si le couple accepte d'accueillir cet enfant comme le sien, comment empêcher les véritables parents, ou le père génétique seul, ou la mère génétique seule, de contester la première filiation ? L'établissement de la filiation par la possession d'état nous livrerait des éléments de réponse mais l'affirmation d'un principe général régissant ces hypothèses d'erreur de manipulation est, pour le moins, tout à fait illusoire.

En fait, si les textes sont disposés de telle manière que les exceptions et principes forment des couches superposées de droits spéciaux, il n'y a plus aucune raison d'appliquer le principe d'interprétation stricte des exceptions puisque toute extension sera l'extension d'un texte spécial ou exceptionnel.

188. Cas pratique - L'un des époux achète seul, à tempérament et pour une somme modeste, un bien nécessaire aux besoins de la vie courante. Aux termes de l'article 220 du Code civil qui régit la question, "Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour les dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant .

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante".

Pour la doctrine et la jurisprudence dominante, la solidarité n'aura pas lieu de s'appliquer à l'hypothèse évoquée. "La dette née d'un achat à tempérament conclue par un époux est exclue de la solidarité prévue par l'article 220, le peu d'importance des achats étant une circonstance indifférente⁽¹⁰³⁴⁾". Cette solution, qui est l'expression d'une interprétation restrictive s'appuie sur l'idée

⁽¹⁰³⁴⁾ Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1994, *D.* 1996, p.117, note GUINERET-BROBBEL DORSMAN ; *RTD civ.* 1996, p.221, obs. VAREILLE.

que l'alinéa 3 de l'article 220 érige une exception et une contre-exception au principe de la solidarité (qui, en droit civil, est elle-même exceptionnelle) : l'exception comprendrait tous les achats à tempérament, la contre-exception faisant retour à la solidarité ne concernerait que les emprunts engageant des dépenses modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante. Sous forme d'une mise en garde, les commentateurs considèrent que la dangerosité des achats à tempérament doit être maîtrisée par le consentement des deux époux, et que permettre l'application de la solidarité à de tels achats portant sur des sommes même modestes et nécessaires serait inacceptable : "laisser place à l'exception, c'est ouvrir la porte à l'incertitude de ses contours ⁽¹⁰³⁵⁾".

L'usage du principe d'interprétation stricte des exceptions vient ici conforter des arguments conséquentialistes mais il n'a aucune fonction heuristique. Au moins est-il permis de comprendre que l'utilisation de ce principe révèle non pas une préférence méthodologique mais un parti pris sur la solution déjà posée. En cela, la thèse dominante tait la pertinence des raisonnements qui reprendraient en amont la discussion sur la dangerosité prétendue des achats à tempérament par rapport aux autres opérations de crédit, pour écarter, quoi qu'il arrive, la solidarité entre époux ; elle se sert de l'adage pour l'autorité qu'elle y attache afin de prescrire l'éviction de la solidarité hors de tout débat sur la cohérence et l'opportunité de cette éviction. Au mieux, le principe d'interprétation stricte des exceptions est donc un instrument garantissant à son utilisateur l'immunité prêtée à un raisonnement logique ; mais l'on doit pouvoir admettre que toute restriction doit être discutée. Au pire, c'est un instrument sophistique qui confère à son utilisateur la faculté de proposer ou de justifier une solution sans avoir à la fonder autrement que par le slogan de l'interprétation stricte.

189. Un principe rigide ? - Le principe d'interprétation stricte des exceptions, mais également des privilèges, des fictions, des présomptions légales ou des transactions fonctionne comme une mise en garde interprétative. La doctrine et la jurisprudence apposent sur des situations ou des dispositions l'épithète "exceptionnelles" pour inviter à l'interprétation stricte, étant sous-entendu que les problèmes posés par ces dispositions ont des solutions connues dont les raisons sont identifiées, mais le principe d'interprétation stricte des exceptions n'est pas exclusif d'une extension analogique du texte exceptionnel.

⁽¹⁰³⁵⁾ G. WIEDERCKER, obs. sur Cass. civ. 1ère, 12 juillet 1994, *JCP* 1995.I.3869.

"Lorsqu'une règle est énoncée sous forme d'exception, il faut donc aller à sa raison et celle-ci peut faire reconnaître " l'exception " comme la sauvegarde d'un principe supérieur. Une exception de cette nature mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être. Non seulement il ne faut rien en retrancher, mais la plénitude de son application doit être garantie, fût-ce au prix d'un raisonnement analogique ⁽¹⁰³⁶⁾". Cette idée peut apparaître quelque peu paradoxale puisqu'elle revient à nier la rigidité de ce principe.

Or, en niant la rigidité du principe d'interprétation stricte des exceptions, on en nie la pertinence car admettre une application souple ou casuistique du principe d'interprétation stricte des exceptions revient à se fonder sur la raison d'être du principe et sur la raison d'être du texte exceptionnel. Pour justifier la validité du principe d'interprétation stricte des exceptions, encore faut-il que ce principe participe de toutes les interprétations qui mettent aux prises un texte et son exception. À cet égard on aurait plutôt tendance à croire que le principe d'interprétation stricte des exceptions est lui-même d'application exceptionnelle. La tendance serait d'interpréter "restrictivement les textes soit quand ils dérogent au droit commun et que des considérations graves ne paraissent pas exiger leur élargissement, soit quand, sans qu'ils s'écartent en rien de principes généraux, leur application logique froisse gravement l'équité ou nuit gravement à l'intérêt général ⁽¹⁰³⁷⁾". L'idée serait donc qu'un texte exceptionnel appelle une interprétation restrictive parce qu'il en va de son esprit.

C'est l'esprit de l'exception qui produirait l'impératif de restriction ou l'impossibilité logique d'étendre l'interprétation. La terre d'élection des interprétations strictes est en premier lieu le domaine des privilèges ⁽¹⁰³⁸⁾, privilèges qui viennent rompre le principe d'égalité entre les créanciers. La difficulté est que ce principe d'égalité est lui-même soumis à des tensions contradictoires. En matière de surendettement par exemple, on affirmera que le principe qui gouverne le règlement du passif du particulier surendetté est justement l'inégalité entre les créanciers. En procédure collective, la loi de 1985 puis la réforme de 1994 restent fidèles à ce principe d'égalité des créanciers, mais hors procédure collective, en l'absence de surendettement, le principe qui régit la déconfiture du débiteur est l'absence de principe ou, plus exactement, on dira que *le paiement est le prix de la course*. Dans ces trois

⁽¹⁰³⁶⁾ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 8ème éd., 1997, précité, n°417, p.140.

⁽¹⁰³⁷⁾ E.-H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, tome 1er, précité, p.342-343.

⁽¹⁰³⁸⁾ L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, "De l'application stricte des privilèges", *D.* 1994, chr., p.14.

situations, celle du particulier surendetté, celle de la personne morale ou du commerçant soumis à une procédure collective et celle du professionnel non-commerçant, il n'est pas possible d'affirmer quel est le principe et quelles sont les éventuelles exceptions. En fait, admettre qu'il existe en droit français un principe d'égalité des créanciers, c'est admettre du même coup la polyvocation de ce principe ⁽¹⁰³⁹⁾. Il en sera de même pour la solidarité des époux à l'occasion de dépenses faites au profit du ménage. Ces exemples sont illustratifs de cette valeur rhétorique que l'on attribue à l'exception par rapport à son principe : alors que l'on admet qu'il faut raisonner sur la raison d'être de l'exception pour interdire ou autoriser son extension à des cas inédits, l'interprétation stricte des exceptions crée une sujétion du texte exceptionnel par rapport au texte considéré comme étant de principe. La seule vertu que l'on puisse reconnaître au principe d'interprétation stricte des exceptions est qu'il élude le débat sur la suprématie d'un texte par rapport à un autre et qu'il fait de l'absence de controverse une qualité du principe. L'adage maintient la question posée dans le giron des arguments d'autorité et la recherche des raisons pratiques ou politiques d'analogie ne peut prospérer.

190. Valeur rhétorique des adages - Si le principe d'interprétation stricte des exceptions souffre autant de tempéraments, c'est sans aucun doute parce qu'il ne permet pas de répondre valablement à une question inédite. Il vient à contretemps pour justifier une solution déjà admise. De la sorte, son utilisation permet de rationaliser et de fonder sous une apparence logique une interprétation dont la raison finit par s'effacer. Par un paralogisme, l'interprétation stricte des exceptions crée donc *a posteriori* un lien de sujétion du texte qualifié d'exceptionnel envers le principe et son intérêt résulte du fait que son énonciation se substitue à un raisonnement destiné à découvrir la raison d'être d'un texte. À vrai dire, le principe d'interprétation stricte des exceptions, comme l'ensemble des maximes traditionnelles, a cette fonction de justification de la solution sans que l'on soit sûr qu'il ait vraiment participé à sa découverte. Car les adages interprétatifs sont d'une généralité si grande qu'elle ne leur permet pas de désigner la bonne solution. Comme le souligne M. le professeur Cornu, "la marque essentielle de l'adage est la puissance d'expression (et d'impression) que lui communique l'évocation de l'image ⁽¹⁰⁴⁰⁾

⁽¹⁰³⁹⁾ M. CABRILLAC, "Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers", *Mélanges Breton et Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p.38.

⁽¹⁰⁴⁰⁾ Mais il est difficile d'y résister ; v. G. CORNU, *Linguistique juridique*, précité, n°120, p.404

". Son ambiguïté tient à sa valeur parfois poétique. Du coup, il y a autant de significations de *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere* que de distinctions à ne pas faire ; il y a autant de conceptions de la fraude que de situations pour déclamer *Fraus omnia corrumpit* ou encore il y a autant de raisons d'appliquer l'adage *Accessorium sequitur principale* que d'hypothèses où l'accessoire suit le principal. Il suffit de croire en leur autorité pour être convaincu qu'en les utilisant, les juges et la doctrine découvrent par déduction les solutions exactes.

191. *Dura adagio, sed adagio* - En somme, la rhétorique de l'adage est une rhétorique d'autorité qui, sous couvert de raison, masque les tenants de la solution prescrite. Elle garantit par une formule lapidaire une immunité à celui qui l'emploie mais, ne nous y trompons pas, elle participe d'un discours prescriptif ; car c'est bien un ressort argumentatif qui permet de faire silence *a priori* sur des significations ou des solutions possibles. Honnêtement, ne pourrait-on dire l'argument de restriction du domaine des exceptions plutôt que le principe d'interprétation stricte ⁽¹⁰⁴¹⁾ ou encore l'argument de la liberté dans le doute, plutôt que le principe *in dubio pro libertate* ⁽¹⁰⁴²⁾ ? Car si cette rhétorique du silence prospère comme une évidence dans un premier temps, il reste, dans un second, que la doctrine mettra à profit la part de non-dit pour exploiter l'implicite.

ARTICLE 2. L'EXPLOITATION DE L'IMPLICITE

A contrario ou *a completudine*, la doctrine découvre pour le texte et pour le système, les interprétations secondes : celles qui s'imposent une fois que le sens premier a été écarté.

I. LECTURES A CONTRARIO

192. Le texte révélé *a contrario* - L'article 334-9 du Code civil n'est pas un palindrome, et cependant les juristes le lisent à l'endroit et à l'envers. À l'endroit, le texte énonce simplement que "toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation

⁽¹⁰⁴¹⁾ v. la présentation faite par F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 1998, précité, n°394, p.406.

⁽¹⁰⁴²⁾ F. MÜLLER, *Discours de la méthode juridique*, trad. par O. Jouanjan, Paris, PUF, 1996, p.274.

déjà établie par la possession d'état" ; *a contrario*, la reconnaissance est valable, l'action en recherche est recevable, quand l'enfant n'a pas la possession d'état d'enfant légitime. Au vu des travaux préparatoires de la loi du 3 janvier 1972 ⁽¹⁰⁴³⁾, la lecture *a contrario* paraissait un mode normal de compréhension du texte, sa finalité étant de rompre avec l'omnipotence de la présomption de paternité légitime : lorsque le titre de l'enfant porte indication du nom du mari, la présomption qui joue en dépit de l'intérêt de l'enfant pourrait être renversée ; le texte *a contrario* permet alors la contestation de la paternité légitime, en dehors des hypothèses de désaveu et de contestation par la mère.

L'arrêt de la première chambre civile du 9 juin 1976 consacra la thèse défendue par les partisans de la lecture à l'envers. Le débat doctrinal qui accompagna cette décision fut âpre. Le professeur Raynaud insistait : "Mais il faut redire (...) que l'intérêt de l'enfant est avant tout de ne pas être un enjeu, de ne pas être celui que l'on s'arrache ou que l'on se renvoie (...). Le défaut essentiel de l'interprétation *a contrario* de l'article 334-9 est d'ouvrir de nouveaux champs de bataille alors que c'est la paix qui est le premier intérêt de l'enfant ⁽¹⁰⁴⁴⁾". Dans une note approuvative de l'arrêt, M. le doyen Cornu répondait que les deux sens positif et négatif du texte étaient indissociables, mais au-delà d'une exégèse textuelle et contextuelle, il restait encore à s'interroger : "sommes-nous sûrs de ne plus tourner contre l'enfant notre jugement sur l'adultère ? ⁽¹⁰⁴⁵⁾". L'enjeu est là (au moins en apparence) ; certains le regrettent, d'autres acceptent que la loi et la jurisprudence consacrent cette idée que la présomption de paternité légitime n'ait plus toute son emprise passée. L'intérêt de l'enfant est-il d'être légitime grâce au "masque hypocrite" de la présomption, selon les mots du professeur Raynaud, ou d'être naturel et certain de l'être ? Françoise Dolto montrait que l'on ne construit pas son identité sur un mensonge. Que la vérité soit difficile à dire, qu'elle soit source de conflit et, en l'espèce, de conflits de filiations, c'est une certitude ; elle est pourtant seule structurante ⁽¹⁰⁴⁶⁾.

Traduit par les juristes, la lecture *a contrario* impose une plus grande attention portée à la possession d'état comme fondement et preuve du lien de filiation, pour que l'absence ou l'équivocité de la possession conduisent à ce que soit faite la clarté sur la réalité biologique. L'enfant doit pouvoir connaître

⁽¹⁰⁴³⁾ J. FOYER, Président de la commission des lois, rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, *Doc. ass. nat.* n°1926, p.77.

⁽¹⁰⁴⁴⁾ P. RAYNAUD, note sous Cass. civ. 1ère, 9 juin 1976, *D.* 1976, p.597.

⁽¹⁰⁴⁵⁾ G. CORNU, note sous Cass. civ. 1ère, 9 juin 1976, *JCP* 1976.II.18494.

⁽¹⁰⁴⁶⁾ F. DOLTO, *Tout est langage*, Paris, Gallimard, nrf, 1995, p.8.

ses origines pour trancher lui-même des conflits qui de toute manière échapperont au juge. M. le professeur Carbonnier faisait justement observer à propos de l'intérêt en général et de celui de l'enfant en particulier que "la subtilité congénitale de la notion d'intérêt est accentuée, en ces applications légales, par la supériorité que nous nous sentons tenus d'attribuer, idéalistes que nous sommes tous, aux intérêts les plus fuyants, psychiques, éthiques ⁽¹⁰⁴⁷⁾".

Sans entrer plus avant dans cette discussion qui nous conduirait à raisonner en cohérence avec la lecture toujours *a contrario* de l'article 322 al. 2 du Code civil ⁽¹⁰⁴⁸⁾, il faut remarquer qu'à l'occasion de ces lectures à l'envers, la thèse dominante et la jurisprudence ont effacé le sens premier du texte pour lui substituer une signification complétée. On conviendra avec M. le professeur Cornu que, célébrées pour avoir éclairci la pensée du législateur, les interprétations *a contrario* peuvent aussi apparaître comme des expédients commodes ⁽¹⁰⁴⁹⁾. Elles profitent de l'autorité du texte pour le contredire en sous-entendant son caractère incomplet ; elles déjouent la contrainte interprétative du texte clair pour créer une antinomie entre le texte à l'endroit et l'*a contrario*. L'ambiguïté créée en amont est dénoncée et résolue en aval. Il s'agit bien en cela d'une argumentation *a contrario* ⁽¹⁰⁵⁰⁾. Associé tantôt à un argument téléologique pour étendre, tantôt au rejet d'une analogie pour restreindre, l'*a contrario* réécrit le texte en rendant imparfait et caduc le sens premier. *A contrario*, l'on réécrit autant le texte de la loi que celui de l'arrêt.

193 L'arrêt *a contrario* - Lorsqu'une proposition doctrinale n'a pas encore reçu l'assentissement de la juridiction suprême, les auteurs déduisent du silence de l'arrêt la positivité de la solution proposée. "Un arrêt interprété *a contrario* nous le montre bien" dira-t-on ⁽¹⁰⁵¹⁾, mais l'utilisation de l'autorité de la jurisprudence pour ce qu'elle ne dit pas est un procédé qui peut apparaître fallacieux. Certes, lorsqu'une décision se prononce en faveur d'un fondement contractuel, elle rejette *a contrario* le fondement délictuel. Lorsqu'une alternative est disjonctive, choisir la première branche, c'est écarter la

⁽¹⁰⁴⁷⁾ J. CARBONNIER, "Les notions à contenu variable en droit de la famille", in Ch. PERELMAN (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.104.

⁽¹⁰⁴⁸⁾ Cass. civ. 1ère, 27 février 1985, *D.* 1985, p.265, concl. SADON, note CORNU ; *JCP* 1985.II.20460, note FORTIS-MONJAL et PAIRE ; *Deffrénois* 1985, p.1283, note GRIMALDI ; F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10ème éd., 1994, précité, n°41-42, p.188.

⁽¹⁰⁴⁹⁾ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 8ème éd., 1997, précité, n°414, p.139.

⁽¹⁰⁵⁰⁾ E. AGOSTINI, "L'argument "*a contrario*""", *D.* 1978, chr., p.149.

⁽¹⁰⁵¹⁾ F. CHABAS, note sous Cass. civ. 2ème, 25 janvier 1995, *Gaz. pal.* 1995, 18-20 juin 1995, p.28.

seconde. Mais cela n'est pas si simple. M. le professeur Atias faisait observer que l'utilisation d'un raisonnement *a contrario* était certes un hommage rendu par la doctrine à la formule synthétique de l'arrêt de principe, mais que cette extension de la portée de l'arrêt était le signe d'une méthode essoufflée ⁽¹⁰⁵²⁾. On ne cherche que des références et des raisons d'autorités. En apparence du moins, car, *a contrario* d'une décision qui est isolée, il y a tout le droit ; et une décision est nécessairement isolée. En raisonnant hors de l'arrêt, lui faisant dire ce qu'il ne dit pas, la doctrine récupère donc la puissance normative de l'arrêt sans se dévoiler. Mais ce discours déductif perd ses artifices de neutralité lorsque des lectures *a contrario* différentes sont proposées et que la controverse reprend ses droits ⁽¹⁰⁵³⁾.

L'*a contrario* n'est donc pas un procédé interprétatif innocent. Il permet de combler les vides que son utilisateur aura définis. En cela, il rejoint l'argumentation fondée sur les lacunes du droit.

II. L'IMPLICITE DECOUVERT A COMPLETUDINE.

194. Un faux-problème - Le problème des lacunes du droit et de la législation est un thème récurrent de la science du droit. Il prolonge et renouvelle l'exégèse de l'article 4 du Code civil parce que la complétude du droit est l'un des postulats fondamentaux de la plupart des théories juridiques, du moins celles qui admettent un postulat de rationalité globale de l'ordre juridique. Aussi positivistes, naturalistes ou réalistes considèrent-ils, quoique pour des raisons différentes, que le système juridique produit nécessairement au moins une réponse aux questions qui se posent. Chaque perspective théorique traite du reste le problème des lacunes comme un faux-problème. De Portalis et Merlin ⁽¹⁰⁵⁴⁾ à Perelman et Dworkin ⁽¹⁰⁵⁵⁾ en passant par Kelsen et Gény ⁽¹⁰⁵⁶⁾, on retiendra l'idée que le système juridique produit les moyens de combler ses propres vides. Le plus souvent, le droit légiféré renvoie au juge le soin de

⁽¹⁰⁵²⁾ C. ATIAS, "Jurisprudence *a contrario*", *D.* 1997, chr., p.297 s.

⁽¹⁰⁵³⁾ pour illustration, C. ATIAS, *ibid.*, p.297, n°3.

⁽¹⁰⁵⁴⁾ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 4ème éd., 1812, v°Interprétation.

⁽¹⁰⁵⁵⁾ R. DWORKIN, "La complétude du droit", in P. AMSELEK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF 1989, p.127.

⁽¹⁰⁵⁶⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, 2ème éd., 1919, précité, n°201-204.

combler les vides ⁽¹⁰⁵⁷⁾. Portalis résumait ainsi cette idée : "C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur (...). C'est à l'expérience que nous abandonnons les vides que nous laissons ⁽¹⁰⁵⁸⁾".

Si, d'un point de vue théorique, l'on admettra, quels que soient les présupposés auxquels on s'attache, que les lacunes authentiques n'existent pas, il reste à s'interroger sur le fait étonnant que la doctrine continue inlassablement de se plaindre de l'état lacunaire du droit positif. Selon Kelsen, cette invocation des lacunes "techniques" est destinée à écarter la règle logiquement applicable, car ce discours n'est que le fruit d'une discordance entre le droit positif et le droit souhaité ⁽¹⁰⁵⁹⁾ ; à travers "les lacunes techniques", la doctrine laisse tout simplement prospérer une argumentation *de jure ferenda*. Dans une perspective naturaliste, on admettra aisément que prétendre qu'il existe des lacunes du droit positif, légiféré ou non, conduit à écarter le droit naturel alors que celui-ci a vocation à régler les questions que la généralité des textes ou des principes positifs ne peut concrètement saisir. Gény, par exemple, considère que "le postulat de plénitude de la législation écrite constitue une fiction acceptée dans une vue purement pratique mais ce postulat n'est pas un principe rationnel appuyé sur la nature des choses ⁽¹⁰⁶⁰⁾". En bref, le discours sur les lacunes a une valeur essentiellement rhétorique ⁽¹⁰⁶¹⁾.

195. L'éviction de la règle applicable - Le discours sur la lacune est créateur de vide. La lacune invoquée s'érige elle-même en contrainte argumentative. La question n'a pas de réponse. Or la description de l'existence d'un vide législatif

⁽¹⁰⁵⁷⁾ Et lorsque le droit légiféré disparaît, la régularité des comportements fera naître ce qui sera accepté comme un droit survivant. L'hypothèse d'une abrogation totale et instantanée de la totalité de la législation des Comores est rapportée par R. GARRON, "La nécessité, l'habitude et la continuité", *Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix, PUAM 1998, p.195.

⁽¹⁰⁵⁸⁾ PORTALIS, in LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1832, Tome 1, §16, p.159 ; adde J. GILISSEN, "Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et du droit moderne", in Ch. PERELMAN, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p.239-240.

⁽¹⁰⁵⁹⁾ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère éd., 1953, rééd., 1988, précité, p.158 ; *Théorie pure du droit*, 2ème éd., 1962, précité, p.329 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, Introduction de S. Paulson, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997, p. 200.

⁽¹⁰⁶⁰⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, 2ème éd., 1919, précité, p.199 ; adde Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome I, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, 2ème éd., 1934, précité, n°178, p.188, "La loi peut avoir des lacunes, le droit n'en a pas".

⁽¹⁰⁶¹⁾ J. BROEKMAN, "Beyond legal gaps", *Law and Philosophy* 4, 1985, p.217.

ou juridique postule une complétude idéale du système : complétude non seulement logique dans une perspective positiviste mais également plénitude du contenu. Le manque de règle allégué en matière de clonage d'embryons, ou comme précédemment relativement au contrat de mère-porteuse, a pour effet de montrer les limites des règles existantes, non que ces règles soient logiquement inapplicables mais parce qu'elles sont politiquement insatisfaisantes par leur contenu ou simplement par leur formulation.

L'invocation de la lacune a donc plusieurs objets : elle est parfois une invitation à l'intervention législative, elle est parfois une justification à l'extension analogique des règles régissant les hypothèses connexes au cas prétendument insoluble, mais elle est surtout une rhétorique de l'éviction de la règle pourtant applicable. Il est notable en effet que l'invocation doctrinale de la lacune s'accompagne tantôt insensiblement, tantôt explicitement de considérations ou de prescriptions permettant de la combler. Si, à l'adresse du législateur, l'appel au comblement de lacune est clairement une invitation à réformer le droit positif, à l'adresse du juge, contraint par l'article 4 du Code civil, l'invocation de la lacune et sa mise en évidence doctrinale, sont le support d'une modification prétorienne de l'état des normes positives. Le discours doctrinal affirme ainsi que la norme applicable est désuète ou obsolète, que les contradictions et les antinomies entre les normes positives rendent les conflits sans solution, ou encore que la nouveauté et l'originalité de la question ne peuvent se satisfaire de solutions anciennes. Dans ces trois séries d'hypothèses, on évince toujours la règle applicable : la lacune est un procédé de disqualification *a priori* de tous les raisonnements qui auraient pour objet de montrer que la question reçoit au moins une réponse fournie par le droit positif. Son invocation est utilisée contre l'analogie pour en rejeter la raison, contre toute recherche empirique, contre toute interprétation libre. Mais, suprême paradoxe, l'auteur qui observe le vide ne s'en contente pas et propose de le combler comme si *ex-nihilo* une solution pouvait surgir.

Aussi la constatation de l'existence d'une lacune résulte-t-elle d'un raisonnement s'appuyant non pas sur la logique formelle, mais sur des considérations d'ordre téléologique, déontologique et en somme politique. C'est l'expression doctrinale d'un jugement porté sur l'état des normes censées répondre positivement à une question. Les chambres restreintes de la Cour de cassation raisonnent aussi de cette manière. Les règles identifiables sont-elles propres à répondre facilement au cas ? La solution s'impose-t-elle ? Le manque de règle renvoie Hercule à s'interroger en termes de principe, et tout juge à

considérer la solution qu'il va choisir non pas du point de vue des raisons d'autorité (textes et jurisprudences contradictoires le cas échéant) qu'il préjugera absentes pour les écarter, mais d'un point de vue axiologique en considération d'une cohérence préétablie.

La rhétorique de la lacune est une illustration du discours doctrinal dans ce qu'il a de plus ambigu. Il est alors parfaitement descriptif. L'auteur décrivant le vide montrera que les règles présentes ne sont pas applicables, démontrera que des analogies ne peuvent être valablement fondées en raison ou que l'espèce n'offre pas la possibilité de formuler concrètement une norme issue de principes généraux. Mais la description de cet état de manque creuse le lit d'un argument *a completudine*. Face au vide, la doctrine trouve toute légitimité pour prescrire la solution qui le comblera.

Mais il arrive parfois que les contraintes pesant sur les interprètes soient plus lourdes. Lorsque des interdits se sont imposés comme des évidences, la doctrine a plus de mal à se débarrasser des tabous qu'elle a contribué à créer.

PARAGRAPHE 2. L'UTILISATION DOCTRINALE DES TABOUS.

196. Présentation - L'équité est un concept qu'il faut taire : "Il est des cas où le juge du fond peut penser en équité, mais à condition de ne pas l'écrire ⁽¹⁰⁶²⁾". L'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité des conventions, mais "l'annulation pourra être obtenue en rattachant l'erreur sur la valeur à une autre erreur ⁽¹⁰⁶³⁾".

Face aux tabous, le mot d'ordre est de ne rien dire, de ne pas écrire les mots qui font tomber le couperet tranchant de la solution infaillible. Ce sont des rapports assez troublants que la doctrine entretient avec ses propres impossibilités de dire. Les juristes s'imposent des contraintes sémantiques et conceptuelles qui, par la durée de leur exposition à la critique, reçoivent les honneurs de l'évidence. Ainsi considère-t-on comme hérétiques et subversives des prises de position qui dépassent ce que la doctrine majoritaire est capable d'entendre positivement.

Mme le professeur Izorche remarquait l'erreur stratégique des auteurs qui, dans le passé, avaient tenté d'étendre trop le champ d'application de

⁽¹⁰⁶²⁾ C. PUIGELIER, note sous Cass. soc., 11 mai 1994, *D.* 1995, p.626. Comp. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, Thèse Montpellier 1997, p.62-63 ; v. Ph. JESTAZ, *Rép. civil Dalloz*, v° Équité, 1972, distingue les différentes catégories d'équité que l'on trouve dans le discours juridique : l'équité subversive, l'équité supplétive, et l'équité supérieure.

⁽¹⁰⁶³⁾ C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, précité, p.10.

l'engagement unilatéral. Ceux-ci avaient dû affronter des levées de boucliers qu'ils eussent mieux fait d'éviter. "L'admission de façon trop générale et sans doute abusive de l'engagement unilatéral a suscité l'abus de sa négation et engendré des réactions irrationnelles : il n'était certes pas adroit de vouloir faire du contrat la juxtaposition de deux engagements unilatéraux ; il aurait mieux valu plutôt que d'attaquer le contrat si cher aux juristes du XIXème siècle ... et du XXème siècle, tenter de faire une place à l'engagement unilatéral à côté de celui-ci, plutôt que de contraindre les défenseurs du contrat à tout rejeter en bloc. Il aurait été bien plus adroit de limiter rigoureusement, à une époque où les esprits n'étaient pas prêts à l'admettre, le domaine d'application de l'engagement unilatéral, quitte à l'étendre très progressivement par la suite ⁽¹⁰⁶⁴⁾". Il y a bien une leçon à retenir.

Devant les tabous, il faut être habile et ne pas les affronter. L'argumentation doctrinale doit limiter ses ambitions polémistes et contourner les obstacles représentés par les solutions certaines et les raisonnements acquis. Dans les périodes de mutation conceptuelle, il faut faire admettre un point de vue tout en le taisant, pour qu'une fois la mutation conceptuelle avérée, le changement de qualification sémantique soit plus facile.

Mais la permanence sémantique draine parfois des représentations incompatibles. Il faut alors esquiver la qualification tabou et faire preuve d'imagination. C'est patent lorsque la doctrine doit faire face à des questions qui mettent en évidence des représentations morales ou religieuses de l'ordre juridique ; c'est également ostensible pour l'analyse de concept ou de questions qui ne paraissent pas remettre en cause les fondements de notre civilisation. Nous réfléchirons notamment sur l'obligation naturelle et sur les servitudes en copropriété.

ARTICLE 1. L'INCOMPATIBILITE CONCEPTUELLE.

197. L'obligation naturelle - Le Code civil ne fait pas grand cas des obligations naturelles. L'article 1235 al. 2 énonce simplement que "la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées". À mi-chemin entre le devoir moral et l'obligation civile ⁽¹⁰⁶⁵⁾,

⁽¹⁰⁶⁴⁾ M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, préface de J. Mestre, p.54.

⁽¹⁰⁶⁵⁾ CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 25ème éd., 1997, précité, [165], p.281.

L'obligation naturelle possède un régime hybride. Son créancier ne peut en exiger l'exécution et lorsque celle-ci a eu lieu, le débiteur qui a volontairement exécuté, ne peut agir en répétition de l'indu. On admet également que l'obligation naturelle puisse réaliser sa propre novation en obligation civile dans certaines hypothèses. Éclairons ce dernier point : il est, semble-t-il, révélateur de conceptions philosophiques. La novation opère l'extinction de l'obligation existante par la création d'une nouvelle. Le problème est ici que fonder la requalification de l'obligation naturelle en obligation civile sur le mécanisme de la novation suppose que l'on reconnaisse l'existence juridique de l'obligation naturelle. Cela n'a rien d'évident pour des auteurs qui considèrent que, "juridiquement", l'obligation naturelle n'existe pas, n'étant pas, par définition, sanctionnée. Ces auteurs préfèrent justifier la transformation en obligation civile sanctionnée, par le recours à la théorie de l'engagement unilatéral de volonté en se plaçant, le cas échéant, sous la coupe du principe de l'autonomie de la volonté ⁽¹⁰⁶⁶⁾.

À l'inverse, selon M. le professeur Sériaux, l'obligation naturelle appartient, en quelque sorte, à la part d'indétermination du droit positif : "elle peut réapparaître à chaque interstice laissé par la loi civile ⁽¹⁰⁶⁷⁾". Cette manière de comprendre le problème fait que la novation n'a rien d'illogique puisque le droit naturel cède la place à une qualification de droit positif. Qu'il s'agisse d'une novation volontaire ou induite, cette novation est en quelque sorte naturelle. Le passage de l'obligation morale à l'obligation civile procède ainsi d'une détermination casuistique et conduit le juriste jusnaturaliste à examiner la volonté de nover comme un témoin de ce qui existait déjà. Les circonstances avaient placé les différents acteurs en situation de créanciers ou de débiteurs naturels ; le juriste doit donc, en bonne justice, découvrir dans quelle mesure cette obligation a mérité d'être exécutée.

En somme, ce sont des conceptions philosophiquement opposées qui s'affrontaient. Les difficultés pour déterminer un mouvement prétorien tiennent au fait que la justification et le fondement des solutions posées touchaient en profondeur les conceptions de l'ordre juridique. Doucement, les

⁽¹⁰⁶⁶⁾ M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, Paris, Sirey, 1957, p.142 dont le point de vue est exposé par M. L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral ...*, précité, n°221, p.157.

⁽¹⁰⁶⁷⁾ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd., 1998, précité, n°4, p.16 : "Sans être d'usage trop fréquent l'obligation naturelle a forcément un caractère résiduel puisque la plupart des obligations naturelles sont d'ores et déjà consacrées par les lois civiles, elle continue pourtant d'être exploitée de temps à autre par nos juridictions. De cette utilisation clairsemée, il est d'abord permis d'induire que l'obligation naturelle est un devoir de justice que le droit positif a, pour des raisons diverses, négligé de prendre en considération. L'obligation naturelle apparaît ainsi comme un haut-lieu de droit du non-droit".

temps ont changé. Aujourd'hui, l'engagement unilatéral est consacré de plus en plus fermement par la jurisprudence de sorte que l'on peut s'interroger sur l'utilité du concept d'obligation naturelle ⁽¹⁰⁶⁸⁾. Sa coloration morale et chrétienne en fait à présent une évocation tabou : si l'on se passe des obligations naturelles - hormis celles qui sont consacrées expressément par la loi ⁽¹⁰⁶⁹⁾ -, c'est sans doute parce qu'elles exigent du juriste qu'il raisonne en équité. Et l'équitable, rappelons-le, n'est pas à dire.

C'était pourtant grâce à l'équité qu'avaient pourtant été contournés d'autres tabous. En effet, au début du siècle, un débat très voisin opposait ceux qui fondaient l'exécution de l'obligation naturelle sur une intention libérale et ceux qui s'en tenaient à l'exécution d'un devoir moral. L'utilité d'un raisonnement empirique ne faisait alors aucun doute car, à une époque où l'on considérait les relations de concubinage comme absolument immorales, les libéralités entre concubins avaient une cause illicite. Mais ces mêmes relations, dès lors qu'elles faisaient apparaître le devoir de reconnaissance de l'un, le devoir de conscience de l'autre ou l'obligation d'entraide de chacun, c'est-à-dire lorsqu'elles apparaissaient revêtues de l'obligation naturelle, échappaient à la sanction de l'illicite pour être tout à fait valables. Le contraire eût conduit à considérer comme immoral un devoir moral.

Cet exemple n'illustre pas seulement l'aspect rhétorique du discours doctrinal. Il montre également que les tabous et les non-dits de la doctrine sont ceux que l'ensemble de l'univers juridique véhicule. Lorsque les questions posées touchent aux convictions politiques, philosophiques ou religieuses, une sorte de discours "doctrinalement correct" doit être tenu parce qu'il serait retenu en jurisprudence. Ce conformisme qui serait en quelque sorte le prix à payer pour être neutre, condamne les esprits innovants à se fondre dans le moule pour déjouer l'inertie du cadre de validité argumentative.

⁽¹⁰⁶⁸⁾ Cass. civ. 1ère, 10 octobre 1995, *Bull. civ.* I, n°352, *D.* 1996, somm. p.120, obs. LIBCHABER : "(...) la transformation - improprement qualifiée novation - d'une obligation naturelle en obligation civile, laquelle repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle, n'exige pas qu'une obligation civile ait elle-même préexisté à celle-ci". Une telle motivation montre combien il est délicat de parler de quelque chose dont on aurait souhaité qu'il n'existât pas ; selon M. le professeur MOLFESSIS, ("L'obligation naturelle devant la Cour de cassation", *D.* 1997, chr., p.85) le problème s'est déplacé "de la novation qui est condamnée à l'engagement naturel qui est consacré".

⁽¹⁰⁶⁹⁾ Sur l'article 371 du Code civil, "L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère", v. A. SERIAUX, "Tes père et mère honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain", *RTD civ.* 1986, p.265.

198 Clients et patients - Pour permettre à un médecin de céder son cabinet, on invente des qualifications qui font échapper la cession de clientèle médicale à la nullité, car ce sont des mots à ne pas écrire ⁽¹⁰⁷⁰⁾. Le tabou est tenace mais il évolue. Comme le soulignait M. le professeur Zénati, "derrière la simple reformulation d'une solution classique gît peut être une jurisprudence de transition" si bien que, "lorsque la pratique aura mis au point les techniques permettant de constituer les clientèles en entités transmissibles, le couperet de l'absence d'objet deviendra sélectif et toutes les cessions ne seront plus nécessairement condamnées ⁽¹⁰⁷¹⁾". On utilise ainsi des euphémismes à l'envi : on cède des droits de présentation ⁽¹⁰⁷²⁾. Personne n'est dupe et tout le monde feint d'y croire : "l'impression que laissent les solutions données aux questions soulevées par la cession de clientèle des professions libérales est celle d'un ensemble assez anarchique et passablement hypocrite ⁽¹⁰⁷³⁾".

C'est une donnée morale et culturelle qu'aujourd'hui encore, on se refuse à confondre le client et le patient. C'est une donnée économique que les médecins ont un "fonds médical". La contrainte culturelle détermine ici la qualification du fonds médical ; ni bien, ni objet d'une convention, l'ensemble des patients constitue cependant la cause même du droit de présentation. Cette rhétorique dont le seul but est de dépasser un interdit culturel montre combien l'interprétation scientifique ne suffit pas au juriste. Il lui faut vaincre lentement des résistances sociales comprimant le champ argumentatif pour libérer l'imagination et de nouvelles interprétations. L'idée de l'existence d'un "fonds libéral" fait ainsi son chemin.

Si la Cour de cassation se garde pour l'instant de consacrer ce vocable, elle admet pourtant pour un cabinet vétérinaire que "la clause de non-concurrence souscrite par un membre d'une profession libérale au profit d'un confrère à l'occasion de la cession des éléments constitutifs de son cabinet, doit être sauf clause contraire, présumée comprise parmi les droits transmis par le

⁽¹⁰⁷⁰⁾ Cass. civ. 1ère, 7 février 1990, *Bull. civ.* I, n°38 décidant que la clientèle du médecin "attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention" ; v. J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1991, p.325.

⁽¹⁰⁷¹⁾ F. ZENATI, obs. sur Cass. civ. 7 février 1990, *RTD civ.* 1991, p.562.

⁽¹⁰⁷²⁾ Cass. civ. 1ère, 7 juin 1995, *D.* 1995, p.560 note BEIGNIER : "... si la clientèle d'un médecin ou d'un chirurgien-dentiste n'est pas dans le commerce, le droit, pour ce médecin ou ce chirurgien-dentiste, de présenter un confrère à sa clientèle, constitue un droit patrimonial qui peut faire l'objet d'une convention régie par le droit privé".

⁽¹⁰⁷³⁾ J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1996, n°11186, p.137. Voir également R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, Paris, Dalloz, 1959, n°172, p.201 : "Alors que l'on reconnaît sans difficulté la "propriété" des commerçants sur leur clientèle, on déguise le même droit sous des expressions contournées quand il s'exerce sur des clientèles médicales".

cessionnaire lorsqu'il vient, à son tour, à procéder à la même opération au profit d'un tiers ⁽¹⁰⁷⁴⁾". Aujourd'hui la médecine vétérinaire permettrait la constitution d'un ensemble réel sur le modèle du fonds de commerce. Sans doute dira-t-on encore que les vétérinaires ne sont pas des médecins ordinaires, comme les Hommes ne sont pas des animaux ordinaires, mais bien que le dogme tremble et que le tabou s'affaiblit, personne ne peut prédire le moment de leur disparition.

Notons aussi que le tabou n'est pas toujours d'ordre moral. Il peut apparaître strictement technique lorsqu'il s'énonce sous la forme d'une incompatibilité *a priori*. C'est le cas par exemple du paiement et de la fraude ; on ne saurait admettre l'action paulienne contre un paiement parce qu'un paiement ne saurait être frauduleux ⁽¹⁰⁷⁵⁾. C'est le cas également des servitudes en copropriété dont on ne veut reconnaître l'existence pour cause d'incompatibilité des servitudes avec le droit spécial de la copropriété comme avec l'ensemble du régime de l'indivision.

ARTICLE 2. L'INCOMPATIBILITE TECHNIQUE

199. Les servitudes en copropriété - La jurisprudence est acquise sur ce point ⁽¹⁰⁷⁶⁾. La Cour de cassation s'en tient à l'incompatibilité des servitudes et de la copropriété ⁽¹⁰⁷⁷⁾. La question mérite néanmoins d'être étudiée sous l'angle d'une *stratégie rhétorique*.

Comment faire admettre à la communauté juridique la compatibilité des deux institutions sans s'exposer aux foudres de la thèse dominante ? Les auteurs partisans de l'admission des servitudes en copropriété ont, en apparence, renoncé à faire admettre la compatibilité des unes et des autres après l'arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 1992 ⁽¹⁰⁷⁸⁾. Ralliant les

⁽¹⁰⁷⁴⁾ Cass. civ. 1ère, 3 décembre 1996, *JCP* 1997.II.22799, note J.-J. DAIGRE ; *RTD civ.* 1997, p.423, obs. MESTRE.

⁽¹⁰⁷⁵⁾ C. COLOMBET, "De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements", *RTD civ.* 1965 p.5 et s.

⁽¹⁰⁷⁶⁾ Cass. civ. 3ème, 6 février 1973, *Bull. civ.* III, n°101; Cass. civ. 3ème, 2 décembre 1980, *RTD civ.* 1981, p.410 obs. GIVERDON ; Cass. civ. 3ème, 10 janvier 1984, *Defrénois* 1985, p.335, note AUBERT ; Cass. civ. 3ème, 6 mars 1991 et 27 mars 1991, *JCP* éd. N, 1991.II. p.20, note STEMMER.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ P. CAPOULADE, "Copropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *Rapport de la Cour de cassation 1994*, p.92-93

⁽¹⁰⁷⁸⁾ Cass. civ. 3ème, 30 juin 1992, *Bull. civ.* III, n°231, *D.* 1993, p.156, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1993.II.22131, note GIVERDON ; J.-L. AUBERT, "Quelques mots à propos des servitudes en copropriété", *JCP* 1993.I.3726 ; v. égal. C. ATIAS, "Naissance d'un principe : des servitudes en copropriété immobilière", *D.* 1987, chr., p.285.

arguments de la thèse dominante, le principe s'est donc imposé que des servitudes conventionnelles ne pouvaient être stipulées entre deux lots de copropriété, ni même entre les seules parties privatives des lots. Les textes, comme la nature indivisible du couple quote-part des parties communes et partie privative, rendraient patente cette incompatibilité puisque l'indivision des parties communes empêcherait la détermination d'un fonds servant et d'un fonds dominant distincts. Pas de servitude en indivision, pas de servitude en copropriété. L'application de la règle paraît simple. Elle serait même inopportune ; car aux arguments de texte et à ceux tenant à la nature du lot, s'ajoute la traditionnelle mise en garde contre l'impossibilité de garantir la sécurité du règlement de copropriété et l'augmentation du contentieux qui suivrait l'admission des servitudes ⁽¹⁰⁷⁹⁾.

Le cas est facilement résolu tant sa solution est évidente. Elle cache en réalité des raisonnements menés sur des chemins de traverse. La pratique tente d'y échapper en concevant des droits réels dans la copropriété qui esquivent le couperet de la formule magique. En inspirant l'attitude particulièrement rigide de la Cour de cassation, la doctrine dominante a invité ses adversaires à contourner l'obstacle. Le droit commun des rapports de voisinage étant par principe exclu ⁽¹⁰⁸⁰⁾, la doctrine minoritaire a porté la question sur le terrain de la création de droits réels spécifiques à cette communauté de personnes et de biens si particulière qu'est la copropriété. Comment parler des servitudes en copropriété sans prononcer leur nom ? En fait, il s'agit d'une interrogation qui fait résonner l'arrêt Caquelard ⁽¹⁰⁸¹⁾, lequel, bien qu'ayant donné lieu à fort peu d'hypothèses pratiques, consacra la liberté de création et d'imagination des droits réels. Autrement formulée, la question des servitudes en copropriété pourrait être celle de la création de droits réels nouveaux propres à la propriété collective et pour laquelle le vocable de

⁽¹⁰⁷⁹⁾ J. PEYRET, "L'évolution du droit des servitudes" in *L'évolution du droit des biens*, 3èmes journées Savatier, Paris, PUF, 1991, p.75 : "On pourrait très bien fournir une série d'exemples pour illustrer cette thèse, mais rappelons simplement à quelles conséquences imprévisibles pourraient se trouver, tant les copropriétaires que les syndicats de copropriétaires, si le droit des servitudes venait à envahir le statut de la copropriété. On ne peut passer sous silence le risque de voir naître des servitudes par effet de la prescription sans publication au fichier immobilier par conséquent, et qui se trouveraient en conflit avec les dispositions d'un règlement de copropriété. Ce serait autant d'occasions de voir surgir des procédures à l'envi".

⁽¹⁰⁸⁰⁾ R. MARTIN, "Action possessoire, servitude et copropriété", *Ann. Loyers* 1991, p.477 (p.479, n°7); D. TOMASIN, "Immeubles en copropriété et servitudes", *Droit et Ville* n°30, 1990, p.27.

⁽¹⁰⁸¹⁾ Cass. req., 13 février 1834, S. 1834.1.205 ; DP 1834.1.218 ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n°60, p.265 ; v. C. ATIAS, *Les biens*, Paris, Litec, 1993, n°39-a ; A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF 1989, n°212.

“servitude” serait banni. Mais que sont alors ces obligations *propter rem* qui naissent en copropriété ?

La Cour de cassation a par exemple considéré que "le droit de jouissance exclusif et privatif sur une fraction de la cour, partie commune, attribué par le règlement de copropriété [à certains lots], dont il constituait l'accessoire, avait un caractère réel et perpétuel, que l'usage effectif de ce droit était sans incidence sur sa pérennité et que ce droit ne pouvait être remis en cause sans le consentement de son bénéficiaire ⁽¹⁰⁸²⁾". M. le professeur Aubert faisait observer que le même raisonnement conduisait à admettre l'existence d'un droit réel dans ce cas précis, et à la refuser dans le cas d'une servitude ⁽¹⁰⁸³⁾. "On ne peut manquer d'être saisi du rapprochement de cet ensemble de caractères avec ceux qui sont unanimement reconnus à la servitude : droit réel immobilier, accessoire au fonds dominant, perpétuel et indivisible. Ce sont très exactement les mêmes ! Et dans les deux cas la propriété du fonds "servant" n'est pas altérée dans sa titularité". Pour cet auteur, le droit de jouissance exclusif sur les parties communes serait ni plus ni moins qu'une servitude dont on aurait tu le nom. Il est du reste curieux que parmi les auteurs qui refusent d'admettre l'existence de servitudes en copropriété, certains soient gênés par ce dogme de l'incompatibilité. M. le professeur Zénati, qui dénonce un faux-problème, justifie l'interdiction des servitudes en copropriété par l'idée que "les parties communes n'appartiennent à personne d'autre qu'aux copropriétaires et si elles peuvent être indirectement grevées de servitude en tant qu'accessoire d'un lot au profit d'un autre lot, elles ne peuvent en aucun cas être grevées séparément. Cela suffit à déclarer mal fondés les copropriétaires prétendant avoir sur les parties communes plus de droits que les autres sans qu'il soit nécessaire d'instituer une incompatibilité douteuse entre servitude et copropriété ⁽¹⁰⁸⁴⁾". En somme, comme en matière de mitoyenneté, la propriété collective supporterait la servitude mais celle-ci serait à l'usage et à la charge de tous. Pour un usage privatif, il faut un droit de jouissance privatif. N'y aurait-il donc qu'un problème de vocabulaire ?

Nous croyons que l'ambiguïté du discours doctrinal dominant, consacré par la Cour de cassation, s'explique par l'esprit de spécialité qui animerait le droit de la copropriété. Il est manifeste en effet que les débats en cette matière se

⁽¹⁰⁸²⁾ Cass. civ. 3ème, 4 mars 1992, *D.* 1992, p.386 note C. ATIAS ; *Defrénois* 1992, art. 35349, n°107, obs. H. SOULEAU.

⁽¹⁰⁸³⁾ J.-L. AUBERT, note Cass. civ. 3ème, 30 juin 1992, *D.* 1993, p.159.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ F. ZENATI, obs. à la *RTD civ.* 1990, p.311.

résumément souvent à l'application ou à la non-application des principes du droit commun dans le pré carré de la propriété collective, avec l'impression que chacun utilise la référence à l'autorité du droit commun en sa faveur. On peut aussi penser que les auteurs dissidents développent un discours pareillement ambigu mais, dans la mesure où le but qu'ils se sont assigné est clair, leur discours est ouvertement argumentatif et prescriptif. Il leur est loisible de justifier leur position par l'incapacité de la thèse dominante à répondre de manière satisfaisante aux difficultés des copropriétés et de balayer ainsi les arguments conséquentialistes prédisant l'augmentation du contentieux qui suivrait l'introduction des servitudes dans la copropriété. Cette question "facile", traitée en peu de mots dans les manuels de droit des biens, montre la force de la solution considérée comme univoque. "Pas de servitude en copropriété" pourrait être un slogan ; ça n'est seulement qu'une version "technique" d'un tabou du droit des biens.

Entre ce qui est tu et ce qui est dit, on peut s'interroger sur la faculté des méthodes d'interprétation à accéder à l'exactitude, à la justesse ou à la certitude d'une solution juridique. Tout juste peut-on penser que ces méthodologies balisent le cheminement des argumentations lorsque celui-ci est explicite, mais dès qu'il s'agit de déclarer l'inédit, ou simplement de le redire ⁽¹⁰⁸⁵⁾, le parti pris de la solution devance le raisonnement pour y parvenir.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ C. ATIAS, "*Juris dictio* : redire l'inédit", D. 1992, chr., p.281.

CHAPITRE 2

La force du discours doctrinal

200. Pouvoir et devoir - Les juristes ne se prennent pas pour des prophètes mais ils doivent aujourd'hui naviguer entre ce qui est possible pour eux dans leurs activités explicatives ou prédictives, et l'image que l'on se fait de leur rôle. Une chronique de M. le professeur Mestre soulignait "l'extrême difficulté pour un juriste à écrire quelque chose sans risque d'erreur, d'omission ou de contradiction ⁽¹⁰⁸⁶⁾", et montrait simplement que les limites du pouvoir de la doctrine se trouvaient dans la controverse, fût-elle non ouverte. La mesure des effets des prescriptions doctrinales est donc une chose bien impossible car le discours doctrinal tire justement sa force des questions qu'il pose, plus que des solutions qu'il propose.

L'adoption d'un point de vue explicatif, extérieur au mode d'évolution du droit, donne aux argumentations doctrinales la force de transformer les concepts tenus pour des réalités. Le discours doctrinal a un effet performatif dans la mesure où les arguments de la doctrine ont pour conséquences de convaincre que des concepts sont devenus des réalités, puis de convaincre que ces hypostases sont caduques et n'ont d'autre place que celle que leur laissera l'histoire du droit. Mais si la doctrine n'a pas le pouvoir de poser formellement des normes, elle a, à l'inverse, la capacité de dresser un état des questions et, si l'on admet volontiers que "la règle jurisprudentielle ne résiste pas aux critiques de la doctrine ⁽¹⁰⁸⁷⁾", c'est surtout parce que le travail critique des auteurs a la force d'un discours (quasi-)performatif. Les mots de la doctrine, dès lors qu'elle s'interroge, sont capables de transformer l'état d'une question, qu'elle soit tranchée ou controversée. Cette puissance de la parole du juriste faisait dire à M. le professeur Bourdieu que "le discours juridique est une parole créatrice, qui fait exister ce qu'elle énonce. Elle est la limite vers laquelle prétendent tous les énoncés performatifs, bénédictions, malédictions, ordres, souhaits ou insultes (...) à l'opposé de tous les énoncés dérivés,

⁽¹⁰⁸⁶⁾ J. MESTRE, "Cause du contrat et objectif de défiscalisation", *D.* 1995, chr., p.34 ; chronique en réponse à P. DIENER, "A propos d'une prétendue absence de cause", *D.* 1994, chr., p.347.

⁽¹⁰⁸⁷⁾ G. SCALFI et E. ROMAGNOLI, "Rapport général", in *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Trav. Ass. Henri Capitant, tome XXXI, 1980, Paris, 1982, p.16.

constatifs, simples enregistrements d'un donné préexistant ⁽¹⁰⁸⁸⁾". Sans doute cet auteur visait-il principalement le discours normatif des autorités habilitées, mais il demeure que la doctrine qui a accès à un média dispose d'un pouvoir voisin.

Le discours doctrinal crée ainsi des représentations de la réalité qui viennent se confondre avec ce que l'on tient intersubjectivement pour réalité. Dans cette mesure, l'oeuvre doctrinale ne consiste pas seulement dans une description disposant un choix entre plusieurs interprétations ou significations possibles mais dans une rhétorique dont l'objet est de déplacer les difficultés sur des terres connues pour les conduire vers des solutions analogues, ou sur des terres inconnues pour découvrir des solutions nouvelles. Reste que ce discours doit être entendu ou lu. S'il est ignoré, il n'aura aucun effet ; encore que nous avons pu voir que le silence aussi avait une force conservatrice considérable et que taire des opinions ou les ignorer, contribuait aussi fortement à la modification du savoir juridique. Le discours doctrinal a donc la force qu'il veut bien s'accorder. Avec en point de mire la mission de la doctrine, on s'interrogera sur la capacité du discours doctrinal à modifier l'état des questions (SECTION 1) et sur l'empreinte qu'il peut laisser sur les solutions (SECTION 2).

Section 1

La modification de l'état des questions

Par la controverse, mais au-delà de la controverse, les interrogations doctrinales ouvrent et rouvrent les débats (PARAGRAPHE 1) que des sentences viennent clore (PARAGRAPHE 2).

PARAGRAPHE 1. QUE LA CONTROVERSE S'OUVRE !

201. La positivité des questions - Lorsque l'on consulte les ouvrages juridiques, il n'est pas rare que la doctrine marque une certaine réticence à affirmer la positivité d'une solution. En effet, lorsque des questions viennent très épisodiquement devant la Cour de cassation, l'analyse doctrinale de la solution

⁽¹⁰⁸⁸⁾ P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982, p.21.

tient compte de cette absence de répétition pour se faire plus évasive sur sa positivité. On lira par exemple qu'une solution est peut être aujourd'hui caduque dans la mesure où des solutions contraires ont émergé ⁽¹⁰⁸⁹⁾, qu'une solution est obsolète quand de grands arrêts diffusent leur généralité sur des questions connexes ⁽¹⁰⁹⁰⁾, ou que des solutions sont contestables aujourd'hui de par l'émergence de nouveaux arguments ou de nouveaux éléments qui viennent rompre l'équilibre initial du débat ⁽¹⁰⁹¹⁾.

Pour le praticien, le magistrat ou l'auteur qui cherchent à étayer une solution ou confirmer un point de vue, les formules sur la caducité, la désuétude ou l'ineffectivité d'une solution ont bien un effet puisque celles-ci ouvrent une controverse. Elles transforment la solution ancienne en solution contestable en voie de péremption. Elles déclenchent un effet de questionnement si bien que la solution incertaine n'appellera plus une solution en termes d'autorité mais en termes de conviction. Aussi, la diffusion de l'idée que la solution est incertaine contribue à renouveler une question, à la réorienter et à en reformuler les fondements. Ce pouvoir appartient à la doctrine. Chaque auteur a le pouvoir de déterminer la positivité de la question qu'il va traiter. Quand la controverse est ouverte, le discours doctrinal est alors soit purement interrogatif, soit plus franchement prescriptif. Il se dérobe moins au genre argumentatif et les auteurs s'autorisent de manière plus affirmée un style controversiste. L'ouverture du débat permet l'émergence de propositions et de raisonnements destinés à séduire les autorités habilitées ou les praticiens, le cas échéant.

En dénonçant la fragilité des solutions actuelles ⁽¹⁰⁹²⁾ ou leur caractère inexplicable ⁽¹⁰⁹³⁾, l'auteur invite-t-il son lecteur à adopter une vision plus critique vis-à-vis des solutions affirmées comme de droit positif par ailleurs. Il

⁽¹⁰⁸⁹⁾ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JOURDAIN, *Droit civil, Les biens*, 3ème éd. par P. JOURDAIN, 1995, précité, n°393, p.474 note ⁽⁸⁾ à propos de la condition de possession pour le bénéfice de l'article 2279 du Code civil. L'auteur conclut son paragraphe par le principe que la perte de la possession ferait d'ailleurs perdre au possesseur le bénéfice de l'article 2279 du Code civil, principe à l'appui duquel il cite en bas de page un arrêt (Cass. civ. 1ère, 5 octobre 1972, *JCP* 1973.II.17485 note BENABENT), qu'il fait suivre immédiatement de la remarque suivante : "cet arrêt est peut-être aujourd'hui caduc, la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère, 22 novembre 1988, *RTD civ.* 1990, p.521, obs. ZENATI) ayant dans des circonstances identiques retenu une solution contraire".

⁽¹⁰⁹⁰⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Paris, 12 janvier 1996, *Defrénois* 1996, n°61 p.756. L'auteur notait à la suite des arrêts rendus par l'assemblée plénière le 1er décembre 1995 que la solution qui faisait application de l'article 1129 du Code civil pour prohiber les clauses de variation unilatérale du taux d'intérêt dans les contrats de prêt bancaire, était depuis obsolète. Cette opinion doctrinale devait par la suite être confirmée par Cass. civ. 1ère, 9 juillet 1996, *JCP*, éd. E, 1996.II.861 note STOUFFLET.

⁽¹⁰⁹¹⁾ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 6ème éd., 1997, précité, n°456, p.269.

⁽¹⁰⁹²⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, précitée, n°189-4.

⁽¹⁰⁹³⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, précitée, p.352, n°194.

le place en situation de ne pas tenir pour acquis ce qui est décrit comme certain et, en quelque sorte, il condamne l'autorité habilitée à réaffirmer ou préciser une solution qui pouvait être jusqu'alors considérée comme évidente. Il suffit pour cela que l'auteur joigne à la question posée un attribut de complexité pour remettre en cause la qualité de la solution rendue par les juges. "Il se pourrait que le raisonnement fût moins simple. Si le trottoir continu édifié en bordure du fonds dominant avait vraiment rendu le passage impossible, si cette condition d'application du mode d'extinction consacrée par l'article 703 avait été caractérisée, il n'aurait pas été nécessaire de viser ni le changement de destination du fonds dominant, ni l'omission du passage dans le plan annexé à la demande d'autorisation de lotir, ni la volonté du fondateur du lotissement de ne pas maintenir la servitude, ni même l'existence d'une autre issue directe à la voie publique. Il n'est peut-être pas excessif de rattacher l'arrêt du 3 avril 1996 à la tendance de plus en plus accusée des juges à privilégier le fait et son appréciation. Est-il bien raisonnable de parler d'une jurisprudence ? ⁽¹⁰⁹⁴⁾".

On note ainsi que la tension entre le pouvoir des deux interprètes que sont la doctrine et la Cour de cassation opère de manière antagoniste : la Cour de cassation a le pouvoir d'imposer aux autres juridictions des solutions en faisant des questions de principe des cas résolus, et la doctrine a le pouvoir d'imposer des questions qui, en renouvelant le débat, peuvent faire de questions dont la solution semblait évidente, des cas difficiles, questions de principe relevant d'une appréciation plus haute. Ainsi la lecture de l'oeuvre doctrinale conduit à s'interroger souvent sur une narration doctrinale selon des questions posées et renouvelées, plutôt que selon une chaîne de solutions ; d'autant plus que la détermination de la positivité des solutions se fait parfois par anticipation.

202. Les prémonitions doctrinales - Si l'on s'en tient à l'idée que la doctrine n'a pas le pouvoir d'influencer directement les autorités habilitées, la réalisation des prescriptions doctrinales passe pour des prémonitions ⁽¹⁰⁹⁵⁾. Faut-il croire que la doctrine dispose d'une boule de cristal pour connaître l'avenir ou, plus

⁽¹⁰⁹⁴⁾ C. ATIAS, obs. sur Cass. civ. 3ème, 3 avril 1996, *Defrénois* 1996, n°114, p.1069 à propos de l'interprétation de l'article 703 du Code civil et de l'extinction des servitudes.

⁽¹⁰⁹⁵⁾ Ph. CONTE, note sous Cass. civ. 2ème, 23 mars 1994, *JCP* 1994, II, 22292, note 1, à propos des prémonitions du professeur GROUDEL qui avait annoncé le revirement de jurisprudence dont l'arrêt annoté constitue l'illustration ; ou encore B. ANCEL et Y. LEQUETTE, à propos d'une réflexion de Ph. FRANCESCAKIS qui "devait se révéler prémonitoire", *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1998, p.210.

sérieusement, ne doit-on pas admettre que ce qui est décrit comme acquis ou contestable par l'autorité scientifique est voué, chacun pour sa part, à la stabilité ou au changement ? Lorsque la doctrine plaide clairement en faveur du revirement de jurisprudence ⁽¹⁰⁹⁶⁾, elle dévoile son discours prescriptif de sorte qu'une fois le revirement arrivé, la prescription doctrinale ne pourra faire figure d'anticipation, mais lorsque son discours n'emprunte pas la voie du plaidoyer et demeure en apparence purement descriptif, on sera fondé à admettre la réalité d'un discours prémonitoire. Toutefois, si la thèse défendue conformément à la prescience de l'auteur n'emporte pas la conviction des juristes à venir, elle passera pour une fumeuse spéculation. La difficulté tient vraisemblablement au fait que la doctrine ne peut se limiter à une activité de diagnostic du droit positif ; on attend d'elle qu'elle soit capable - et elle se représente elle-même comme telle - de faire un pronostic du futur droit positif ⁽¹⁰⁹⁷⁾.

203. L'interrogation doctrinale - En bref, il suffit que la doctrine s'interroge pour relancer un débat qui paraissait s'être éteint. Il lui suffit parfois de souligner le caractère délicat d'une question pour que toutes les vérités affirmées par ailleurs regagnent leur rang de simple opinion ⁽¹⁰⁹⁸⁾. Ce pouvoir de susciter le débat, de maintenir les questions sous un oeil attentif et finalement de ne pas abandonner les raisonnements aux mains des évidences, est de même nature que celui qui conduit la Cour de cassation à ne pas déclasser une question de principe en un principe acquis. Par voie d'argument, les deux interprètes utilisent de manière concurrente cette faculté de questionnements mais, à la différence des juges, les auteurs peuvent donner plus facilement à leurs analyses une consistance prospective. La Cour de cassation pourra trancher cent fois la même question, la controverse doctrinale limitera toujours la portée d'une solution ou d'une notion discutée ; et plus le concept est abstrait, moins les règles légales ou les solutions prétoriennes sont susceptibles d'en maîtriser l'évolution. La nature de fonds de commerce en est une illustration étonnante.

⁽¹⁰⁹⁶⁾ L. VOGEL, "Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution", *D.* 1995, chr., p.155 ; ou encore G. DURRY, obs. à la *RTD civ.* 1968, p.152 ; *adde.*, A. BERNARD et Y. POIRMEUR, "Doctrines civilistes et production normative", in *La doctrine juridique*, précité, p.174-175.

⁽¹⁰⁹⁷⁾ Ph. JESTAZ, "À propos du nom patronymique, diagnostic et pronostic", *RTD civ.* 1989, p.270.

⁽¹⁰⁹⁸⁾ par exemple J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1988, p.528 qui souligne qu'en dépit de nombreux travaux sur la nature des restitutions, les questions qu'elle suscite restent parmi les plus délicates du droit contractuel contemporain.

"On aurait tort de penser que la discussion soit, sur ce point, définitivement close. D'une part, les auteurs se sont parfois employés à démontrer que le fonds de commerce constituait une universalité de droit. D'autre part, s'il est vrai qu'on l'assimile très souvent à une universalité de fait, du moins faut-il remarquer que le débat reste, sur ce plan, empoisonné (*) par les discussions que continue d'entretenir le concept d'universalité de fait lui-même ⁽¹⁰⁹⁹⁾". Le terme est fort mais il montre l'étendue du pouvoir de la doctrine. Son activité d'analyse lui donne le pouvoir d'affirmer son insatisfaction devant l'émergence d'une notion, d'un élément particulier de sa définition ou d'une condition d'application du texte la mettant en oeuvre, et cela sans toutefois la régenter directement. La doctrine qui a pu révéler la diversité et l'hétérogénéité de la notion de fonds de commerce a contribué par ses orientations à asseoir l'idée qu'une définition unitaire du fonds de commerce serait par trop illusoire. Aussi peut-on se demander si la constatation de cette diversité n'est pas à l'origine de la diversité elle-même. En effet, lorsque la doctrine considère qu'une notion est à contenu variable, qu'elle est erratique et mal définie, une telle assertion peut créer une situation de querelle spéculative où les uns chercheront à montrer que la notion visée par la critique constitue une donnée unitaire et acquise du droit français et où les autres en soulèveront le caractère disparate et éclaté pour inviter à une refonte du concept. On notera aussi que la question de la nature juridique de la clause pénale est loin d'être close ⁽¹¹⁰⁰⁾, que les régimes des cessions de contrôle ⁽¹¹⁰¹⁾ ou de contrat doivent être précisés ⁽¹¹⁰²⁾ et enfin que le concept français de fiducie reste à élaborer ⁽¹¹⁰³⁾.

Toutes les zones d'incertitude que les auteurs signalent sont autant de manifestation de l'emprise de la doctrine sur l'évolution du droit positif car, bien entendu, ces auteurs ne se contentent pas de souligner l'imperfection d'une règle ou la difficulté d'application d'une autre, ils prescrivent des choix. Il s'agit moins de déterminer la règle applicable positivement, cela n'est que

(*) Souligné par nous

⁽¹⁰⁹⁹⁾ LE FLOCH, *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Paris, LGDJ, 1986, n°75.

⁽¹¹⁰⁰⁾ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2ème éd., 1998, n°70, p.283-285 ; *adde* B. BOCCARA, "La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil", *JCP* 1970.I.2294 ; J. MESTRE, *obs.* à la *RTD civ.* 1985, p.372, n°4 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préface de F. Chabas, Paris, LGDJ, 1992, n°265 s., p.145 s.

⁽¹¹⁰¹⁾ Cass. com., 13 février 1990, *JCP* 1990.II.21587, note LAZARSKI ; Cass. com., 12 décembre 1995, *JCP* 1996, éd. E, II,798, note GUYON ; *D.* 1996, p.277, note PAILLUSSEAU.

⁽¹¹⁰²⁾ *Supra* n°177, note (935)

⁽¹¹⁰³⁾ P. DECHEIX, "La fiducie ou du sens des mots", *D.* 1997, chr. p.35.

du ressort du juge, mais plutôt de poser les jalons et les contraintes qui guideront les conceptions et les interprétations futures.

Pour encore illustrer la différence entre l'activité jurisprudentielle et l'activité doctrinale, le juge recherche dans le passé et le précédent les moyens de concevoir une politique prétorienne assurant la continuité de l'ordre juridique, la doctrine cherchera à devancer les solutions prétorienne en posant dès à présent des contraintes argumentatives et interprétatives qui permettront de les pressentir et de les prédire. Pour cela, les auteurs ne disposent pas, évidemment, d'un pouvoir normatif. La doctrine n'a à sa disposition que des moyens rhétoriques de contrainte. Elle en use de façon à faire émerger l'ambiguïté qui entoure un concept ou une interprétation pour mieux diriger ensuite son appréciation. Elle le fait en concevant des hypothèses imaginaires.

204. Les hypothèses imaginaires - "Pour poursuivre l'hypothèse dans toutes ses conséquences, il faut imaginer que la femme, comme usufruitière par exemple, préempte une part en nue-propriété cédée par un indivisaire. Selon la doctrine classique, voici la communauté indivisaire en nue-propriété, tandis que la femme reste usufruitière ; voici le mari exerçant, pour la communauté, toutes les prérogatives de l'indivisaire (...). D'un côté, l'exercice du droit de préemption fait entrer un tiers dans l'indivision ; d'un autre côté, l'usage par un époux d'un droit propre a fait un acquêt de communauté. La solution contredit tout à la fois l'*intuitus personae* de l'indivision, la simplification du régime des biens et le regroupement de droits réels concurrents où tendaient les articles 815-14 et suivants. L'étonnant est que la contrariété vienne de la lettre d'un texte qui, en régime de communauté, poursuit à peu près les mêmes fins.

D'où notre question : faut-il, pour respecter l'interprétation classique de l'article 1408 [du Code civil], priver de son effet ordinaire le droit de préemption de l'usufruitier ou de celui du nu-propriétaire ? Peut-on, pour mieux coordonner deux règles d'inspiration semblable, étendre la portée d'un texte dont le sens est bien fixé ? ⁽¹¹⁰⁴⁾"

La réponse est dans la question. La mise en évidence de la contradiction entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit de l'indivision conduit l'auteur à proposer contre l'interprétation stricte de l'article 1408 de "tenir

⁽¹¹⁰⁴⁾ Ph. REMY, "L'acquisition de parts indivises en nue-propriété ou en usufruit par un époux commun en biens", *JCP* éd.N, 1981.I. p.37, n°9.

pour propres, *de lege lata*, les parts indivises d'un bien dont l'époux acquéreur avait déjà en propre la nue-propriété ou l'usufruit, sauf récompense due à la communauté ⁽¹¹⁰⁵⁾. On comprend ici que la force du discours doctrinal réside dans sa capacité à résoudre une contradiction à partir de solutions données à des questions qui en pratique ne se posent pas ou peu. Mais la prospective doctrinale n'est pas qu'une pure spéculation. "Telle conséquence d'une solution consacrée paraissait de peu d'importance (...); désormais, elle devient une préoccupation majeure. Tel cas qui semblait imaginaire, pure hypothèse d'école, retient l'attention de tous et se voit reconnaître comme une réalité ⁽¹¹⁰⁶⁾". Ce travail sur l'ambiguïté, fût-il argumentatif, sert donc de moteur à la transformation de l'état des questions jusqu'à ce qu'en définitive, les opinions des auteurs intègrent le droit positif.

205. "L'ambiguïté dénoncée" - La doctrine présente la dénonciation des ambiguïtés comme étant l'une des fins du discours scientifique de manière à ce que celles-ci, une fois isolées, soient soumises à un examen dont l'objet sera la détermination d'un traitement capable de délivrer les concepts de la confusion qui les atteint ⁽¹¹⁰⁷⁾. En ce sens, M. le professeur Jamin expliquait à propos de l'arrêt Besse du 12 juillet 1991 que la Cour de cassation, si elle n'avait pas innové, avait néanmoins tranché l'ambiguïté qui résultait de la confusion entre action directe et action en responsabilité ⁽¹¹⁰⁸⁾. Cet auteur faisait également observer que cette confusion avait une origine doctrinale et dénonçait ainsi la position soutenue par M. le professeur Néret selon lequel "le sous-débiteur ne doit pas voir sa responsabilité engagée à des conditions différentes de celles qu'il aurait pu prévoir, au risque de remettre en cause "une nécessité impérieuse du droit des obligations conventionnelles : la prévisibilité" ⁽¹¹⁰⁹⁾". Fondée ou non, cette critique révèle le double usage de l'ambiguïté. On pourrait qualifier le premier de critique et le second de politique.

⁽¹¹⁰⁵⁾ Ph. REMY, *ibid.*, n°19 ; analyse reprise par G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, précité, p.383.

⁽¹¹⁰⁶⁾ C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, précité, p.64.

⁽¹¹⁰⁷⁾ par exemple P. FURET, "L'ambiguïté et l'insécurité juridique", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.446.

⁽¹¹⁰⁸⁾ C. JAMIN, *La notion d'action directe*, Paris, LGDJ, 1991, n°285.

⁽¹¹⁰⁹⁾ J. NERET, *Le sous-contrat*, précité, n°378, p.272.

206. L'usage critique de l'ambiguïté - Dans son utilisation descriptive, la dénonciation de l'ambiguïté permet de repérer les points délicats et les difficultés d'entendement des termes d'un débat : lorsque, par exemple, sont joints des concepts dont les acceptions seraient *a priori* irrelevantes. Ce type d'ambiguïté purement sémantique peut être levé par recours à d'autres concepts mieux à même de dissiper la contradiction. La mise au jour de l'ambiguïté ne sert ici qu'à éclaircir ce qui pouvait l'être par l'intervention d'un nouvel élément pertinent.

Plus importante est l'utilisation rhétorique de l'ambiguïté, mais l'on fera observer tout d'abord que cette seconde manière d'aborder une question peut parfois se confondre avec la première puisque l'argument d'ambiguïté a pour but d'écarter une solution pour en affirmer une autre. En tout état de cause, l'ambiguïté juridique participe de procédés rhétoriques de description et de prescription dont l'objet est l'énonciation des problèmes juridiques et de leurs réponses ⁽¹¹⁰⁾. Comme les arguments utilisant les mythes et les tabous, pour les dénoncer ou pour les hypostasier, la rhétorique de l'ambiguïté sert un discours oeuvrant à déloger une idée reçue ou à réaffirmer un principe acquis. Mais au-delà du seul aspect argumentatif, il y a matière à penser que l'ambiguïté pourrait être une fonction de passage d'une solution positive à une autre.

207. L'opération de disqualification - La présence dans le discours doctrinal d'une rhétorique de disqualification de la thèse adverse est somme toute courante et ne doit pas surprendre puisque le commentateur est censé apprécier la consécration d'une thèse. Il est cependant des formules qui retiennent l'attention plus que d'autres. Ainsi observera-t-on que, pour M. le professeur D. R. Martin, un motif surabondant est suspect ⁽¹¹¹⁾ et doit éveiller la curiosité critique du commentateur. L'arrêt commenté par cet auteur concernait un problème plutôt insolite puisqu'il s'agissait de connaître le statut propre ou commun du franc symbolique. En l'espèce, l'acquéreur de parts sociales non négociables pour un franc symbolique tentait de se délier de son engagement (qui comportait accessoirement la substitution à un cautionnement bancaire souscrit par le cédant) en plaidant pour le statut commun du franc payé. L'épouse qui n'avait pas été dûment informée de

⁽¹¹⁰⁾ Comp. Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, Tome 1, Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil, Paris, Rousseau, 2ème éd., par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 1934, p.177.

⁽¹¹¹⁾ D. R. MARTIN, note sous Cass. civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, p.401 ; égal. C. ATIAS, obs. sur Cass. civ. 3ème, 3 avril 1996, *Defrénois* 1996, n°114, p.1069.

l'opération engageant le franc commun, pouvait ainsi demander au profit de son mari l'annulation de la cession conformément à l'article 1832-2 du Code civil. Alors que la présomption de communauté semblait donc imposer la qualification de bien commun, la Cour de cassation ignora la discussion sur la qualification du franc pour lui dénier purement et simplement le caractère patrimonial eu égard à sa nature symbolique. Contournant l'obstacle, la Cour de cassation considérait que "la somme purement symbolique d'un franc ne constituait pas une valeur patrimoniale dont il y aurait lieu de déterminer le caractère propre ou commun" et qu'ainsi, l'acquéreur n'avait "employé aucun bien commun pour acquérir les parts litigieuses, puisqu'il s'est borné à souscrire seul un acte de caution qui n'engageait que ses biens propres et ses revenus et enfin que l'article 1832-2 du Code civil était sans application en l'espèce".

Réfléchissant sur la qualité symbolique du franc payé, le commentateur de l'arrêt montrait en quelques mots la faiblesse du raisonnement des juges pour éclairer la question et la déplacer sur un terrain qu'il considérait moins ambigu. L'examen critique reformulait les cheminements possibles pour disqualifier le raisonnement tenu par la Cour de cassation. Selon M. Martin, la contradiction invalidante tenait à l'enchaînement des propositions. Si le franc symbolique n'a aucune valeur patrimoniale, quelle est la contrepartie de l'engagement du cédant puisqu'il est supposé y en avoir une ? Ce ne peut être que la substitution de cautionnement. La Cour de cassation le tait. En quoi le mari n'engagerait-il alors que ses biens propres et ses revenus (qui au demeurant sont communs lorsqu'il s'agit de gains et salaires) ? On ne peut répondre à cette question puisque le raisonnement qui mène à la solution est assis sur une contradiction. L'auteur du commentaire terminant son travail de disqualification, condamne le raisonnement simpliste dans lequel la Cour s'est "abîmée" pour montrer qu'autrement posée, la question recelait une dimension non explorée. La véritable difficulté résidait "moins dans l'incidence matrimoniale du cautionnement que dans le caractère éventuel de son exécution : le franc symbolique dissimulait le piège d'une dette conditionnelle que nul, en l'espèce, n'a su déceler".

Cet exemple illustre un procédé rhétorique dont la finalité est de montrer que le problème est mal posé. Il est suggéré au lecteur d'abandonner la lecture du principe de l'arrêt pour s'en tenir à l'énoncé de la question. Première garantie d'une bonne justice, comprendre les problèmes, leurs tenants et leurs aboutissants avant d'énoncer des solutions. Ce pouvoir de reformulation

doctrinale du problème, dont l'autorité judiciaire use de manière plus réduite par la substitution de motifs⁽¹¹¹²⁾ ou *l'obiter dictum*, donne une force considérable à la critique parce qu'il concerne non pas la solution apportée, mais la compréhension même de la question. En effet, ce n'est pas la réponse qui *a priori* est en cause, mais la façon dont le degré de difficulté du cas a été compris.

Profitant de la croyance selon laquelle le problème juridique a une solution et une seule, la doctrine utilise la symétrie du couple question / réponse pour condamner la solution énoncée sans la contester directement. La disqualification de la solution résonne alors en amont de l'interprétation des règles, au moment où le problème sort des faits. Ce procédé rhétorique consiste à discuter l'énoncé de la question comme si l'on pouvait parvenir à une formulation si limpide qu'une solution évidente surgirait de la question même, pour conclure néanmoins que "la question n'est pas là.(...) La solution n'est pas convaincante - la technique juridique si fine soit-elle a ses limites⁽¹¹¹³⁾". Ce genre de raisonnement entretient le débat - certains diront l'insécurité - mais le fait est que, lorsque le débat se déplace vers l'opportunité politique de la solution⁽¹¹¹⁴⁾, la question reste difficile et l'insatisfaction doctrinale demeure un frein à la reconnaissance de l'évidence de la règle.

Par là, la doctrine fait écho à l'idée ancienne qui veut que l'interprétation ne doit commencer qu'avec l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. C'est elle simplement qui détient les outils conceptuels permettant d'affirmer que la loi est obscure ou insuffisante. Si le juge ne doit pas prétexter l'obscurité du texte, c'est la doctrine qui par ses écrits en éclaire la lettre et permet de savoir si l'interprétation judiciaire était ou non prétexte. Plus franchement, la doctrine permet l'émergence des questions qui feront évoluer un débat et ses éléments.

208 Une solution devenue contestable - Il suffit en effet de suggérer que les conditions d'émergence du concept positivement utilisé ont changé pour rendre admissible le réexamen de la pertinence de la solution apportée. Il est par exemple courant de lire que le gérant de l'affaire ne peut valablement

⁽¹¹¹²⁾ E. PRIEUR, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Paris, Economica, 1986.

⁽¹¹¹³⁾ Ph. DELEBECQUE, obs. sur Cass. civ. 1ère, 6 janvier 1994, *D.* 1994, somm., p.208.

⁽¹¹¹⁴⁾ S. PIEDELIEVRE, note sous Cass. civ. 1ère, 3 juin 1997, *Deffrénois* 1998, p.125 à propos de l'obligation faite au banquier de consentir un prêt épargne logement à son client au terme du plan d'épargne, et ce en dépit de sa situation financière : "Pourtant la solution, donnée par cet arrêt du 3 juin 1997, indiscutablement, risque parfois de placer les banquiers dans des situations difficiles, voire des impasses" [souligné par nous].

introduire une action en justice pour le compte du maître, mais certains auteurs considèrent néanmoins que cette solution dominante est "aujourd'hui contestable du fait du raccourcissement des délais pour agir dans de nombreux domaines ⁽¹¹¹⁵⁾". Ce genre de réflexion permettra de justifier rétrospectivement l'éventuel revirement comme une évolution prévue de la nature et du régime de la gestion d'affaires.

209. La solution inexplicable - Prétendre que la solution est inexplicable n'est pas pour la doctrine un aveu de faiblesse, au contraire, puisque cela consiste à obscurcir la solution dégagée pour en faire ressortir le caractère ambigu et critiquable ⁽¹¹¹⁶⁾ et ensuite prescrire un changement de cap, ou une distinction. Il y a dans l'inexplicable quelque chose qui par définition ne peut être énoncé ni retenu comme valablement pertinent ; c'est donc vers une autre solution, explicable celle-là, qu'il faudra se tourner pour simplement pouvoir décrire le droit positif. On comprend ici le mouvement prescriptif de la description doctrinale. Dès lors qu'elle ne se contente pas de paraphraser la décision, la glose doctrinale interprète la solution pour lui donner ou lui retirer sa substance. La précaution discursive consistant à montrer que la solution prétorienne peut être critiquée joue un double rôle. D'une part, elle laisse l'autorité doctrinale en retrait du pouvoir de faire la norme tout en lui maintenant son statut de gardien de la cohérence ou de la clarté des énoncés ; d'autre part, une fois admis le caractère ambigu ou inexplicable de la solution, la porte est ouverte, en toute neutralité, pour la prescription doctrinale, une prescription qui peut conduire soit à une simple reformulation d'une question en faisant intervenir des éléments nouveaux ou en réordonnant les arguments déjà présents selon des valeurs différentes, soit à l'énonciation d'une solution particulière.

210. L'usage politique de l'ambiguïté - Lorsqu'un texte est considéré comme ambigu, il est le plus souvent dénoncé comme tel mais les auteurs avouent parfois que la plasticité du langage et son corollaire, l'ambiguïté sémantique, pourraient avoir un effet positif pour permettre l'adhésion du corps social à des réformes impalpables pour le non-initié. En ce sens, Perelman, et Tarde

⁽¹¹¹⁵⁾ A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 5ème éd., 1995, précité, p.228.

⁽¹¹¹⁶⁾ par exemple G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, précitée, p.352, n°194. L'auteur qualifie d'"assez inexplicable - et donc critiquable" la solution qui consiste à sanctionner au moyen de la responsabilité délictuelle l'abus d'un droit issu du contrat lui-même.

avant lui ⁽¹¹¹⁷⁾, avaient admis que "l'un des usages positifs de la plasticité du lexique du vocabulaire juridique [était] de permettre au juge de juger, en l'absence même de loi adaptée aux cas à traiter, et de rendre ainsi, de ce fait, moins brutales les modifications du droit en favorisant les évolutions sémantiques insensibles. Et donner le sentiment de la continuité du droit est en général socialement utile ⁽¹¹¹⁸⁾".

Ce qui justifie la présence de l'ambiguïté parmi les arguments doctrinaux, c'est ce que certains nomment "l'usage intentionnel et métaconscient de l'ambiguïté ⁽¹¹¹⁹⁾". Elle est entretenue pour ne pas avoir à s'expliquer en profondeur sur les mobiles ou les motifs qui guident l'argumentation ou la solution ⁽¹¹²⁰⁾. La richesse poétique et politique de l'ambiguïté permet en quelque sorte l'adhésion par le flou, et ce en dépit de la technicité et de la précision du langage juridique ⁽¹¹²¹⁾. Très difficilement décelable, l'usage politique de l'ambiguïté conduit à n'utiliser les éléments formels d'un débat que pour mieux les ignorer.

La voix doctrinale de la Cour de cassation ne reconnaîtra jamais qu'elle utilise volontairement l'ambiguïté des textes ou des concepts pour prescrire des solutions différentes dans des situations identiques et faire ainsi évoluer le droit prétorien ⁽¹¹²²⁾. La doctrine peut, elle, faire preuve de plus d'honnêteté intellectuelle. "L'article 1150 [C. civ.] nous semble précisément un instrument idéal pour fonder une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts contractuels car la notion de dommage imprévisible est suffisamment floue pour permettre pratiquement toutes les interprétations ⁽¹¹²³⁾". Mme le professeur Viney invite ainsi ses lecteurs à oeuvrer pour que le juge judiciaire se saisisse de l'indétermination de la notion de dommage imprévisible et fasse du pouvoir modérateur accordé par l'article 1152 al.2, un pouvoir général d'appréciation de l'indemnité due en cas d'inexécution, pouvoir gouverné selon une politique judiciaire prédéfinie. Déjà, quelques années auparavant, M. le professeur Cornu plaidant pour la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire modérateur de l'application des clauses pénales écrivait : "Au législateur seul de dire si l'assainissement de l'économie peut résulter de la domestication du

⁽¹¹¹⁷⁾ A. BOUVIER, *L'argumentation philosophique*, précité, p.144-145.

⁽¹¹¹⁸⁾ Ch. PERELMAN, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, 4ème éd., 1984, précité, p.185.

⁽¹¹¹⁹⁾ A. BOUVIER, *L'argumentation philosophique*, précité, p.143

⁽¹¹²⁰⁾ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, précité, p.250.

⁽¹¹²¹⁾ comp. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, précité, n°226 et son illustration.

⁽¹¹²²⁾ La doctrine n'y manque pas ; A. BENABENT, note sous Cass. civ. 1ère, 3 février et 8 décembre 1993, *D.* 1994, p.248.

⁽¹¹²³⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, Paris, LGDJ, 1988, p.441.

droit par le plus fort. Mais qui voudrait reprocher au juge de chercher en conscience, à tempérer la loi d'airain de la clause pénale ? Il faut la "désacraliser", lorsqu'elle est manifestement abusive. Comme dit la sagesse populaire, "trop c'est trop" ⁽¹¹²⁴⁾. D'autres auteurs vont à rebours des précédents pour dénoncer les ambiguïtés créées sur le droit des sûretés par les réformes des procédures collectives et vont argumenter en conséquence : "L'influence de la conception française nouvelle des procédures collectives est délétère pour les sûretés, et au-delà pour le crédit et les activités professionnelles en général. La loi du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire est venue organiser les conséquences fâcheuses d'un parti pris malsain : sauver les canards boiteux ⁽¹¹²⁵⁾".

Au fond, trancher une ambiguïté ne consiste pas à trouver ou à déterminer un sens parmi plusieurs. Il s'agit de prendre parti sur un mode de description d'une réalité ou d'un concept. Si l'on dit que la Cour de cassation a rendu un arrêt ambigu, ce n'est pas tant l'énoncé polysémique ou plurivoque qui pose problème que le pouvoir normatif de la juridiction suprême. Constaté son absence ou isolé sa présence ne dit rien sur le contenu sémantique de l'ambiguïté, sinon que l'auteur adopte ou n'adopte pas le mode de description utilisé par celui dont il analyse la position.

Le dernier lieu du pouvoir de la doctrine n'est pas le moindre. Il lui permet d'affirmer que la controverse est close.

PARAGRAPHE 2. QUE LA CONTROVERSE SOIT CLOSE !

211. Formules - Par des proclamations solennelles, la doctrine épure l'état des questions de ses controverses résolues. On lit ainsi que telle question a été résolue par la loi ⁽¹¹²⁶⁾ ou tranchée par la jurisprudence ⁽¹¹²⁷⁾, que telle autre est

⁽¹¹²⁴⁾ G. CORNU, obs. à la *RTD civ.* 1971, p.167 ; *adde*, A. BERNARD et Y. POIRMEUR, "Doctrines civiliste et production normative", in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p.127 (p.168).

⁽¹¹²⁵⁾ M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 2ème éd., 1993, précité, n°8, p.9.

⁽¹¹²⁶⁾ parmi tant d'exemples, F. TERRE et Ph. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 1994, p.535, à propos de l'attribution à titre onéreux de biens propres du conjoint, question *heureusement résolue par la loi du 13 juillet 1965*.

⁽¹¹²⁷⁾ L'arrêt est dans tous les sens du terme, quand la décision commentée doit être saluée pour mettre "un terme à une dispute jurisprudentielle et doctrinale vieille de plus de soixante ans, (...) une controverse, heureusement close par l'arrêt rapporté", M. BEAUBRUN, note sous cass. civ. 1ère, 29 avril 1985, *D.*1986, p.365 à propos de l'interprétation de l'article 1391 du Code civil et de la "clause commerciale". Et pourtant, le doyen GENY notait déjà sous l'arrêt *Crémieux* de la Cour de cassation du 11 janvier 1933, S.1933.1.161 que

désormais périmée ⁽¹¹²⁸⁾ et le contentieux est totalement épongé ⁽¹¹²⁹⁾. Souvent, c'est le travail propre de la doctrine qui est ainsi récompensé. Telle controverse est close par la solution que la majorité de la doctrine avait dégagée ⁽¹¹³⁰⁾; l'expression prétorienne d'une solution n'est alors que la réalisation d'un vœu de la doctrine ⁽¹¹³¹⁾. Réunissant autorité doctrinale et pouvoir normatif, l'intensité des solutions ainsi posées est si forte qu'il n'y a d'autre issue que de s'incliner ⁽¹¹³²⁾. Faut-il voir dans ces formules la manifestation d'une main mise de la doctrine sur la destinée des controverses? Non, sans doute, mais lorsque la doctrine écrit que la controverse est close, elle met en jeu son autorité et dévoile son pouvoir. Que la controverse soit close ou non importe peu au fond, l'écrit doctrinal fait parfois ce qu'il décrit.

En silence, les synthèses doctrinales qui, n'égrenant que des solutions, ignorent la manière dont les questions se sont posées, donnent l'illusion de la permanence des solutions décrites. De même, les commentaires qui feignent d'ignorer les opinions dissidentes, créent une unité par défaut qui entrave la recherche de solutions possibles. Lorsque la doctrine ne rend pas compte d'une difficulté en ne décrivant pas une opinion dissidente ou une solution différente, elle use de son autorité pour écarter sans discussion toute évolution de la compréhension des questions. Mais, si la doctrine n'a pas le pouvoir de poser une norme authentique, elle a celui de déplacer les questions.

212. Le déplacement des questions - Mais "alors qu'on pouvait croire définitivement résolue par plusieurs arrêts intervenus en 1991 et 1992 la question du fondement du recours entre codébiteurs tenus envers la victime sur le fondement des dispositions de la loi du 5 juillet 1985, l'arrêt commenté

cette décision venait trancher définitivement la question controversée et lui apporter une solution nette et formelle.

⁽¹¹²⁸⁾ G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université Mac Gill, 1986, p.35; A. PERDRIAU, note sous cass. com., 31 janvier 1995, *JCP* 1995.II.22385.

⁽¹¹²⁹⁾ G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, précité, p.217.

⁽¹¹³⁰⁾ A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, 7ème éd., 1995, précité, n°593 note ⁽⁹⁾: "Le nouvel article 1405 a mis fin aux controverses, en faisant sienne la solution qui avait les faveurs de la doctrine majoritaire".

⁽¹¹³¹⁾ J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1994, p.97-98: "Cette solution paraît bien ainsi définitivement acquise (...) Ainsi la Cour de cassation rejoint-elle les vœux de la doctrine qui avait souhaité que soit assurée une certaine unité dans l'appréhension de la notion de clause abusive".

⁽¹¹³²⁾ J. MASSIP, obs. sur Cass. civ. 1ère, 4 mai 1994, *Deffrénois* 1994, p.1442 "La présente affaire tourne, une fois encore, autour de l'article 334-9 du Code civil, texte qui a donné lieu à de vives controverses doctrinales avant que la Cour de cassation n'en retienne l'interprétation dite "a contrario", unanimement admise aujourd'hui en jurisprudence et devant laquelle la doctrine s'est inclinée".

nous rend perplexe ⁽¹¹³³⁾". C'est cette perplexité qui maintient la solution posée par l'interprète authentique sous le feu des critiques. Tant que la doctrine n'aura cessé de critiquer, la controverse ne sera pas close ; et inversement la question ne sera résolue qu'au moment où les critiques auront cessé. Mais en fait de solution acquise, la question se déplace ⁽¹¹³⁴⁾. "La controverse est close" signifie au mieux l'arrêt du besoin d'argumenter sur le point en question, ce qui ne veut pas dire que la discussion s'arrête dans le domaine où la solution a émergé ⁽¹¹³⁵⁾. La Cour de cassation affirme que les servitudes sont incompatibles avec la copropriété, on inventera des obligations réelles *ad hoc* ; on croit la question réglée par l'arrêt mais la pratique révèle que le problème est ailleurs. Les controverses ne peuvent se clore mais le discours doctrinal use de ces sentences pour régénérer une question ancienne ; la doctrine en use aussi pour affirmer son influence et laisser sa trace. Inspiratrice de la question, elle souffle la solution.

Section 2

L'empreinte de la doctrine

213 Influence - Revenons à ce qu'écrivait Planiol : "La doctrine joue dans la science du droit à peu près le même rôle que l'opinion publique en politique, et ce rôle est considérable ; c'est elle qui donne l'orientation ; elle prépare de loin beaucoup de changements de législation et de jurisprudence, par l'influence de l'enseignement. Même quand elle est fixée, la doctrine ne constitue pas une source du droit comme la jurisprudence, parce que les commentateurs ne possèdent aucun pouvoir de contrainte. Cependant, c'est dans leurs livres, c'est par leur enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et que l'on appelle *tradition* ⁽¹¹³⁶⁾".

Affirmer que la doctrine maîtrise purement et simplement la positivité des solutions serait en faire une source patentée or, si les moyens de la doctrine

⁽¹¹³³⁾ H. GROUDEL, note critique sous Cass. civ. 2ème, 14 janvier 1998, *D.* 1998, p.174.

⁽¹¹³⁴⁾ v. J. MESTRE, obs. sur Bordeaux, 11 juillet 1986 et Cass. com., 6 janvier 1987, *RTD civ.* 1987, p.742.

⁽¹¹³⁵⁾ A. BOYER, "De usu argumentorum", *Argumentation et Rhétorique*, Hermès 15, CNRS, 1995, p.27

⁽¹¹³⁶⁾ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, Paris, Pichon, 5ème éd., 1908, p.47, n°127.

sont grands pour créer et orienter un débat, elle ne paraît pas en mesure de le figer par la fixation d'une solution. Le discours doctrinal peut-il donc modifier les solutions positives ? Difficile de ne pas voir là autre chose qu'une question à réponses multiples. D'une part, fournissant des opinions, des propositions et des explications, le discours doctrinal modifie (ou altère, ou érode) les modes de compréhension des rapports entre la réalité observée et les éléments intellectuels positivement destinés à la constater. La doctrine modifie le rapport entre factualité et validité en l'utilisant. Mais cela ne fait pas pour autant de la théorie du droit ou du discours doctrinal une source du droit positif ⁽¹¹³⁷⁾.

La doctrine n'est pas une source du droit mais nombreux sont les domaines où l'on ne peut se passer d'elle en tant que source documentaire. Et puis, dire que "la doctrine n'est pas capable de modifier le droit positif" suppose que l'on puisse expliquer pourquoi une prophétie doctrinale s'est néanmoins réalisée ⁽¹¹³⁸⁾. Dire que "la doctrine fait le droit positif" suppose que l'on puisse expliquer pourquoi une autre prédiction a été oubliée. Ces deux conjectures sont situées sur des perspectives différentes. D'un point de vue positiviste, il n'y a pas de pensée juridique. D'un point de vue jusnaturaliste, la doctrine est la source même du droit. En termes de "sources", le statut de la doctrine est nécessairement ambigu, chaque perspective ne prêtant pas la même signification à "source du droit".

Cependant, les théories deviennent réalités ; les théories défont les hypostases ; les hypostases passées intègrent l'histoire des idées. C'est bien le problème de l'histoire du droit privé. Sur deux siècles, il apparaît clairement un partage d'influence sur la formation de la pensée juridique entre les universitaires, la pratique notariale, les magistrats et les praticiens du Palais. Mais que l'influence des auteurs sur le droit prétorien ait existé, ne permet pas d'en connaître la teneur. L'influence de la doctrine se révèle à plusieurs moments de la formation des règles de droit. Premièrement, par un discours qui ne réduit pas le droit à la loi, ni même aux règles positives, la doctrine utilise la nature des choses cumulativement à des postulats positivistes. Deuxièmement, par un discours politique, la doctrine, revêtue d'une robe aux hermines de neutralité, délivre des commandements scientifiques, soit en réclamant l'intervention du législateur comme s'il s'agissait d'un

⁽¹¹³⁷⁾ v. M. VAN DE KERCHOVE, "L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone", in KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1ère éd., 1953, rééd. 1988, précité, p.225.

⁽¹¹³⁸⁾ J. GHESTIN, "La prophétie réalisée", *JCP* 1976.I.2786.

chirurgien ⁽¹¹³⁹⁾, soit en invitant le juge à utiliser sa situation pour donner aux interprétations les accents d'une politique prétorienne ⁽¹¹⁴⁰⁾. Troisièmement, les grands auteurs, ceux qui ont posé leur empreinte sur deux siècles de commentaires, ont presque tous de près ou de loin assuré des fonctions politiques ou institutionnelles inséparables de leur activité scientifique.

Tenant pour infiniment complexes les rapports que la doctrine entretient avec les autres interprètes, l'analyse du discours doctrinal doit nous permettre de comprendre comment des représentations mentales du système normatif, des intuitions ou des sentiments de justice, parviennent à s'imposer comme des réalités et comment d'autres n'ont qu'un succès limité. Troplong dont les positions furent consacrées à plus d'une occasion, s'étonnerait toujours que "le temps ayant mûri la question, cette idée si simple, [qui faisait du droit du locataire ou du fermier un droit réel autonome, n'ait pu] vaincre la routine ⁽¹¹⁴¹⁾". Des auteurs auront vu consacrées leurs théories avec le temps par le législateur ou la Cour de cassation, s'estimant d'ailleurs plus ou moins compris ⁽¹¹⁴²⁾, ou totalement incompris ⁽¹¹⁴³⁾, d'autres se seront vu attribuer la paternité d'une solution ⁽¹¹⁴⁴⁾, d'autres enfin auront à tel point marqué les solutions consacrées que des formules entières de leurs traités seront reprises

⁽¹¹³⁹⁾ "En définitive, l'intérêt essentiel de la décision rapportée est qu'il ait fallu la rendre. L'importance du contentieux que l'action directe du substitué en douane continue de susciter en dépit de la fermeté de la Cour suprême, montre que les plaideurs ne désarment pas. Puisque l'abcès se fixe sur ce point, il faudra bien se résoudre à opérer", M. REMOND-GOUILLOUD, obs. sur Cass. com., 19 mars 1991, *D.* 1992, somm. p.81.

⁽¹¹⁴⁰⁾ G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, 2ème éd., 1988, précité, n°333, p.441 : "Il n'est pas impossible en effet que certaines exagérations commises dans l'application du principe de réparation intégrale ne conduisent pas les tribunaux à redécouvrir et à lui insuffler une nouvelle vigueur comme instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts (...) L'article 1150 nous semble précisément un instrument idéal pour fonder une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts contractuels car la notion de dommage imprévisible est suffisamment floue pour permettre pratiquement toutes les interprétations (...)"; ou encore pour dénoncer le dévoiement de l'interprétation, L. JOSSERAND, note critique sous Cass. req., 25 octobre 1925, *D.* 1926, concl. CELICE, p.9 : "La cour de cassation et certaines cours d'appel arrivent à ce résultat grâce à une interprétation inattendue de l'article 1646 du Code civil, formule assez ambiguë il faut le reconnaître, dont on peut tirer, en la sollicitant adroitement, des résultats plus ou moins substantiels" [souligné par nous].

⁽¹¹⁴¹⁾ A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, 1989, p.250 ; pour un contre exemple, Aix, 15 février 1996, *RRJ* 1996-3, p.1056, note ATIAS.

⁽¹¹⁴²⁾ Comparer par exemple, Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, *D.* 1995, p.145, rapport Y. CHARTIER, et la note de F. DERRIDA. Voir également F. DERRIDA, "Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de communauté légale", *Mélanges A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p.153 ; "La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis à une procédure de redressement-liquidation judiciaires : bilan", *D.* 1997, chr. p.117.

⁽¹¹⁴³⁾ pour le célèbre article de M. le doyen CARBONNIER, "La question du divorce, mémoire à consulter", *D.* 1975, chr., p.115, in *Essai sur les lois*, 1979, précité, p.119.

⁽¹¹⁴⁴⁾ D. MAZEAUD, obs. sur Paris, 12 janvier 1996, *Defrénois* 1996, p.756 qui attribue à M. le professeur AYNES la paternité de la nouvelle solution de 1995 relative à l'indétermination du prix.

mot pour mot par la Cour de cassation ⁽¹¹⁴⁵⁾. Cela illustre l'idée que l'hypostase naît du discours argumentatif et comme le montre M. R. Perez-Perdomo, "le jeu de l'argument d'autorité consiste à faire que l'idée défendue s'impose comme une évidence (censée être irréfutablement démontrée) en rendant certain le probable. Ce qui compte n'est pas tant le raisonnement mené par le locuteur que la façon dont l'évidence s'impose à l'auditeur ⁽¹¹⁴⁶⁾".

Le discours juridique pratique habilement cette rhétorique de l'hypostase et devient politique quand l'argument d'autorité conforte la permanence des solutions juridiques et la stabilité des valeurs consacrées par le système ⁽¹¹⁴⁷⁾. Lorsque les représentations théoriques de la continuité, de la sécurité, de l'autonomie des branches du droit, de l'unité de la théorie générale des obligations et même de l'unanimité de la doctrine viennent à se confondre avec ce qu'un *auditoire universel* pourrait désigner par réalité, elles deviennent réalité. Sont-elles pour autant indépendantes des sujets connaissants ⁽¹¹⁴⁸⁾, sont-elles des représentations objectives ? Bien sûr que non. "L'épistémologie démontre aujourd'hui que ce qui est connu n'est jamais totalement indépendant de celui qui connaît, de la façon qu'il a de connaître, de ses convictions et de sa démarche intellectuelle ⁽¹¹⁴⁹⁾". Notre droit voit dans le fonds de commerce une réalité incorporelle alors que d'autres droits ignorent ce concept. Mais une fois hypostasiée, la représentation théorique autorise une réflexion qui se veut *ontologique* sur le concept devenu réalité. On lira ainsi que la clientèle est l'élément *essentiel* du fonds de commerce, quitte parfois à la considérer comme virtuelle ⁽¹¹⁵⁰⁾. Toutes les contre-épreuves

⁽¹¹⁴⁵⁾ Y. LEQUETTE, "L'influence de l'oeuvre d'Henri Battifol sur la jurisprudence française", *Travaux du comité français de droit international privé, Année 1991-1992*, Paris, Pédone, 1994, p.37 : "La théorie de la localisation que [Battifol] développe dans son fameux ouvrage, dès 1938, lui permet de concilier la liberté de choix laissée aux parties avec la nécessaire autorité de la loi. Elle sera consacrée mot pour mot par l'arrêt Mercator : "si la localisation dépend de la volonté des parties, c'est au juge qu'il appartient après avoir interprété souverainement leur commune intention quant à cette localisation de déduire de celle-ci la loi applicable" [souligné par nous], v. Cass. civ. 1ère, 5 mars 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p.576 obs. H. BATTIFOL.

⁽¹¹⁴⁶⁾ R. PEREZ PERDOMO, "L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique", *APD* 1972, p.234.

⁽¹¹⁴⁷⁾ F. OST, "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, p.136.

⁽¹¹⁴⁸⁾ VONGLIS, *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey, 1968 : "L'hypostase d'une auctoritas signifie qu'elle ne dépend plus de la dignité de la personne en soi, mais qu'elle est fonction de la place occupée par cette personne. Dans un sens général, on peut parler d'auctoritas hypostasiée lorsqu'il s'agit d'une auctoritas qui ne dépend pas exclusivement de la valeur de l'auctor ou qu'on essaie de fixer dans le temps par n'importe quel moyen extérieur" cité par R. PEREZ PERDOMO, "L'argument d'autorité ...", précité, p.236 note 2.

⁽¹¹⁴⁹⁾ C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, précité, n°85, p.166.

⁽¹¹⁵⁰⁾ La doctrine avait approuvé la jurisprudence dite des "pompistes de marque" qui rappelant l'exigence d'une clientèle réelle et certaine avait affirmé que la clientèle d'une station service dont l'exploitation n'avait pas encore commencé était bien réelle ; v. Cass. com., 27 février 1973, *Defrénois* 1973, p.1016, note VIATTE ;

factuelles sont rangées parmi les exceptions nécessaires jusqu'à ce qu'émerge une contre-représentation qui deviendra réalité à la place de la réalité.

La doctrine donne sa pleine mesure lorsque faisant preuve d'imagination, elle interroge ce qui paraît acquis. Les juristes fabriquent et dénoncent des orthodoxies, cela fait partie de la science du droit. C'est en quelque sorte ce qui unit les contraires ; tous sont persuadés de détenir une mesure de la vérité ⁽¹¹⁵¹⁾. Mais les mythes juridiques régurgitent dans le public des monstres que les juristes ont du mal à dominer, qu'ils dominent néanmoins au prix de constructions que leurs successeurs qualifieront de spéculatives, parce qu'eux-mêmes, en but à d'autres monstres lutteront pour définir l'objet de leur lutte. Que l'on pense à l'"obligation de bonne foi" ⁽¹¹⁵²⁾ ou à l'"économie du contrat" ⁽¹¹⁵³⁾, la lutte pour le droit, pour la jurisprudence, les projets de définition de l'objet droit se heurtent depuis si longtemps aux tabous, aux non-dits, aux mythologies conceptuelles qui se cachent sous des formules à la mode, qu'une sorte d'attitude fataliste prévaut parfois. À quoi bon dénoncer le mythe de l'adaptation du droit au fait, il est avéré ⁽¹¹⁵⁴⁾ ; à quoi bon dénoncer le mythe de la théorie générale du contrat, il satisfait la pensée dominante, à quoi bon élever le débat, à quoi bon le rendre subversif - pourquoi pas ? ⁽¹¹⁵⁵⁾ - puisque les arguments pragmatiques ramènent les juristes au concret et laissent les spéculateurs dans leurs sphères éthérées. Les constructions intellectuelles qui façonnent les conceptions savantes et les perceptions plus maigres, plus rudimentaires de l'activité des juristes diffusent toujours des représentations décalées. Vouloir définir un droit qui collerait aux desseins de la pratique serait illusoire, mais le droit serait-il autre chose qu'une illusion ? Et l'empreinte de la doctrine ne serait-elle pas qu'éphémère ?

JCP 1973.II.17403, note A. S. ; *D.* 1974, p.283, note DERRUPE ; *adde* B. LASSALLE, "Question sur la création du fonds de commerce : la jurisprudence dite des "pompiers de marque"", note sous *Aix*, 4ème ch., 13 octobre 1994, *Bull. Aix*, 1994-2, p.36.

⁽¹¹⁵¹⁾ R. NERSON, "La volonté de contracter", *Mélanges Secrétan*, Lausanne, 1964, p.221 : "... sur le terrain scientifique, il est toujours nécessaire de défendre les théories que l'on croit plus vraies ou plus simples que celles reconnues par l'orthodoxie".

⁽¹¹⁵²⁾ Cass. civ. 1ère, 6 décembre 1994, *RGAT* 1995, n°1, p.58, note KULLMANN.

⁽¹¹⁵³⁾ J. MESTRE, obs. à la *RTD civ.* 1996, p.901-904 : "cette notion d'économie du contrat est de nature à bouleverser les solutions de droit les plus éprouvées (...). Introduire la notion, nécessairement subjective et floue, d'économie du contrat serait donc, à notre sens, sacrifier à l'air du temps l'impératif si fondamental de sécurité contractuelle en ouvrant la porte aux solutions les plus inattendues".

⁽¹¹⁵⁴⁾ C. ATIAS et D. LINOTTE, "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *D.* 1977, chr., p.251.

⁽¹¹⁵⁵⁾ rapp. M.-L. ISORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.53 qui emprunte le terme "subversif" à J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1970, n°122, p.119.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE "LA PERMANENCE DU DESIR DOCTRINAL DE TRANSFORMATION".

214 La force des questions - Dénoncer un mythe pour préserver une illusion, c'est parfois le sens de l'argumentation doctrinale. La question des souvenirs de famille illustre encore la difficulté des juristes à concevoir des qualifications monolithiques : la qualification de copropriété familiale assortie d'un dépôt pourrait s'avérer satisfaisante ⁽¹¹⁵⁶⁾, mais certains dénonceraient à leur tour le caractère mythique de la propriété familiale ; les souvenirs de famille permettraient-ils la constitution d'une fondation privée qu'on soulignerait son irréalité et l'illusion que ferait naître une telle conception ⁽¹¹⁵⁷⁾. Au vrai il est curieux que les auteurs aiment à s'interroger sur la mythologie ou la réalité des institutions qu'ils étudient. " Mythe ou réalité ? " Les sûretés ⁽¹¹⁵⁸⁾, les biens familiaux, la copropriété ⁽¹¹⁵⁹⁾, l'état des personnes ⁽¹¹⁶⁰⁾, le statut des acteurs économiques ⁽¹¹⁶¹⁾, la théorie générale du contrat ⁽¹¹⁶²⁾ laissent sans cesse émerger la même question, parfois de manière plus globale lorsque le rôle des juridictions ou l'ordre juridique dans son entier sont l'objet de l'examen doctrinal ⁽¹¹⁶³⁾. Cela nous ramène toujours à nous interroger sur l'argumentativité des questions énoncées.

Si le travail de la doctrine participe à la précompréhension et à l'élaboration des outils intellectuels d'interprétation des faits et des normes, comme le soulignait M. le professeur Cornu, l'action de l'interprète conduit à modifier les représentations des concepts juridiques parce que sa parole est " juricréatrice " ⁽¹¹⁶⁴⁾ et l'on peut recenser des concepts qui, nés dans la

⁽¹¹⁵⁶⁾ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les successions, les libéralités*, Paris, Cujas, 4ème éd., 1998, n°28, p.37.

⁽¹¹⁵⁷⁾ J.-F. BARBIERI, "Les souvenirs de famille : mythe ou réalité ?", *JCP* 1984.I.3156.

⁽¹¹⁵⁸⁾ R. TENDLER, "L'antichrèse, mythe ou réalité?", *D.* 1989, chr., p.143 ; F. LEDUC, "Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité ?", *RTD civ.* 1995, p.307.

⁽¹¹⁵⁹⁾ F. BOUYSSOU, "La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude ?", *Rev. dr. imm.* 1996, p.329.

⁽¹¹⁶⁰⁾ J. HAUSER, "L'enfant supranational, mythe ou réalité ?", *Les petites affiches*, 3 mai 1995, n°53, p.36.

⁽¹¹⁶¹⁾ B. SOINNE, "Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : mythes et réalités. Proposition de modification", *Rev. proc. coll.* 1993, p.345 ; Ph. BISSARA, P. DIDIER, Ph. MISEREY, "L'égalité des actionnaires, mythe ou réalité ?" *JCP (E)*, 1994, *Cah. dr. entr.* n°5, p.18 ; M. KDHIR, "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?", *D.* 1994, chr. p.30.

⁽¹¹⁶²⁾ E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 1997.

⁽¹¹⁶³⁾ Y. GEGOUT, "La simplification future de notre législation : mythe ou réalité ?", *La vie judiciaire*, 28 avril 1996, p.2 ; C. ATIAS, "Le mythe du pluralisme civil en législation", *RRJ*, 1982, p.245.

⁽¹¹⁶⁴⁾ G. CORNU, "Réflexion finale", in P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes du langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, p.251 ; adde, Ph. JESTAZ, "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", *D.* 1987, chr., p.17 : selon M. le professeur Jestaz, il y aurait en somme deux sources du droit : la loi pour l'essentiel ; et à

littérature doctrinale, ont pris place dans le droit positif. En outre, en tant que discours explicatif, les théories du droit multiplient les objets. Stipulant ou constatant que le droit est la validité, le juste ou la légitimité, la variété des différentes approches de l'ordre juridique nous amène encore à faire des choix : choix parmi des solutions possibles, choix parmi des modes de descriptions possibles, choix parmi les théories possibles et, pourquoi pas, parmi les méta-théories possibles. Toute la difficulté pour comprendre l'action de la doctrine et la teneur de son pouvoir tient à ce que le discours doctrinal s'offre comme un discours explicatif surplombant la réalité et les représentations préexistantes de la réalité comme si des choix n'étaient pas à faire.

Pourtant la force du discours doctrinal réside dans sa capacité à convaincre que des questions se posent, que des problèmes se déplacent et que les solutions données jusque là doivent changer. C'est l'argumentativité des questions de la doctrine qui lui permet de peser sur le droit positif et d'y laisser son empreinte. Mais, au lieu d'enseigner la polémique et l'art de la controverse, le discours doctrinal relaie largement la croyance selon laquelle il existe une solution unique pour chaque problème. Le dogme de la solution unique nourrit l'argumentation doctrinale de ses raisons d'autorité qui n'éclairent ni la complexité des faits, ni celle des significations textuelles et contextuelles.

À celui qui croit qu'une réponse suffit à chaque question, il suffira de n'en proposer qu'une seule pour le convaincre. Mais il suffira d'en proposer une deuxième pour l'amener à s'interroger et une troisième pour le conduire à réfléchir. À moins que la solution consacrée soit posée avec tant que force que celui auquel on s'adresse croit qu'elle relève de la perception tout autant que de la raison.

égalité de rang, quoiqu'avec un rayon d'action infiniment moindre, l'*opinio juris* ou la commune reconnaissance des juristes. Celle-ci donnerait force de droit et légitimité à des propositions linguistiques exprimées soit par un folklore anonyme (règles d'origine coutumière), soit à la rigueur par des sources prestigieuses ou représentatives (droit non légiféré d'origine diverse), soit surtout par une haute juridiction (jurisprudence proprement dite en qui s'absorbent plus ou moins les autres sources extralégales).

CONCLUSION GENERALE

215. La voie de la déduction ? - "Si l'effort du juriste consiste à rechercher les idées susceptibles d'organiser les propositions en lesquelles s'expriment les solutions de droit, une méthode s'est toujours présentée comme offrant une voie adéquate à cette recherche, celle d'une organisation à partir d'un, voire de plusieurs principes évidents, auxquels il serait possible de relier par voie déductive l'ensemble des solutions positives ⁽¹¹⁶⁵⁾". Derrière la complexité apparente des phénomènes liés au droit, il y aurait toujours un moyen de ramener le savoir juridique à plus de simplicité, plus de clarté, plus d'unité. Tapis dans l'ombre du système, des principes, accessibles à tous, offriraient la possibilité de connaître, par simple subsomption, les solutions des questions que les juristes se posent. Il suffirait de reconnaître les "principes évidents" pour connaître les bonnes solutions. En fait, les juristes cherchent des lois. Des lois de probabilité le plus souvent. Ils les cherchent dans la qualité du passé ou dans la quantité du présent.

Au présent, ce n'est pas tant la "tradition" ou la "continuité" qui sont mises en avant mais plutôt l'autorité du nombre. Et quand cela ne suffit pas à rendre l'avenir prévisible, c'est tout simplement l'autorité de la juridiction suprême qui fait office de raison du principe découvert. La solution devient évidente parce qu'elle s'impose.

En résumé, le dogme de la solution unique conduit les juristes à induire des lois de prévisibilité qui donneront lieu à des applications déductives, qui permettront d'induire d'autres lois et ainsi de suite. Et les "principes évidents" se changent en autant de "principes évidents". Derrière tant de certitudes, le triptyque méthodologique "une question, une démonstration, une solution" sonne creux. Si un culte est toujours rendu à la solution unique, certains s'en repentent : "Nous avons nous-mêmes enseigné, diffusé le mépris de la doctrine, célébrant aveuglément le culte de la jurisprudence. Passé le temps où la doctrine s'était vouée au commentaire de la loi, forme parfaite du droit, elle s'est cherchée d'autres dieux : elle a trouvé les jugements. Et la réflexion juridique livrée à ses nouveaux cultes, s'est enfermée dans le commentaire de la jurisprudence ⁽¹¹⁶⁶⁾".

⁽¹¹⁶⁵⁾ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p.137.

⁽¹¹⁶⁶⁾ J.-D. BREDIN, "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p.117 ; comp. avec la mise en garde de M. le professeur CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 8ème éd., 1997, précité, p.156, note [3] : "La célébration de la jurisprudence comme source de droit déforme la vue d'ensemble des fonctions du juge. Elle grossit la marge d'apparat et "rétrécit" tout le reste qui est pourtant

Le juriconsulte qui analyse la jurisprudence a donc deux attitudes possibles : soit il recherche les raisons de décider, passées et présentes, pour ce qu'elles ont d'intéressant en elles-mêmes et les utilise indépendamment de la valeur de précédent de la décision rapportée, soit il utilise la continuité, la permanence, la constance, la régularité factuelles des énoncés juridictionnels répétés pour en dégager une valeur normative. Mais le fait de s'intéresser *a priori* au caractère répétable du fait juridictionnel montre que l'analyse de la régularité n'a pour seule vocation que de fournir un prétexte à la découverte de la "permanence" ⁽¹¹⁶⁷⁾. L'induction s'avère fallacieuse dès qu'elle est préconçue.

La principale conséquence de l'émergence de ces principes n'est pas à rechercher dans les applications qu'ils font naître, toujours plus nombreuses, toujours plus fastidieuses à compiler, mais dans les questions qu'ils font - prétendument - disparaître, car l'objet du dogme de la solution unique est non seulement de convaincre que les opinions dissidentes sont hérétiques mais encore de dénier l'existence même des questions et des difficultés d'interprétation. Pour cela rien n'est mieux que de faire silence sur les ambiguïtés sémantiques des énoncés, sur les incohérences de la loi, sur les contradictions de la jurisprudence et sur les sophismes de la doctrine.

Ces procédés de dénégation et d'implication, ces raisonnements qui mettent en avant la constance des solutions, l'unité des notions ou la cohérence nécessaire de l'ordre juridique portent sur le contenu des normes ; ils nous invitent à croire que le raisonnement juridique est démonstratif et que le discours doctrinal n'est que descriptif, alors que l'un et l'autre ont toujours une teneur argumentative et prescriptive.

Curieuse pratique discursive qui consiste à occulter la réalité des difficultés et la diversité des remèdes !

l'essentiel : l'intelligence de la règle et la connaissance du fait, pour la juste application du droit à chacun des cas, et toute l'oeuvre de justice en ses immenses tâches qui consistent, pour le juge, en sa façon d'entendre justiciables, avocats, experts, puis en sa façon de parler, de raisonner, d'apprécier, de calculer, d'écrire etc... Le prétoire est une parcelle prestigieuse mais infime de l'oeuvre du juge. Entre les principes, combien d'espèces enfouies dans le lit de la jurisprudence dont nous sommes les orpailleurs".

⁽¹¹⁶⁷⁾ P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1971, p.13.

216. La cuisine des juristes - Pour terminer nous utiliserons une analogie empruntée à Socrate : "la rhétorique est à la justice, comme la cuisine est à la médecine ⁽¹¹⁶⁸⁾".

Qu'est ce que la cuisine ?

Pour le scientifique, la cuisine est un sous-ensemble de la chimie des aliments.

Pour le poète des fourneaux, la cuisine est l'art culinaire.

Pour le pragmatique, la cuisine est un ensemble de techniques consistant à rendre digestes les aliments dont nous avons besoin pour vivre sainement.

Trois définitions, trois ordres de vérité ; les uns ont des formules, les autres font des recettes et tous sont prêts à défendre leur philosophie du goût. Tous conviendront sans doute qu'il existe plusieurs façons de faire un gratin dauphinois ou une bouillabaisse et qu'en matière de cuisine, il n'y a pas de vérité unique, mais cela ne les empêchera pas de plaider pour défendre "le vrai goût". Le rôle prépondérant de l'argumentation dans le discours doctrinal dont Socrate nous rappelle qu'il serait préliminaire à la justice, mais sans ici préjuger de l'unité de cette dernière, nous permet de poursuivre le parallélisme.

Qu'est-ce que le discours doctrinal ?

Pour le positiviste, c'est le lieu des interprétations non-authentiques et des descriptions assertoriques voire scientifiques.

Pour le naturaliste, c'est le lieu où se forment les guides des raisonnements conduisant à la justice.

Pour le réaliste, c'est le lieu des prédictions et des prescriptions politiques de la doctrine.

Trois définitions [très sommaires], trois ordres de vérité ; les uns formalisent l'ordre juridique, les autres s'emploient à découvrir ce qu'ils considèrent comme les solutions les meilleures, et tous sont prêts à défendre leur philosophie du droit. Tous conviendront sans doute qu'il existe plusieurs façons de concevoir la personnalité morale ou la solidarité passive, et qu'en droit, il n'y a pas de vérité unique, mais cela ne les empêchera pas de plaider pour défendre "la bonne solution".

Choisir une solution parmi plusieurs possibles et prescrire cette solution, sous couvert de neutralité ou non, est un acte de volonté, un acte politique réfléchi ou non. La part argumentative et prescriptive du discours de la

⁽¹¹⁶⁸⁾ PLATON, *Gorgias*, [465, c], trad. par A. Croiset, Paris, Les Belles lettres, 1997, p.59 ; Socrate considère en effet que la sophistique, la rhétorique, la toilette et la cuisine sont des procédés relevant de la flatterie et correspondent respectivement à la législation, la justice, la gymnastique et la médecine [465, a]

doctrine est importante et nous avons montré qu'elle empruntait des chemins sinueux aidée par des procédés d'unification, d'implication ou de dénégation, mais les juristes ne sont pas que rhéteurs. Questionner, interroger, en termes de validité, d'opportunité politique ou de justice, permet de faire la part des choses : la part de ce qui est acte de connaissance et la part de ce qui est acte de volonté. Car même si les questions donnent, elles aussi, une orientation argumentative aux propos tenus, elles ouvrent le champ des significations et des solutions possibles.

217. La voie de l'argumentation - Entre description et prescription, le droit toujours se dédouble. Système formel hiérarchisé de normes d'une part, ensemble informel anarchique de questions d'autre part ⁽¹¹⁶⁹⁾. Et entre les deux, entre la validité des règles et les ambiguïtés de leur contenu, entre la détermination des règles applicables et l'opportunité politique de leur application : il y aura toujours l'argumentation.

Était-ce alors infamant de présenter la doctrine de droit privé comme gardienne d'un temple où l'on prêche le culte de la solution unique ? Était-ce un blasphème d'en dénoncer le dogme ? Serait-il hérétique de penser que les juristes se nourrissent d'illusions ? Serait-il plus calomnieux encore de dire que loin de se bercer d'illusions, les juristes sont en réalité des illusionnistes ? Le dogme de la solution unique est une croyance trop simpliste aujourd'hui pour que les juristes y adhèrent mais il les sert et les rassure comme substitut d'une théorie qui par nature, et presque par définition, ne pourrait être fondée sans verser dans l'idéologie.

Mais pour autant doivent-ils "continuer d'escamoter ces questions et de placer toute leur confiance dans la règle dont la permanence et la généralité porteuse d'égalité [ou de sécurité] seraient les véritables garanties de leur savoir ⁽¹¹⁷⁰⁾ ?" Nous répondrons comme M. le professeur Atias que "la déconstruction de la science, parce qu'elle est explosion du paravent simpliste des évidences, des certitudes et des vérités fallacieuses, pourrait être leur chance ⁽¹¹⁷¹⁾".

⁽¹¹⁶⁹⁾ Ph. REMY, "Philosophie de l'ordre civil positif", in G. PLANTY-BONJOUR et R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.145 (p.157). L'auteur considère ainsi que "sont juridiques les questions qu'un juge, un législateur ou un juriconsulte peuvent examiner" et que "la juridicité à rechercher n'est pas tant celle de la règle que celle des solutions, ou plus exactement des questions".

⁽¹¹⁷⁰⁾ C. ATIAS, *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, 1994, p.123.

⁽¹¹⁷¹⁾ *Ibid.*, p.123.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES COLLECTIFS, RECUEILS DE TEXTES ET DICTIONNAIRES

- AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, Léviathan, 1994.
- AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995.
- AMSELEK (P.) et GRZEGORCZYK (C.) (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, Questions, 1989
- AQUIEN (M.) et MOLINIE (G.), *Dictionnaire de rhétorique et de poétique*, Paris, Le livre de Poche, 1996.
- ARNAUD (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1993.
- BEIGNIER (B.) (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996.
- BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.) (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993.
- BOURCIER (D.) et MACKAY (P.) (dir.), *Lire le droit*, Paris, LGDJ, 1992.
- BOURCIER (D.) et THOMASSET (C.) (dir.), *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Paris, Diderot éd., 1996.
- BOURETZ (P.) (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991.
- DE LA BROUSSE (O.), HENRY (A. M.), ROUILLARD (Ph.), *Dictionnaire des mots de la foi chrétienne*, Paris, Cerf, 1989.
- DUCROT (O.) et TODOROV (T.), *Dictionnaire encyclopédique des sciences du langage*, Paris, Seuil, 1972, 2ème éd., 1995, par O. Ducrot et D. Schaffer.
- EICHER (P.) (dir.), *Nouveau dictionnaire de théologie*, Paris, Cerf, 2ème éd., 1996.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, (15 volumes).
- FONTAINE (M.) et GHESTIN (J.) (dir.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers ; comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1992.
- FURET (F.) et HALEVI (R.), *Les orateurs de la Révolution française*, I. Les constituants, Paris, Gallimard, Bibl. Pléiade, 1989.
- GRZEGORCZYK (C.), MICHAUT (F.) et TROPER (M.) (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, Story scientia, 1992.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *Les Travaux de la commission de réforme du Code civil*, Paris, Sirey, tome 1, 1946, tome 2, 1948.
- KERBRAT-ORECCHIONI (C.) (dir.), *La question*, Lyon, PUL, 1991.
- LOCHAK (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP—PUF, 1989.
- LOCRE (Baron), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Tome 1, "Notions générales. Des lois en général", Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1832.
- PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- PLANTY-BONJOUR (G.) et LEGEAIS (R.) (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991.

VACANT (A.) et MANGENOT (E.), *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, Letouzey et Ané éd., 1913.

VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *L'interprétation en droit, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978.

II. TRAITES, MANUELS, OUVRAGES GENERAUX ET COURS.

ATIAS (C.), *Les biens*, Paris, Litec, 3ème éd., 1993.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, tome I, Paris, Marchal et Billard, 5ème éd., 1897, par Rau et Falcimaigne.

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Cours de droit civil français*, tome IV, Paris, Libr. générale de jurisprudence, 4ème éd., 1871.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Libr. société du recueil des lois et arrêts, 2ème éd., 1899.

BEIGNIER (B.), *Les régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, Que-sais-je ?, 1994.

BENABENT (A.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien, 5ème éd., 1995. .

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, Tome I, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, Rousseau, 1896.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, Tome I, *Introduction et explication du titre préliminaire du Code civil*, Paris, Rousseau, 2ème éd., 1934, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil*, Tome XI, *La vente, le louage des choses*, Paris, Rousseau, 2ème éd., 1938, par R. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière et J. Brethe de la Gressaye

BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, Paris, Montchrestien, 1994.

BONNECASE (J.), *Traité de droit commercial maritime*, Paris, Sirey, 1922.

CABRILLAC (M.) et MOULY (C.), *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2ème éd., 1993, 4ème éd., 1997.

CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Litec, 2ème éd., 1998.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, Thémis, 11ème éd., 1977, 17ème éd., 1988, 24ème éd., 1995, 25ème éd., 1997.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, tome 4, Paris, PUF, Thémis, 13ème éd., 1988, 21ème éd., 1998.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, tome 1, *Introduction à l'étude du droit et droit des personnes*, Paris, PUF, Thémis, 3ème éd., 1960.

COLIN (A.) et CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français - tome 1er*, Paris, Dalloz, 1914.

COLLARD DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1996, 4ème éd., 1998.

COLOMER (A.), *Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 7ème éd., 1995.

CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Cours de DES, 1970-1971, Paris, Les cours de droit, 1971.

CORNU (G.), *Régimes matrimoniaux*, Paris, PUF, Thémis, 7ème éd., 1995.

CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 6ème éd., 1993, 8ème éd., 1997.

- CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Paris, PUF, Thémis, 3ème éd., 1996.
- DAGOT (M.), *Les sûretés*, Paris, PUF, Thémis, 1981.
- DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 1er, *Introduction, théorie générale des droits et des lois*, Bruxelles, Bruylant, 1933.
- DELAMARRE (M.) et LEPOITTEVIN (M.), *Traité théorique et pratique de droit commercial*, tome 1, Paris, Hingray, 2ème éd., 1861.
- DELVINCOURT (M.), *Cours de Code civil*, Paris, Videcoq, 1834.
- DELVINCOURT (M.), *Institutes de droit commercial français*, Paris, Videcoq, 1834.
- DEMANTE (A.), *Cours analytique de Code civil*, continué par E. Colmet de Santerre, Tome 1, Paris, Librairie Plon, 3ème éd., 1895.
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, tome IV, tome V, tome VI, Paris, Rousseau, 1923.
- DEMOLOMBE (J. Ch. Fl.), *Cours de Code Napoléon*, tome I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Paris, Pédone, 1877.
- DU CAURROY (A.), *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*, Paris, G. Thorel, 6ème éd., 1841.
- DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome 1er, Paris, Alex-Gobelet, 1828.
- FLOUR (J.) et AUBERT (J.-L.), *Les obligations, L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 4ème éd., 1990, 7ème éd., 1996.
- FREMERY (A.), *Études de droit commercial (ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants)*, Paris, Alex-Godelet, 1833.
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1994.
- GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, Le contrat, formation*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1988.
- GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Les obligations, les effets du contrat*, Paris, LGDJ, 1992.
- GHESTIN (J.) et DESCHE (J.), *Traité des contrats, La vente*, Paris, LGDJ, 1990.
- GILISSEN (J.), *Introduction historique au droit*, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- GROSS (B.) et BIHR (Ph.), *Les contrats civils 1*, Paris, PUF, Thémis, 1993, p.266.
- GUIDICELLI-DELAGE (G.), *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, Paris, PUF, droit fondamental, 2ème éd., 1993.
- HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, droit fondamental, 1996.
- HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, droit fondamental, 1986.
- HUET (J.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 1996.
- JAUFFRET (A.) et MESTRE (J.), *Droit commercial*, Paris, LGDJ, 23ème éd., 1997.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, tome 1, Paris, Sirey, 2ème éd., 1932.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), ESMEIN (P.) et *alii*, *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Rousseau, 1951.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), *Traité de droit civil de A. Colin et H. Capitant*, tome 1er, Paris, Dalloz 1957.
- LAMBERT (E.), *Études de droit commun législatif*, tome 1, *La fonction du droit civil comparé, "Les conceptions étroites ou unilatérales"*, Paris, Giard et Brière, 1903.

- LARROUMET (C.), *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, tome 1, Paris, Economica, 2ème éd., 1995.
- LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, tome 3, Paris, Economica, 3ème éd., 1998.
- LAURENT (L.), *Cours élémentaire de droit civil*, tome 1, Paris, A. Maresq, 1878.
- LE TOURNEAU (Ph.) et CADIEU (L.), *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz Action, 1996, 2ème éd., 1998.
- LERMINIER (E.), *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, Chamenot, 2ème éd., 1835.
- MALAURIE (Ph.), *Introduction générale*, Paris, Cujas, 1994.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Cujas, 3ème éd., 1992, 9ème éd., 1998.
- MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Paris, Cujas, 4ème éd., 1998.
- MALEPEYRE (M.) et JOURDAIN (M.), *Traité des sociétés commerciales*, Paris, Mansut et fils, 1833.
- MALINVAUD (Ph.), *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Litec, 7ème éd., 1995.
- MARCADE (V. N.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 1, Paris, Delamotte, 7ème éd. par P. Pont, 1873.
- MARCADE (V. N.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, Des privilèges et des hypothèques, Paris, Cotillon, par P. Pont, 1856.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, tome 2, *Les obligations*, volume 1, *Les sources*, Paris, Sirey, 1962.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JOURDAIN (P.), *Droit civil, Les biens*, Paris, Dalloz, 3ème éd. 1995, par P. Jourdain.
- MAZEAUD (H. et L.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, Obligations, théorie générale*, Paris, Montchrestien, 9ème éd. par F. Chabas, 1998.
- MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, tome premier, Paris, A. Marescq, 8ème éd., par Ch. Demangeat, 1869.
- PARDESSUS (J. M.), *Cours de droit commercial*, Tome 3, *Des sociétés commerciales*, Paris, Garnery, 1815, Nève, Libr. de la Cour de cassation, 4ème éd., 1831.
- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, Paris, PUF, droit fondamental, 1989.
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, tome 1, Paris, Pichon, 3ème éd., 1904.
- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, tome IV, "Successions", Paris, LGDJ, 2ème éd., 1956.
- PROUDHON (J. B.), *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, tome 1, Dijon, Lagier, 2ème éd., 1836.
- RIPERT (G.), *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1947.
- RIPERT (G.), *Droit maritime*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1950.
- RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil*, tome 1er, *Introduction générale*, Paris, LGDJ, 1956.
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Paris, LGDJ, 16ème éd., par M. Germain, 1996.
- SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile*, tome 1, *Les sources*, Paris, LGDJ, 1939.
- SERIAUX (A.), *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipse, 1997.
- SERIAUX (A.), *Les personnes*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2ème éd., 1997.

- SERIAUX (A.), *Droit des obligations*, Paris, PUF, droit fondamental, 1992, 2ème éd. 1998.
- SERIAUX (A.), *Les successions, les libéralités*, Paris, PUF, droit fondamental, 2ème éd., 1993.
- SERIAUX (A.), *Droit canonique*, Paris, PUF, droit fondamental, 1996.
- SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1995.
- SOURIOUX (J.-L.), *Introduction au droit*, Paris, PUF, 2ème éd., 1990.
- STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Paris, Litec, 3ème éd., 1991, 4ème éd., 1996.
- TAULIER (J.-F.), *Théorie raisonnée du Code civil*, tome premier, Grenoble, Prudhomme, 1840.
- TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1998.
- TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), *Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996.
- TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Régimes matrimoniaux*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1994.
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1996.
- THALLER (E.), *Droit maritime*, tome 1, Paris, Rousseau, 1913, par G. Ripert.
- TOULLIER (C.-B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome 1er, Paris, Renouard, 5ème éd., 1830.
- TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué selon l'ordre du Code civil*, " Du nantissement, du gage et de l'antichrèse ", Paris, Hingray, 1847.
- TROPLONG (R. T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code civil*, "De l'échange et du louage", tome 1er, Paris, Hingray, 1840.
- VALETTE (A.), *Explication sommaire du livre 1er du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Maresq Aîné, 1859.
- VINEY (G.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, Paris, LGDJ, 1988.
- VINEY (G.), *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 1995.
- WEIL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 4ème éd., 1986.
- ZENATI (F.) et REVET (T.), *Les biens*, Paris, PUF, droit fondamental, 2ème éd., 1997.

III. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES ET THESES.

- ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé*, Thèse Montpellier, 1997.
- ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1998.
- ANSCOMBRE (J.-C.) et DUCROT (O.), *L'argumentation dans la langue*, Liège, Mardaga, 2ème éd., 1988.
- ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. M. Dufour, Paris, Gallimard, Tel, 1998.
- ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, préface M. Villey, Paris, LGDJ, 1969.
- ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, Droit fondamental, 1985.
- ATIAS (C.), *Théorie contre arbitaire*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1987.
- ATIAS (C.), *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, PUAM, 3ème éd., 1993.
- ATIAS (C.), *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1994.
- ATIAS (C.), *La copropriété immobilière*, Paris, Dalloz, connaissance du droit, 1995.

- AUBENQUE (P.), *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, Quadrige, 1993.
- AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préface de J. Flour, Paris, LGDJ, 1970.
- BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface de Y. Lequette, Paris, LGDJ, 1996.
- BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1993.
- BAILHACHE (P.), *Essai de logique déontique*, Paris, Vrin, 1991.
- BARTHES (R.), *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, Points essais, 1970.
- BATIFFOL (H.), *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979.
- BAYLES (M.), *Hart's Legal Philosophy*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1992.
- BENTHAM (J.), *Oeuvres complètes*, Bruxelles, éd. Dumont, 1829-1840.
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2ème éd., 1989.
- BONNECASE (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, 2 tomes, Bordeaux, Delmas, 1933.
- BONNECASE (L.), *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir en matière civile*, Thèse Toulouse, 1909.
- BORE (J.), *La cassation en matière civile*, Paris, Sirey, 1988.
- BOULOUIS (J.) et CHEVALLIER (R. M.), *Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, tome 1, Paris, Dalloz, 6ème éd., 1994.
- BOURDIEU (P.), *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard, 1982.
- BOUVIER (A.), *L'argumentation philosophique*, Paris, PUF, Sociologies, 1995.
- BROEKMAN (J.), *Droit et anthropologie*, Paris, LGDJ, Story Scientia, 1993.
- BRUSCHI (M.), *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Thèse, Aix-Marseille 1995, Paris, Economica, 1997.
- BUSSY-DUNAUD (F.), *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préface de J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1988.
- CANGUILHEM (G.), *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris, Vrin, 1993.
- CAPITANT (H.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Sirey, 1934.
- CARBONNIER (J.), *Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, 2ème éd., 1995.
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, Quadrige, 1994.
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 8ème éd., 1995.
- CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, Forum, 1996.
- CARDOZO (B.), *The nature of judicial process*, New Haven, Yale university press, 1921.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920-1922, Rééd. CNRS, 1985.
- CASSIRER (E.), *La philosophie des lumières*, trad. P. Quillet, Paris, Fayard, 1966.
- CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préface de J. Carbonnier, Paris, LGDJ, 1961.
- CATALA (P.), *Le droit à l'épreuve du numérique*, Jus ex Machina, Paris, PUF, 1998.
- CHRETIEN (M.), *Les règles de droit d'origine jurisprudentielle, leur formation, leurs caractères*, Thèse Lille, 1936.
- CONDOMINE (M.), *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*, Thèse Lyon, 1912.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 1990.
- COZIAN (M.), *L'action directe*, préface de A. Ponsard, Paris, LGDJ, 1969.

- CROMBEZ (V.), *La doctrine en droit français et en common law* (étude comparative), Thèse Lyon III, 1995.
- CRUET (J.), *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, Flammarion, 1908.
- CUCHE (P.), *Conférences de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1928.
- D'AMBRA (D.), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, préface de G. Wiederkehr, Paris, LGDJ, 1994.
- DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1935.
- DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969.
- DALLOZ (D.), *Essai sur l'histoire générale du droit français*, in *Jurisprudence générale*, tome 1, Paris, Dalloz, 1870, p.330.
- DE LA MARNIERRE (E. S.), *Éléments de méthodologie juridique*, préface de G. Vedel, Paris, Libr. JNA, 1976.
- DE VAREILLES-SOMMIERES (M.), *La synthèse du droit international privé*, premier volume, Paris, Cujas, Rééd. 1954.
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911.
- DERATHE (R.), *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, Paris, Vrin, 1979.
- DIJON (X.), *Le droit naturel*, tome 1, Paris, PUF, Thémis, 1998.
- DORE (J.), *Introduction à l'étude de la théologie*, Paris, Desclée, 1991.
- DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préface de A. Sériaux, Thèse Aix, 1996, Paris, Economica, 1997.
- DOUET (F.), *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, préface de B. Néel, Paris, LGDJ, 1997.
- DUBIE (Ch), *Essai sur la technique des conflits de jurisprudence en droit civil, avec études de cas d'espèce*, Thèse Toulouse, 1932.
- DUBOUCHET (P.), *Sémiotique juridique*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1990.
- DUCROT (O.), *Dire et ne pas dire*, Paris, Hermann, 1991.
- DUFOUR (A.), *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF, Léviathan, 1991.
- DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912.
- DURRY (G.), *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université Mac Gill, 1986.
- DWORKIN (R.), *L'empire du droit*, trad. par E. Soubrenie, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1994.
- DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, trad. par M.-J. Rossignol et F. Limare, préface de P. Bouretz, Paris, PUF, Léviathan, 1995.
- DWORKIN (R.), *Une question de principe*, trad. par A. Guillaïn, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1996.
- EL SHAKANKIRI (M.), *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, préface de M. Villey, Paris, LGDJ, 1970.
- FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992.
- FARNOCCHIA (S.), *L'excuse contractuelle, étude de l'inexécution fortuite du contrat*, Thèse Aix, 1994.
- FASSO (G.), *Histoire de la philosophie du droit, XIXème et XXème siècles*, trad. par C. Rouffet, Paris, LGDJ, 1974.

- FAYE (E.), *La Cour de cassation*, Paris, Chevalier-Marescq, 1903.
- FEYERABEND (P.), *Adieu la raison*, trad. par B. Jurdant, Paris, Seuil, 1989.
- FOUCAULT (M.), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, nrf, 1969.
- GAUDEMET (J.), *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, 1996.
- GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2 tomes, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1919.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome I, Introduction - première partie. Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, Paris, Sirey, 1914.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome II, Deuxième partie. Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel), Paris, Sirey, 1915.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome III, Troisième partie. Élaboration technique du droit positif, Paris, Sirey, 1921.
- GENY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, tome IV, Quatrième partie. Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et du droit positif), Paris, Sirey, 1924.
- GOBERT (M.), *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préface J. Flour, Paris, Sirey, 1957. .
- GOLDSCHMIDT (V.), *La doctrine d'Épicure et le droit*, Paris, Vrin, 1977.
- GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Paris, 1912.
- GOYARD-FABRE (S.), *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Klincksieck, 1979.
- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Discours préliminaire XXI, Paris, 1625, trad. J. Barbeyrac, rééd. Caen 1984.
- HABERMAS (J.), *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, nrf, 1997.
- HAESERT (J.), *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1946.
- HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 1976.
- HAURIOU (M.), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Rééd. Centre de philosophie politique et juridique, Caen 1986.
- HEMARD (J.), *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris, Sirey, 1926.
- HOCHART (C.), *La garantie d'éviction dans la vente*, préface de J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1993.
- HUME (D.), *Enquête sur les principes de la morale*, trad. par A. Leroy, Paris, Aubier, 1947.
- ISORCHE (M.-L.), *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préface de J. Mestre, Aix-en-Provence, PUAM, 1995.
- JAMIN (C.), *La notion d'action directe*, préface de J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1991.
- JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse Lyon, 1975.
- JEANGUILLOU (J.-F.), *Esthétique de la mystification*, Paris, Minuit, 1994.
- JOLY (J.), *De la loi dont la violation peut constituer un moyen de cassation en matière civile*, Thèse Nancy, 1903.
- JOSSERAND (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897.
- JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques en droit privé*, Paris, Dalloz, 1928, Rééd. CNRS, 1984, p.1.
- KAHLOUL (M.), *Les procédés argumentatifs du discours judiciaire français : étude de pragmatique linguistique*, Thèse Strasbourg 2, 1994.

- KELSEN (H.), *La théorie générale du droit et le matérialisme historique*, 1931 cité par M. Troper, "La doctrine et le positivisme", in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p.291.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par H. Thévenaz, Neuchâtel, La Baconnière, 1ère éd., 1953, rééd., 1988.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1962.
- KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, trad. par O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, Léviathan, 1996.
- KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Introduction de S. Paulson, trad. B. Laroche et V. Faure, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 1997.
- KERBRAT-ORECCHIONI (C.), *L'implicite*, Paris, A. Colin, 2ème éd., 1998.
- LE FLOCH (P.), *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, préface de J. Paillusseau, Paris, LGDJ, 1986.
- LEAUTE (J.), *Les éclipses et les renaissances d'institutions en droit civil français*, Thèse Paris, 1946.
- LEBRUN (A.), *La coutume, ses sources, son autorité en droit privé*, Thèse Paris, 1932.
- LECLERC (G.), *Histoire de l'autorité*, Paris, PUF, Sociologie d'aujourd'hui, 1996.
- LECOQ (P.-A.), *Les grands arrêts contradictoires*, Paris, Ellipses, 1997.
- LEDOUBLE (D.), *L'entreprise et le contrat*, Paris, Litec, Bibl. dr. entr., 1980.
- LEIBNIZ (G. W.), *Le droit de la Raison*, textes réunis et présentés par R. Sève, Paris, Vrin, Bibl. des textes philosophiques, 1994.
- LEPAGE (P.), *Éléments de la science du droit*, tome 2, Paris, Gérard, 1820.
- LEROYER (A.-M.), *Les fictions juridiques*, Thèse Paris II, 1995.
- LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, préface de M. Gobert, Paris, LGDJ, 1990.
- LEYRET (H.), *Les jugements du juge Magnaud*, Paris, Stock, 1900.
- MACCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.), *Pour une théorie institutionnelle du droit*, trad. par O. Nerhot et Ph. Coppens, Paris, LGDJ, Story scientia, 1992.
- MACCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. par J. Gagey, Paris, PUF, Les voies du droit, 1996.
- MAINGUY (D.), *La revente*, préface de Ph. Malaurie, Paris, Litec, 1996.
- MARASCO (G.), *Expression et concrétisation du droit*, Thèse Paris 1930.
- MARGUERY (S.), *Contradiction et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Bordeaux, 1984.
- MARKOVITCH (M.), *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Thèse Lyon, 1936.
- MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse Toulouse, 1929.
- MAZEN (N.-J.), *L'insécurité inhérente au système juridique*, Thèse Dijon, 1979.
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 4ème éd., 1812.
- MIAILLE (M.), *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976.
- MICESCOU (D. N.), *Essai sur la technique juridique*, Thèse Paris, 1911.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois, Oeuvres complètes*, tome 2, Paris, Gallimard, Bibl. de la Pléiade, 1951.
- MORIN (E.), *Le paradigme perdu, la nature humaine*, Paris, Seuil, 1973.
- MORIN (G.), *La révolte des faits contre le Code*, Paris, B. Grasset, 1920.
- MORNET (M.), *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*, Thèse Paris, 1904.

- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Dalloz, 1948, rééd. 1991.
- MÜLLER (F.), *Discours de la méthode juridique*, trad. par O. Jouanjan, Paris, PUF, Léviathan, 1996.
- NERET (J.), *Le sous-contrat*, préface de P. Catala, Paris, LGDJ, 1979.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987.
- PAYCHERE (F.), *Théorie du discours juridique*, essai sur les apports des sciences du langage à la théorie générale du droit, Thèse Paris II, 1990.
- PERDRIAU (A.), *Les arrêts civils de la Cour de cassation*, Paris, Litec, 1993.
- PERELMAN (Ch.), *L'empire rhétorique*, Paris, Vrin, 1977.
- PERELMAN (Ch.), *Logique juridique, la nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2ème éd., 1979.
- PERELMAN (Ch.), *Traité de l'argumentation*, Éd. Université de Bruxelles, 4ème éd., 1984.
- PERELMAN (Ch.), *Rhétoriques*, Éditions de l'université de Bruxelles, 1989.
- PERELMAN (Ch.), *Éthique et droit*, Éditions de l'université de Bruxelles, 1990.
- PERREAU (E.-H.), *Technique de la jurisprudence en droit privé*, préface de F. Gény, 2 tomes, Paris, Rivière, 1923.
- PESCATORE (P.), *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960.
- PICARD (Ed.), *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1899.
- PICARD (Ed.), *Les constantes du droit*, Paris, Flammarion, 1921.
- PORACCHIA (D.), *Recherche sur les montages conçus par les professionnels du droit*, Thèse Aix, 1997.
- PORTALIS (J.E.M.), *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1988.
- POULET-GIBOT LECLERC (N.), *La place de la loi dans l'ordre juridique interne*, Thèse Limoges, PUF, 1990.
- POUND (R.), *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, Yale university press, 2ème éd., 1954.
- PRIEUR (E.), *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, préface du A. Joly, Paris, Économica, 1986.
- RAULET (G.), *Aufklärung, les Lumières allemandes*, Paris, GF-Flammarion, 1995.
- RENARD (G.), *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930.
- RENARD (G.), *Le droit, la logique, le bon sens*, Paris, Sirey, 1925.
- RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1951.
- RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 4ème éd., 1949.
- RIPERT (G.), *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.
- RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1936, 2ème éd. 1948.
- RIPERT (G.), *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 2ème éd., 1955.
- ROBINE (L.), *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, Thèse Bordeaux, 1933.
- ROGUIN (E.), *La science juridique pure*, Paris, LGDJ, 1923.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3ème éd., 1992.
- ROSS (A.), *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968.
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit*, Paris, LGDJ, 1946.
- ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse Paris, 1965.

- ROUME (J.), *A propos de la méthode juridique*, Thèse, Montpellier, 1922.
- ROUZET (G.), *Précis de déontologie notariale*, Bordeaux, PUB, 2ème éd., 1994.
- SALANIE (B.), *Théorie des contrats*, Paris, Économica, 1994.
- SALVAT (O.), *Les revirements de jurisprudence ; étude comparée de droit français et de droit anglais*, Thèse Paris II, 1983.
- SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, première série, Paris, Dalloz, 3ème éd., 1964.
- SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, Paris, Dalloz, 1959.
- SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préface de J.-L. Aubert, Paris, LGDJ, 1997.
- SERIAUX (A.), *Le droit naturel*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1993.
- SERVERIN (E.), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Thèse Lyon, PUL, 1985.
- SERVERIN (E.), LASCUMES (P.), LAMBERT (T.), *Transactions et pratiques transactionnelles*, Paris, Économica, 1987.
- SHUSTERMAN (R.), *Sous l'interprétation*, trad. J.-P. Cometti, Combas, L'éclat, 1994.
- TCHIAPKE (P.), *Les théories de l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis*, Thèse Paris X, 1992.
- TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 10ème éd. 1994.
- TEYSSIE (B.), *Les groupes de contrats*, préface J.-M. Mousseron, Paris, LGDJ, 1975.
- TOULMIN (S.), *Les usages de l'argumentation*, trad. Ph. De Brabanter, Paris, PUF, 1993.
- TOUSAKOVITCH (M.), *Élaboration scientifique du droit positif dans la conception de François Gény*, Thèse Paris, 1939.
- TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Léviathan, 1996.
- VANNIER (G.), *Rhétorique et jugement. La théorie du droit de Perelman et sa lecture d'Aristote*, Thèse Caen, 1995.
- VEYNE (P.), *Les grecs ont-ils cru à leurs mythes ?*, Paris, Seuil, 1983.
- VEYNE (P.), *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1969.
- VILLEY (M.), *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962.
- VILLEY (M.), *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969.
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, tome 1, définitions et fins du droit, Paris, Dalloz, 1976, 3ème éd., 1982.
- VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960.
- VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, Paris, GF-Flammarion, 1996.
- VONGLIS (M.), *La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique*, Paris, Sirey 1968.
- WEBER (M.), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, recherches philosophiques, 1986.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préface de J. Amiel-Donat, Paris, LGDJ, 1997.
- WOODS (J.) et WALTON (D.), *Critique de l'argumentation*, logiques et sophismes ordinaires, préface de C. Plantin, Paris, Éditions KIME, 1992.
- ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 1991.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES ET ETUDES.

- AGOSTINI (E.), "L'équité", *D.* 1978, chr., p.7.
- AGOSTINI (E.), "L'argument " *a contrario* """, *D.* 1978, chr., p.149.
- ANNUNZIATA (F.), "Interpréter ou " légiférer " ? Un nouvel enjeu pour les autorités de contrôle des marchés financiers", *Rev. sociétés* 1995, p.675.
- ANTONMATTEI (P.-H.), "Ouragan sur la force majeure", *JCP* 1996.I.3907.
- ARNAUD (A.-J.), "Du bon usage du discours juridique", *Langages*, mars 1979, p.117.
- ARNAUD (A.-J.), "Valeur heuristique de la distinction interne / externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit", *RRJ* 1986, p.241.
- ARNAUD (A.-J.), "De la vanité d'un projet épistémologique dans les sciences juridiques", *RRJ* 1988, p.471.
- ARNAUD (A.-J.), "La tradition française dans la théorie du droit des civilistes", *APD* 1988, p.261.
- ATIAS (C.), "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", *JCP* 1980.I.2999.
- ATIAS (C.), "Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)", *RRJ* 1981-2, p.196.
- ATIAS (C.), "Le mythe du pluralisme civil en législation", *RRJ* 1982, p.245.
- ATIAS (C.), "La controverse doctrinale et le mouvement du droit privé", *RRJ* 1983, p.427.
- ATIAS (C.), "Progrès du droit et progrès de la science du droit", *RTD civ.* 1983, p.692.
- ATIAS (C.), "Réflexion sur les méthodes de la science du droit", *D.* 1983, chr., p.145 .
- ATIAS (C.), "L'ambiguïté des arrêts de principe en droit privé", *JCP* 1984.I.3145.
- ATIAS (C.), "Hypothèses sur la doctrine en droit commercial", *Mélanges Roblot*, Paris, LGDJ, 1984, p.32.
- ATIAS (C.), "La controverse et l'enseignement du droit", *AHFD* 1985, n°2, p.107.
- ATIAS (C.), "Naissance d'un principe : des servitudes en copropriété immobilière", *D.* 1987, chr., p.285.
- ATIAS (C.), "La conversion révolutionnaire et le droit civil", *Corps écrits* 28, 1988, p.27.
- ATIAS (C.), "Métamorphoses de la réalité juridique", *Corps écrit* 26, 1988, p.30.
- ATIAS (C.), "Philosophie du droit : les enjeux d'une fin de siècle", in G. Planty-Bonjour et R. Legeais (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.235.
- ATIAS (C.), "*Juris dictio* : redire l'inédit", *D.* 1992, chr., p.281.
- ATIAS (C.), "La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.73.
- ATIAS (C.), "La fin d'un mythe ou la défaillance du juridique", *D.* 1997, chr., p.44.
- ATIAS (C.), "Les maux du droit et les mots pour le dire", *D.* 1997, chr., p.231 .
- ATIAS (C.), "Jurisprudence *a contrario*", *D.* 1997, chr., p.297.
- ATIAS (C.), "Présence de la tradition juridique", *RRJ* 1997, p.397.
- ATIAS (C.) et LINOTTE (D.), "Le mythe de l'adaptation du droit au fait", *D.* 1977, chr., p.251.
- AUBERT (J.-L.), "L'arrêt Desmares : une provocation... à quelques réformes", *D.* 1983, chr., p.1.
- AUBERT (J.-L.), "Quelques mots à propos des servitudes en copropriété", *JCP* 1993.I.3726.
- AUBERT (J.-L.), "La résistance des juges du fond", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.181.

- AUBERT (J.-L.), "Dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité notariale", *Rapport de la Cour de cassation 1994*, Paris, La documentation française 1995, p.79.
- AUTIN (P.-L.), "La fonction du droit et la question du lien social chez Hume et Montesquieu", *Rev. philosophique*, 1992, p.145.
- AYNES (L.), "Les garanties du financement", *Defrénois* 1986, p.909.
- AYNES (L.), "Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse?", *D.* 1993, chr., p.25.
- AYNES (L.), "Crise économique et rapports de droit privé", in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, 5 et 6 octobre 1995, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1997, p.57-72.
- AYNES (L.), "Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé", *D.* 1998, chr., p.25.
- AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), "De l'application stricte des privilèges", *D.* 1994 chr., p.14.
- AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.) et TERRE (F.), "Antithèse de "l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine)", *D.* 1997, chr., p.230.
- BACH (E.-L.), *Répertoire civil Dalloz*, v° Jurisprudence, 1973.
- BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), "Le souci de l'effectivité du droit", *D.* 1996, chr., p.301.
- BARBIERI (J.-F.), "Les souvenirs de famille : mythe ou réalité ?", *JCP* 1984.I.3156.
- BATIFFOL (H.), "La responsabilité de la doctrine dans la création du droit", *RRJ* 1981-2, p.175.
- BAYLES (M.), "Hart vs. Dworkin", *Law and Philosophy* 10, 1991 p.349-381.
- BEAUD (O.), "Hauriou et le droit naturel", *RHFD* 1988, n°6, p.123.
- BEAUD (O.), "Pour une autre lecture de Ronald Dworkin, théoricien de la pratique juridique. À propos de "Prendre les droits au sérieux"", *Droits-25*, 1997, p.135.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), "Le fondement des recours contributaires entre coimpliqués", *JCP* 1988.I.3339.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), "La structure du contrat-cadre de distribution et la détermination du prix des contrats d'application", *JCP* 1994.I.3800.
- BEIGNIER (B.), "Portalis et le droit naturel dans le Code civil", *RHFD* 1988, n°6, p.77.
- BEL (J.), "La plume d'oie", *D.* 1995, chr., p.59.
- BELAVAL (Y.), "Religion et fondement du droit chez Leibniz", *APD* 1973, p.85.
- BELIN-MILLERON (J.), "La logique au prétoire est une éthique", *D.* 1954, chr., p.127.
- BELLET (P.), "Grandeur et servitudes de la Cour de cassation", *RID comp.* 1980, p.293.
- BENABENT (A.), "Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie", *D.* 1994, chr., p.115.
- BERGEL (J.-L.), "La loi du juge " Dialogue ou Duel ?", *Mélanges Kayser*, tome 1, Aix-en-Provence, PUAM 1979, p.21.
- BERGEL (J.-L.), "Différence de nature égale différence de régime", *RTD civ.* 1985, p.254.
- BERGEL (J.-L.), "Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques", *RRJ* 1993, p.1055.
- BERMONX DE VAULX (J.-M.), "L'empire des faits et l'émergence de la notion de société", *D.* 1996, chr., p.185.
- BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.), "Doctrine civiliste et production normative", in *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993, p.127.
- BEROUJON (C.), "Contentieux au singulier et jurisprudence au pluriel", *RTD civ.* 1995, p.579.
- BERTRAND (E.), "Le rôle de la dialectique en droit privé positif", *D.* 1951, chr., p.153.

- BERTRAND (E.) et JULIAN (P.), "Vers une informatique judiciaire, l'analyse des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence", *D.* 1972, chr., p.123.
- BIANCARELLI (J.), "Sécurité juridique : définition et analyse de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes", *Droit fiscal*, 1996, n°Hors-série, p.18.
- BILLIAU (M.), "Cession de contrat ou délégation de contrat ? (étude du régime juridique de la prétendue "cession conventionnelle de contrat")", *JCP* 1994.I.3758.
- BISSARA (P.), DIDIER (P.), MISEREY (Ph.), "L'égalité des actionnaires, mythe ou réalité ?" *JCP*, éd. E, 1994, *Cah. dr. entr.* n°5, p.18.
- BIX (B.), "H.L.A. Hart and the "open texture" of language", *Law and Philosophy* 10, 1991, p.51.
- BLAISE (H.), "La formation au XIXème siècle de la jurisprudence sur les donations déguisées", *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.89.
- BOCCARA (B.), "La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil", *JCP* 1970.I.2294.
- BOLARD (G.), "Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky", *JCP* 1993.I.3693.
- BONNECASE (J.), "L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses illustres représentants", *Rev. gén. du droit* 1918, p.212.
- BONNECASE (J.), "Science et tradition en droit civil. A propos de la thèse de doctorat de M. J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*", cité par C. Atias, "Métamorphoses de la réalité juridique", *Corps écrit* 26, La métamorphose, Juin 1988, p.30-31.
- BORE (J.), "Réflexion sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation", *D.* 1979, chr., p.247.
- BORE (J.), "La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation", *D.* 1981, chr., p.301.
- BORE (J.), "La Cour de cassation de l'an 2000", *D.* 1995, chr., p.141.
- BORIES (S.), "À la rencontre du droit vécu (L'étude des masses jurisprudentielles : une dimension nouvelle des phénomènes socio-judiciaires)", *JCP* 1985.I.3213.
- BOULAN (F.), "Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive", *JCP* 1973.I.2563.
- BOULANGER (D.), "Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion", *JCP* éd. N, 1996.I. p.1585.
- BOULANGER (J.), "Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile", *RTD civ.* 1961, p.417.
- BOULLEZ (C.), "La garantie des vices : la part maudite de la jurisprudence", *Gaz. pal.*, 4-5 novembre 1994, p.9.
- BOUYSSOU (F.), "La copropriété horizontale sans division en jouissance : mythe, réalité ou fraude ?", *Rev. dr. imm.* 1996, p.329.
- BOYER (A.), "*De usu argumentorum*", *Argumentation et Rhétorique*, Hermès 15, CNRS, 1995, p.27.
- BREDIN (J.-D.), "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p.111.
- BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), "De la connaissance pratique du droit et ses difficultés", *D.* 1952, chr., p.89.
- BRETON (A.), "L'arrêt de la Cour de cassation", *Ann. Faculté de droit de Toulouse* 1975 XXIII, p.26.

- BRIERE DE L'ISLE (G.), "Sécurité et Loi", Entretiens de Nanterre des 16 et 17 mars 1990, *JCP*, éd. E, 1990, Cah. dr. entr., supplément n°6, p.6.
- BROCHER (H.), "L'interprétation des codes", *Rev. gén. du droit*, 1907, p.55.
- BROEKMAN (J.), "Beyond legal gaps", *Law and Philosophy* 4, 1985, p.217.
- BRUSCHI (M.), "Dépossession manifestement illicite : le "référé possessoire" devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence", *Bull. Aix* 1997-1, p.131.
- CABANIS (A.), "Le Code hors la France", in B. Beignier (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p.63.
- CABRILLAC (M.), "Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers", *Mélanges Breton et Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p.38.
- CAPITANT (H.), "Les fluctuations de la théorie de la responsabilité des dommages causés par le fait des choses", *DH* 1927, chr., p.49.
- CAPITANT (H.), "De la clause donnant au survivant des époux la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux", *Rev. crit. légis et jur.* 1927, p.27.
- CAPITANT (H.), "L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires", *DH* 1935, p.77.
- CAPOULADE (P.), "La jurisprudence constante de la Cour de cassation", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.217.
- CAPOULADE (P.), "Copropropriété et structures foncières dans la jurisprudence de la Cour de cassation", *Rapport de la Cour de cassation 1994*, Paris, La documentation française, 1995, p.85.
- CAPOULADE (P.), "La Cour de cassation et la copropriété : synthèse de jurisprudence", *AJDI* 1998, p.494.
- CARBONNIER (J.), "Le silence et la gloire", *D.* 1951, chr., p.120.
- CARBONNIER (J.), "Notes sous des notes d'arrêts", *D.* 1970, chr., p.137.
- CARBONNIER (J.), "La question du divorce, mémoire à consulter", *D.* 1975, chr., p.115.
- CARBONNIER (J.), "Les notions à contenu variable en droit de la famille", in Ch. Perelman (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.99.
- CARBONNIER (J.), "En l'année 1817", *Mélanges Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.87.
- CATALA (P.), "L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve", *RTD civ.* 1960, p. 396.
- CAYLA (O.), "L'indicible droit naturel de François Gény", *RHFD* 1988, n°6, p.103.
- CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.), "Les interprètes du Code civil", in *Le livre du centenaire*, tome 1, Rééd. Duchemin, 1969, p.139.
- CHARMONT (J.), "Les sources du droit positif à l'époque actuelle", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1906, p.117.
- CHAUCHARD (J.-P.), "Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF", *Dr. social* 1995, p.642.
- CHAUVIN (P.), "La saisine pour avis", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.109.
- CHEVALLIER (J.), "Les interprètes du droit", in P. Amselek (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.115.
- COLOMBET (C.), "De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements", *RTD civ.* 1965, p.5.
- CONTE (Ph.), "L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur", *JCP* 1988.I.3343.
- CORBISIER (I.), "La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe. Droit belge, luxembourgeois, néerlandais et allemand", *Rev. Aff. Europ.* 1993-3, p.27.

- CORNU (G.), "Aperçu de la pensée juridique contemporaine", *Annales Université Poitiers*, 1960, p.15.
- CORNU (G.), "La lettre du Code à l'épreuve du temps", *Mélanges Savatier*, Paris, Dalloz, 1965, p.157.
- CORNU (G.), "Les principes directeurs du procès en eux-mêmes (fragment d'un état des questions)", *Études offertes à P. Bellet*, 1991.
- CORPART (I.), "L'encombrement croissant de la Cour de cassation", *Les petites affiches*, 6 février 1995, n°16, p.4.
- CORTEN (O.), "La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de l'École de Bruxelles" : critique sociologique", *RIEJ* 1998-40, p.79
- COSTE-FLORET (A.), "Le remploi tacite à retardement sous le régime de la communauté", *RTD civ.* 1975, p.47.
- COTE (P.-A.), "L'interprétation de la loi : une création sujette à contraintes", in D. Bourcier et P. Mackay (dir.), *Lire le droit*, Paris, LGDJ, 1992, p.133.
- COUDERC (J.-F.), "Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers", *D.* 1975, chr., p.249.
- COURET (A.), "De quelques apports conceptuels du droit financier contemporain", *Mélanges Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, p.195.
- COUTURIER (G.), "Les techniques civilistes et le droit du travail", *D.* 1975, chr., p.151.
- DALLOZ (D.) et VERGE (Ch.), "Propos en ouverture de la table alphabétique des vingt-deux années du recueil périodique de jurisprudence, de législation et de doctrine (1845 à 1867)", Paris, Dalloz, 1867.
- DE JUGLART (M.), "Le droit aérien actuel est-il un droit autonome?", *D.* 1954, chr., p.117.
- DE LAMBERTERIE (I.), TALLON (D.) et RIEG (A.), "Rapport général *Les clauses abusives et le consommateur européen*", *RID comp.* 1982, p.1058.
- DE POULPIQUET (J.), *Répertoire. civil Dalloz*, v° Notaires, 1993.
- DECHEIX (P.), "La fiducie ou du sens des mots", *D.* 1997, chr., p.35.
- DECHEIX (P.), "Suggestion hérétique pour une justice moins lente (Plaidoyer pour l'arrêt de règlement)", *D.* 1991, chr., p.49.
- DECOOPMAN (N.), "Le rescrit boursier", *Rev. sociétés* 1991, p.449.
- DEFRENOIS (J.), *Encyclopédie Dalloz*, v° Notaires, 1953.
- DEFRENOIS-SOULEAU (I.), "La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil", *RTD civ.* 1989, p.243.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), "Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait", *D.* 1982, chr., p.83.
- DEL VECCHIO (G.), "Essai sur les principes généraux du droit", *Rev. crit. légis et jur.* 1925, p.153.
- DELEBECQUE (Ph.), "L'appréhension judiciaire des groupes de contrats", in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p.117.
- DEMOGUE (R.), rapport à la société d'études législatives, séance du 15 décembre 1921, discussion du projet de loi sur la lésion, *Bull. soc. études législatives* 1922, question n°46.
- DEPREZ (J.), "Sois juge et tais-toi" (réflexions sur le rôle du juge dans la cité)", *RTD civ.* 1978, p.503.
- DERRIDA (F.), "Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de communauté légale", *Mélanges A. Colomer*, Paris, Litec, 1993.

- DERRIDA (F.), "La situation des créanciers personnels du conjoint du débiteur soumis à une procédure de redressement-liquidation judiciaires : bilan", *D.* 1997, chr., p.117.
- DIENER (P.), "A propos d'une prétendue absence de cause", *D.* 1994, chr., p.347.
- DIENER (P.), "Pathologie juridique et doctrine universitaire en droit des affaires", *D.* 1997, chr., p.147.
- DRAI (P.), "Pour la Cour de cassation", *JCP* 1989.I.3374.
- DRAI (P.), "La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions", *Droits-20*, p.108.
- DUPEYROUX (J.-J.), "Droit civil et droit du travail : l'impasse", *Dr. soc.* 1988, p.372.
- DURAND (P.), "La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé", *D.* 1956, chr., p.75.
- DWORKIN (R.), "Is law a system of rules ?", in *Readings in philosophy*, Oxford U.P. 1977, p.38.
- DWORKIN (R.), "La chaîne du droit", *Droit et société*, 1985, n°1, p.51.
- DWORKIN (R.), "La complétude du droit", in P. Amselek et C. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, Questions, 1989, p.127.
- DWORKIN (R.), "Les contraintes argumentatives dans l'argumentation juridique 2 : Y a-t-il une bonne réponse en matière d'interprétation juridique?" in P. Amselek (dir.) *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, 1995, p.227.
- DYENS (S.) et SALES (S.), "Le Conseil constitutionnel est-il herculéen ?", *La Revue administrative*, Mai - juin 1996, p.275.
- EL SHAKANKIRI (M.), "Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart", *APD* 1970, p.113.
- ELLUL (J.), "Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception", *APD* 1963, p.21.
- ESMEIN (A.), "La jurisprudence et la doctrine", *RTD civ.* 1902, p.5.
- ESMEIN (P.), "La jurisprudence et la loi", *RTD civ.* 1952, p.17.
- EWALD (F.), "Pour un positivisme critique : Michel Foucault et la philosophie du droit", *Droits-03*, 1986, p.137.
- EWALD (F.), "Philosophie de la précaution", *L'année sociologique* 1996, 46, n°2, p.381.
- EWALD (F.), "Les causes de l'insécurité", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.435.
- FABRE-MAGNAN (M.), "Le mythe de l'obligation de donner", *RTD civ.* 1996, p.85.
- FAVOREU (L.), "Une convention collective peut-elle comporter des dispositions à caractère rétroactif ?", *D.* 1995, chr., p.82.
- FENOUILLET (D.), "Étienne, Louis Josserand (1868-1941)", *RHFD.* 1996, n°17, p.27.
- FINEL (L.), "Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire", *JCP* 1996.I.3957.
- FLOUR (J.), "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, tome 1, p.93.
- FOSSEREAU (J.), "L'indétermination du prix dans les contrats", *Rapport de la Cour de cassation* 1995, Paris, La documentation française, 1996, p.111.
- FOURET (P.), "L'ambiguïté et l'insécurité juridique", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.446.
- FOUSSARD (J.), "La jurisprudence constante de la Cour de cassation", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.225.
- FREDERICQ (S.), "L'unification du droit civil et du droit commercial", *RTD com.* 1962, p.203.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), "Le choix de l'annulation comme sanction de l'indétermination du prix dans les contrats d'exclusivité et ses conséquences", *Les petites affiches* 8 décembre 1993, n°147, p.14.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), "L'esprit comparé du juge civil et du juge consulaire", *Gaz. Pal.* 25-27 juin 1995, p.7.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), "De l'abandon du carcan de l'indétermination du prix à l'abus dans la fixation du prix", *RIDA* 1996, chr., p.3.
- GARRON (R.), "La nécessité, l'habitude et la continuité", *Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix, PUAM 1998, p.195.
- GAUDEMET (Y.), "Sécurité du droit et jurisprudence", *Entretiens de Nanterre des 16 et 17 mars 1990*, *JCP (E)* 1990, *Cah. dr. entr.*, supplément n°6, p.12.
- GAZZANIGA (J.-L.), "Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Ancien régime", *Droits-12*, 1990, p.45.
- GEGOUT (Y.), "La simplification future de notre législation : mythe ou réalité ?", *La vie judiciaire*, 28 avril 1996, p.2.
- GENY (F.), "À propos de l'ouvrage de M. H. De Page : *De l'interprétation des lois*", *RTD civ.* 1925, p.857.
- GENY (F.), "La relativité de la technique juridique", *RTD civ.* 1935, p.793.
- GENY (F.), "L'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française", in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, *Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, Paris, LGDJ, 1950, p.3.
- GHESTIN (J.), "La prophétie réalisée", *JCP* 1976.I.2786.
- GHESTIN (J.), "La fraude paulienne", *Mélanges Marty*, Toulouse, 1978, p.578.
- GHESTIN (J.), "L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français", in Ch. Perelman (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- GHESTIN (J.), v° Erreur, *Répertoire civil Dalloz*, 1988.
- GHESTIN (J.), "La distinction entre les parties et les tiers au contrat", *JCP* 1992.I.3628.
- GILISSEN (J.), "Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et du droit moderne", in Ch. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p.197.
- GOLDMAN (A.), "Rules in the law", *Law and Philosophy* 16, 1997, p.581.
- GRANGER (R.), "La tradition en tant que limite aux réformes du droit", *RID comp.* 1979, p.37.
- GROUDEL (H.), "Les groupes de contrat : le retour à l'orthodoxie", *Resp. civ. et ass.* 1991, chr., p.23.
- GROUDEL (H.), "Qu'entend-on par insécurité juridique ? Exposé introductif", in *Insécurité juridique et assurance*, colloque du 3 octobre 1996, *RGDA* 1998, p.419.
- GUASTINI (R.), "Théorie et ontologie du droit chez Dworkin", *Droit et société* 1986 n°2, p.15.
- GUASTINI (R.), "Problèmes épistémologiques du normativisme en tant que théorie de la science juridique", *Rev. de métaph. et de morale* 1997, p.551.
- GURVITCH (G.), "Droit naturel ou droit positif intuitif ?", *APD* 1933, n°3/4, p.83.
- HALPERIN (J.-L.), "La naissance de l'obligation de sécurité", n°spécial *Gaz. pal.* 21-23 septembre 1997, p.2.
- HART (H. L. A.), "Definition and theory in Jurisprudence", *The Law Quarterly Review*, vol. 70, [1954], p.32, in J. Feinberg and H. Gross (éd.), *Philosophy of Law*, Belmont, Wadsworth, 2ème éd., 1980, p.252.

- HAUSER (J.), "L'enfant supranational, mythe ou réalité ?", *Les petites affiches* 3 mai 1995, n°53, p.36.
- HEBRAUD (P.), "“ Aggiornamento ” de la Cour de cassation", *D.* 1979, chr., p.205.
- HEBRAUD (P.), "Le juge et la jurisprudence", *Mélanges Couzinet*, Toulouse, 1974, p.329.
- HERON (J.), "Le nouveau Code de procédure civile", in B. Beignier (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p.81.
- HERVIEU (A.), "Observations sur l'insécurité de la règle jurisprudentielle", *RRJ* 1989-2, p.257.
- HILAIRE (J.), "Le comparatisme en matière commerciale au XIXème siècle", *RHFD* 1991, n°12, p.127.
- HOFFMASTER (B.), "Understanding judicial discretion", *Law and Philosophy* 1, 1982 p.21.
- HOLMES (O. W.), "The path of the law", 10 *Harvard L. Rev.* 457 (1897), 110 *Harvard L. Rev.* 989 (1997).
- HUSSON (L.), "Réflexions d'un philosophe sur un revirement de jurisprudence", *APD* 1971, p.293.
- HUSSON (L.), "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", *RTD civ.* 1976, p.451.
- JACKSON (B. S.), "Hart et Dworkin sur le pouvoir discrétionnaire", *APD* 1989, p.243.
- JAMIN (C.), "Une restauration de l'effet relatif du contrat", *D.* 1991, chr., p.257.
- JAMIN (C.), "Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur : l'action directe en droit français", in M. Fontaine et J. Ghestin, *Les effets du contrat à l'égard des tiers ; comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1992, p.264.
- JAMIN (C.), "L'oubli et la science.", *RTD civ.* 1994, p.815.
- JAMIN (C.), "Cession de contrat et consentement du cédé", *D.* 1995, chr., p.131.
- JAMIN (C.), compte rendu de "Émile Accolas, *Introduction à l'étude du droit*", *RTD civ.* 1998, p.548.
- JAMIN (C.) et BILLIAU (M.), "Cession conventionnelle de contrat : la portée du consentement du cédé", *D.* 1998, chr., p.145.
- JANET (P.), "De la philosophie du droit dans la doctrine de Kant", *Rev. crit. légis. et jur.* 1855, tome 6, p.39.
- JEANDIDIER (W.), *Jurisclasseur Pénal*, art. 111-2 à 111-5, fasc. 20, "Interprétation de la loi pénale".
- JEANTIN (M.), "Réformer la Cour de cassation", *Mélanges P. Hébraud*, Toulouse, 1981, p.469.
- JEGOUZO (Y.), "Commentaire de la loi 9 février 1994", *Rev. dr. imm.* 1994, p.153.
- JESTAZ (Ph.), v°Équité, *Répertoire civil Dalloz*, 1972.
- JESTAZ (Ph.), "Amélioration du droit " l'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature """, *RTD civ.* 1983, p.233.
- JESTAZ (Ph.), "L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale", *Mélanges P. Raynaud*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p.273.
- JESTAZ (Ph.), "La jurisprudence : réflexions sur un malentendu", *D.* 1987, chr., p.11.
- JESTAZ (Ph.), "À propos du nom patronymique, diagnostic et pronostic", *RTD civ.* 1989, p.270.
- JESTAZ (Ph.), "Déclin de la doctrine ?", *Droits-20*, p.91.
- JESTAZ (Ph.), "La jurisprudence constante de la Cour de cassation", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.216.
- JESTAZ (Ph.) et JAMIN (C.), "L'entité doctrinale française", *D.* 1997, chr., p.167.

- JEZE (G.), "De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence : Le rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux", *RDP* 1914, p.311.
- JOSSERAND (L.), "Le transport bénévole et la responsabilité des accidents d'automobile", *DH* 1926, chr., p.21.
- JOSSERAND (L.), "La doctrine contre la jurisprudence. Sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées", *DH* 1931, p.69.
- JOSSERAND (L.), "Sur la reconstitution d'un droit de classe", *DH* 1937, chr., p.1 .
- JOURDAIN (P.), "Le devoir de " se " renseigner (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement)", *D.* 1983, chr., p.139.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE (L.), "La réforme du Code civil", *D.* 1948, chr., p.117.
- KALINOWSKI (G.), "Théorie, métathéorie ou philosophie du droit", *APD* 1970, p.179.
- KANAYAMA (N.), "Les civilistes français et le droit naturel au XIXème siècle, à propos de la prescription", *RHFD* 1989, n°8, p.142.
- KAYSER (P.), "François Géný, le Professeur et l'Homme", in *Le centenaire de François Géný*, Paris, Dalloz, 1963, p.1.
- KDHIR (M.), "Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ?", *D.* 1994, chr., p.30.
- KDHIR (M.), "Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ?", *Les petites affiches* du 16 août 1993, p.9.
- KOERING-JOULIN (R.), "De l'art de faire l'économie d'une loi", *D.* 1990, chr., p.187.
- KULLMANN (J.), "Remarques sur les clauses réputées non écrites", *D.* 1993, chr., p.59.
- LAINGUI (A.), "L'adage vestige de la poésie du droit", *Mélanges Imbert*, p.395.
- LAJOIE (A.), BOIVIN (M.-C.), PERRAULT (S.), "Interprétation des concepts : efficacité spécifique respective des méthodes juridiques et linguistiques", in D. Bourcier et C. Thomasset, *L'écriture du droit... face aux technologies de l'information*, Paris, Diderot éd., 1996, p.597.
- LAMBERT (E.), "La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociale du droit", *Rev. gén. du droit*, 1904, p.166 s. et p.451 s.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), "Fondement et régime de l'obligation de sécurité", *D.* 1994, chr., p.81.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.), "Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels", *D.* 1992, chr., p.165.
- LANGLOIS (Ph.), "La Cour de cassation et le respect de la loi", *D.* 1997, chr., p.45.
- LAPOYADE DESCHAMPS (C.), "Responsabilité contractuelle ou délictuelle ?", *Resp. civ. et ass.*, oct. 1992, n°33, p.4.
- LARHER-LOYER (C.), "La jurisprudence d'appel", *JCP* 1989.I.3407.
- LARROUMET (C.), "L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité dans les ensembles contractuels", *JCP* 1988.I.3357. .
- LARROUMET (C.), "L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels", *JCP* 1991.I.3531.
- LARROUMET (C.), "La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats de commerce international", *JCP* 1997.I.4011.
- LARROUMET (C.), "Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité", *D.* 1997, p.145.
- LAUDE (A.), "La détermination du prix dans les contrats de distribution, le changement de cap", *D. aff.* 1996, p.3.
- LE TOURNEAU (Ph.), "La plume professorale est libre", *D.* 1995, chr., p.273.
- LECUYER (H.), "Une responsabilité déresponsabilisante", *Droit de la famille* 1997, n°3, Repères.

- LEDUC (F.), "Le gage translatif de propriété, mythe ou réalité ?", *RTD civ.* 1995, p.307. .
- LEFORT (J.), "De la jurisprudence et de son rôle", *Rev. gén. du droit*, 1905, p.63.
- LEGRAND (P.), "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *RID comp.* 1996, p.779.
- LEJEUNE (F.), "Une sûreté nouvelle : l'antichrèse-bail", *JNA* 1986, p.571.
- LENOBLE (J.), "La théorie de la cohérence narrative en droit. Le débat Dworkin - MacCormick", *APD* 1988, p.121.
- LEONNET (J.), Allocution prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 12 janvier 1996, *Rapport de la Cour de cassation 1995*, p.46.
- LEQUETTE (Y.), "L'influence de l'oeuvre d'Henri Battifol sur la jurisprudence française", *Travaux du comité français de droit international privé Année 1991-1992*, Paris, Pédone, 1994, p.32.
- LEVEUR (L.), "Indétermination du prix : le revirement et sa portée" *Contrats, Concurr., Consomm.* 1996, chr., p.1.
- LEVY-BRUHL (H.), "Les sources - les méthodes - les instruments de travail", in L. Julliot de la Morandière, P. Esmein et alii, *Introduction à l'étude du droit*, tome 1, Paris, Rousseau, 1951, p.253.
- LINDON (R.), "De certaines récentes modifications de la procédure devant la Cour de cassation", *JCP* 1980.I.2967.
- LINDON (R.), "La loi du 6 aout 1981 sera-t-elle la dernière loi modifiant la procédure devant la Cour de cassation ?", *JCP* 1981.I.3051.
- LOCHAK (D.), "La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?" in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p.298.
- LOCHAK (D.), "Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française", in "Le droit antisémite de Vichy", *Le genre humain*, Été-Automne 1996, Paris, Seuil, p.433.
- MACCORMICK (N.), "Le raisonnement juridique", *APD* 1988, p.99.
- MACCORMICK (N.), "Discretion and rights", *Law and Philosophy* 8, 1989, p.23-36.
- MACCORMICK (N.), "La texture ouverte des règles juridiques", in P. Amselek (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, Questions, 1989, p.109.
- MACCORMICK (N.), "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation juridique ; argumentation et interprétation en droit", in P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, Aix-en-Provence, PUAM, p.211.
- MALAUURIE (Ph.), "La jurisprudence combattue par la loi", *Mélanges Savatier* 1965, p.607.
- MALAUURIE (Ph.), "L'effet pervers des lois", *Mélanges Cornu*, Paris, PUF, 1995, p.309.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNES (L.), "La distinction des biens propres et des biens communs dans la communauté légale ; principes directeurs", *Defrénois* 1989, p.334.
- MALLIEUX (M.), "Le rôle de l'expérience dans les raisonnements des jurisconsultes", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1907, p.755. .
- MARTIN (D. R.), "L'antichrèse" *JCP*, éd.N, 1987.I. p.299.
- MARTIN (D. R.), "De la répétition de l'indu", *D.* 1993, chr., p.167.
- MARTIN (D. R.), "L'avoir", *D.* 1995, chr., p.129.
- MARTIN (D. R.), "De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)", *D.* 1996, chr., p. 263.
- MARTIN (R.), "Le refolement de la cause dans les contrats à titre onéreux", *JCP* 1983.I.3100.
- MARTIN (R.), "Impertinente supplique d'un praticien à des chercheurs", *JCP* 1989.I.3393.
- MARTIN (R.), "Action possessoire, servitude et copropriété", *Ann. Loyers* 1991, p.477.
- MARTIN (R.), "Sur l'unité des ordres de juridictions", *RTD civ.* 1996, p.123.

- MASSIP (J.), "Le transsexualisme", *Defrénois* 1993, p.414.
- MATHIEU (B.), "Pour une reconnaissance de " principes matriciels " en matière de protection constitutionnelle des droits de l'Homme", *D.* 1995, chr., p.212 .
- MAZEAUD (H.), "La communauté réduite au bon vouloir des époux", *D.* 1965, chr., p.91.
- MESTRE (J.), "Cause du contrat et objectif de défiscalisation", *D.* 1995, chr., p.34.
- MESTRE (J.), "Les clauses d'avenir", in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Aix-en-Provence, PUAM, 1990, p.161.
- MEYNIAL (E.), "Sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des Coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres", *Rev. gén. du droit* 1903, p.326 et 446.
- MIAILLE (M.), "La critique du droit", *Droit et société*, n°20-21, 1992, p.73.
- MICHAUT (F.), "L'approche scientifique du droit chez les réalistes américains", in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, LGDJ, 1994, p.265.
- MICHAUT (F.), "La bonne réponse n'est-elle qu'une illusion ? Autour de Dworkin", *Droits-09*, 1989, p.69.
- MICHAUT (F.), "Le rôle créateur du juge selon l'école de la "sociological jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit", *RID comp.* 1987-2, p.343.
- MOLFESSIS (N.), "L'obligation naturelle devant la Cour de cassation", *D.* 1997, chr., p.85.
- MORAND-DEVILLER (J.), "Urbanisme et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 89ème congrès des notaires", *Defrénois*, 1993, p.953.
- MOREAU (M.), "Rôle de la doctrine et du droit comparé dans la formation de la jurisprudence, aspects de droit privé français", Journées de la Société de législation comparée, *RID comp.* n°spécial - vol. 16, 1994, p.239.
- MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *JCP* 1992.I.3576.
- MORIN (G.), "La conception individualiste du droit", *RTD civ.* 1908, p.520.
- MORIN (G.), "La décadence de l'autorité de la loi", *Rev. de Métaph. et de Morale* 1925, p.259.
- MORIN (G.), "Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", *Annuaire de l'institut international de philosophie et de sociologie juridique*, Paris, Sirey 1934-1935, tome 1, p.64.
- MOULY (C.), "Crise des introductions au droit", *Droits-04*, p.99.
- MOUSSERON (J.-M.), "La gestion des risques par le contrat", *RTD civ.* 1988, p.481.
- NAJJAR (I.), "La " rétractation " d'une promesse unilatérale de vente", *D.* 1997, p.119.
- NERSON (R.), "La volonté de contracter", *Mélanges Secrétan*, Lausanne, 1964, p.221.
- NIORT (J.-F.) et VANNIER (G.), "Sur la théorie du droit de Dworkin : de l'interprétation des principes à leur application aux cas difficiles", *Droits-20*, 1994, p.161.
- OPPETIT (B.), "L'hypothèse du déclin du droit", *Droits-04*, p.9.
- OPPETIT (B.), "Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois", *D.* 1974, chr., p.111.
- OPPETIT (B.), "Les tendances régressives dans l'évolution du droit", *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p.317.
- OPPETIT (B.), "Portalis philosophe", *D.* 1995, chr., p.331.
- ORIOU (A.), "La résistance des juges du fond", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.191.
- OST (F.), "Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham", in *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, FUSL, 1987, p.219.

- OST (F.), "L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur", in M. van de Kerchove (dir.), *L'interprétation en droit, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, p.97.
- PACTEAU (B.), "La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?", *AJDA* 1995, p.151.
- PELLISSIER (J.), "Droit civil et contrat individuel de travail", *Dr. soc.* 1988, p.387.
- PERDRIAU (A.), "Visas, "chapeaux" et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation", *JCP* 1986.I.3257.
- PERDRIAU (A.), "La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation", *JCP* 1990.I.3468.
- PERDRIAU (A.), "Les formations restreintes de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3768.
- PERDRIAU (A.), "La chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation", *JCP* 1994.I.3798.
- PERDRIAU (A.), "Pour une rédaction plus homogène des arrêts de la Cour de cassation", *Gaz. pal.* 19-20 juillet 1995, p.2.
- PERDRIAU (A.), "Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de ... l'équité", *Gaz. pal.* 1996, doctr. p.1388.
- PEREZ PERDOMO (R.), "L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique", *APD* 1972, p.234.
- PERRIN (J.-F.), "Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable", in Ch. Perelman (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.201.
- PERRIN (J.-F.), "Définir le droit... selon une pluralité de perspectives", *Droits-10*, p.63.
- PERRROT (A.), "La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit", in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993, p.181.
- PETIT (B.), *Jurisclasseur civil*, Contrats et obligations, V° Erreur, art.1110, 1989.
- PETIT (B.), "L'évidence", *RTD civ.* 1986, p.491.
- PETIT (F.), "La mémoire en droit privé", *RRJ* 1997-1, p.27.
- PEYRET (J.), "L'évolution du droit des servitudes" in *L'évolution du droit des biens*, 3èmes journées René Savatier, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Paris, PUF, 1991, p.69.
- PFERSMANN (O.), "Carré de Malberg et "la hiérarchie des normes"", in O. Beaud et P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, PUS, 1997, p.295.
- PFERSMANN (O.), "Notes de lectures : Neil MacCormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*", *Droits-27*, p.208.
- PICARD (Et.), "Science du droit" ou "doctrine juridique", *Mélanges R. Drago*, Paris, Économica, 1996, p.119.
- PINTO (R.), "Spicilège des lectures, en français, d'Oliver Wendell Holmes (1841-1935)", *RDP* 1996-3, p.703.
- PLANTIN (C.), "Question > Argumentations > Réponses", in C. Kerbrat-Orecchioni (dir.), *La question*, Lyon, PUL, 1991, p.63.
- POLLAUD-DULIAN (F.) et RONZANO (A.), "Le contrat-cadre, par delà les paradoxes", *RTD com.* 1996, p.179.
- POUND (R.), "Juristic science and the law", 31 *Harvard L. Rev.*, 1047 (1918).
- POUND (R.), "The theory of judicial decision", 36 *Harvard L. Rev.* 954 (1923).
- RADBRUCH (G.), "La sécurité en droit d'après la théorie anglaise", *APD* 1936, p.86.
- RADE (C.), "L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés", *JCP* 1997.I.4009.
- RADE (C.), "Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui", *D.* 1997, chr., p.279.

- RAMAGET (C.) et LAFARGE (Ph.), "L'avocat fakir", *Gaz. pal.* 1995.1. doctr. p.137 .
- REMY (Ph.), "Exploitation agricole et statut civil des époux", *Dr. rural* 1981, p.239.
- REMY (Ph.), "L'acquisition de parts indivises en nue-propiété ou en usufruit par un époux commun en biens", *JCP*, éd. N, 1981.I. p.37.
- REMY (Ph.), "Éloge de l'exégèse", *RRJ* 1982, XIII, p.254 ; *Droits-01*, 1985, p.115.
- REMY (Ph.), "Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle", *AHFD* 1985, n°2, p.91.
- REMY (Ph.), "“ La Thémis ” et le droit naturel", *RHFD* 1987, n°4, p.145.
- REMY (Ph.), "Philosophie de l'ordre civil positif", in G. Planty-Bonjour et R. Legeais (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, PUF, 1991, p.145.
- REMY (Ph.), "Critique du système français de responsabilité civile", *Droit et cultures*, n°31, 1996/1, p.31.
- REMY (Ph.), "La “ responsabilité contractuelle ” : histoire d'un faux concept", *RTD civ.* 1997, p.323.
- REMY (Ph.), "Préfaces de Troplong, préface aux préfaces", *RHFD* 1997, n°18, p.161.
- RIALS (S.), "Les standards, notions critiques du droit", in Ch. Perelman (dir.), *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.39.
- RICHARD (B.) et SAGE (F.), "La responsabilité civile de l'avocat", *Gaz. pal.* 1994.2. doctr. p.1324.
- RIPERT (G.), "Droit naturel et positivisme juridique", *Ann. fac. d'Aix*, 1918, n°1, p.47.
- RIPERT (G.), "Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy", *Rev. crit. légis. et jur.* 1928, p.21.
- RIPERT (G.), "Discussion du rapport de M. G. Morin, Le rôle de la doctrine dans l'élaboration du droit positif", *Annuaire de l'institut international de philosophie et de sociologie juridique*, Paris, Sirey 1934-1935, tome 1, p.72.
- RIPERT (G.), "Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique", *D.* 1950, chr., p.4.
- RIPERT (G.), "Le Centenaire du Dalloz", *D.* 1950, chr., p.108.
- RIVERO (J.), "Apologie des faiseurs de systèmes", *D.* 1951, chr., p.99.
- ROBERT (J.-H.), "Le cours magistral", *AHFD* 1985, n°2, p.135.
- ROBERT (J.-H.), "Saleilles et le comparatisme", *RHFD* 1991, n°12, p.143.
- ROBERT-PRECLoux (A.-F.), "Qu'enseignait-on à la faculté de droit de Paris ?" in "Le droit antisémite de Vichy", *Le genre humain*, Été-Automne 1996, Paris, Seuil, p.413.
- ROUAST (J.), "L'œuvre civiliste de Georges Ripert", *RTD civ.* 1959, p.1.
- ROUHETTE (G.), "La force obligatoire du contrat", in D. Tallon et D. Harris (dir.), *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, Paris, LGDJ, 1987, p. 32.
- ROUHETTE (G.), "Une fonction consultative pour la Cour de cassation", *Mélanges Breton et Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p.343.
- SALAS (D.), "Droit et institution : Léon Duguit et Maurice Hauriou", in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p.196 .
- SALEILLES (R.), préface de F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, Paris, LGDJ, 1899.
- SALEILLES (R.), "École historique du droit et droit naturel", *RTD civ.* 1902, p.80.
- SAUER (W.), "Sécurité juridique et justice", *Études Lambert*, tome 3, Paris, 1938, §136, p.34.
- SAVATIER (R.), "Vers la socialisation de la responsabilité et des risques éventuels", *DH* 1931, chr., p.9.
- SAVATIER (R.), "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D* 1977, chr., p.43.

- SAVATIER (R.), "Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif", *Mélanges Dabin*, tome 1, 1963, p.293.
- SCALFI (G.) et ROMAGNOLI (E.), "Rapport général", in *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Trav. Ass. Henri Capitant, t.XXXI, 1980, Paris, 1982.
- SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), "Les fictions en droit privé.", *APD* 1975, p.273.
- SEBAG (L.), "La méthode quantitative en droit civil et la réforme des régimes matrimoniaux", *D.* 1963, chr., p.203.
- SEFTON-GREEN (V.), "La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêt en Europe. Droit anglais", *Rev. Aff. Europ.* 1993-3, p.41.
- SERIAUX (A.), "Tes père et mère honoreras. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain", *RTD civ.* 1986, p.265.
- SERIAUX (A.), "Les sources du droit, vision jusnaturaliste", *RRJ* 1990, p.166.
- SERIAUX (A.), "Beaucoup de bruit pour rien (brèves remarques sur un arrêt récent de l'assemblée plénière de la Cour de cassation)", *D.* 1993, chr., p.229.
- SERIAUX (A.), "La notion juridique de patrimoine", *RTD civ.* 1994, p.801.
- SERIAUX (A.), "La notion de doctrine juridique", *Droits-20*, p.65.
- SERIAUX (A.), "L'acte de Dieu", *Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p.325.
- SEVE (R.), "Détermination philosophique d'une théorie juridique : la théorie d'Aubry et Rau", *APD* 1979, p.247.
- SEVE (R.), "La juste diversité des définitions du droit", *Droits-10*, p.89.
- SINAY-CYTERMANN (A.), "La commission des clauses et le droit commun des obligations", *RTD civ.* 1985, p.475.
- SINGER (J.), "Legal Realism Now", 76 *California L. Rev.* 476 (1988).
- SOINNE (B.), "Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : mythes et réalités. Proposition de modification", *Rev. proc. coll.* 1993, p.345.
- SOLUS (H.), "Le statut hérétique des Tribunaux paritaires de baux ruraux", *D.* 1950, chr., p.153.
- SOURIOUX (J.-L.), "La croyance légitime", *JCP* 1982.I.3058.
- SOURIOUX (J.-L.), "La doctrine française et le droit naturel dans la première moitié du XXème siècle", *RFHD* 1989, n°8, p.155.
- SOURIOUX (J.-L.) et LERAT (P.), "L'euphémisme dans la législation récente", *D.* 1983, chr., p.221.
- TALLON (D.), "Le surprenant réveil de l'obligation de donner (à propos des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de détermination du prix)", *D.* 1992, chr., p.67.
- TENDLER (R.), "L'antichrèse, mythe ou réalité ?" *D.* 1989, chr., p.143.
- TERRE (F.), "En relisant Gény", *APD* 1961, p.125.
- TERRE (F.), "La signification sociologique de la réforme des régimes matrimoniaux", *L'année sociologique* 1965, p.5.
- TERRE (F.), "Le rôle actuel de la maxime " Nul n'est censé ignorer la loi """, *Études de droit contemporain*, Trav. et recherches de l'institut de droit comparé de l'université Paris X, Paris, Cujas, 1966, p.91.
- TERRE (F.), "Jurisimprudence ?", *RTD civ.* 1992, p.354.
- TERRE (F.), "Rapport de synthèse", in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p.244.
- TESTU (F.-X.), "La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?", *D.* 1998, chr., p.345.

- TESTU (F.-X.) et MOITRY (J.-H.), Commentaire de la Loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *D. aff.* 1998, supplément au n°25.
- THIERCELIN (H.), "Les précurseurs de Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1859, tome 14, p.151.
- THIERCELIN (H.), "Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1859, tome 15, p.292.
- THIERCELIN (H.), "Les successeurs de Grotius", *Rev. crit. légis. et jur.* 1860, tome 16, p.312.
- THIREAU (J.-L.), "La doctrine civiliste avant le Code civil", in A. Bernard et Y. Poirmeur (dir.), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, publ. CURRAP - CHDRIP, 1993, p.13.
- THIREAU (J.-L.), "Le jurisconsulte", *Droits-20*, p.22.
- TOMASIN (D.), "Immeubles en copropriété et servitudes", *Droit et Ville* n°30, 1990, p.27.
- TOUFFAIT (A.) et TUNC (A.), "Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation", *RTD civ.* 1974, p.497.
- TOUFFAIT (A.), "Conclusion d'un praticien (à propos de l'étude comparative sur les cours suprêmes)", *RID comp.* 1978, p.473.
- TOURNAFOND (O.), "Les prétendus concours d'action et le contrat de vente", *D.* 1989, chr., p.237.
- TRICOT (D.), in P. Draï, Y. Chartier, D. Tricot, "Cour de cassation et doctrine", *Droits-20*, 1994, p.120.
- TROPER (M.), "La doctrine et le positivisme", in D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1989, p.286.
- TROPER (M.), "Le positivisme juridique", *Rev. de synthèse*, 1985, n°118-119, p.187.
- TROPER (M.), "Les juges pris au sérieux ou la théorie du droit selon Dworkin", *Droit et société*, 1986, n°2, p.41.
- TROPER (M.), "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991.
- TRUCHE (P.), "Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année 1997", *Rapport de la Cour de cassation 1996*, Paris, La documentation française, 1997, p.41.
- TULKENS (F.), "La sécurité juridique : un idéal à reconsidérer", *RIEJ* 1990-24, p.25.
- TUNC (A.), "Pour un conseil supérieur du droit privé", *Études offertes à Léon Julliot de la Morandière*, 1964, p.615.
- VAN DE KERCHOVE (M.), "L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone", in H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Neuchâtel, La Baconnière, 1ère éd., 1953, rééd., 1988, p.225.
- VAN DE KERCHOVE (M.), "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique", in *L'interprétation en droit, Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, p.13.
- VAN RYN (J.), "Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial", *RTD com.* 1953, p.565.
- VEDEL (G.), "Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge", *Mélanges Waline*, tome 2, p.777.
- VEDEL (G.), "Le droit économique existe-t-il ?", *Mélanges Vigreux*, Toulouse, IPA-IAE, 1981, p.770.
- VERPEAUX (M.), "La notion révolutionnaire de juridiction", *Droits-09*, 1989, p.37.
- VOGEL (L.), "Plaidoyer pour un revirement : contre l'obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution", *D.* 1995, chr., p.155.
- VOUIN (R.), "L'unique action civile", *D.* 1973, chr., p.265.
- VOULET (J.), "L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation", *JCP* 1970.I.2305.

- WALDRON (J.), "Vagueness in Law and Language : some philosophical issues", 82 *California L. Rev.* 516 (1994).
- WALT (S.), "Hart and the claims of analytical jurisprudence", *Law and Philosophy* 15, 1995, p.387.
- WILKINS (D.), "Legal Realism for Lawyers", 104 *Harvard L. Rev.* 468 (1990).
- WORTLEY (B. A.), "L'influence de François Génry sur les juristes de common law", in *Le centenaire du doyen François Génry*, Recueil de conférences, Paris, Dalloz, 1963, p.57.
- WROBLEWSKI (J.), "Le non-dit dans le droit : présuppositions et conventions implicites", in P. Amselek (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, Questions, 1989, p.137.
- ZENATI (F.), "La saisine pour avis de la Cour de cassation", *D.* 1992, chr., p.247.

V. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, NOTES, CONCLUSIONS ET RAPPORTS.

- ATIAS (C.), obs. sur Cass. civ. 3ème, 3 avril 1996, *Defrénois* 1996, p.1069.
- AUBERT (J.-L.), note sous Cass. civ. 3ème, 30 juin 1992, *D.* 1993, p.159.
 note sous Cass. ass. plén., 2 février 1996, *D.* 1996, p.193.
 obs. au *Defrénois* 1988, p.1095.
 obs. au *D.* 1992, somm. p.265.
- AUBERT-MONPEYSSEN (T.), note sous Cass. com., 2 mars 1993, *D.* 1994, p.50.
- AYNES (L.), note sous Cass. ass. plén., 1er décembre 1995, *D.* 1996, p.13, concl. Jéol.
 obs. au *D.* 1989, somm. p.296.
- BANDRAC (M.), obs. à la *RTD civ.* 1994, p.899.
 obs. à la *RTD civ.* 1996, p.948.
- BEAUBRUN (M.), note sous cass. civ. 1ère, 29 avril 1985, *D.* 1986, p.365.
- BEIGNIER (B.), note sous TGI de Saintes, 2 juillet 1991, *D.* 1992, p.466.
- BENABENT (A.), note sous Cass. civ. 1ère, 5 mai 1993, *D.* 1993, p. 508.
- BENABENT (A.), note sous Cass. civ. 1ère, 3 février et 8 décembre 1993, *D.* 1994, p.248.
- BEUDANT (Ch.), note sous Cass. civ., 16 novembre 1868, *DP* 1869.1.73.
- BOCCARA (B.), note sous Cass. civ. 3ème, 20 février 1985, *JCP* 1986.II.20639.
- CABRILLAC (M.) et TEYSSIE (B.), obs. à la *RTD com.* 1992, p.653.
- CHABAS (F.) note sous Cass. civ. 2ème, 25 janv. 1995, *Gaz. pal.* 18-20 juin 1995, p.28.
 note sous Cass. civ. 2ème, 4 mars 1992, *Gaz. pal.* 25-27 avril 1993, p.7.
- CHAMPENOIS (G.), obs. au *Defrénois* 1985, p.1159
 obs. au *Defrénois* 1992, p.397.
- CHARTIER (Y.), Conseiller, rapport pour Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, *D.* 1995, p.145.
- COLOMBET (C.), obs. sur Paris, 6 juillet 1989, *D.* 1990, somm. p.57.
- CONTE (Ph.), note sous Cass. civ. 2ème, 23 mars 1994, *JCP* 1994.II.22292.
- CORNU (G.), note sous Cass. civ. 1ère, 9 juin 1976, *JCP* 1976.II.18494.
 obs. à la *RTD civ.* 1965, p.820.
 obs. à la *RTD civ.* 1971, p.167.
- COUTURIER (G.), note sous Cass. civ. 1ère, 28 mars 1995, *D.* 1995, p.440.

- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), obs. sur Cass. civ. 1ère, 23 mars 1994, *D.* 1995, somm. p.127.
- DELEBECQUE (Ph.), note sous Cass. civ. 1ère, 8 mars 1988, *RJCom.* 1988, p.304.
 obs. sur Cass. civ. 1ère, 6 janvier 1994, *D.* 1994 somm. p.208.
 obs. sur Cass. com., 9 juillet 1996, *Defrénois* 1996, p.1364.
- DEMANTE (G.), note sous Cass. civ., 23 avril 1884, *S.* 1884.1.209.
- DERRIDA (F.), note sous Cass. com., 8 octobre 1996, *D.* 1997, p.87.
 obs. sur Cass. com., 20 février 1990, *D.* 1991, somm. p.3.
- DURRY (G.), obs. à la *RTD civ.* 1968, p.152.
- ESMEIN (A.), note sous Cass. req., 12 juin 1884, *S.* 1884.1.257.
- EUDIER (F.), note sous Cass. com., 3 mai 1995, *D.* 1997, p.124.
- FORT-CARDON (E.), note sous Cass. com., 23 février 1993, *D.* 1994, p.318.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) et NUSSENBAUM (M.), note sous Cass. com., 29 avril 1997, *D.* 1998, p.334.
- GAVALDA (C.), note sous Cass. civ., 9 juin 1992, *D.* 1992, p.530.
 note sous Cass. com., 6 avril 1993, *D.* 1993, p.310.
- GENY (F.), note sous Cass. civ. 11 janvier 1933, *S.* 1933.1.161.
 note sous Cass. civ. 27 mars 1928, *S.* 1928.1.353.
- GHESTIN (J.), note sous Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *D.* 1991, p.449.
 note sous Cass. civ. 1ère, 29 novembre 1994, *JCP* 1995.II.22371.
- GIVERDON (C.), obs. au *D.* 1992, somm., p.138.
- GRIMALDI (M.), obs. sur Cass. civ. 1ère, 5 mars 1991, *D.* 1992, somm. p.222.
- GROUTEL (H.), note sous Cass. civ. 2ème, 20 juillet 1987, *D.* 1987, p.469.
 note sous Cass. civ. 2ème, 14 janvier 1998, *D.* 1998, p.174.
- HASSLER (T.), note sous Cass. civ. 1ère, 2 février 1994, *Les petites affiches*, 22 juin 1994, n°74, p.25.
- HONORAT (A.) et ROMANI (A.-M.), note sous Cass. com., 22 février 1994, *D.* 1995, p.27.
- JAMIN (C.), note sous Cass. com., 21 janvier 1997, *D.* 1997, p.414.
- JOSSERAND (L.), note sous Cass. req., 25 octobre 1925, *D.* 1926, concl. Célice, p.9.
- JOURDAIN (P.), obs. à la *RTD civ.* 1991, p.552.
- LABBE (J.-E.), note sous Cass. civ. 17 juillet 1884, *S.* 1884.1.306.
 note sous Cass. civ., 2 décembre 1885, *S.* 1886.1.97.
 note sous Cass. req. 21 février 1883, *S.* 1884.1.361.
 note au *S.* 1884.1.10.
 note au *S.* 1886.2.1.
- LACOINTA (J.), note sous Cass. req. 29 janvier 1883, *S.* 1884.1.73.
- LAPOYADE DESCHAMPS (C.), note sous Cass. civ. 2ème, 19 janvier 1994, *D.* 1994, p.574.
- LASSALLE (B.), "Question sur la création du fonds de commerce : la jurisprudence dite des "pompistes de marque"", note sous Aix, 4ème ch., 13 octobre 1994, *Bull. Aix*, 1994-2, p.36.
- LESEC, Avocat général, concl. pour Cass. civ. 1ère, 12 avril 1995, *Bull. info. Cour de cassation* 1er juin 1995, p.10.
- LEVENEUR (L.), obs. à *Contrats, concurr. consomm.*, juill. 1996, n°120.
- LIBCHABER (R.), obs. au *D.* 1995, p.228.
- LUCET (F.) et VAREILLES (B.), obs. à la *RTD civ.* 1991, p.787.
- MALAURIE (Ph.), note sous Cass. civ. 3ème, 15 janvier 1997, *D.* 1997, p.217.
 note sous Cass. com., 27 février 1996, *D.* 1996, p.518.
- MARTIN (D. R.), note sous Cass. civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, p.213.
 note sous Cass. civ. 1ère, 17 janvier 1995, *D.* 1995, p.401.

- note sous Cass. com., 21 mai 1996, *D.* 1997, p.106.
- MASSIP (J.), obs. au *Defrénois* 1994, p.1442.
obs. au *Defrénois* 1997, p.990.
- MAZEAUD (D.), note sous Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, *JCP* 1995.II.22366.
note sous Cass. civ. 3ème, 30 avril 1997, *D.* 1997, p.475.
note sous Cass. com., 6 mai 1997, *Defrénois* 1997, p.977.
obs. au *Defrénois* 1995, p.755.
obs. au *Defrénois* 1996, p.756.
obs. au *Defrénois* 1996, p.1010.
obs. au *Defrénois* 1996, p.1371.
obs. au *D.* 1996, somm. p.122.
obs. au *D.* 1996, somm. p.330.
- MESTRE (J.), obs. à la *RTD civ.* 1985, p.372.
obs. à la *RTD civ.* 1987, p.104-105.
obs. à la *RTD civ.* 1987, p.742.
obs. à la *RTD civ.* 1988, p.528.
obs. à la *RTD civ.* 1989, p.743.
obs. à la *RTD civ.* 1989, p.75.
obs. à la *RTD civ.* 1991, p.325. .
obs. à la *RTD civ.* 1994, p.97-98.
obs. à la *RTD civ.* 1994, p.588.
obs. à la *RTD civ.* 1996, p.901-904.
- MOULY (C.), note sous Cass. civ. 1ère, 7 mars et 15 novembre 1989, *D.* 1990, p.177.
- MOURIER, Avocat général, conclusion pour Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, *RJDA* 1991, p.583.
- PAILLUSSEAU (J.), note sous cass. com., 17 oct. 1995, *D.* 1996, p.167.
- PAISANT (G.), note sous Cass. civ. 1ère, 3 janvier 1996 et 30 janvier 1996, *D.* 1996, p.230.
note sous Cass. civ. 1ère, 26 mai 1993, *D.* 1993, p.568.
- PATARIN (J.), obs. à la *RTD civ.* 1987, p.134.
- PERDRIAU (A.), note sous Cass. com., 31 janvier 1995, *JCP* 1995.II.22385.
- PIEDELIEVRE (S.), note sous Cass. civ. 1ère, 3 juin 1997, *Defrénois* 1998, p.125. .
- PLANIOL (M.), note sous Cass. req., 25 mars 1908, *DP* 1909.1.73.
- PONT (P.), obs. à la *Rev. crit. légis. et juris*, 1859, p.1.
- PREVAULT (J.), note sous Versailles, 21 septembre 1990, *JCP* 1991.II.21772.
- PUIGELIER (C.), note sous Cass. soc., 11 mai 1994, *D.* 1995, p.626.
- RAYNAUD (P.), note sous Cass. civ. 1ère, 9 juin 1976, *D.* 1976, p.593.
- REMOND-GOUILLOUD (M.), obs. au *D.* 1992, somm. p.81.
- REMY (Ph.), obs. à la *RTD civ.* 1987, p.106.
obs. à la *RTD civ.* 1987, p.363.
obs. à la *RTD civ.* 1989, p.107.
- RIPERT (G.), note sous Cass. civ. 27 mars 1928, *DP* 1928.1.145.
- RIVES-LANGE (J.-L.), obs. à la revue *Banque* 1990, p.1097.
- ROUAST (J.), note au *D.* 1921.1.121.
- SALEILLES (R.), note sous Cass. civ., 16 juin 1896, *DP* 1897.1.433.
- SAVATIER (R.), obs. à la *RTD civ.* 1960, p.693.

- SIMLER (Ph.), obs. au *JCP* éd. N., 1986.II. p.75.
- THIERCELIN (H.) note sous Cass. req., 25 juillet 1867, *DP* 1868.1.65.
- TOURNAFOND (O.), note sous Cass. civ. 3ème, 15 décembre 1993, *D.* 1994, p. 231.
obs. au *D.* 1996, somm. p.10.
- VERPEAUX (M.) et MATHIEU (B.), obs. sur Cons. const. n°97-391 DC, *JCP* 1998.I.137, n°20.
- VINEY (G.), note sous Cass. ass. plén., 12 juillet 1991, *JCP* 1991.II.21743.
- VOINOT (D.), note sous CJCE, 24 novembre 1993, *Keck*, *D.* 1994, p. 191.
- WEBER, Avocat général, concl. pour Cass. ass. plén., 5 décembre 1997, *JCP* 1998.II.10006. .
- WIEDERCKER (G.), obs. au *JCP* 1995.I.3869.
- ZENATI (F.), obs. à la *RTD civ.* 1990, p.310.
obs. à la *RTD civ.* 1994, p.642.
obs. à la *RTD civ.* 1991, p.562.

Index des noms d'auteurs

(cf. aux numéros de paragraphes)

ACCOLAS	28.
AGOSTINI	83. 192.
ALBIGES	196.
ANTONMATTÉI	92.
ARISTOTE	7.
ARNAUD	18.
ATIAS	25. 27. 33. 40. 43. 48. 49. 70. 82. 107. 116. 134. 143. 167. 169. 193. 196. 199. 201. 204. 213. 217.
AUBENQUE	143.
AUBERT	5. 119. 124. 133. 160. 185. 199.
AUBERT-MONPEYSSEN	104.
AUBRY	27. 33. 36. 43. 44. 86. 114.
AYNÈS	103. 106. 111. 112. 128. 160. 168. 177. 189. 214.
BACH	21.
BACHELARD	129.
BAILHACHE	2.
BANDRAC	88. 106.
BARANÈS	107.
BARBIÉRI	214.
BARTHES	134.
BATIFFOL	104. 119. 132. 213. 215.
BAUDRY-LACANTINERIE	35.
BEAUBRUN	211.
BEAUD	134.
BÉHAR-TOUCHAIS	103. 177.
BEL	150.
BELAVAL	19.

BELIN-MILLERON	65.
BELLET	147.
BÉNABENT	63. 101. 106. 159. 165. 208.
BENTHAM	19. 52. 77.
BERGEL	2. 85. 97. 176. 210.
BERNARD	1.
BÉROUJON	127.
BERTRAND	138.
BEUDANT	21. 34. 38. 43. 99. 116. 194.
BILLIAU	168.
BOCCARA	75.
BONNEAU	176.
BONNECASE	15. 35. 39. 42. 43. 61.
BORE	23. 149.
BOULANGER	53.
BOULLEZ	107.
BOURDIEU	200.
BOUVIER	210.
BOYER (A.)	212.
BOYER (L.)	2. 162. 180. 181. 182. 183. 186.
BREDIN	48. 215.
BRETHER DE LA GRESSAYE	69.
BRIERE DE L'ISLE	125.
BROEKMAN	194.
BRUSCHI	121.
BUSSY-DUNAUD	170.
CABANIS	22.
CABRILLAC	110. 112. 189. 210.
CADIET	138. 147.
CANGUILHEM	6.
CAPITANT (H.)	53. 61. 69.
CAPOULADE	144. 149. 199.
CARBONNIER	2. 5. 24. 26. 59. 62. 65. 66. 70. 74. 96. 127. 132. 141. 142. 158. 169. 192. 213.
CARDOZO	79.

CARRÉ DE MALBERG	48.
CASSIRER	19.
CATALA (N.)	167.
CATALA (P.)	71. 116.
CAYLA	48.
CHABAS	133. 153. 163. 171. 193.
CHAMPENOIS	88. 161.
CHARMONT	27.
CHARTIER	134.
CHAUSSE	27.
CHEVALLIER	127.
COLIN	53. 61.
COLLARD DUTILLEUL	84. 211.
COLMET DE SANTERRE	28.
COLOMER	160. 211.
COLOMBET	124.
CONTE	63. 155.
CORNU	2. 3. 66. 69. 106. 147. 156. 162. 177. 181. 186. 187. 189. 190. 192. 210. 211. 214. 215.
COTE	171.
COURET	169.
COUTURIER	169.
COZIAN	121. 185.
CROMBEZ	84. 128.
CUCHE	48.
D'AMBRA	20.
DABIN	48. 75. 95.
DALLOZ	30.
DE JUGLART	169.
DE LA MARNIERRE	13. 104. 112. 119.
DE LAMBERTERIE	182.
DE PAGE	14. 49.
DE POULPIQUET	114.
DE VAREILLES-SOMMIERES	58.

DECHEIX	98.
DEFRENOIS	114.
DEFRENOIS-SOULEAU	115.
DEKEUWER-DEFOSSEZ	113.
DEL VECCHIO	133.
DELAMARRE ET LEPOITEVIN	30.
DELEBECQUE	84. 120. 123. 163. 177. 207.
DELVINCOURT	23. 33.
DEMANTE (A.)	28. 33.
DEMANTE (G.)	36.
DEMOGUE	27. 52. 81. 89-95. 125. 129.
DEMOLOMBE	19. 27. 29. 34. 44.
DERRIDA	88. 213.
DIENER	96.
DOLTO	192.
DOMAT	19.
DOUCHY	115.
DOUET	117.
DRAI	146. 149.
DU CAURROY	26.
DUBOUCHET	48.
DUCROT	2. 179.
DUFOUR	19.
DUGUIT	44.
DUMOULIN	19. 27.
DURAND (P.)	69.
DURANTON	23. 29.
DURRY	211.
DWORKIN	7. 11. 84. 130-137. 194.
EL SHAKANKIRI	77.
ELLUL	94.
ESMEIN (A.)	14. 41. 82. 87.
ESMEIN (P.)	143.
EUDIER	168.

EWALD 6. 76.
FABRE-MAGNAN 170.
FARNOCCHIA 92.
FENOUILLET 155.
FEYERABEND 162.
FLOUR 112.
FOUCAULT 6.
FOYER 65. 192.
FRANESKAKIS 202.
FRISON-ROCHE 84. 97. 103. 107. .
GARRON 194.
GAUDEMET (J.) 27.
GAUDEMET (Y.) 88. 98.
GAUTIER 128. 189.
GAVALDA 88. 118. 120. 160.
GÉNY 11. 14. 27. 38. 40-56. 62. 87. 140. 144. 182. 186. 194. 211. 213.
GHESTIN 2. 5. 100. 101. 106. 123. 124. 126. 153. 159. 167. 168. 181. .
GILISSEN 27. 194.
GIVERDON 116. 199.
GOBERT 197.
GRANGER 94.
GRIMALDI 112.
GROTIUS 19.
GROUTEL 123. 165. 202. 212.
GUASTINI 11. 133.
GUIDICELLI-DELAGE 146.
HABERMAS 27.
HAESERT 48.
HART 8. 10. 84.
HAURIOU 57.
HOCHART 170.
HOLMES 11. 79. 95.
HONORAT 125.
HUET 103. 198.

HUME 19. 77.
HUSSON 21. 27. 97. .
IZORCHE 196. 197. 213.
JAMIN 73. 103. 121. 128. 168. 205.
JAUFFRET ET MESTRE 111.
JEAMMAUD 1. 63.
JEANDIDIER 48.
JEANTIN 149.
JEOL 157.
JESTAZ 46. 68. 73. 99. 128. 140. 196.
JEZE 14.
JOSSE RAND 37. 61. 177. 213.
JOURDAIN 114. 201.
JULLIOT DE LA MORANDIERE 62.
KANAYAMA 28.
KANT 19.
KELSEN 3. 5. 9. 42. 48. 59. 79. 134. 161. 194. 213.
KERBRAT-ORECCHIONI 2. 179. .
LABBE 30. 31. 34. 87.
LAMBERT 43. 53. .
LAMBERT-FAIVRE 177.
LANGLOIS 67.
LAPOYADE DESCHAMPS 165. 178.
LARNAUDE 58.
LARROUMET 124. 159.
LAURENT 27.
LE FLOCH 203.
LE TOURNEAU 68. 138. 145.
LECUYER 177.
LEDOUBLE 111.
LEIBNIZ 18.
LEONNET 63.
LEPAGE 25.
LEQUETTE 115. 132. 185. 202. 213.

LERMINIER 19.
LEROYER 113.
LESEC 85.
LEVENEUR 103. 125. 167.
LEVY-BRUHL 81. 142.
LIBCHABER 161.
LINDON 149.
LINOTTE 213.
LOCHAK 63.
LUCET ET VAREILLES 165.
MACCORMICK 10. 133-137. 163. 210.
MAINGUY 124.
MALAURIE 2. 5. 106. 159. 163. 168.
MALEPEYRE ET JOURDAIN 25.
MALINVAUD 63. 82.
MALLIEUX 49. 78. 186.
MARCADE 15. 28. 29. 34. 43. 88.
MARTIN (D.R.) 67. 91. 159. 206.
MARTIN (R.) 81. 84. 199.
MARTY 52. 201.
MASSIP 63. 116. 211.
MATHIEU 80. 81. 97.
MAZEAUD (D.) 95. 106. 111. 120. 143. 159. 160. 177. 179. 201.
MAZEAUD (H. ET L.) 5. 156. 185.
MAZEN 96.
MERLIN 13. 24. 194.
MESTRE 84. 89. 103. 104. 111. 159. 200. 203. 211. 212. 213. .
MIAILLE 11. 28.
MICHAUT 11. 79.
MOLFESSIS 197.
MONTESQUIEU 76.
MORAND-DEVILLER 101.
MOREAU 134.
MORIN (E.) 172.

MORIN (G.)	69. 91. 95. 113.
MORNET	88.
MOTULSKY	64.
MOULY	110. 112. 177. 210.
MOURIER	123.
MOURLON	33. 44.
MOUSSERON	89. 111.
MÜLLER	198.
NAJAR	159.
NÉRET	124.
NERSON	213.
OPPETIT	68. 100.
OST ET VAN DE KERCHOVE	8. 126. 213.
PAILLUSSEAU	163.
PAISANT	81. 105.
PARDESSUS	25.
PATARIN	184.
PATAULT	199. 213.
PERDRIAU	119. 144. 149. 150. 151. 152. 153.
PERELMAN	27. 35. 75. 113. 162. 172. 194. .
PEREZ-PERDOMO	134. 213.
PERREAU	181-186. 189.
PERRIN	131. 134.
PESCATORE	2. 112.
PETIT (B.)	88. 148.
PEYRET	199.
PFERSMANN	48. 137.
PICARD (Ed.)	48. 132.
PICARD (Ét.)	67.
PIEDELIEVRE	207.
PLANIOL	37. 57. 64. 184. 213.
PLANTIN	2.
PLATON	216.
POIRMEUR	1.

PONT 32. 34. 88.
PORACCHIA 100.
PORTALIS 13. 19. 21. 27. 42. 151. 194. .
POUND 11. 79.
PROUDHON 23. 24.
PUFENDORF 19.
PUIGELIER 196.
RADBRUCH 43. 76. 77. 78.
RADÉ 99. 169. 170.
RAU *avec Aubry.*
RAYNAUD 192. 201.
RÉMOND-GUILLOUD 106. 213.
RÉMY 11. 24. 26. 27. 96. 103. 143. 178. 182. 204. 217.
RENARD 14.
RIALS 161.
RIEG 182.
RIPERT 41. 49. 51. 53. 54. 57-62. 63. 64. 67. 70. 75. 82. 84. 95. 142. 178. 184.
RIVERO 81.
RIVES-LANGE 120.
ROBINE 182-186.
ROGUIN 14.
ROLAND 2. 162. 180-183. 186.
ROSS 11.
ROUAST 52.
ROUBIER 78.
ROUHETTE 98. 151. .
ROUZET 114.
SALEILLES 14. 37. 46. 82. 156.
SAVATIER 53. 65. 67. 69. 70. 93. 198.
SAVAUX 5. 214.
SAVIGNY 58.
SCALFI ET ROMAGNOLI 200.
SCHMIDT-SZALEWSKI 113.
SERIAUX 3. 11. 46. 92. 113. 114. 122. 165. 185. 197. 203.

SERVERIN	29. 31. 32. 48. 150.
SIMLER	160. 177. 185. 186. 211.
SOLUS	67. 106.
SOURIOUX	2.
STAMATIS	133.
STARCK	2. 186.
STRAUSS	11.
TALLON	103. 182.
TAULIER	19. 21.
TERRE	2. 5. 44. 107. 115. 128. 132. 155. 169. 185. 186. 189. 211.
TESTU	169.
TEYSSIE	124.
THALLER	43. 57.
THIERCELIN	19. 26. 88.
THIREAU	27.
TOUFFAIT	21. 128.
TOULLIER	19. 21. 24. 27. .
TOULMIN	2. .
TOURNAFOND	99. 159. 170.
TRICOT	116.
TROPER	9. 15. 59. 134. 137. 169. .
TROPLONG	19. 21. 27. 33. 34. 78. 171.
TULKENS	5. 81. .
TUNC	21. 98.
VALETTE	32.
VAN DE KERCHOVE	<i>Avec Ost.</i>
VEDEL	169.
VERPEAUX	21. 80.
VEYNE	133. 215.
VILLEY	11. 44. 48. 140. 162.
VINEY	121. 122. 124. 209. 210. 213.
VOGEL	202.
VOLTAIRE	20.
VONGLIS	213.

VOULET	84.
WICKER	113.
WIEDERCKER	188.
WROBLEWSKI	179.
ZÉNATI	98. 107. 129. 143. 144. 163. 198. 199.

Index des matières

(cf. aux numéros de paragraphes)

A.

Abus de droit 103. 136. 209.

Accidents

- de la circulation 54 s. 133. 165. 178. 212.

- du travail 169.

Achat à tempérament 188.

Acte de connaissance 9.

Action

- civile 176.

- *de in rem verso* 37.

- en contestation de paternité 63. 187. 192.

- directe 94. 121-124. 185. 205.

- paulienne 167. 184. 185. 189. 198.

- en justice 208.

Actions de l'acquéreur 99.

Adages 136. 163. 180-191.

Affaires simples (Voir Cas facile)

Ambiguïté 4-10. 24. 56. 65. 67. 72. 88. 98. 113. 125. 128. 134. 140. 156. 167. 190. 196. 205-210.

Ambivalence du discours doctrinal 2. 7. 8. 12. 24. 78. 106. 114. 172.

Amphibologie 4.

Analogie 137. 159. 170. 182-189. 195. 219.

Analyse "technique" 41. 50.

Antichrèse 110. 214.

Antinomie 2. 133. 192. 197.

Apparence 91.

Arbitraire 27. 46. 52. 63. 68. 79. 84. 97. 107. 112. 133. 145-156. 186.

Archéologie du savoir 6.

Argumentation doctrinale 162-199. 205-210.

Argument "juridique" 133. 163.

- *a completudine* 194-195.

- *a contrario* 192-193.

- conséquentialiste et d'opportunité 30. 34. 91. 113. 137. 177-178. 199.

- d'autonomie 169-171.
- d'autorité 88. 137. 164-171. 189.
- de spécialité 169.
- de stabilité 126.
- de texte 34. 123. 137. 199.
- pragmatique 30.
- tenant à la nature des choses 30. 31. 172.
- téléologique 173.
- Arrêt de principe 36. 50. 99. 123. 144. 150. 151. 159. 178. 193 (*Voir Solution acquise*).
- Arrêt de règlement 16. 24. 106.
- Autonomie des branches du droit 169-171.
- Avis de la Cour de cassation 98. 100.
- Avocat 114.

B.

Bible 27.
Bonne réponse 1. 11. 132-134. (*Voir Solution*).

C.

Cas difficile 11. 25. 53. 72. 106. 132-134. 146. 147. 153-156. 201. (*Voir Questions de principe*).

Cas facile 148-152.

Cautionnement 110. 112. 177. 207.

Ce qui est dit 163-178.

Ce qui est non-dit 179-199.

Certitude (*Voir Sémantique, Solution*).

Cession de cabinet médical 198.

Cession de contrats 5. 177. 203.

Cession de parts sociales 207.

Chaîne narrative 7. 132-134.

Chaîne de contrats 122.

Clause abusive 102. 173.

Clause commerciale 50. 211.

Clause pénale 203.

Codification 21. 66.

Cohérence 2. 5. 11. 62. 67. 68. 82. 97. 100. 106. 124. 129. 133-137. 138. 152. 159. 179. 195. (*Voir Chaîne narrative, Solution*).

Communauté (régime matrimonial) 78. 156. 172. 176. 204. 207.

Communauté des juristes 6. 44. 73. 128. 136. 139. 142. 164. 168. 199.

Confiance légitime 5. 80.

Conformité 129-161 (*Voir Solution*).

Connaissance juridique 2. 9. 23. 27. 40. 41. 37. 45. 67. 107. 138-143. 162. 201-212.

Conseil de jurisprudence 98.
 Constance (*Voir Solution*).
 Contraintes interprétatives 49. 135-137.
 Contrat de mariage 50.
 Contrat entre absents 5.
 Contrat d'avoir 111.
 Controverse 2. 7. 14. 19. 23. 27s. 34. 37 s. 47. 50. 52. 60 s. 91. 95. 98. 99. 101 s.
 112. 113. 114. 115. 124. 133. 134. 138. 143. 152. 154. 157. 158. 161. 167. 168. 169.
 178. 189. 193. 200. 201-212. 214. 215-217.
 Copropriété 113. 171. 199. 212. 214.
 Cour de cassation 52. 63. 105. 145-156.
Critical legal studies 11.
 Culte (voir Dogme)
 - du précédent 57-62.

D.

Déclin 67-68.
 Déduction 5. 7. 65. 68. 71. 103. 128. 162. 190. 193. 215.
 Délais préfix 208.
 Démonstration 162.
 Déni de justice 194.
 Dettes ménagères 188.
 Discours doctrinal 4. 128. 140. 159-161. (*Voir Arguments, Controverse, Déduction, Dogme, Prescriptions*).
 Dissidence (*Voir Solution*).
 Divorce 156.
 Doctrine (*Voir Discours doctrinal, Sources*).
 - Empreinte 213.
 - Image 2. 27. 30. 126. 138. 143.
 - Pouvoir 50.
 - Rôle 2. 14. 51. 101. 144. 157-160.
 - Statut 9.
 Dogme
 - de la solution unique 1. 2. 7. 9. 12. 13. 28. 57-62. 63. 71. 73. 74. 79. 82. 83. 107. 108.
 114. 120. 127. 132. 151. 214. 215. 217.
 - Dogme à renverser 143.
 - Dogme de l'unité 138. 167.
 - Dogme de la loi 14. 27. 28. 36. 42. 47. 59.
 - Dogmes périmés 15.
 Donations déguisées 37.
 Droit romain et ancien droit 26.
 Droit naturel 11. 25. 40-56. 59. 130. 197 (*Voir Nature des choses*).

Droit de gage général 34.
Droit de présentation 198.
Droit commun et droit spécial 184-189. 199.

E.

École analytique 8-11.
École de l'exégèse 14. 15. 40.
École de la libre recherche scientifique 40 s.
École historique 46.
Économie du contrat 213.
Effets pervers 177.
Emploi et emploi 112. 176.
Épistémologie 1. 11. 47. 217.
Équité 11. 197. (*Voir Arbitraire, Droit naturel, Solution, Tabous*).
Erreur .
- commune 91.
- de droit 114.
- de la doctrine 200.
- du solvens 115.
- obstacle 5.
- sur la valeur 126. 167. 196.
Esprit du droit français 58.
Euphémisme 63. 137. 168. 198.
Evidence (*Voir Solution*).
Exception 182-190.
Exégèse 66. 71. (*Voir Ecole de l'-*).

F.

Faillite 189.
Fétichisme 28. 74.
Fiction 113.
Fiducie 203.
Fixité 52. 88 (*Voir Solution*).
Fonds de commerce 50. 99. 198. 203. 213.
Fonds médical 198.
Force majeure 92.
Formalisme 112.
Franc symbolique 207.
Fraude 167. 184. 189. 198.

G.

Gestion d'affaires 208.
Groupe de contrats 123. 205.

H.

Hiérarchie des sources⁹.

Hypostase 213.

Hypothèse

- d'école 187.

- imaginaire 187. 204.

I.

Idéologie 5. 125. 133. 142. 169. 217.

Illusion 2. 5. 9. 28. 71. 74. 79. 85. 90. 111. 112. 126. 129. 138. 140. 141. 149. 161. 170. 187. 212. 214. 217.

Image

- de la loi 28-30.

- de la Cour de cassation 31-38. 52.

Implicite 192-195.

Imprévision (théorie de l')⁹³.

Incohérence (*Voir Antinomie, Cohérence, Solution*).

Indétermination du prix 103.

Insécurité 2. 34. 70. 120. 159. 178. 207.

Intention du législateur 63-74.

Interprétation 2-11. 162. (*Voir Argumentation, Cas difficiles, Dédution, Solution*).

- authentique 9. 145-156.

- par voie de doctrine 16-38. 157-161.

- par voie d'autorité 22-26 (*Voir Conseil de jurisprudence, Référé législatif*).

Interprétation stricte des exceptions 182-190.

Introductions au droit 2.

J.

Jeu (métaphore du) 8 (*Voir Doctrine*).

Jurisconsultes 19. 33. (*Voir Communauté des juristes*).

Jurislatoeurs³.

Jurisprudence 3. 41. 60. (*Voir Dogme, Interprétation authentique, Solution*).

Justice 215-217.

L.

Lacune 2. 38. 45. 48. 169. 194-195.

Linguistique 1. 2. 137.

Loi (*Voir Intention du législateur*).

- et législateur 3. 24. 28. 41. 49. 66. 69. 106. 126. 178. 194.

- et légalisme 31.
 - du silence 179.
 Lot de copropriété 199.

M.

Mère-porteuse 156.
 Méthode et méthodologie 1. 9. 10. 38. 39. 50. 56. 57. 69. 162. 215-217 (*Voir Recettes*).
 Motivation 51. 144-160. 207.
 Mystification 27.
Mythe ou réalité ? 214.

N.

Nature des choses positive 46.
 Nature juridique 25. 43. 172 (*Voir Argument tenant à la nature des choses, Droit naturel*).
 Neutralité 5. 9. 15. 37. 39-74. 95. 104. 107. 125. 128. 129. 134. 138. 142. 145. 167. 168. 172. 179. 193. 197. 209. 213. 216.
 Notaire et pratique notariale 30. 50. 114.

O.

Obiter dictum 207.
 Obligation (s)
 - d'information et de renseignement 114. 168. 170. 177.
 - de sécurité 169. 170.
 - naturelle 197.
 - de bonne foi 213.
 - pécuniaires des époux 188.
 Orateurs de la Révolution 20 s.
 Organisation judiciaire 20. 29. 106. 147-149.

P.

Pacte sur succession future 50. 66. 186.
 Paiement 34. 110. 121. 180. 185. 189.
 - indu 115.
 Paralogisme 190 (*Voir Ambiguïté, Controverse, Déduction*).
 Paternité doctrinale 143. 213 (*Voir Doctrine, Sources*).
 Pensée juridique 2. 7. 28. 43. (*Voir Doctrine, Discours doctrinal*).
 Permanence (*Voir Fixité, Solution*).
 Personne morale 113.
 Point de vue externe 8.

Polémique (*Voir Controverse*).
 Polysémie (*Voir Ambiguïté*).
 Positivism 8. 42. 46. 48. 53. 64. 79. 83. 124. 134. 216.
 Prédiction 200 (*Voir Discours doctrinal*).
 Préjugé 152 (*Voir Cas facile*).
 Prémonitions doctrinales 202 (*Voir Discours doctrinal*).
 Présomption de communauté 207.
 Prêt d'épargne logement 207.
 Principes 126. 132-134. (*Voir Adages, Arrêt de principe*).
 Procréation médicalement assistée 187.
 Publication des décisions 63.

Q.

Questions 33. 201-207.
 - de principe 98. 105-106. 132-134. 153. 201-203 (*Voir Cas difficile*).

R.

Raison 17. 214.
 Rationalisation *a posteriori* 134.
 Réalisme 11. 31. 45. 63. 74. 79. 96. 124. 130. 216.
 Recettes 120. 216.
 Référé
 - législatif 22. 27.
 - possessoire 156.
 Régime matrimonial primaire 161. 188.
 Règle 8. 9. 132-134. 147-152. (*Voir Principes, Solution*).
 Remise en ordre du droit 6. 13. 17. 22. 29. 39. 44. 65. 68. 69. 101. 106. 153. 163.
 Rescrits 100.
 Responsabilité contractuelle 122. 123. 173. 178. 211.
 Responsabilité délictuelle 37. 55. 123. 173. 174. 175.
 Rhétorique
 - de l'ambiguïté 206.
 - de l'autonomie 169-171.
 - d'autorité 143. 158. 161. 162. 164.
 - du déclin 67.
 - du dépit 30.
 - de l'éviction des solutions possibles 1. 5. 7. 12. 195.
 - de la nature des choses 25. 172-176.
 - de la nécessaire transformation du droit positif 12. 90.
 - de la neutralité 168.
 - de la sécurité et de la prévisibilité 34. 120. 137.
 - du silence 192-199.
 - de la solution unique 37.
 - de l'unanimité 165-168.

- de l'unité 7. 97. 106. 107. 129. 158. 161. 162.
- leurre 73.
- figures et procédés 24. 88. 125. 143. 181. 185-190. 206. 207.
- *Nouvelle rhétorique* 27.

S.

- Savoir juridique (*Voir Connaissance juridique*).
- Science du droit (*Voir Connaissance juridique*).
- Sécurité juridique 5. 28. 30. 46. 47. 49. 52. 59. 60. 67. 75-79. 80. 126. 134. 161. 217
(*Voir Solution sûre, Insécurité*).
- Sémantique de la certitude 4. 88.
- Servitudes 199.
- Silence 179-180.
- Simulation 5.
- Solidarité passive 188. 217.
- Solution (s)
 - acquise 7. 56. 116. 124. 128. 139. 152. 211. 212.
 - ambiguë 4. 134.
 - arithmétique 124. 159.
 - applicable 86. 97.
 - approximative 126.
 - bonne 11. 32. 61. 87. 107. 108-124. 161. 216 (*Voir Bonne réponse*).
 - brevissime 151.
 - certaine 6. 32. 88. 105. 128.
 - cohérente 106. 138.
 - conforme 32. 34. 78. 83. 84. 129-160.
 - constante 7. 215.
 - contestable 160. 201. 208.
 - controversée 113. 114.
 - décrite 129. 211.
 - définitive 53. 138. 161. 211.
 - diabolique 88.
 - dissidente 34. 117. 152.
 - divergentes 99. 105. 124. 134. 164. 166.
 - durable 103.
 - efficace 60. 110-113. 128.
 - elliptique 51.
 - équitable 124. 163. 172.
 - évidente 125. 148-149. 207.
 - exacte 7. 32. 114-115. 190.
 - figée 118.
 - fixée 6. 88. 128.
 - future 11. 12. 118. 143.
 - générale 98.

- hérétique 67. 165.
- incertaine 52. 114.
- indiscutable 116. 207.
- induite 113. 119.
- inexplicable 209.
- infaillible 108. 131. 151. 196.
- "solution juridique" 30. 75. 128. 133. 152. 163.
- juste 2. 11. 25. 65. 113. 126. 172.
- littérale 14.
- nouvelle 61. 97. 99. 103. 138. 169. 177. 178.
- obscure 134.
- obsolète 120. 201.
- opportune 113.
- permanente 13. 60. 63. 71. 104. 125.
- positive (posée) 12. 26. 29. 30. 50. 61. 78. 107. 113. 120. 133. 138. 142. 201. 206. 213. 215. 216. 217.
- possible 1. 2. 5. 9. 73. 95. 133. 143. 153. 169. 191. 211. 213. 216.
- pratique 23. 46.
- préexistante 1.
- prescrite 129. 133. 138. 153. 191. 210.
- prétorienne 2. 26. 36. 49. 66. 98. 106. 114. 145-156. 203. 209.
- prévisible 5. 7. 13. 88. 112. 120-124.
- probable 128.
- proposée 32.
- qui s'impose 13. 125. 143. 146-156.
- qui paraît s'imposer 113. 146-156.
- répétée 13. 119. 161.
- stable 60. 73. 118. 126. 177.
- sûre 5. 6. 7. 13. 56. 75-125. 146. 153.
- traditionnelle 26.
- unanime 165-168.
- uniforme 21. 83. 95.
- univoque 99. 134.
- utile 159.
- unique 1. 2. 5. 7. 9. 12. 13. 21. 28. 37. 57. 62. 63. 79. 82. 128. 131-160. 165. 169. 170. 207. 214. 215. 216. 217.
- vraie 32. 133.
- Sophistique 1. 5. 7. 73. 188. 215.
- Sources 2. 14. 26. 27. 28. 37. 47. 53. 214.
- Standards 46 (*Voir Adages*).
- Subsomption 5. 10. 49. 65. 71. 128. 136. 143. 151. 215.
- Sûretés 110.

T.

Tabous 15. 196-199.
Techniques contractuelles 111.
Texture ouverte du langage 10.
Théorie générale du droit 2.
Théorie de la localisation 213.
Tradition 91.
Transsexuels 156.
Transport .
- bénévole 56.
- chemins de fer 173.

U.

Unanimité doctrinale 164.
Unité 45. 63. 79. 87. 95. 97-107. 129. 133 (*Voir Dogme, Solution*).
- et uniformité 24. 98.
- et unification 18. 22. 40.
- univocité 4. 7. 98. 136.
- *unique fondement possible* 99. 157. 170. 177.
Usages des arguments 2. 163-199.
Utilitarisme 52. 77.

V.

Vérité 1. 32. 43. 217.
Vice caché 73. 99.
Voix doctrinale
- de la Cour de cassation 3. 63. 73. 84. 140. 144. 147-153. 161. 210.
- de la pratique 3. 84. 125. 139. 158.