



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER  
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

**INTRODUCTION GÉNÉRALE AU DROIT**  
**LICENCE 1<sup>ème</sup> ANNÉE – GROUPE C**  
Cours de Monsieur le **Professeur François VIALLA**  
Plaquette de travaux dirigés

Equipe pédagogique :

*M. Raphaël BRINGAUD*  
*M. Vincent GIRIN*  
*Mlle. Morgan GRIT*  
*M. Mickaël KRKAC*  
*Mlle. Elise LAMARRE*  
*M. Léo ROQUE*  
*M. Thomas VIALLA*

*Année 2017-2018 - Semestre 1*

## **Séance n°6 : L'interprétation de la règle de droit**

### **Exercice n°1 : Questions**

1°/ Qu'est-ce que le syllogisme juridique ? Donnez un exemple.

2°/ Après avoir défini les deux méthodes avec vos mots, distinguez l'interprétation exégétique de la libre recherche scientifique.

3°/ Considérez-vous la jurisprudence comme une source du droit à part entière ?

4°/ Quelle est le rôle de la doctrine en matière d'interprétation de la règle de droit ?

5°/ A l'aide de vos connaissances, et notamment des méthodes précédemment évoquées, tentez de définir le modèle d'interprétation du système juridique français.

### **Exercice N°2 : Analyse d'arrêt**

Après les avoir étudiés et présentés, expliquez l'interprétation retenue pour chacun de ces arrêts.

- Cour de cassation, Chambre des requêtes, 15 juin 1892
- Conseil d'Etat, 3ème sous-section jugeant seule, du 5 juillet 2006, 264750, inédit au recueil Lebon
- Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, 99-85.973, Publié au bulletin

### **Exercice N°3 : Fiche d'arrêt**

Réalisez la fiche d'arrêt de la jurisprudence suivante :

- Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, 99-85.973, Publié au bulletin

**Document 1 : Cour de cassation, Chambre des requetes, 15 juin 1892**

« Vu la connexité, joint les causes et statuant par un seul et même arrêt sur les deux pourvois : Sur le premier moyen du premier pourvoi tiré de la violation de l'article 1165 du Code civil, de l'article 2102 du même code et de la fausse application des principes de l'action de in rem verso;

Sur la première et la deuxième branches tirées de la violation des articles 1165 et 2102 du Code civil :

Attendu que s'il est de principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent point aux tiers, il est certain que ce principe n'a pas été méconnu par le jugement attaqué; qu'en effet, cette décision n'a point admis, comme le prétend le pourvoi, que le demandeur pouvait être obligé envers les défendeurs éventuels à raison d'une fourniture d'engrais chimiques faite par ces derniers à un tiers, mais seulement à raison du profit personnel et direct que ce même demandeur aurait retiré de l'emploi de ces engrais sur ses propres terres dans des circonstances déterminées; d'où il suit que, dans cette première branche, le moyen manque par le fait qui lui sert de base;

Attendu qu'il en est de même en ce qui concerne la seconde branche prise de la violation de l'article 2102 du Code civil;

Qu'en effet, la décision attaquée a eu soin de spécifier que la créance du vendeur d'engrais ne constituait qu'une simple créance chirographaire ne lui conférant aucun privilège sur le prix de la récolte, et que, dès lors, l'article susvisé n'a pas été violé;

Sur la troisième branche, relative à la fausse application des principes de l'action de in rem verso :

Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit; que dès lors, en admettant les défendeurs éventuels à prouver par témoins que les engrais par eux fournis à la date indiquée par le jugement avaient bien été employés sur le domaine du demandeur pour servir aux ensemencements dont ce dernier a profité, le jugement attaqué (T. civ. de Châteauroux, 2 déc. 1890) n'a fait des principes de la matière qu'une exacte application;

Sur le deuxième moyen pris de la violation des articles 1341 et 1348 du Code civil :

Attendu que le jugement attaqué déclare en fait qu'il n'a pas été possible aux défendeurs éventuels de se procurer une preuve écrite de l'engagement contracté à leur profit par le demandeur, devant les experts et à l'occasion du compte de sortie réglé par ces derniers entre le fermier et le propriétaire; qu'en admettant la preuve testimoniale dans ce cas excepté nommément par l'article 1348 du Code civil, ledit jugement a fait une juste application dudit article et, par suite, n'a pu violer l'article 1341 du même code; Sur le deuxième moyen pris de la violation et fausse application de l'article 548 du Code civil et des règles de l'action de in rem verso :

Attendu qu'il en est de même en ce qui concerne la première branche de ce deuxième moyen tirée de la violation et fausse application de l'article 548 du Code civil;

Attendu, en effet, que le jugement attaqué déclare formellement que le droit des défendeurs éventuels n'est pas fondé sur cet article, lequel n'est mentionné qu'à titre d'exemple et comme constituant une des applications du principe consacré virtuellement par le code que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui;

Sur la deuxième branche tirée de la fausse application des règles de l'action de in rem verso :

Attendu que la solution, précédemment donnée sur la troisième branche du premier moyen dans le premier pourvoi, rend inutile l'examen de celle-ci, qui n'en est que l'exacte reproduction;

Sur le troisième moyen pris de la violation de l'article 1165 du Code civil et de la règle res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest :

Attendu que, par une série de constatations et d'appréciations souveraines résultant des enquêtes et des documents de la cause, le jugement arrive à déclarer que le demandeur a pris l'engagement implicite mais formel de payer la dette contractée envers les défendeurs éventuels; qu'une semblable déclaration, qui ne saurait d'ailleurs être révisée par la cour, n'implique aucune violation de l'article ni de la règle susvisée; [...]

Par ces motifs, rejette... »

**Document 2 : Conseil d'Etat, 3ème sous-section jugeant seule, du 5 juillet 2006, 264750, inédit au recueil Lebon**

Conseil d'Etat statuant au contentieux

**N° 264750**

Inédit au recueil Lebon

**3EME SOUS-SECTION JUGEANT SEULE**

M. Martin Laprade, président

M. Jean-Pierre Balcou, rapporteur

M. Glaser, commissaire du gouvernement

SCP PARMENTIER, DIDIER ; ODENT, avocat(s)

lecture du mercredi 5 juillet 2006

## **REPUBLIQUE FRANCAISE**

### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu, 1°) sous le 264750, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 19 février et 21 juin 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME, dont le siège est 19, rue Alexandre Dumas à Amiens (80000) ; la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 18 décembre 2003 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du 23 novembre 1999 par lequel le tribunal administratif d'Amiens a rejeté sa demande tendant à la condamnation du département du Nord à la dédommager du préjudice qu'elle a subi à la suite de deux incendies allumés par un jeune mineur confié au service départemental d'aide à l'enfance ;

2°) statuant au fond, de condamner le département du Nord à lui verser une indemnité de 45 354,34 euros augmentée des intérêts au taux légal à compter du recours préalable adressé au département du Nord, le 2 juin 1994 ;

3°) de mettre à la charge du département du Nord la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu, 2°) sous le n° 268418, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 7 juin et 23 septembre 2004 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME, dont le siège est 19, rue Alexandre Dumas à Amiens (80000) et pour M. et Mme Jean A, demeurant ... ; la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME et M. et Mme A demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 14 avril 2004 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté leur requête en rectification d'une erreur matérielle contenue dans l'arrêt du 18 décembre 2003, par lequel ladite cour a annulé le jugement n° 94• 2123 du 23 novembre 1999 du tribunal administratif d'Amiens en tant qu'il avait rejeté la demande de M. et Mme A tendant à ce que le département du Nord soit condamné à les indemniser de leur préjudice et condamné le département du Nord à payer aux intéressés la somme de 25 395,57 euros ;

2°) d'ordonner la rectification de l'arrêt du 18 décembre 2003 de la cour administrative d'appel de Douai et condamner en conséquence le département du Nord à payer à M. et Mme A la somme de 38 201,90 euros et à ladite caisse la somme de 45 354,34 euros ;

3°) de mettre à la charge dudit département le versement de la somme de 3 000 euros à ladite caisse au titre de l'article L. 761-1 du code justice administrative ;

.....  
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean-Pierre Balcou, chargé des fonctions de Maître des Requêtes,
- les observations de la SCP Parmentier, Didier, avocat de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME et de Me Odent, avocat du département du Nord,
- les conclusions de M. Emmanuel Glaser, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que sous le n° 264750, la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME se pourvoit contre l'arrêt rendu le 18 décembre 2003 par la cour administrative d'appel de Douai en tant qu'il a rejeté sa demande d'indemnisation ; que sous le n° 268418, la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME et M. et Mme A se pourvoient contre l'arrêt du 14 avril 2004 par lequel la même cour a rejeté leur demande tendant à la rectification pour erreur matérielle de l'arrêt du 18 décembre 2003 ; qu'il y a lieu de joindre ces requêtes qui présentent à juger les mêmes questions ;

Sur les conclusions de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME dirigées contre l'arrêt du 18 décembre 2003 :

Considérant qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le jeune Patrick Dumont, pupille de l'Etat placé dans une famille d'accueil par le département du Nord, alors qu'il séjournait avec cette famille, a volontairement détruit par le feu en août 1989 puis en août 1990 une grange et un hangar appartenant à M. et Mme A ; que M. et Mme A et la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME ont demandé que le département du Nord soit condamné à les indemniser de leur préjudice ;

Considérant qu'après avoir relevé, par l'arrêt attaqué en date du 18 décembre 2003, que la responsabilité du département du Nord était engagée, même sans faute, en application des principes dont s'inspire l'article 1384 alinéa 1er du code civil, pour les dommages causés au tiers par le mineur, la cour administrative d'appel de Douai a accueilli la demande d'indemnité présentée par M. et Mme A correspondant à leurs

dépenses non prises en charge par la compagnie d'assurance ; qu'elle a, en revanche, rejeté la demande correspondant aux sommes versées par la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME au motif que celle-ci ne justifiait pas être subrogée dans les droits de M. et Mme A dès lors qu'elle n'avait pas produit, malgré la demande qui lui avait été adressée, la quittance justifiant le paiement effectif des sommes versées ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 121-12 du code des assurances : L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ;

Considérant que pour s'assurer, en application de la disposition précitée, du versement des sommes en cause, la cour n'a pas tenu compte des extraits du registre des procès-verbaux de règlement de sinistre signés du président de la caisse et de M. et Mme A attestant d'un accord sur le montant de l'indemnité versée ; qu'en l'absence de toute contestation des bénéficiaires quant à la réalité des paiements effectués, ces documents suffisaient à attester dudit versement ; qu'ainsi l'arrêt attaqué, en ce qu'il rejette la demande de la compagnie d'assurance, est entaché d'une dénaturation des pièces du dossier et doit, dans cette mesure, être annulé ;

Considérant qu'en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Considérant que dans la partie non annulée de son arrêt du 18 décembre 2003, la cour a définitivement jugé que la responsabilité du département du Nord était engagée pour la totalité du préjudice ; qu'ainsi qu'il est dit plus haut, la caisse est subrogée aux époux A à concurrence de l'indemnité qu'elle leur a versée ; que le département du Nord doit donc indemniser cet organisme à hauteur du montant non contesté de 101 975 F (15 545,99 euros) au titre du premier sinistre et de 195 530 F (29 808,36 euros) au titre du second ; que le montant de l'indemnité due par le département du Nord à la Caisse s'établit ainsi à 297 505 F (45 354,35 euros) ;

Sur les conclusions de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME et de M. et Mme A dirigées contre l'arrêt du 14 décembre 2004 :

Considérant que par arrêt du 14 avril 2004, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté les demandes présentées par la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME et M. et Mme A tendant à la rectification des erreurs matérielles contenues dans l'arrêt du 18 décembre 2003 par lequel ladite cour, réformant la décision des premiers juges a d'une part, rejeté la demande d'indemnisation présentée par la caisse et d'autre part, fixé à 25 395,57 euros la somme à verser à M. et Mme A ;

En ce qui concerne les conclusions présentées par la CAISSE REGIONALE DES

## ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME :

Considérant que la présente décision, qui annule l'arrêt en date du 18 décembre 2003 en tant qu'il a rejeté la demande de la caisse et fixe à la somme demandée par la requérante le montant de l'indemnisation mise à la charge du département du Nord, rend sans objet les conclusions relatives à la rectification d'erreur matérielle de cet arrêt ; qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces conclusions ;

En ce qui concerne les conclusions présentées par M. et Mme A :

Considérant qu'aux termes de l'article R. 833-1 du code de justice administrative :  
Lorsqu'une décision d'une cour administrative d'appel ... est entachée d'une erreur matérielle susceptible d'avoir exercé une influence sur le jugement de l'affaire, la partie intéressée peut introduire devant la juridiction qui a rendu la décision un recours en rectification (...);

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. et Mme A ont demandé à être indemnisés de leur préjudice à hauteur de 64 609 F (9 849,58 euros) pour le premier incendie et de 195 530 F (29 808,36 euros) pour le second, soit un montant total de 250 588 F (38 201,90) ; que la cour a condamné le département à les indemniser dans la limite de la somme qu'ils demandent mais a calculé leurs droits en chiffrant la seconde de ces demandes à 101 975 F (15 545,99 euros), montant correspondant à la demande de la caisse régionale et non à celle de M. et Mme A ; qu'ainsi, ces derniers sont fondés à demander l'annulation de l'arrêt du 14 avril 2004 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté leur demande en rectification d'une erreur matérielle contenue dans l'arrêt du 18 décembre 2003 en tant qu'il a condamné le département du Nord à leur payer la somme de 25 395,57 euros ; que l'arrêt du 14 avril 2004 doit, par suite, être annulé dans cette mesure ;

Considérant qu'en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, il y a lieu de régler l'affaire au fond ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'arrêt du 18 décembre 2003 de la cour administrative d'appel de Douai est entaché d'erreur matérielle en tant qu'il a condamné le département du Nord à payer à M et Mme A la somme de 25 395,57 euros ; que dès lors, la requête est recevable et qu'il y a lieu de statuer à nouveau sur lesdites conclusions ;

Considérant qu'il est constant que l'indemnité attribuée par le tribunal à M. et Mme A résulte d'une estimation erronée et que la somme à verser par le département du Nord doit être portée à 38 201,90 euros, montant correspondant à la réalité de leur demande ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice

administrative :

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que le département du Nord demande au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ;

Considérant qu'il y a lieu en revanche, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge du département du Nord la somme de 3 000 euros que la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME demande au même titre ;

**D E C I D E :**

-----

Article 1er : L'arrêt en date du 18 décembre 2003 de la cour administrative d'appel de Douai est annulé en tant qu'il a rejeté la demande de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME tendant à ce que le département du Nord soit condamné à l'indemniser de son préjudice.

Article 2 : Le département du Nord est condamné à payer à la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME la somme de 45 354,35 euros.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME dirigées contre l'arrêt du 14 avril 2004 de la cour administrative d'appel de Douai.

Article 4 : L'arrêt du 14 avril 2004 de la cour est annulé en tant qu'il a rejeté la demande de rectification d'erreur matérielle présentée par M. et Mme A.

Article 5 : La somme de 25 395,57 euros attribuée par l'article 2 de l'arrêt du 18 décembre 2003 est portée à 38 201,90 euros.

Article 6 : L'article 2 de l'arrêt du 18 décembre 2003 est réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.

Article 7 : Le département du Nord est condamné au titre de l'ensemble des instances en appel et devant le Conseil d'Etat à payer à la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME la somme de 3 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens dans l'ensemble de ces instances.

Article 8 : Les conclusions du département du Nord tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 9 : La présente décision sera notifiée à la CAISSE REGIONALE DES ASSURANCES MUTUELLES DE LA SOMME, au département du Nord, à M. et Mme Jean A et au ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire.

**Document 3 : Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, 99-85.973, Publié au bulletin**

**Cour de cassation**

**Assemblée plénière**

**Audience publique du 29 juin 2001**

**N° de pourvoi: 99-85973**

Publié au bulletin

**Rejet**

**Premier président : M. Canivet, président**

Rapporteur : M. Sargos, assisté de M. Avocat, auditeur., conseiller apporteur

Avocat général : M. Sainte-Rose., avocat général

Avocat : la SCP Bachellier et Potier de la Varde., avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

ASSEMBLEE PLENIERE.

LA COUR,

Sur les deux moyens réunis du procureur général près la cour d'appel de Metz et de Mme X... :

Attendu que le 29 juillet 1995 un véhicule conduit par M. Z... a heurté celui conduit par Mme X..., enceinte de six mois, qui a été blessée et a perdu des suites du choc le fœtus qu'elle portait ; que l'arrêt attaqué (Metz, 3 septembre 1998) a notamment condamné M. Z... du chef de blessures involontaires sur la personne de Mme X..., avec circonstance aggravante de conduite sous l'empire d'un état alcoolique, mais l'a relaxé du chef d'atteinte involontaire à la vie de l'enfant à naître ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ainsi statué, alors que, d'une part, l'article 221-6 du Code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, qu'en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le cœur battait à la naissance et qui a respiré, la cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi, et alors que, d'autre part, le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de la mère, de sorte qu'auraient été violés les articles 111-3, 111-4 et 221-6 du Code pénal et 593 du Code de procédure

pénale ;

Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus ;

D'où il suit que l'arrêt attaqué a fait une exacte application des textes visés par le moyen ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi.

MOYENS ANNEXES

Moyen produit par le procureur général près la cour d'appel de Metz.

MOYEN DE CASSATION :

Pris en violation de l'article 221-6 du code pénal, en ce que l'arrêt attaqué a infirmé le jugement déféré et renvoyé le prévenu des fins de la poursuite du chef d'homicide volontaire au motif " qu'il ne peut y avoir d'homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le coeur battait à la naissance et qui a respiré ", alors que l'article 221-6 du code pénal réprimant le fait de causer la mort d'autrui, n'exclut pas de son champ d'application l'enfant à naître et viable, qu'en limitant la portée de ce texte à l'enfant dont le coeur battait à la naissance et qui a respiré, la Cour d'appel a ajouté une condition non prévue par la loi.

Moyen produit par la SCP Bachellier et Potier de la Varde, avocat aux Conseils, pour Mme X...

MOYEN UNIQUE DE CASSATION :

Violation des articles 111-3, 111-4 et 221-6 du Code pénal, 593 du Code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs, manque de base légale ;

EN CE QUE l'arrêt attaqué a renvoyé M. Z... des fins de la poursuite du chef d'homicide involontaire ;

AUX MOTIFS que suivant le rapport du docteur Hennequin, l'enfant a subi d'importantes lésions cérébrales incompatibles avec la vie chez un enfant prématuré ; qu'il y a une relation causale entre l'accident dont a été victime la mère et la mort de l'enfant dans les jours suivants ; que l'enfant est né prématurément viable mais n'a pas respiré du fait de l'absence d'air dans les poumons et l'estomac ; qu'il n'a pas vécu du fait des lésions cérébrales ; que sa mort est la conséquence de l'accident ; que cependant l'enfant mort-né n'est pas protégé pénalement au titre des infractions concernant les personnes ; qu'en effet pour qu'il y ait " personne ", il faut qu'il y ait un être vivant, c'est-à-dire venu au monde et non encore décédé ; qu'il ne peut y avoir homicide qu'à l'égard d'un enfant dont le coeur battait à la naissance et qui a respiré ; que la loi pénale est d'interprétation stricte ; que le fait poursuivi du chef d'homicide involontaire ne constitue en fait aucune infraction à la loi pénale ;

ALORS QUE le fait de provoquer involontairement la mort d'un enfant à naître constitue le délit d'homicide involontaire dès lors que celui-ci était viable au moment des faits quand bien même il n'aurait pas respiré lorsqu'il a été séparé de sa mère ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel a méconnu les textes et le principe ci-dessus mentionnés.

#### **Document 4 : L'entité doctrinale française – Philippe Jestaz – Christophe Jamin – D. 1997. 167**

La doctrine au sens juridique du terme est souvent définie, au moins en France, comme une collection d'ouvrages. Par exemple, le Petit Robert y voit « l'ensemble des travaux juridiques destinés à exposer ou à interpréter le droit (opposé à législation et jurisprudence) ». Cette définition n'est pas fautive, mais elle ne rend compte que d'une partie de la réalité. Si la doctrine n'était qu'un ensemble d'ouvrages, elle ne serait rien de plus qu'une bibliothèque de faculté ou de palais de justice. Or il va de soi qu'elle est beaucoup plus que cela, comme il va de soi que la poésie ne se réduit pas à une collection bien fournie où se retrouveraient les œuvres de tous les poètes français. Au-delà de la production doctrinale (ou poétique), il y a l'activité doctrinale (ou poétique), c'est-à-dire les hommes qui s'y livrent. Et c'est ici que l'on rencontre d'autres sens du mot.

En vérité il en existe deux, dont l'un est universel ou quasi universel, et dont l'autre ne vaut que pour certains pays, parmi lesquels la France. Le sens universel est le sens courant du mot, celui que retient Littré : « ensemble de dogmes ou théorie particulière ». La doctrine est ici synonyme d'opinion, chacun pouvant avoir quelque opinion ou doctrine qu'il veut sur n'importe quel sujet. Dans la plupart des langues, semble-t-il, et en tout cas dans la plupart des pays ayant un développement comparable au nôtre, il existe un mot qui correspond à celui de doctrine ou d'opinion en français. Et ce mot s'emploie aussi bien en droit que dans les matières les plus diverses. Les Américains parlent de la doctrine Monroe, tout le monde parle de la doctrine marxiste et les juristes français de la doctrine Matter. S'agissant de la doctrine juridique, le Premier Président Bellet, par exemple, la définit comme une « opinion écrite et scientifique qui fait autorité » (1), donc (et en laissant de côté pour l'instant la question délicate de l'autorité) comme une opinion.

Dans un second sens, qui paraît propre à la France et à certains pays d'Europe continentale, la doctrine est présentée comme une entité, puisque les juristes disent couramment que la doctrine approuve ou critique telle solution, propose telle réforme, etc. On grossirait à peine le trait en énonçant que la doctrine est invoquée à l'égal d'une personne morale. Cette formulation nous est tellement habituelle que nous la croyons universelle et que, pour un peu, nous parlerions de la doctrine américaine ou anglaise, en oubliant que la notion d'entité doctrinale n'a pas son équivalent dans ces deux systèmes de droit (2). Les juristes américains, par exemple, emploient le terme de doctrine pour caractériser une méthode d'analyse du droit qui se rapproche d'ailleurs de celle qu'utilise la doctrine juridique française (legal doctrine ou doctrinal analysis) (3), mais ils n'ont aucun terme équivalent au nôtre pour qualifier la doctrine. Tout au plus parlent-ils d'érudition juridique (traduction approximative de l'intraduisible legal scholarship) ou d'opinions savantes (opinions of legal experts) émanant de juristes confirmés (learned jurists) (4). On chercherait vainement sous leur plume l'équivalent de cette sobre définition proposée par MM. Guinchard et Montagnier : « Pensée des auteurs. Par extension, l'ensemble des auteurs » (5). Définition très française ! Même si la formule citée ne se réfère pas explicitement à une entité, elle va au cœur du sujet : chacun mesurera le pas accompli par rapport au Robert et toute la différence qu'il peut y avoir entre un ensemble d'ouvrages, donc de choses (fussent-elles des supports d'opinions), et un ensemble d'auteurs, c'est-à-dire de personnes (6). En vérité, l'ensemble des ouvrages et l'ensemble de ceux qui les écrivent ne résument pas à eux seuls la doctrine, mais ils constituent la base factuelle, la réalité observable à partir desquelles a été construite l'entité doctrinale.

Mais d'abord qu'est-ce qu'une entité ? Très schématiquement, nous pourrions déceler la présence d'une entité chaque fois qu'on personnalise un phénomène en faisant semblant de croire qu'il dispose

d'un pouvoir d'action propre. Bien entendu, certaines entités ne sont en réalité que des façons de parler. Lorsqu'on prétend que la Nature a horreur du vide ou que l'Histoire se répète, on se borne à présenter sous une forme imagée une simple relation de causalité. Ce sont donc là de fausses entités. Mais il y a des entités vraies, non en ce sens qu'elles seraient des phénomènes observables (car toute entité est par définition une représentation mentale), mais parce qu'elles correspondent à un groupement humain, quant à lui observable, et qui dispose d'un pouvoir d'agir plus ou moins étendu. En pareil cas, le recours à une entité se justifie, et cela d'autant mieux que le groupement visé est plus compact, homogène et organisé. A cet égard, il convient de faire un tour d'horizon en commençant par les entités les plus floues. Quand on dit que le Gouvernement a reculé devant la rue ou que sa politique ne se fait pas à la corbeille, on se réfère à des groupements, certes puissants, mais vagues et hétérogènes : ceux qui ont manifesté en un lieu donné et à un moment donné, les opérateurs qui achètent et vendent des titres en Bourse. De même, lorsque les gouvernants parlent de l'opinion, ils désignent par là une réalité très changeante à facettes multiples : si par exemple quelqu'un fait état de ce que l'opinion est hostile à une réforme de l'Université, s'agit-il de l'opinion des universitaires, ou des étudiants, ou de certains de leurs syndicats, ou de l'ensemble des Français, ou peut-être de celle des journalistes ? Dès maintenant, chacun pressent que la doctrine juridique (qui est une subdivision de l'opinion, en l'occurrence celle des auteurs) se présentera sous une forme beaucoup plus précise et aura donc un caractère d'entité plus affirmé. Mais continuons notre investigation en partant à la recherche d'entités, si l'on ose dire, plus charnues. Par rapport à des approximations comme la corbeille ou l'opinion, il paraîtra plus justifié de personnaliser le salariat ou le monde rural, car un fait social au sens de Durkheim se profile derrière ces représentations, fait social qui, malgré son hétérogénéité, présente un caractère de beaucoup plus grande continuité que ceux précédemment cités. Plus précis encore : la profession médicale constitue, à n'en pas douter, un groupement homogène en dépit des différentes spécialités, et c'est tellement vrai que l'on emploie significativement à son propos l'expression de corps médical. Les médecins sont un corps, qui n'est pas « constitué » en tant que tel, mais qui est fortement structuré, ainsi que le révèle l'institution de l'Ordre. Un pas de plus et on trouve les corps constitués proprement dits, comme l'Assemblée nationale ou la Cour de cassation, qui n'ont certes pas la personnalité morale, mais qui ont le pouvoir d'agir par eux-mêmes selon la loi de la majorité. Enfin l'entité atteint son plein épanouissement avec la notion de personnalité morale, laquelle implique une structuration complète et souvent forte (le cas extrême étant l'entité-Etat, dotée de sa surpuissante machine administrative).

En résumé, si toutes les entités (vraies) se caractérisent par un phénomène de pouvoir, toutes ne sont pas également structurées, de sorte qu'une recherche plus poussée ferait sans doute apparaître un camaïeu très nuancé. Mais il convient d'observer d'emblée que le pouvoir et la structuration ne vont pas forcément de pair : la rue, entité vague, est parfois plus puissante que le Gouvernement... Autrement dit, deux questions distinctes se posent à propos de chaque entité : d'une part, celle de son existence (autrement dit de sa vraisemblance intellectuelle), et on a vu qu'une entité existe à la condition de personnifier le pouvoir social d'un groupe ; d'autre part, et à supposer cette existence admise, celle de sa plus ou moins grande structuration, structuration qui ne fait que traduire la plus ou moins forte cohésion du groupe.

S'agissant de la doctrine (en France), on va se demander dans un premier temps si elle est une simple facilité de langage ou si, exerçant un pouvoir, elle constitue une entité plausible. Réflexion faite, c'est cette dernière hypothèse qui nous paraît exacte. Bien sûr, chacun sait que la doctrine n'est pas une source formelle du droit et donc que son pouvoir n'a rien de comparable à celui du législateur, ni même à celui, plus controversé dans son principe, qu'exercent nos trois plus hautes juridictions. Mais en tant que les auteurs élaborent une dogmatique au sens fort du terme, c'est-à-dire une explication globale du droit à vocation normative et en forme de système, ils participent à cet ouvrage d'ensemble qu'on appelle in fine le droit français, et donc exercent, qu'on le veuille ou non, un pouvoir collectif. Or qu'on ne croie pas qu'il s'agisse là d'un phénomène universel ! Dans d'autres pays, et singulièrement ceux de common law, les travaux sur le droit ne prennent pas la forme d'une construction systématique, mais s'orientent, d'ailleurs avec un grand raffinement d'analyse, vers la prévision des solutions particulières, de sorte que les opinions émises, à défaut d'une oeuvre collective propre à cimenter la solidarité des concepts et des auteurs, demeurent des manifestations purement individuelles (7). Dans un pareil contexte, la notion d'entité doctrinale a peu de chances de jamais voir le jour.

Etant admis que, à l'opposé, cette entité existe en France de manière plausible, il faut ensuite s'interroger sur son degré de cohésion. Or, dans le camaïeu que nous avons esquissé, la doctrine est sans doute plus proche de la couleur franche que de la couleur délavée. Certes la doctrine n'a rien d'une personne morale, ni d'un corps constitué. Mais nous nous proposons de montrer qu'elle est tout de même un corps homogène et compact. A preuve, si les membres de la doctrine se constituaient en association pour défendre et illustrer leurs intérêts communs, leur démarche paraîtrait tout au plus inutile (raison probable pour laquelle elle n'a jamais été envisagée), mais certainement pas ridicule et en tout cas beaucoup plus pertinente que les coordinations sauvages qui s'expriment au nom de la rue... D'ailleurs la doctrine a tout de même un point commun avec les personnes morales, celui de s'auto-proclamer, la différence étant qu'elle ne réclame pas la personnalité juridique, ni l'organisation y afférente. Elle s'autoproclame en ce sens que tous les juristes (français) parlent de « la » doctrine, que certains d'entre eux l'invoquent avec la conscience très affirmée d'en faire partie et que, par contre, les non-juristes ne comprennent pas le sens de cette expression, qui ne paraît pas connaître d'équivalent aussi fort dans les autres disciplines du savoir. Et à défaut d'avoir des statuts comme n'importe quelle société savante, la doctrine s'autoproclame de manière continue pour justifier tout à la fois son existence et sa cohésion, peut-être aussi pour rappeler son utilité, qu'au demeurant personne ne songe à nier.

Cette situation dicte notre démarche épistémologique. Notre propos ne consistera nullement à déterminer ce qu'est la doctrine en soi (car cette notion n'existe probablement pas), ni surtout à dire objectivement quels auteurs ou quels ouvrages en font ou non partie. En effet, si l'on parvient à démontrer que la doctrine est une sorte de société savante, c'est à celle-ci qu'il appartient de décider qui elle accueille en son sein. Le raisonnement est ici le même qu'en matière de nationalité : à défaut d'une définition objective du Français ou de l'Allemand, et puisque chaque Etat détermine souverainement qui sont ses nationaux, on doit considérer que le Français (ou l'Allemand) est simplement celui que la loi française (ou allemande) désigne comme tel. Bref, ce que nous allons tenter d'observer, c'est le discours des auteurs autoproclamés en tant que doctrine, afin de mieux comprendre cette entité que subjectivement ils ont construite. Mais cette observation comporte elle-même une part de subjectivité, dans la mesure où les deux soussignés font partie de l'objet observé ! (8). Par conséquent notre construction de l'entité doctrinale française sera doublement subjective puisque nous essaierons de voir comment d'autres (y compris nous) la voient. Sous cette réserve, il nous apparaît que la doctrine est bien un pouvoir (I), ce qui fait d'elle une entité ; et qu'elle exerce son pouvoir en tant que corps (II), ce qui permet de la classer parmi les entités plus solides que gazeuses.

## I. La doctrine française comme pouvoir

Ainsi qu'on l'a déjà dit et qu'on le redira en amplifiant la démonstration, la doctrine française exerce un pouvoir collectif dans la cité. Pour des raisons évidentes, ce pouvoir n'existe que parce qu'il se distingue du pouvoir proprement dit (A), auquel la doctrine a donc les moyens de s'opposer. Mais nous verrons qu'en élaborant le système, la doctrine se condamne par là même à rester assez proche du pouvoir (B).

### A. Un pouvoir distinct du pouvoir

Si la France traite la doctrine juridique comme une entité, cela tient d'abord à ce que ses dogmaticiens n'ont pas le jus decidendi (1°) et jouissent d'une indépendance réelle par rapport aux décideurs (2°), encore qu'il y ait lieu de s'interroger sur certains cas-limite (3°).

#### 1° L'absence de jus decidendi

Dans les sociétés étatisées, la création du droit relève de la fonction étatique, car la coutume, si elle existe encore, n'a de toute façon plus qu'une place restreinte. Ainsi le droit, quelles que soient ses sources d'inspiration (doctrinales, praticiennes, etc.), se décide au sommet et donc émane de ce qu'on appelle brièvement le pouvoir. En France, celui-ci a concrètement trois incarnations (deux pouvoirs et une autorité !) qui jouissent du jus decidendi. Et c'est ainsi que les lois, les actes de l'administration au sens large et les décisions judiciaires forment en substance notre droit positif.

Or le propre de la doctrine, c'est de ne pas en être, c'est de n'appartenir à aucun des trois qui décident ! (9). Les professeurs de droit et les autres auteurs font partie de la doctrine en ce qu'ils écrivent sur le droit sans avoir à aucun titre la responsabilité de l'édicter.

Faut-il alors bouter le professeur hors de la doctrine si d'aventure il est élu député ou sénateur ? Une réponse négative paraît s'imposer : ce nouveau parlementaire n'est qu'une voix parmi beaucoup d'autres et ne saurait à lui seul incarner le législateur. Toutefois il en ira différemment si l'intéressé devient président de la commission des lois ou à plus forte raison garde des Sceaux, comme ce fut le cas de MM. Foyer et Badinter. De ces auteurs, les ouvrages juridiques antérieurs à leur entrée en fonction (ou postérieurs à la cessation de celle-ci) continuent évidemment d'appartenir à la doctrine, mais pas leurs opinions émises pendant la durée et à l'occasion de leur fonction (discours, interventions, le cas échéant articles autojustificatifs publiés dans la grande presse).

Plus généralement lorsqu'un ministre, juriste ou non, répond à une question écrite d'un parlementaire, il émet une opinion et donc une doctrine, la sienne, qui peut-être engage le ministère, voire le Gouvernement, mais qui ne fait pas pour autant partie de ce qu'on entend couramment par la doctrine.

Le tout serait parfaitement clair si certains ne cultivaient comme à plaisir l'équivoque en insinuant que le pouvoir doctrinal n'existe ou du moins n'atteint sa plénitude que lorsqu'un auteur se trouve associé de près à l'élaboration d'un texte, voire en rédige le projet. En ce sens on qualifie le doyen Carbonnier de législateur tout en considérant son oeuvre législative comme une conquête du pouvoir doctrinal. C'est oublier a) que même élaboré par un auteur considérable, un projet de loi n'est pas plus une oeuvre doctrinale que n'importe quel autre projet de loi (simplement il est mieux rédigé !); b) que notre éminent maître n'avait aucun pouvoir de décision et par conséquent aucune responsabilité dans les choix politiques; c) que pour cette raison il conservait une liberté de plume qui lui a permis d'écrire ensuite un « essai », parfaitement doctrinal celui-là, sur les lois dont il assume la paternité intellectuelle. En vérité, lesdites lois ne prouvaient nullement l'existence d'un pouvoir doctrinal (dont on verra qu'il réside ailleurs). Elles prouvaient seulement ou plutôt confirmaient le talent de M. Carbonnier, à qui toutefois on ne manquera pas de respect en relevant qu'il a bénéficié aussi de circonstances favorables, car il va de soi que si le même honneur eût échu en leur temps à Demolombe ou à Hauriou, nul n'y eût trouvé à redire ! Bref, cette satisfaction personnelle, que très peu auront connue, n'ajoute ni n'enlève aucun élément au débat sur la doctrine. De même, le fait que la Cour de cassation emprunte parfois une idée ou une formule à un auteur prouve tout au plus l'ouverture d'esprit de la première et l'intelligence pragmatique du second, mais ne fournit en aucun cas la preuve ou le critère du pouvoir doctrinal. Planiol, dont la Cour de cassation a ignoré les thèses, n'est pas moins grand, ni surtout moins doctrinal que notre regretté ami Christian Mouly, inspirateur de l'arrêt Ernaut.

L'équivoque, à vrai dire, vient de plus loin. Elle commence peut-être à Rome avec les prudents dont on répète à l'envi qu'à travers eux la doctrine créait le droit. Mais le pouvoir de décision appartenait au seul préteur et le fait que certains préteurs aient été plus perméables que d'autres à l'argumentation des prudents relève seulement de l'anecdote. Dans l'ensemble, le préteur a d'abord exercé ses fonctions avec une relative timidité, puis il s'est enhardi au fil des années et des siècles, - un peu comme nos civilistes français ont eu à l'origine un respect dévotieux du Code Napoléon, respect dont ils se sont affranchis par la suite. Mais tous, exégètes et prudents, ont été des hommes de doctrine qui suggéraient sans participer à la prise de décision proprement dite, c'est-à-dire et ce point est fondamental, à la responsabilité de celle-ci.

L'équivoque rebondit encore avec l'idée, cent fois répétée, que la doctrine est une autorité. Le terme, en principe, ne se réfère qu'à l'autorité intellectuelle (comme l'indique cette précision que la doctrine est une simple autorité) (10). Mais il conserve un reflet de l'autre autorité, l'autorité de droit, celle qu'on détient sur autrui (le commettant sur son préposé) ou mieux encore celle qui donne son nom à une subdivision du pouvoir (l'autorité judiciaire, les autorités administratives indépendantes). En réalité la doctrine n'a d'autorité qu'au sens où un traité de droit civil fait autorité (c'est-à-dire constitue l'ouvrage de référence), et ce sens n'a rien de spécifiquement juridique puisqu'on le retrouve en histoire, en astronomie ou en biologie moléculaire. La spécificité de la doctrine juridique tient seulement à ceci que le traité de droit civil, à la différence du traité d'astronomie, peut à la rigueur inspirer le Parlement ! Mais

de là à traduire cette influence en termes d'autorité-pouvoir, il y a un pas que nul ne saurait franchir sans absurdité. Et les quelques cas, brillants mais exceptionnels, où un auteur a pu tenir de facto la plume du juge ou du législateur n'y changent évidemment rien. Même si on peut en citer plusieurs exemples ces dernières années, la proportion reste infime au regard du nombre des arrêts rendus et des textes adoptés.

Résignons-nous ou plutôt réjouissons-nous : la doctrine n'a d'autorité sur personne et réciproquement personne n'en a sur elle.

## 2° L'indépendance par rapport aux décideurs

Cette indépendance a presque valeur constitutionnelle si l'on veut bien se souvenir que la majeure partie des auteurs sont des professeurs d'université dont le Conseil constitutionnel a reconnu qu'ils jouissaient d'une pleine liberté d'opinion dans leurs cours comme dans leurs écrits. Les professeurs sont certes des fonctionnaires, mais qui, à la différence de la plupart des autres fonctionnaires, ne reçoivent pas d'ordres. Ils ne constituent d'ailleurs pas à proprement parler une administration, ainsi que le prouve, dans les textes régissant l'Université, la distinction entre personnels enseignant et administratif. En somme ils connaissent les avantages de la fonction publique (la tranquillité d'esprit - qui d'ailleurs fortifie l'indépendance !) sans éprouver l'inconvénient de la subordination.

Par voie de conséquence, les professeurs n'engagent qu'eux-mêmes dans leurs écrits et non leur université, ni encore moins l'Etat ou l'administration en charge de l'enseignement supérieur (mais on verra qu'ils engagent l'entité doctrinale). Cela va tellement de soi qu'aucun d'entre eux n'éprouve jamais le besoin de le préciser, ni à plus forte raison d'écrire sous un pseudonyme, comme le font les autres fonctionnaires lorsque, dans les colonnes du Monde par exemple, ils formulent à l'égard du pouvoir des critiques incompatibles avec leur devoir général de réserve. En réalité, le seul cas où quelqu'un précise que ses idées n'engagent pas l'université est aussi celui où la précision est le plus inutile, puisque l'auteur n'est même pas un fonctionnaire, mais un simple étudiant qui postule au grade de docteur : toutefois cette mention traditionnelle sur la page de garde des thèses s'explique probablement par des raisons historiques.

Outre les professeurs de droit (au sens large, y compris donc les maîtres de conférences) et leurs doctorants, la doctrine peut comprendre aussi des magistrats, auxquels on assimilera certains fonctionnaires plus proches de la magistrature que de la fonction publique : à cette périphrase, le lecteur aura reconnu les membres des juridictions administratives. Or tous ont une indépendance de principe et leur devoir de réserve ne s'applique qu'aux affaires sur lesquelles ils ont à statuer. Aux affaires et pas vraiment à la décision elle-même qui, une fois rendue en audience publique et publiée dans les revues juridiques, sera citée et commentée, sous un angle purement juridique, par tous les auteurs y compris celui qui y aurait participé de l'intérieur. Dès lors, l'indépendance d'un conseiller qui écrit sur le droit n'est pas sérieusement menacée par ses fonctions, qui tout au plus l'obligent à une certaine forme de neutralité et de distanciation sur ses propres arrêts (11) ; mais en fait cette attitude est déjà largement de mise chez ceux qui commentent les décisions de l'extérieur, de sorte que la question ne fait guère de difficulté. C'est pourquoi le conseiller Jean Mazeaud avait le même statut doctrinal que ses deux frères professeurs, alors surtout que les lecteurs eussent difficilement pu démêler la part de chacun dans les Leçons de droit civil. Plus près de nous, nul ne fera de mauvais procès aux présidents Long et Braibant, que leurs hautes fonctions n'ont jamais empêché d'être en toute liberté - mais aussi sérénité - les coauteurs des Grands arrêts. Plus probant encore : l'entrée à la Cour de cassation de professeurs ayant une production doctrinale importante (A. Ponsard, Y. Chartier, J.-L. Aubert) n'a visiblement entraîné sous leur plume aucun affadissement propre à les faire considérer comme des serviteurs du pouvoir. Et le fait que, le cas échéant, ils observent parfois une relative réserve sur leurs arrêts ou sur la jurisprudence de leur Chambre n'autoriserait pas à rectifier ce jugement.

La doctrine française comprend encore quelques représentants du secteur privé : notaires, avocats, juristes d'entreprise. Mais si l'indépendance du notaire ne suscite aucun doute, on crie volontier haro sur les deux autres : l'avocat exprime le point de vue de ses clients, le juriste d'entreprise défend son

entreprise. De proche en proche, l'opprobre rejaillit bientôt sur le professeur de droit qui plaide ou consulte. Toutefois, à supposer même que tous ces juristes aient perdu leur liberté de pensée, ce qui reste largement à démontrer, l'influence subie par eux ne serait pas celle d'un Pouvoir à tendance forcément totalisante, mais celle de multiples personnes privées aux intérêts divers et contrastés. Or gageons, si inféodation il y a, que l'auteur inféodé aux locataires, aux consommateurs ou aux salariés ne tarderait pas à rencontrer sur sa route un autre auteur, partisan quant à lui des propriétaires, des fabricants ou du patronat, ce qui bien vite rétablirait l'équilibre. Au fait, la controverse juridique ne se développe réellement que si tous les intérêts en cause ont leurs porte-parole respectifs, qu'on ne saurait assimiler pour autant à de plats valets. Constatons en tout cas que les auteurs labellisés comme membres de la doctrine ont une indépendance de principe à l'égard du pouvoir, et de fait ne s'interdisent pas de critiquer les textes ou la jurisprudence lorsqu'ils le jugent bon. Mais à la marge du label doctrinal, il faut aussi envisager quelques cas-limite.

### 3° De certains cas marginaux

Le premier cas auquel tout le monde aura songé est celui des rapports ou conclusions ayant pour auteur les conseillers rapporteurs, avocats généraux ou commissaires du Gouvernement. La qualité de ces écrits les apparente souvent à la plus belle doctrine, mais nous savons que ce n'est pas là le seul critère (12). La difficulté vient de ce que, cette fois, l'auteur n'écrit pas sur le droit en général, avec occasionnellement une mention plus ou moins appuyée de l'arrêt auquel il a participé, mais sur cet arrêt lui-même. Et il ne s'agit même pas d'une note, genre extérieur et doctrinal par excellence, mais d'interventions qui sont des éléments de la procédure suivie devant la juridiction. Ce genre présente ainsi une double ambiguïté : d'une part le texte reproduit sous forme imprimée soit une intervention à l'origine orale, soit une intervention écrite, pas forcément identique à la précédente (« la plume est servie, mais la parole est libre »), soit peut-être un mixage des deux ; d'autre part l'éventuelle liberté du ton et de la pensée ne fait pas oublier que ce discours participe de près et de l'intérieur à l'élaboration de la décision. L'intéressé exprime-t-il alors la doctrine de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat ou seulement une opinion d'auteur ? C'est difficile à dire, au moins lorsque son opinion a été suivie par la juridiction...

A fortiori l'ambiguïté règne chez les juges anglo-américains. La tradition de common law leur permet en effet d'étayer très fortement les décisions qu'ils rendent. Elle autorise même le juge, que ses collègues ont mis en minorité, à exprimer une opinion dissidente. Ainsi ces juges, surtout après cent ou cent cinquante pages d'arrêt (ce format n'a rien d'exceptionnel), occupent l'espace réservé chez nous aux auteurs, à cette énorme différence près qu'ils commentent de l'intérieur, car même l'opinion dissidente émane d'un juge parlant en tant que tel, et qui participe donc à l'oeuvre du pouvoir. Aussi ne peut-il s'agir de doctrine au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire au sens de pouvoir indépendant, et cela quelle que soit la qualité incontestée du travail accompli.

Le second cas ambigu est celui d'un fonctionnaire écrivant une monographie sur les questions que son administration, voire lui-même, résolvent quotidiennement dans la pratique. Même si cet auteur ne se borne pas à démarquer les circulaires, mais se livre au contraire à une discussion savante et nuancée, il y a lieu de craindre que son ouvrage - qu'on suppose donc de qualité - n'exprime pour l'essentiel le point de vue de l'administration. S'agit-il, dans ces conditions, d'une doctrine de l'administration (comme la fameuse « doctrine » de l'administration fiscale, qui à coup sûr ne fait pas partie de la doctrine) ou bien de doctrine tout court ? L'hésitation reste possible.

Mais ces difficultés pour appliquer le critère d'indépendance ne le remettent pas en cause : elles en soulignent au contraire la justesse, car si l'on se pose la question, c'est bien parce que la frontière passe à cet endroit. Et en mettant à part ces cas-limite, on retiendra l'indépendance générale et de principe de la doctrine, même si de cette indépendance elle ne fait pas un usage immodéré.

### B. Un pouvoir proche du pouvoir

« Ce sabre est le plus beau jour de ma vie ! Il me servira à défendre les institutions et au besoin à les combattre ». Souligné par nous, au besoin indique une nette subsidiarité. Or la doctrine ressemble au

sabre de M. Prudhomme. Même dotée d'impertinence, elle soutient davantage le pouvoir qu'elle ne l'attaque, car dès lors qu'elle édifie une dogmatique au sens fort du terme (1°), elle établit par là même une connivence avec lui (2°).

#### 1° Une dogmatique (au sens fort)

Comme on l'a déjà entrevu, le pouvoir doctrinal ne consiste nullement à obtenir, de temps à autre, un revirement de jurisprudence, car s'il fallait parler de pouvoir chaque fois que quelqu'un réussit à convaincre un juge, tout avocat en détiendrait une dose proportionnelle à son talent et proprement phénoménale dans le cas des grands ténors. Or le pouvoir doctrinal est ailleurs, à la fois moins spectaculaire et plus fort. Une fois pour toutes le Parlement fait la loi, l'administration fait les règlements et nos trois grandes juridictions font la jurisprudence. Mais la doctrine fait le système (sous couleur d'en faire prendre conscience) et cela mérite attention (13).

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 par la maîtresse de maison.

Celle-ci, c'est-à-dire la doctrine, procède à un double travail. D'une part elle lave et dénoyaute les cerises après en avoir enlevé les queues : autrement dit, elle élimine les contradictions, obscurités ou insuffisances du droit à l'état brut. D'autre part elle élabore une pâte (la dogmatique) pour enrober les cerises (classer les solutions normatives) et faire du tout son clafoutis (le système).

Après quoi, le législateur, tout législateur qu'il est, se trouve en partie lié par l'oeuvre accomplie. Certes il peut voter des lois très novatrices, qui ébranlent ou même détruisent certains pans du système. Mais en pratique il ne peut du passé entier faire table rase, car cette démarche aurait un coût social exorbitant. Mieux vaut donc n'innover qu'à l'intérieur du système (global) et sans trop l'irriter.

Puisqu'on a commencé avec les métaphores, risquons-en une autre : la doctrine ressemble à une fourmière où chacun des auteurs, même les plus célèbres, n'accomplit finalement qu'un très modeste travail. De temps à autre le législateur donne un coup de pied dans la fourmière, mais celle-ci se reconstitue. Et jamais il ne la détruit de fond en comble, parce que le fait accompli en doctrine s'impose à lui dans une certaine mesure.

Là est le vrai pouvoir de la doctrine, dont on dit toujours qu'il repose sur le savoir, mais qui repose aussi sur un immense travail collectif. Sans trêve ni répit, la doctrine invente ou polit des concepts, affine le langage et l'argumentation, classe les matériaux. Sans cesse elle construit et théorise. Aussi exerce-t-elle l'essentiel de son pouvoir d'une façon diffuse, en tant qu'elle structure le droit. A l'occasion elle l'exerce d'une façon précise lorsqu'elle préconise et obtient une solution, par exemple le renversement d'une jurisprudence qu'elle avait unanimement critiquée. Mais sa plus grande victoire réside en ceci que ceux qui font le droit positif utilisent un matériau d'origine doctrinale, lequel ne paraît banal que parce qu'on en a pris l'habitude au point d'oublier qu'il en était le premier fabricant !

N'en doutons pas : c'est ce travail collectif de dogmatique juridique au sens fort du terme qui cimenterait l'union des auteurs et fait surgir une entité dépassant chacun d'eux. La contre-épreuve en est fournie par ce fait que la doctrine-entité n'existe pas dans les pays sans dogmatique ou pratiquant une dogmatique beaucoup plus tempérée, cette situation pouvant elle-même avoir des causes diverses. Elle tient dans certaines sociétés au très faible nombre des auteurs (car à ce compte l'activité de fourmière ne peut se développer) et dans d'autres à l'adoption d'une logique différente de la nôtre : les pays de common law n'éprouvent pas le besoin de constructions rationnelles et n'ont que méfiance pour les faiseurs de systèmes que nous sommes. Aussi leurs meilleurs juristes ont-ils cessé, depuis au moins une trentaine d'années, d'écrire des traités (14). A l'époque même où ils en rédigeaient, leurs constructions restaient beaucoup plus modestes, plus proches des faits, en un mot plus casuelles - ce qui ne veut évidemment pas dire : moins bonnes - que celles des juristes français. Aujourd'hui, leur

démarche les conduit plutôt à émettre un grand nombre d'opinions particulières, très riches et nuancées, mais sans intégrer celles-ci à un édifice d'avance accepté par eux, parce qu'ils ne croient plus - si tant est qu'ils y aient jamais cru - à la possibilité de le construire d'une façon plausible (15). Au fond, la différence entre nos travaux et ceux des juristes anglo-américains évoque l'éternelle opposition entre le jardin à la française et le jardin anglais !

Le critère de la dogmatique permet encore de comprendre pourquoi, chez nous, les philosophes, sociologues, historiens ou anthropologues du droit ne sont ordinairement pas inclus dans cette entité-doctrine qui approuve, critique, suggère, etc. C'est que tous ces auteurs s'emploient à observer scientifiquement les sociétés et leur droit pour expliquer l'un par l'autre et dégager des corrélations. Mais aucun d'eux ne tient - ou peu s'en faut - de discours à vocation normative. Même considérable (que l'on songe à Kant ou à Kelsen !), leur influence sur le droit demeure indirecte, car ils tiennent un discours explicatif. En un mot, ces savants sont des chercheurs en sciences humaines (bon nombre d'entre eux portent d'ailleurs ce titre au CNRS), mais non des dogmaticiens. Et si tout à l'heure le professeur de droit devenu ministre se trouvait trop près du pouvoir pour appartenir encore à la doctrine, les anthropologues ou philosophes s'en tiennent trop loin. Proche du pouvoir, mais pas au point de s'y fondre, la doctrine proprement dite se trouve à la bonne distance pour entretenir avec lui une relation d'évidente connivence.

## 2° Une connivence

La connivence, il faut le souligner d'emblée, n'est pas l'inconditionnalité, mais au contraire une forme d'attitude le cas échéant critique. Simplement cette attitude n'est pas de critique radicale, à la différence de la rupture à laquelle on l'oppose d'ordinaire selon une distinction devenue classique.

En effet toute personne qui entre en conflit a le choix entre deux stratégies : soit de rester sur le terrain de l'autre, de sorte que les adversaires s'accordent au moins sur les termes du débat ; soit de refuser les valeurs de l'autre, son idéologie, son mode de raisonnement et pour tout dire son langage, de façon à engager le débat - ou plutôt le monologue en forme de réquisitoire - sur de tout autres bases. La différence est à peu près celle qui existe entre deux voleurs, dont l'un se cherche des excuses tandis que l'autre conteste par principe le droit de propriété. Mais le premier, bien qu'il reconnaisse la valeur de ce droit, peut néanmoins se montrer critique, par exemple à l'égard de ceux qu'il rend indirectement responsables de sa propre conduite.

Un lieu commun veut que la critique prise en tant que genre (la critique littéraire, cinématographique, etc.) n'emporte pas forcément désapprobation, mais inclue aussi l'éloge. Cette idée ne vaut en réalité que pour la critique de connivence, la plus répandue à vrai dire. En tout cas elle s'applique parfaitement à l'oeuvre critique de la doctrine juridique française, moins souvent acerbe que louangeuse, car la connivence de celle-ci avec le pouvoir revêt un caractère en quelque sorte structurel.

Le pouvoir, en effet, secrète au jour le jour, par strates ou convulsions successives, un droit positif hérissé d'imperfections et dépourvu de cohérence. Or, en se donnant pour mission d'édifier une dogmatique, la doctrine renvoie au pouvoir une image inexacte mais flatteuse, celle du légiste rationnel et omni-pensant à qui on ne peut reprocher que de bien excusables bévues de détail ! Trop heureux de l'aubaine, le pouvoir se hâte d'endosser la paternité du système et s'engage implicitement à le traiter désormais comme son enfant, c'est-à-dire à le corriger parfois, mais sans le brutaliser. De son côté, la doctrine aura toutes les rebellions qu'elle voudra, mais en continuant d'observer une révérence de principe. Ainsi se conjuguent la démocratie, qui veut qu'on puisse critiquer la loi sans encourir de poursuites, et le positivisme, qui postule qu'on tienne la loi pour droit même quand on en critique les termes. Ou plutôt le positivisme prête son appui à la démocratie, comme il le prêterait d'ailleurs à tout autre système politique.

Pour ces raisons, la doctrine française se fait de son plein gré non pas le serviteur du pouvoir - ce reproche injuste ne saurait lui être adressé -, mais son auxiliaire au sens où l'avocat est un auxiliaire de la justice. Car c'est un auxiliaire qui a son franc-parler et avec qui le pouvoir doit compter (s'il compte aussi sur lui). La doctrine façonne elle-même les termes dans lesquels se déroulera le débat de

connivence avec le pouvoir. Dans ce débat, elle se montrera volontiers critique, mais à la marge. Et s'il est vrai qu'elle provoque parfois - ou plutôt facilite : restons modestes ! - une réforme législative ou un revirement de jurisprudence, cette mission de contre-pouvoir n'est pas l'essentiel de son activité. Pour l'essentiel, la doctrine française reste un pouvoir allié du pouvoir, qui donne vie et forme aux créations de celui-ci, qui surtout facilite la mise en oeuvre des textes. Dans le même esprit, le pouvoir ne raille que par boutade les théories des professeurs : en général il s'en inspire, et si d'aventure il va contre elles, c'est plutôt dans le sens d'un aménagement ou d'une exception que d'une totale remise en cause.

Est-ce à dire que les juristes n'adoptent jamais l'attitude consistant à repousser le système en bloc ? Certes non, mais ceux qui rompent en visière avec le droit sont plutôt des juristes de formation qui ont cessé de fréquenter leur discipline (Karl Marx étant l'exemple le plus célèbre). En général ce ne sont pas des juristes de métier, car l'exercice d'une profession juridique conduit insensiblement à pactiser. Et à plus forte raison le métier d'écrire sur le droit puisque, par définition même, le dogmaticien du droit fait oeuvre de connivence. La doctrine française y parvient d'autant plus aisément qu'une connivence du même ordre se retrouve à l'intérieur de son propre corps.

## II. La doctrine française comme corps

Exerçant un pouvoir social, la doctrine française mérite donc son statut d'entité. Mais s'agit-il d'une entité forte, c'est-à-dire d'un corps compact et structuré (même sans statuts ni organisation formels) pratiquant l'esprit de corps ? On se propose de le montrer, non sans avoir préalablement noté que ce corps a déjà pour lui le nombre. Même si la comparaison avec la fourmière procède ici d'une nette exagération, la doctrine représente une population nombreuse et une masse de travaux d'autant plus grande que la chaîne doctrinale comprend évidemment les écrits du passé comme ceux d'aujourd'hui. Mais surtout la cohésion du corps se traduit par de multiples signes qu'on peut regrouper selon deux axes : d'une part la doctrine s'arroge le droit de dire qui fait partie de la doctrine ; d'autre part l'auteur reçu dans le giron de la doctrine a désormais le pouvoir d'engager la doctrine par ses écrits.

En ce sens, nous étudierons l'entrée dans le corps (A) et la signature au nom du corps (B).

### A. L'entrée dans le corps

Un préalable : les membres de la doctrine sont tous passés par le même creuset (1°). Mais cette condition nécessaire ne suffit pas : il faut publier (2°) pour se faire reconnaître (3°).

#### 1° Le creuset

Derrière le mot de doctrine, il y a pour l'essentiel un corps de fonctionnaires (bien qu'ils ne constituent pas une administration). On peut avancer sans grand risque d'erreur que les professeurs et maîtres de conférences représentent au moins 90 % de la catégorie. Quant aux 10 % qui restent, ils ont tous (doctorants, magistrats, fonctionnaires, etc.) été les étudiants des premiers nommés.

Ainsi les membres de la doctrine sont tous passés par le moule des facultés de droit françaises, - mis à part quelques immigrés célèbres comme Motulsky, mais qui en général avaient pleinement réussi à donner le change, ce qui confirme la force extraordinaire du modèle ! Parmi les auteurs français, 90 % (si l'on veut bien accepter ce pourcentage) ont tellement apprécié la formation dispensée dans nos facultés de droit qu'ils y sont restés pour former leurs successeurs, au nombre desquels les 10 % de « divers doctrine ». Encore ces 10 % n'ont-ils pas rompu tout lien avec la faculté : ils y reviennent souvent comme chargés d'enseignement ou professeurs associés, de toute façon ils fréquentent par définition les écrits des professeurs et d'ailleurs ils côtoient ces derniers dans des colloques ou manifestations diverses. Eux aussi donnent le change en ce qu'ils écrivent selon le modèle académique. De sorte que, parmi tous les écrits reconnus comme pleinement doctrinaux (on verra tout à l'heure lesquels), il n'existe pas de différence significative entre ceux des professeurs et ceux des autres auteurs. Le moule académique l'emporte ici sur la fameuse déformation professionnelle qu'on s'attendrait à trouver chez tel ou tel avocat, magistrat, etc.

Quand on parle de moule, il faut immédiatement évoquer la leçon d'agrégation, laquelle joue le même rôle en droit que l'alexandrin et les trois unités dans le théâtre classique. Les règles de la leçon n'ont pas été codifiées par écrit, mais elles sont devenues la seconde nature des professeurs qui les transmettent par tradition orale ; et tout agrégatif qui souhaite les connaître trouvera aisément quelqu'un parmi ses devanciers pour le former à cette école. Au surplus, la technique de la leçon imprègne à ce point les cours de droit et les écrits professoraux, que ceux-là même qui écrivent sans avoir jamais préparé le concours d'agrégation en apprennent finalement les arcanes par sympathie, osmose ou mimétisme (16).

Or la forme, loin d'être neutre, détermine largement le fond. C'est ainsi qu'à travers la leçon d'agrégation la doctrine juridique française marque de son empreinte tous ceux qui auraient l'ambition de venir rejoindre ses rangs. Les plus marqués sont évidemment les professeurs qui, étant fonctionnaires, ont forcément un esprit de corps et qui cultivent le genre littéraire de la leçon comme un signe de ralliement. Mais les autres membres de la doctrine, bien que ne faisant pas partie du corps, sacrifient volontiers à ses rites intellectuels, tandis que de leur côté les professeurs raniment la flamme lorsqu'ils les retrouvent dans des colloques sans cesse plus nombreux.

Au total, la doctrine comprend pour l'essentiel des professeurs, dotés d'un statut social gratifiant, qui constituent à tout le moins une bourgeoisie de robe (même s'ils ne la portent plus que pour les soutenances de thèses) et le cas échéant une bourgeoisie d'argent : à vrai dire, l'écrasante majorité d'entre eux appartenaient déjà à la bourgeoisie avant d'accéder à l'enseignement et à la doctrine. La doctrine comprend en outre un certain nombre d'auteurs extérieurs à l'Université, mais qui, loin de cultiver leur différence, cherchent au contraire à s'assimiler au gros de la troupe, ou qui du moins cherchent à s'y assimiler en tant qu'ils écrivent sur le droit. Ils y arrivent d'ailleurs sans difficulté, au prix le cas échéant d'un léger dédoublement de personnalité par rapport à ce qu'ils sont dans l'exercice de leur propre métier. Le creuset social, comme le creuset académique, joue ici son rôle.

La doctrine constitue donc un corps très homogène, même si elle ne s'identifie pas complètement au corps professoral. Témoignent de cette homogénéité non seulement une manière commune à tous de présenter la discussion, mais aussi une connivence sur le fond. La diversité des opinions n'empêche pas en effet la communauté de langage, fruit d'un accord fondamental sur les concepts de notre droit : lesdits concepts, forgés par la longue chaîne des auteurs, fortifient leur solidarité. Celui-là même qui refuse, pour sa part, la théorie du patrimoine comme inutile et dangereuse, continue à raisonner en termes de patrimoine au cours d'une discussion sur un point particulier, parce que le patrimoine fait partie... du patrimoine commun. Le plus souvent d'ailleurs, les remises en cause se font au profit de concepts voisins déjà éprouvés : les juristes redistribuent largement les mêmes cartes pour de nouvelles donnes. Et les chocs d'idéologies contraires n'entraînent pas de rupture véritable : même en droit du travail où les partisans du salariat et ceux du patronat s'opposent nettement, la discussion, fût-elle vive, n'a lieu que sur des bases communes à tous et ne devient jamais un dialogue de sourds (17).

Toute-puissance du creuset, - et de la dogmatique ! Pour être admis dans les rangs de la doctrine, il faut passer par le premier et participer à la seconde. Or cette participation revêt obligatoirement la forme d'une publication.

## 2° La publication

Scripta manent ! Certes il existe une importante doctrine orale ou plutôt une production orale dont la qualité, le plus souvent, ne le cède en rien à celle des ouvrages écrits : cours magistraux, plaidoiries, débats de colloques, etc. Cette production ne doit surtout pas être négligée : primo elle prépare, influence et prolonge la production écrite ; secundo elle émet, cristallise ou propage les idées qui sont « dans l'air » ; tertio elle contribue à la réputation des auteurs. Mais tant qu'elle ne laisse pas de trace écrite, elle demeure difficile à mesurer ou tout simplement à connaître. En tout cas, elle ne compte que comme argument d'appoint dans l'octroi du label doctrinal ; et le mot de doctrine, en tant qu'il vise une production, n'englobe classiquement que les ouvrages publiés.

Pour réussir son entrée dans la doctrine, il faut un certain nombre de publications, plutôt denses que nombreuses d'ailleurs, selon des genres littéraires précis, en respectant tous les rites d'écriture et même en prêtant attention au support. En substance : l'imprimé est de rigueur même si certaines thèses ronéotypées accèdent très vite au prestige doctrinal ; publier dans une revue confidentielle ne sert pas à grand chose ; il est en outre des revues ou des répertoires mal famés, parce que considérés comme trop praticiens ou de faible niveau, etc. Mais ces règles s'appliquent de façon beaucoup plus souple et admettent même des exceptions une fois réussi l'examen de passage. C'est ainsi qu'un article dans la grande presse pourra passer pour doctrinal, à condition que ce soit dans *Le Monde* et sous la plume d'un auteur reconnu, mais le même papier serait considéré comme une imprudence de la part d'un novice.

Cela dit, il n'y a pas lieu de s'attarder sur ces règles ou ces rites, qui à tout prendre sont bien connus. Plus irrationnelle, parce qu'implicite et même impalpable, est la reconnaissance des pairs, laquelle consacre l'entrée dans la doctrine.

### 3° La reconnaissance

Pour se faire admettre, l'intéressé doit avoir publié des ouvrages qui soient considérés - c'est une tautologie - comme véritablement doctrinaux. Un peu mystérieuse, cette notion de vraie doctrine s'éclaire a contrario : c'est un fait que certains écrits relatifs au droit positif ne sont pas considérés comme faisant partie de la doctrine. Le jugement d'exclusion tombe par exemple sur un manuel de capacité (en dépit, ajoute-t-on, des précieux services qu'il rend aux étudiants), sur un bref commentaire à chaud de la loi nouvelle à l'usage des praticiens, plus généralement sur des ouvrages qualifiés de purement descriptifs, etc.

Il ne saurait être question ici de se livrer à une étude complète des critères retenus, ni moins encore de porter sur eux une appréciation : notre propos ne consiste nullement à déterminer ce qui objectivement devrait ou non faire partie de la doctrine, car cette démarche n'aurait probablement aucun sens. Plus simplement nous prenons acte de ce que, avec une part de subjectivité sans doute, le club de la doctrine française sélectionne ceux qu'il lui plaît d'accueillir en son sein. Or, pour une meilleure connaissance de ce club ou de ce corps, l'important est surtout d'étudier l'acte ou la procédure par quoi s'opère cette sélection. Procédure évidemment informelle et décision implicite puisque le club lui-même n'a au mieux qu'un statut coutumier et n'édicte en tout cas aucune règle relative à une quelconque organisation : la doctrine, cela va de soi, ne tient pas d'assises périodiques (autres que sectorielles : les congrès Capitant, par exemple, ne rassemblent pas tous les auteurs, ni toutes les branches du droit). Elle n'a ni assemblée générale, ni conseil d'administration, d'où il suit que chaque membre exerce directement sa part de pouvoir doctrinal, part a priori proportionnelle à sa notoriété. Mais il l'exerce autant au nom de l'entité qu'à titre individuel : c'est avec la pleine conscience d'appartenir soi-même à la doctrine que l'on formule des jugements sur d'autres membres ou sur des impétrants.

L'impétrant, quant à lui, est admis dans le club au bout d'un temps variable : presque tout de suite s'il a soutenu une thèse retentissante bientôt suivie d'un succès au concours d'agrégation et de nouveaux écrits confirmatifs ; ou bien après des années d'efforts s'il est sorti du rang à force de pilonner un secteur jusqu'ici peu fréquenté. Entre ces deux extrêmes, les cas de figure les plus variés se rencontrent. En toute hypothèse, l'admission ne se reconnaît, à défaut de formalisme, que par des signes dont le plus tangible réside dans ce qu'on pourrait appeler la citation-incorporation. Les membres confirmés de la doctrine citent désormais le nouveau-venu, non pas formellement à seule fin de présenter un appareil de notes complet, mais en faisant passer ses idées dans leur propre discours, que ce soit ou non pour y adhérer. A la limite, l'incorporation sans citation constitue le comble de la gloire : on se réfère aux obligations de moyens et de résultat sans même dire en bas de page que le mérite de la distinction revient à Demogue... Mais tout aussi probante sera l'incorporation avec rejet explicite (Ginossar, qu'on admire sans le suivre) ou implicite (Japiot dont les idées en matière de nullité sont toujours aussi hardiment novatrices qu'au début du siècle) : la gloire ne se mesure pas à l'aune de l'influence exercée sur l'histoire des idées ou sur le droit positif, mais à l'effet produit sur les pairs.

De même l'impétrant verra un signe de son admission dans le fait que son opinion sera attribuée à « une doctrine autorisée » (son nom n'apparaissant alors qu'entre parenthèses ou en note). Expression révélatrice qui incite à se demander de qui émane l'autorisation ! Laissons de côté la doctrine particulièrement autorisée, car cette périphrase désigne en réalité celui qui a participé à la rédaction du texte ou de l'arrêt, et constatons que la notion de doctrine autorisée (sans plus) semble rejoindre celle de doctrine qui fait autorité. Selon nous, elle est autorisée par la commune opinion du club qui, peu à peu et sur un laps de temps variable, décerne ses boules blanches. Mais il n'est pas sûr ici que l'unanimité soit toujours requise : une seule boule noire ou même quelques-unes (sur un si grand nombre d'auteurs) ne suffiraient pas à empêcher l'admission. Toutefois c'est peut-être là un faux problème, car l'admission est un phénomène collectif et elle a largement lieu par un effet d'entraînement où le bouche à oreille joue un rôle décisif, de sorte que l'on passe assez vite, une fois le processus enclenché, à une quasi-unanimité. Au surplus il se peut que la doctrine française ait son noyau central d'auteurs incontestés (les maîtres) et sa périphérie (ou sa liste d'attente) un peu plus incertaine, sans parler des apprentis (les doctorants) (18).

La notion de doctrine autorisée suggère encore une question : à quoi est-on autorisé ? Or la réponse ne fait guère de doute : à engager la doctrine !

## B. La signature au nom du corps

D'un auteur fameux, on dit parfois que « c'est une signature ! ». Cette synecdoque ne traduit pas seulement un prestige individuel, mais aussi l'idée, encore plus forte, que l'auteur signe au nom de la doctrine tout entière comme s'il en avait implicitement reçu la procuration (1°) pour se prévaloir de celle-ci à l'égard de tous destinataires (2°).

### 1° La procuration implicite

Soit une question donnée sur laquelle deux auteurs seulement - mais tous les deux notoires - ont écrit. S'ils professent la même opinion, on dira que la doctrine est unanime. Et s'ils s'opposent, que la doctrine est partagée.

Soit maintenant un auteur qui, au cours de la rédaction d'un ouvrage, rencontre une difficulté particulière. Recherche faite, un seul auteur (mais notoire) a traité avant lui de ce point précis. Qu'à cela ne tienne ! Notre homme, en exposant le problème, écrira qu'« en l'occurrence la doctrine se limite à un seul auteur, M. Untel, lequel fait justement observer, etc. ».

En somme, dès lors que je suis admis dans les rangs de la doctrine, je l'engage par ma signature et le cas échéant je l'engage à moi seul : tant pis pour ceux qui, ne partageant pas mon opinion, ont eu le grand tort de rester muets ! A moi seul, j'engage tout le monde. Et si par hasard nous sommes deux avec des opinions contraires, chacun de nous engage 50 % de la doctrine, à moins que plus subtilement chacun ne l'engage indivisément pour le tout. Ce n'est donc pas sans justification qu'on a pris l'habitude de parler, d'ailleurs sans y prêter attention, des représentants de la doctrine.

Autrement dit, la doctrine est un groupe qui n'a pas de dirigeants, mais qui peut être engagé par chacun de ses membres. C'est une banque où il n'y a que des fondés de pouvoir ! Celui qui est reçu comme membre de la doctrine, après examen de passage devant la vox populi de ses pairs, s'exprime par définition en son nom propre, mais sera néanmoins perçu (et d'ailleurs se percevra lui-même) comme engageant la doctrine. Ou du moins jusqu'à preuve contraire. Supposons que, premier à écrire sur un sujet (et auteur notoire), je me prononce dans un certain sens : la doctrine est donc en ce sens ! Mais supposons que dix auteurs, aussi notoires que moi, viennent me rejoindre, qui tous opinent dans le sens opposé au mien : je ne suis plus alors qu'une doctrine minoritaire, en dépit de laquelle il est admis que, etc. C'est qu'on m'a retiré ma procuration sur ce point précis (après tout, il n'y a pas de mandat irrévocable), mais je la conserve ailleurs, car pour être minoritaire, je n'ai pas démérité. Toutefois le retrait pourrait porter sur un ouvrage entier, si je l'avais outrageusement bâclé : en signe de ce retrait, un silence gêné, qui pourrait se transformer en conspiration du silence si je récidivais ! Et rappelons

qu'en toute hypothèse un auteur n'engage la doctrine que par ses écrits doctrinaux, non par un simple memento. Reste à savoir auprès de qui cet auteur va se prévaloir de sa procuration.

## 2° Les destinataires de la procuration

On a vu que la doctrine s'autoproclame, mais à destination de qui ? D'abord à destination d'elle-même, répondront les mauvaises langues, et elles n'auront pas tout à fait tort. La doctrine s'autocontemple aussi, selon une logique circulaire qui évoque les grandes eaux de Versailles ou la société d'admiration mutuelle. Selon une antienne bien connue, nous écrivons pour les autres auteurs (collègues le plus souvent), dans la mesure où nous leur adressons l'hommage de nos ouvrages en attendant par retour encouragements, comptes rendus et citations. Et pour plus de sûreté, nous allons jusqu'à nous citer nous-mêmes ! Mais trois raisons expliquent cet apparent narcissisme, dont l'aveu dénué de complaisance morose n'apprendra rien à personne, ni surtout ne résumera à soi seul le phénomène doctrinal. Primo le métier d'auteur est parfois aride et ceux qui l'exercent ont besoin de se soutenir mutuellement. Secundo les collègues constituent un public attiré, le seul dont on connaisse a priori les exigences, et donc le premier dont on souhaite tester les réactions. Tertio et surtout leur intercession est nécessaire pour atteindre tout le public des facultés de droit, car au-delà de la boutade et au-delà des collègues, la vérité est que les auteurs s'adressent à ce public-là. En outre ils ont encore pour cibles les professions juridiques et judiciaires, la Haute administration et le pouvoir.

Les auteurs visent en effet les facultés de droit dans leur généralité, c'est-à-dire l'ensemble des étudiants, chercheurs et doctorants - avec l'espoir de leur rendre service et d'obtenir là des satisfactions plus profondes que celles d'amour-propre. Ils visent aussi les professions juridiques et judiciaires ou la Haute administration avec, cette fois, l'espoir qu'ils soient leurs intercesseurs auprès du pouvoir (et aussi, pour certains, auprès d'éventuels clients : soit !). Et ils visent enfin le pouvoir lui-même, si par chance celui-ci daignait tenir compte de leurs suggestions. Tous ces destinataires, hormis les collègues, constituent un lectorat impossible à connaître (les éditeurs eux-mêmes en sont réduits aux suppositions), de sorte qu'à leur égard on a parfois l'impression de lancer des bouteilles à la mer, en attendant que, çà et là, des messages reviennent, parfois très inattendus. La seule certitude est que ces lecteurs potentiels ont presque tous une formation juridique, par hypothèse même puisque la technicité du propos le rend peu accessible à des non-juristes.

En d'autres termes, les auteurs n'écrivent qu'à l'intention des publics capables de prendre en considération leur statut doctrinal. Rien que les juristes, mais tous les juristes ! L'auto-contemplation ne fonctionne pas seulement de manière directe et un peu caricaturale avec les autres auteurs, mais aussi de manière indirecte avec le public plus large de ceux qui lisent la doctrine, écoutent ses suggestions et parfois y répondent à leur manière.

Par contre le pouvoir doctrinal cesse à l'égard des non-juristes. Impossible d'en faire état auprès d'eux pour la bonne raison qu'ils ne comprennent pas ce que nous entendons par la doctrine. Cette expression, qui entre juristes ne fait même pas sourire (qui tout au plus donne lieu à des plaisanteries classiques : « Vous êtes la doctrine, mon cher !... »), perd toute signification non seulement pour l'homme de la rue, mais même pour les autres universitaires. Ces derniers pourraient pourtant la rapprocher de ce qu'ils appellent « la communauté scientifique », communauté qui constitue, dans chaque discipline du savoir, une entité dotée de pouvoir, et dont la doctrine au sens des juristes est d'évidence une application particulière. Toutefois la doctrine est aussi quelque chose de plus parce qu'elle participe à l'exercice du Pouvoir (avec une majuscule). Cette éminence grise n'existe vraiment qu'en droit, et de là vient qu'elle s'évanouit comme un fantôme face à un interlocuteur qui n'y croit pas.

## Conclusion

Formulons, pour conclure, quelques propositions de thèse :

a) Groupe informel mais homogène d'auteurs et d'oeuvres, l'entité doctrinale française est un corps qui tient à la fois de la corporation, de la société savante et du club de gentlemen ;

- b) Elle s'est donné des statuts non écrits, mais bien connus de ses membres comme de ceux qui aspirent à le devenir ;
- c) Elle a pour signe de ralliement la leçon d'agrégation, qui révèle et dans une certaine mesure renforce son esprit de corps ;
- d) Elle s'est donné pour mission d'édifier une dogmatique au sens fort, c'est-à-dire un véritable système de pensée, et de là vient, en profondeur, la solidarité ;
- e) Elle participe collectivement à l'exercice du pouvoir dans la cité, en tant qu'elle accomplit ladite mission ;
- f) A cet égard, elle apparaît comme un pouvoir indépendant, mais proche du pouvoir ;
- g) Elle a ses maîtres, autour de qui gravitent des compagnons (auteurs en quête de consécration) et des apprentis (étudiants en cours de thèse), encore que la distinction soit floue ;
- h) A défaut d'organe dirigeant, le pouvoir doctrinal français est directement exercé par les maîtres, qui ont ut singuli le droit d'exprimer la communis opinio doctorum, d'engager la doctrine par leur signature et de se prononcer sur l'admission (informelle) des nouveaux membres ;
- i) L'entité doctrinale française est en définitive une incarnation savante, durable et systématique de la déesse Opinion.

Formulons ensuite une hypothèse scientifique, deux interrogations et une remarque finale.

L'hypothèse : si les mêmes conditions (indépendance, creuset, activité dogmatique, etc.) se trouvent réunies dans un autre pays, la doctrine-entité peut y apparaître avec des caractéristiques voisines de celles qu'on a observées en France. Il conviendrait d'orienter la recherche du côté de nos proches voisins continentaux, spécialement de la Belgique (dotée à l'origine du même code civil que le nôtre), de l'Italie (très doctrinale) et de l'Allemagne (patrie du Professorenrecht).

Première interrogation : depuis quand la doctrine a-t-elle le statut d'entité en France ? Il semble que cela commence dans la seconde moitié du XIXe siècle, mais une recherche plus précise livrerait sûrement des renseignements importants sur le moment décisif où l'on passe de la « doctrine des auteurs » à la doctrine tout court. Dès maintenant nous pouvons hasarder, à l'appui de cette datation approximative, qu'il a bien fallu une cinquantaine d'années pour que l'activité de fourmière accomplie à partir du code civil aboutisse à un résultat collectif tangible.

Deuxième interrogation : la doctrine est-elle une institution au sens de Hauriou ou un ordre juridique au sens de Santi Romano ? Par rapport au sentiment ordinaire de ceux qui ne voient en elle qu'une collection d'ouvrages et/ou d'individus, ce serait peut-être tomber dans l'excès contraire... On ne peut néanmoins négliger l'hypothèse, ni d'ailleurs éviter de se demander si elle mène plus loin qu'aux propositions ci-dessus, déjà nouvelles et par définition contestables.

Une remarque pour finir : s'il est vrai que la jurisprudence n'est pas le contentieux brut, mais une partie du contentieux triée, affinée et pour tout dire dogmatisée par l'oeuvre doctrinale (19), alors cette jurisprudence réalise peut-être une superposition - ou un trompe-l'oeil - d'entités. Toutefois nous avouons reculer pour aujourd'hui devant cette complication supplémentaire...

(1) P. Bellet, Rapport de synthèse, Travaux de l'Association Henri Capitant, Litec, t. XXXI, 1980, p. 11.

(2) Exemple caractéristique : la doctrine au sens où nous l'entendons a son équivalent au Québec, et par conséquent tel auteur québécois l'invoque dans un article rédigé en français. Mais dans le résumé en anglais dudit article, le terme n'est pas traduit : il demeure en français et donc entre guillemets (R. A.

MacDonald, La nature, le rôle et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois, Cah. dr. 1985, vol. 26, p. 1071). - Comp., annonçant un paragraphe consacré à la doctrine, J. E. C. Brierley and R. A. MacDonald (dir.), Quebec civil Law, Emond Montgomery Publications, 1993, n° 102 : « Expert or « doctrinal » opinion (la doctrine) ».

(3) V., par ex., R. A. Posner, The Present Situation in Legal Scholarship, The Yale Law Journal, vol. 90, 1981, p. 1113 et s., spéc. p. 1113-1119.

(4) V., par ex., E. W. Patterson, Jurisprudence, The Foundation Press, 1953, p. 217 s.

(5) Termes juridiques, Dalloz, 10e éd., 1995, v° Doctrine.

(6) Tous ces différents sens sont d'ailleurs récapitulés par le Vocabulaire Capitain : « 1. Opinion communément professée par ceux qui [...] écrivent sur le droit... 2. Ensemble des ouvrages juridiques..., 3. Ensemble des auteurs d'ouvrages juridiques..., 4. En des sens restreints : opinion exprimée sur une question de droit particulière... ».

(7) Bien entendu il s'agit encore de dogmatique, puisque cette notion englobe par définition toute analyse structurelle de la norme juridique. Mais c'est de la dogmatique au sens tempéré du terme (V. infra, I-B-1°). En revanche, on quitte le domaine de la dogmatique lorsqu'un auteur, de quelque pays qu'il soit, écrit sur le droit dans une perspective extérieure à celui-ci, par exemple sociologique, économique ou anthropologique (ibid.).

(8) Ou du moins croient en faire partie !

(9) Il est à noter qu'en France ceux qui décident n'ont pas le temps de se consacrer à un travail de type doctrinal : nos députés et sénateurs ont bien d'autres soucis en tête que la technique juridique, nos juges ont trop d'affaires à juger et d'ailleurs sont obligés de consacrer la majeure partie de leur temps à l'étude des faits, etc. Seuls les auteurs ont le loisir de fabriquer inlassablement leurs constructions juridiques.

(10) Dans son ouvrage sur La jurisprudence (Dalloz, 1991), M. Zenati distingue constamment entre le droit d'autorité et le droit autoritaire. Le droit d'autorité est dénué de caractère obligatoire, mais se voit appliquer en tant que de raison, notamment lorsque les démonstrations des auteurs ont su convaincre le juge (d'où l'idée que la doctrine est une autorité). En revanche, le droit autoritaire est imposé par le pouvoir en place. Mais convenons que cette opposition de sens à partir d'un même radical ne va pas de soi aux yeux de non-initiés ! Lesquels perdront carrément leur latin quand on leur expliquera que l'argument d'autorité (qui est tout le contraire de l'argument de raison) relève du plus pur droit autoritaire.

(11) Cette distanciation se fait aussi par la signature. Selon les cas, le magistrat signe de son nom ou de ses seules initiales, voire d'initiales qui ne correspondent pas à celles de son nom et qui équivalent donc à un pseudonyme. Mais ce dernier cas (extrême) ne fait que confirmer l'absence de difficulté réelle dans le cas le plus répandu.

(12) Plus précisément, ce critère ne vaut qu'une fois franchi le préalable de savoir si celui qui écrit a son indépendance par rapport au pouvoir (condition nécessaire, mais non suffisante).

(13) V., en ce sens, E. Savaux, La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, préf. J.-L. Aubert, LGDJ, 1997. Cet auteur a démontré que la « théorie générale du contrat », dont les civilistes parlent comme si elle gisait au fond du code civil, ne constitue qu'une pure construction doctrinale, qui traduit moins le droit positif qu'elle ne le transfigure. La même démarche pourrait être entreprise dans bien d'autres domaines. C'est peut-être pour avoir plus tôt que nous pris conscience de ce phénomène que les auteurs américains se montrent aussi réticents à l'égard des systèmes et de la méthode dogmatique au sens le plus fort du terme, ce que regrettent d'ailleurs parfois les praticiens (V. l'article retentissant de

H. T. Edwards, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, *Michigan Law Review*, vol. 91, 1992, p. 34 s.).

(14) V., par ex., A. W. B. Simpson, *The Rise and Fall of the Legal Treatise : Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, *The University of Chicago Law Review*, 1981, vol. 48, p. 632 s., spéc. p. 676-679. - M. J. Horwitz, *Special Sources of American Legal History, Part III - Treatise Literature*, *Law Library Journal*, 1976, vol. 69, p. 460 s.

(15) Cette conception de la littérature juridique tient probablement à l'influence de l'école réaliste (incarnée notamment par Roscoe Pound, Cardozo et Holmes) qui, depuis les années trente, estime que la vie du droit n'est pas la logique, mais l'expérience, et qui va jusqu'à définir le droit comme la simple prévision de ce que décidera le juge.

(16) Dans de nombreux pays, les professeurs de droit ne sont pas recrutés par la voie d'un concours sur épreuves et par conséquent la leçon d'agrégation n'a pas son équivalent. Cela n'empêche pas nécessairement (V. par exemple la Belgique) l'épanouissement d'une entité doctrinale, car celle-ci reste principalement liée à l'existence d'une dogmatique au sens fort du terme. Mais là où il n'existe ni leçon d'agrégation, ni dogmatique forte, on observe que les auteurs ont une vision du droit beaucoup plus éclatée et diversifiée (Etats-Unis), et ce n'est sans doute pas un hasard. Peut-être sont-ils aussi plus créatifs : nous perdons, quant à nous, beaucoup de temps et d'énergie à faire rentrer les innovations dans le rang.

(17) Selon M. Bergel, « il n'y a pas une doctrine mais des auteurs de droit dont la liberté favorise la diversité de leurs pensées » ( *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2e éd., 1989, n° 59) ; et selon M. Malaurie, « la doctrine ne constitue pas un corps de pensée organisée dont on pourrait exposer de manière cohérente les tendances et les sentiments. Elle dépend des auteurs... » ( *Travaux de l'Association Henri Capitant*, op. cit., p. 83). Nous sommes en total désaccord avec ces opinions : la condition d'existence d'un corps n'est pas que tous ses membres parlent d'une seule voix, faute de quoi il n'existerait jamais de corps, surtout dans notre France individualiste ! Un corps se caractérise par l'adhésion à des valeurs communes, à une tradition, à un esprit, etc. et non par une touchante communauté d'opinion sur tous les sujets. Nul ne songe à contester la qualité de corps à l'Académie française, bien que toutes les opinions y aient cours.

(18) Cette ébauche de distinction tripartite doit être prise pour ce qu'elle est, c'est-à-dire une simple approximation qui n'a qu'une valeur scientifique relative. Entre les trois catégories, les frontières sont incertaines et sûrement pas étanches.

(19) Est-il besoin de rappeler ici les travaux décisifs du CERCRID et de l'Ecole stéphanoise, incarnée en particulier par M. Jeammaud et Mmes Serverin et Bérroujon ?

### **Document 5 : La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée** **– Michelle Gobert – RTD civ. 1992. 344**

Pour prendre la mesure de la place qu'occupe la jurisprudence dans l'ensemble institutionnel et juridique français, il suffit d'imaginer que le silence se fasse : plus de décisions. Afin de ne pas allonger, de façon démesurée et sans intérêt particulier, l'énumération, sans doute peut-on se contenter d'évoquer le silence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat, du Conseil constitutionnel, de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais, pour que silence se fasse, devrait-on mettre au repos ces différents conseils et cours ou suffirait-il de suspendre le mouvement des rotatives sans lesquelles il n'y aurait ni bulletins, ni recueils, ni revues de jurisprudence et, maintenant, de remiser son minitel ? Car, de même que, pour les lois - comme l'a dit Portalis dans le discours préliminaire sur le projet de code civil - connaissance et promulgation sont liées, de même pour les décisions, le sont publication et connaissance. Le rapprochement, toutefois, doit s'arrêter là. En effet si, grâce à la promulgation, toutes les lois votées sont connues, toutes les décisions rendues (réserve faite évidemment de celles du Conseil constitutionnel) n'avaient, jusqu'à l'époque actuelle, pas droit à la lumière. Le méritaient-elles d'ailleurs ? On pense généralement que

non. L'informatique qui donne un accès de plus en plus généralisé à l'information jurisprudentielle permet d'ores et déjà, pour qui en aurait le goût, de vérifier, sur des points témoins, si la croyance est justifiée.

Peu importe car pour répondre à la question posée, pour l'instant, on s'attachera moins au fond qu'au volume. Or celui qui est déversé sur la scène juridique par les organes de diffusion, toujours plus nombreux, suffit, reconnaissons-le, à se faire une idée suffisamment exacte de ce qu'est la jurisprudence.

Qui peut douter, aujourd'hui, qu'il suffirait d'arrêter les publications, sans pour autant priver ce pays de ses juridictions, pour que chacun se sente rapidement incommodé par le silence ?

C'est que celui-ci serait peut-être plus pesant encore que prévu. Il le serait si la jurisprudence n'est pas seulement oeuvre des tribunaux mais qu'elle « est plutôt cette oeuvre telle que vue, commentée et transfigurée par la doctrine ». M. Ph. Jestaz, il y a peu, s'est interrogé en ces termes car il a peine à distinguer les deux tant, pour lui, la seconde est agrippée à la première comme à une bouée. L'interrogation est d'importance qui conduit à se demander si la jurisprudence existe par elle-même ou si elle n'existe que réfléchie. Dans cette recherche de sons à laquelle nous nous livrons, concluons, en prenant Ph. Jestaz au pied de la lettre, que si la jurisprudence cessait d'être publiée, la voix de la doctrine disparaîtrait aussi. L'hypothèse conduit alors à constater que cette dernière, à son tour, n'existerait que grâce à la jurisprudence. Mais, sans doute, vaut-il mieux être moins catégorique et remarquer seulement que la voix de la doctrine deviendrait bien fluette. Quant à celle des cours, conseils et tribunaux, elle cesserait d'être assourdissante, arrêtée qu'elle serait par les murs des enceintes où les uns et les autres siègent. C'est dire qu'elle serait réduite au murmure du bouche à oreille, qu'elle ne porterait pas au-delà d'un rayon limité, comme cela reste encore le cas pour la très grande majorité des décisions des juridictions du fond, encore que la propension marquée des auteurs à en commenter un nombre de plus en plus important pourrait conduire un jour à reconsidérer cette présentation.

Dans l'immédiat, on retiendra de cette propension à donner un écho national à une jurisprudence il n'y a pas si longtemps à vocation uniquement locale ce qui peut illustrer notre propos. L'inconvénient majeur est qu'en ne marquant plus une différence suffisante entre les juridictions auxquelles on prête attention, on brouille l'indispensable hiérarchie à partir de laquelle est organisé tout système juridictionnel. L'avantage est que l'on peut avoir plus rapidement idée des évolutions et des aspirations de la société. Cela vaut pour les commentateurs, bien sûr, mais plus encore pour les auteurs eux-mêmes, les magistrats, qui sont mieux en mesure de distinguer, dans ce qui leur est soumis, le cas d'espèce de ce qui est déjà la manifestation d'un mouvement ou, tout au moins, d'une tendance. La connaissance favorise la formation de la jurisprudence.

Elle est, aussi, le préalable indispensable à ce que Maury appelait « l'assentiment, le consensus des intéressés » ou, plus récemment, M. Ph. Jestaz, « la commune reconnaissance de la règle jurisprudentielle ».

On aura, en effet, déjà compris, à l'importance accordée à sa connaissance pour déterminer sa place dans le système institutionnel et juridique français, que la jurisprudence serait retenue ici en tant que source, que mode de formation du droit.

Nous laisserons à d'autres, éventuellement, le soin de contester l'affirmation. Nous avons eu, à plusieurs reprises, l'occasion de dire que la démonstration en avait été remarquablement administrée par Maury au milieu de ce siècle pour qui deux éléments donnent, par leur réunion, à la règle jurisprudentielle, le caractère de norme juridique établie : la décision du pouvoir que sont les tribunaux et l'assentiment précédemment évoqué. En quoi consiste exactement l'assentiment, l'adhésion nécessaire, s'interrogeait-il ? Et de répondre qu'il s'agit essentiellement d'une croyance au caractère obligatoire de la règle, d'une reconnaissance de validité se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence, en tout cas, d'opposition. C'est bien pourquoi le juge qui n'a pas de véritable pouvoir normatif en possède néanmoins un tout à fait réel, donc effectif.

Cependant, une chose est de reconnaître à la jurisprudence la qualité de source du droit et une autre de constater son importance en tant que telle. Dans un pays de droit écrit, l'espace juridique est normalement occupé par le législateur. « La » source du droit, c'est lui. La jurisprudence ne peut être que source d'appoint. C'est ainsi d'ailleurs qu'elle apparaît dans le fameux article 4 du code civil. Car, faut-il le préciser, notre analyse sera limitée, maintenant, à la jurisprudence nationale de droit privé, pour deux raisons. La première, à elle seule suffisante, est que l'on ne peut dissenter - ce qui ne signifie pas bien le faire - que sur ce que l'on connaît le moins mal. La seconde est qu'elle demeure la plus intéressante à observer parce que c'est la seule dont on a vu se transformer le rôle d'appoint qui avait été conçu pour elle en un rôle de premier plan. En droit administratif, le problème était tout autre.

L'admirable article 4, comme l'a qualifié M. Carbonnier, est présent dans toutes les mémoires parce que les termes en sont particulièrement forts. Le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi ne peuvent être des prétextes pour le juge à ne pas juger sous peine de se rendre coupable de déni de justice. On sait, par Portalis, que la disposition légalise la jurisprudence du tribunal de cassation réprimant comme tel les abus des tribunaux qui, ces dernières années, dit-il, « sur le fondement de la maxime que les juges avaient à obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de lois ou que la loi existante leur paraissait obscure ». Mais au fur et à mesure que l'on s'éloigna des temps révolutionnaires pendant lesquels on souhaitait, avant tout, éviter le retour des Parlements de l'Ancien régime et de l'emprise de Robespierre qui y veillait tout particulièrement, l'interprétation reprit droit de cité. Mieux : les rédacteurs du code civil qui, tous hommes de l'Ancien régime, ne nourrissaient pas contre lui la même hostilité que les hommes de la Révolution en firent une obligation de la fonction de juger.

Qui dit interprétation dit création : il ne restait plus, pour que la construction jurisprudentielle puisse être réellement entreprise, qu'à trouver un maître d'oeuvre. La Cour de cassation fut naturellement celui-là grâce à la réforme de 1837. Non seulement, elle ne se déroba pas à cette mission, c'est le moins qu'on puisse dire, mais elle l'a comprise, et la comprend de plus en plus, de manière telle qu'elle est parvenue à faire de sa jurisprudence une source du droit aussi importante que la loi. Pour cela, il fallait, d'abord, s'affirmer face au législateur. Mais, parvenue à cette place, la jurisprudence ne subit-elle pas, maintenant, une transformation dans sa manière d'être élaborée, ce qui peut poser, à terme, le problème de sa raison d'être ?

\*\*\*

Peut-être est-il permis - puisqu'en l'occurrence nous ne pouvons être accusée d'irrévérence - de suggérer une comparaison (qui n'est certes pas nécessairement raison), suscitée par la différence des genres, pour saisir rapidement la transformation produite ? Le couple législateur-jurisprudence nous paraît suivre une évolution très voisine de celle du couple mari-femme.

De même que le mari s'est vu privé de sa suprématie légale au sein de la famille par une série de réformes lui ayant retiré l'autorité maritale, son titre de chef de famille, ses pouvoirs exclusifs sur les enfants et sur la communauté, de même le législateur a-t-il vu contester son pouvoir. Les causes sont trop connues pour qu'il soit nécessaire d'y insister. Il suffira donc de les rappeler rapidement.

Il y a, d'abord, ce qui a été dénoncé dans un rapport d'information au Sénat comme une « véritable évasion vers les Communautés du pouvoir législatif national ». Indépendamment, en effet, des cas où le pouvoir normatif communautaire peut s'exercer sans entrave parce qu'il y a applicabilité directe, il faut encore, dans les autres, compter avec la primauté du droit communautaire sur le droit national telle que l'a dégagée et définie la Cour de justice des Communautés européennes.

Réduit dans ses compétences et entravé dans son action chaque fois que le droit communautaire est en jeu, le législateur a vu, à peu près dans le même temps, son autorité, jusque-là incontestée parce qu'incontestable, largement entamée par la possibilité de voir corriger sa copie par le Conseil constitutionnel. On connaît l'importance de la jurisprudence de ce dernier dans la vie politique et juridique française, grâce à la réforme de 1974, particulièrement opportune pour lui puisqu'il venait, en 1970 et surtout 1971, de donner une idée du formidable pouvoir dont il pourrait se doter en élargissant

le champ de ses références. Et il a continué depuis en modulant ses réponses : non seulement si la loi qu'il a votée est claire, le législateur pourra la voir déclarée non conforme à la Constitution, totalement ou partiellement, mais il pourra, si elle est obscure, la voir sanctionnée autrement. Ainsi en est-il lorsque le Conseil constitutionnel déclare la loi non contraire à la Constitution, sous réserve des interprétations que lui-même en donne.

On comprend que ce changement de statut soit mal ressenti par les membres du Parlement, encore qu'ils y aient eux-mêmes, en partie, participé en ayant été naturellement conduits à utiliser le recours au Conseil constitutionnel à eux ouvert, comme une arme politique. Cette conséquence n'est évidemment pas la plus importante de l'atteinte ainsi portée aux prérogatives et à l'image du législateur. L'est davantage la diminution de son prestige qui en découle. Cela ne signifie pas qu'il était auparavant sur un piédestal, intouchable en quelque sorte. Mais quelques critiques qui aient pu lui être faites sur sa façon de travailler, reflétée par les travaux préparatoires, ou le résultat de son travail, il était incontestablement la première source du droit en France. Ce n'est plus le cas puisqu'il se trouve pouvoir être supplanté ou dépendant.

La Cour de cassation a été la première à ne pas laisser passer l'occasion de s'en apercevoir. Par un arrêt, d'autant plus remarqué et demeuré célèbre que le Conseil d'Etat a maintenu jusqu'en 1989 une analyse contraire, la Haute juridiction a, dès 1975, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt audacieux de la cour d'appel de Paris ayant jugé qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution le Traité de Rome avait une autorité supérieure à celle de la loi interne, même postérieure. Mais la motivation de la Cour de cassation a une tout autre portée qui précise après la Cour de justice des Communautés européennes, que le Traité, « qui a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres », spécificité qui justifie que « l'ordre juridique qu'il a créé soit directement applicable aux ressortissants des Etats membres et s'impose à leurs juridictions ». Par cette décision, la Cour de cassation, chargée d'appliquer la loi française, s'est octroyée le droit de lui préférer les textes communautaires quand bien même la loi française, qui leur était contraire, leur était aussi postérieure. L'opposition à la volonté du législateur, alors qu'elle n'est pas chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et que le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas voulu se reconnaître le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux engagements internationaux, ne pouvait donc être plus certaine et plus clairement exprimée. Et même si, aujourd'hui, une telle remarque peut paraître totalement dépassée, compte tenu de l'évolution postérieure, on ne peut nier qu'il y a dix-sept ans, l'arrêt des Cafés Jacques Vabre constituait une fantastique émancipation de la Cour de cassation, à sa seule initiative.

Chacun sent bien qu'il y a dans ce parti, pris par elle, autre chose que ceux qu'elle prend d'ordinaire sur les textes nationaux.

Peut-être, d'ailleurs, n'a-t-on pas prêté, en son temps, suffisamment attention à ses velléités car, comme l'écrit M. Hannoun, en affirmant dans l'arrêt de 1954 que la personnalité civile n'est pas une création de la loi, la Cour de cassation fait-elle autre chose que contester au législateur le privilège de la création des personnes morales ?

Habituellement, la méthode est différente. De manière traditionnelle, en effet, la Cour de cassation, en général, forte de l'article 4 du code civil qui lui laisse beaucoup de liberté, prend appui sur un ou des textes pour édifier les constructions auxquelles elle procède. Pour n'évoquer que les plus célèbres, et peut-être les plus étonnantes d'entre elles, on rappellera que l'élaboration du droit des assurances sur la vie s'est faite en appliquant l'article 1121 du code civil « c'est-à-dire (les) règles qui régissent la stipulation pour autrui », et évidemment celle du droit de la responsabilité des choses que l'on a sous sa garde à partir de l'article 1384 alinéa 1er, invoqué par elle, pour la première fois, dans l'arrêt Teffaine, sans même qu'il l'ait été dans le pourvoi et plus tard, et surtout, dans l'arrêt Jand'heur. L'an dernier, par un arrêt d'Assemblée plénière, la Cour de cassation a, toujours de l'article 1384 alinéa 1er du code civil, tiré un second principe général, celui de responsabilité du fait d'autrui, dont le régime, cependant, demeure encore incertain.

D'autres fois, elle utilisera le raisonnement de déduction par induction pour, à partir de plusieurs textes, épars parce qu'intéressant différents domaines, en dégager l'esprit. Ainsi a-t-il été procédé pour le droit de rétention dont les applications ont assez rapidement débordé les cas expressément prévus par le code civil.

Ainsi en a-t-il été pour l'enrichissement sans cause mais avec cette différence substantielle que la Cour de cassation a fait dériver l'action de in rem verso du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, en précisant qu'elle n'avait été réglementée par aucun texte de loi.

Tout cela est très connu et ne doit être rappelé que pour faire ressortir le caractère, à plus d'un titre remarquable, de ce dernier exemple. Non seulement la Cour de cassation, et encore ne s'agissait-il que de la chambre des requêtes, en 1892, n'hésite pas à invoquer expressément l'équité comme inspiratrice de sa décision à la place de textes, mais la solution donnée au problème l'est sous la forme d'un principe général. On est loin de la Révolution et de la vocation de la Cour, elle qui est gardienne du droit ; on est loin aussi du code civil car l'article 4 ne justifiait pas un tel envol. Il signifiait seulement que les juges ne pouvaient refuser de juger en cas de silence des textes, c'est-à-dire de donner une solution au problème précis et particulier qui leur était soumis.

Comme l'a montré M. B. Oppetit, la technique du principe général n'avait été utilisée, au XIXe siècle, qu'une seule fois auparavant. En revanche, comme il s'est attaché également à le faire ressortir, le rythme s'est sensiblement accéléré depuis une quinzaine d'années au point que « le phénomène revêt une assez grande ampleur ». Encore faudrait-il distinguer et se demander pourquoi certaines fois la Cour de cassation vise les principes (par exemple ceux relatifs au droit de rétention ou au don manuel ou encore ceux qui régissent le droit au nom) et d'autres fois le principe (par exemple celui de la gestion d'affaires ; ou encore *fraus omnia corrumpit*) ; pourquoi elle le ou les vise seuls et pourquoi, il arrive que, dans le visa, ensemble avec eux, soit aussi fait référence à un texte. Se détachent, dans ce qui, actuellement, tend à devenir une habitude, les cas les plus significatifs ceux où, comme en 1892, la Cour de cassation exprime de manière précise le principe qu'elle forge, sinon ses conditions d'application, ou comme l'a fait l'Assemblée plénière en 1991, bien que des textes aient été visés, fonde sa sanction sur la seule référence aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (ce qui devrait la conduire, soit dit en passant à propos du second, à revenir sur toute sa jurisprudence, y compris un arrêt rendu peu de jours avant celui de l'Assemblée plénière sur le prénom d'usage où elle avait exprimé toute la liberté d'action dont elle est capable). Ce sont les hypothèses, en effet, où sa volonté de se comporter en législateur est la plus explicite.

Il faut reconnaître que la tendance est générale puisqu'elle existe au Conseil d'Etat et a existé au Conseil constitutionnel. En effet, la doctrine, qui d'ordinaire est une bonne caisse de résonance pour les décisions rendues par ce dernier, a critiqué, comme l'explique M. L. Favoreu, cette manière d'en « appeler » à un principe général, sans que celui-ci trouve son origine dans un texte et paraît avoir été suffisamment entendue pour enrayer le mouvement. « Le Conseil constitutionnel, largement mis en garde contre le danger du « gouvernement des juges », ne s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel » précisait M. G. Vedel en 1984.

Il ne faut pas attendre semblable réaction en droit privé où toute une partie de la doctrine encouragerait plutôt la Cour de cassation à consacrer des règles qu'elle ne trouve pas dans les textes, parce que la théorie des sources du droit aurait à être remise en cause qui est « trop étroitement légaliste ». Pourquoi pas ? A condition que la redistribution des cartes soit claire. Suivant les auteurs, les principes généraux sont découverts, appelés, consacrés, révélés, certains d'entre eux, les publicistes, assortissent les termes utilisés, les deux premiers de préférence, de guillemets, cette forme écrite du clin d'oeil dans certains cas. Pour M. B. Oppetit, le juge ne crée pas ces principes, il les révèle, précisément, parce que - dit-il - « il n'est pas investi d'un véritable pouvoir normatif ». Qu'il n'en soit pas « investi » ne fait aucun doute mais qu'il l'exerce, à égalité avec le législateur dans l'hypothèse considérée, ne fait aucun doute non plus. Et M. Oppetit de préciser que les principes existeraient déjà dans le système juridique qui exclut les lacunes. Mais exclut-il les lacunes ou l'absence de solution ? Suivant la réponse faite, l'exclusion n'est pas de même nature : ce qui n'est pas possible c'est qu'un litige ne soit pas réglé par la justice mais il peut être révélateur d'une lacune du droit et dans l'esprit de

notre système juridique, si celui-ci fonctionne bien, attention doit être attirée (et aujourd'hui la Cour de cassation en a les moyens grâce à son rapport annuel) pour que le législateur intervienne pour la combler. Car, même si ces principes sont effectivement en suspension dans l'esprit de notre droit, suivant la très suggestive expression de M. Carbonnier qui nous a permis de mener une comparaison d'ordre météorologique dans le précédent numéro de cette Revue, nous avons pu conclure « qu'on le veuille ou non, les tribunaux déclenchent la précipitation et les décisions font ici office de gouttes ». C'est dire que la redistribution des cartes dans le domaine des sources du droit se fait au bénéfice de la jurisprudence.

Mais la technique des principes généraux, particulièrement tentante par la liberté qu'elle confère, peut se révéler dangereuse. M. Ph. Conte a dénoncé « le soudain engouement de la chambre criminelle pour les « principes généraux du droit pénal » (ou de la procédure pénale) dont elle s'érige la gardienne en même temps qu'elle en est l'inventrice, ... commodité sans égale lorsqu'il s'agit de méconnaître les textes les plus clairs ».

Cette méconnaissance des textes est le dernier échelon que la Cour de cassation se laisse aller à franchir, certaines fois, forte de sa totale indépendance. Personne ne s'étonnera que nous rappelions ici, à ce propos, comment la troisième chambre civile, un temps dont elle est, à peu près totalement, revenue, par une tranquille ignorance des textes mais avec la conscience des justes, a presque avec méthode remis en cause notre système de publicité foncière.

L'exemple le plus éclatant, aujourd'hui, est évidemment fourni par le cautionnement. Comme si de rien n'était, la première chambre civile, car la chambre commerciale est restée fidèle au texte, a fait de l'article 1326 du code civil, règle de preuve, une règle de forme. Il est vrai que F. Gény, d'abord, et, plus près de nous J. Flour, en accréditant l'idée que les règles de preuve étaient un formalisme indirect, ont sans doute contribué à ne pas maintenir la ligne de partage infranchissable qui s'impose parce qu'il s'agit de la sanction qui est à attacher à la violation de l'une ou l'autre règle. Or, seule la règle de forme est sanctionnée par la nullité parce qu'elle, seule, constitue une condition de validité du contrat. Preuve et forme relèvent donc de « deux mondes différents », comme le dit M. Carbonnier. On peut regretter que le cautionnement soit un contrat consensuel mais il est plus regrettable encore qu'il devienne solennel de cette manière, par la volonté du juge contre celle du législateur.

Peut-être, en cette affaire, la doctrine n'a-t-elle pas joué le rôle qu'on aurait attendu d'elle. A quelques exceptions près, plutôt que de dénoncer en termes vigoureux la confusion pour au moins montrer qu'elle n'était pas dupe, elle a guetté, arrêté après arrêté, tel ou tel frémissement qui permettrait de dire si l'on était sorti de l'ornière ou pas car la situation n'est pas encore nette. « L'homme de doctrine veut que la jurisprudence soit fidèle à la théorie enseignée à la Faculté » écrit M. G. Vedel lorsqu'il compare doctrine et jurisprudence constitutionnelles. La remarque vaut, effectivement, d'être méditée. En l'espèce, elle nous permet de faire mesurer la différence entre une « théorie » et un texte, surtout lorsqu'il est dénué de toute ambiguïté comme l'est l'article 1326 du code civil.

Le rôle de la doctrine, à vrai dire, est quelquefois surprenant. La troisième chambre civile a bien du mérite de résister au choeur qui fustige, inlassablement, la solution qu'elle maintient en cas d'empiètement alors pourtant que, par le jeu de plusieurs textes du code civil, il ne peut y en avoir d'autre.

Mais la résistance n'est pas toujours organisée. Il arrive même à la Cour de cassation de se laisser entraîner, comme elle l'a fait en mai 1991, par la doctrine, en l'occurrence, « consumériste ». La première chambre civile, dont l'arrêt, cette fois, ne laisse aucune place à interprétation, a décidé que le juge pouvait déclarer une clause abusive et donc la réputer non écrite même si aucun décret ne l'a interdite, alors que le législateur a délégué au gouvernement, en lui fixant les limites de son intervention, le soin de dire quelles clauses, précisément, devaient être considérées comme abusives. Comme le dit L. Leveneur, la Cour de cassation vient de franchir le Rubicon. Ici, de nouveau, ce n'est pas la solution en tant que telle qui est nécessairement critiquable mais le fait qu'elle soit donnée en dépit des textes, façon comme une autre de se mettre sur la même ligne que le législateur. Celui-ci avait, en effet, tenu à déléguer son pouvoir au gouvernement et non pas pratiquement à la Commission

des clauses abusives, comme cela avait été prévu dans le projet de loi. Or, ce qui a été écarté par le législateur, pour inconstitutionnalité du texte proposé plaidée par M. Jean Foyer, revient par le juge qui, dans cette affaire, montre que seules les recommandations de ladite Commission lui importent.

On pourrait encore, toujours uniquement quant à la méthode, rappeler comment la Cour de cassation a rebrodé la loi sur la filiation sans que l'on puisse l'expliquer par le vieillissement des textes puisqu'ils venaient d'être votés. Et l'habitude étant prise, elle continue de le faire en appliquant, il n'y a pas si longtemps, aux époux, « lorsque la rupture du mariage résulte de la nullité de l'union » les textes relatifs à la dissolution du mariage par divorce, assimilation prévue pour les enfants mais non pour les parents dans la loi de 1972. (Au surplus, la solution, souhaitable peut-être, n'est cependant pas sans conséquence, ainsi que cela résulte de l'analyse menée, dans son commentaire, par M. J. Hauser).

On voudrait compléter ce tableau composé à partir d'exemples certes fort connus mais dont le choix est nécessairement personnel, c'est-à-dire parcellaire, par une dernière notation qui peut concourir à susciter le rapprochement avec le législateur, du moins celui qui écrit bien parce que les textes qui lui ont été soumis ont été eux-mêmes bien écrits.

Celle-ci a trait à la manière dont les arrêts de la Cour de cassation sont rédigés. Leur caractère bref, et bien des fois frappé, est dans l'ensemble admirable, même s'il arrive que l'on puisse regretter, dans quelques cas, que l'assertion ne soit assortie de la moindre explication, même si Mlle Ferrand fait valoir, par comparaison, que les dissertations de la Cour fédérale de justice allemande ont une vertu pédagogique extrêmement précieuse pour les juges du fond, et même si l'on peut ajouter, par comparaison encore, que l'exposé des motifs de tout projet ou proposition de loi est là pour justifier l'un ou l'autre.

Cette forme ramassée pour exprimer les solutions qu'elle apporte aux problèmes importants qui lui sont posés se double - ce qui la distingue du Conseil d'Etat statuant, le plus fréquemment « dans les circonstances de l'espèce » - d'une rédaction qui, sur le fond, va très souvent au-delà du cas particulier à trancher parce qu'elle, tout spécialement, pense aux cas futurs et à la nécessité où elle est de renseigner les « intéressés » comme disait J. Maury, ceux sans lesquels ses décisions ne seraient pas la jurisprudence. La Cour de cassation donc globalise, anticipe, voire suggère, ce qui contribue à susciter l'impression qu'elle donne une solution générale là où celle-ci devrait n'être que particulière. Peu importe. Nous sommes habitués à sa façon de s'exprimer et nous y tenons.

Il reste que l'on a sans doute pu, au fil des exemples pris, mesurer avec quelle liberté, voisine à certains moments d'une totale indépendance, la Cour de cassation avait conçu son rôle d'interprète, c'est-à-dire réaliser comment elle avait pu glisser de l'interprétation-crédation à la libre création. C'est pourquoi il est temps de dire combien elle a été invitée, solennellement, à jouer ce nouveau rôle par le législateur lui-même. Car il est bien connu, de manière générale, que les audaces de l'un ne font que répondre aux insuffisances de l'autre. Cette loi implacable de la vie se vérifie avec une évidence significative lorsque les pouvoirs sont en jeu. Or le législateur, à l'époque contemporaine, indépendamment de son inclination pour les notions-cadres, a beaucoup trop souvent démissionné en ... décidant, lors des discussions sur tel ou tel projet de loi, à propos d'une définition qui lui paraissait trop difficile à donner, d'une notion trop délicate à cerner ou de quelque autre problème trop ardu à résoudre ... pour lui ... de « s'en remettre aux tribunaux ». Ainsi, les silences, lacunes, insuffisances ou obscurités de la loi n'apparaissent-ils pas après coup parce que les rédacteurs de celle-ci n'avaient pu penser à tout ou encore parce que les conditions de la vie ont tout simplement changé. Ils sont conscients, mieux, voulus et ... un comble ... en l'occurrence expressément exprimés. La « livraison » de la loi se fait avec les blancs qui permettront que les « tribunaux » et, bien sûr, le premier d'entre eux, mêlent leurs voix à celle du législateur. De la sorte, et assez paradoxalement, ce dernier a lui-même contribué à bouleverser la hiérarchie des sources du droit que l'on croyait inhérente à notre système juridique. Et l'on a vu que la Cour de cassation hésitait de moins en moins sur le choix des moyens de conserver ce privilège, ayant eu l'intelligence, auparavant et pendant longtemps, en demeurant dans son rôle traditionnel d'interprète, de suggérer qu'elle pouvait en être digne.

Aujourd'hui, et en ayant conscience du caractère réducteur de toute formule synthétique, on résumera l'impression ressentie en disant que, pour elle, les textes ne sont plus un passage nécessairement obligé ou contraignant. Soit ! notre propos n'étant, ici, que de constater. Mais à la condition, au moins, que la transformation du rôle ne se double pas d'un changement de méthode.

\*\*\*

Le changement de méthode consisterait, pour la Cour de cassation, à ne pas savoir conserver à sa jurisprudence les caractéristiques d'élaboration de la jurisprudence telles qu'elles ressortent de notre organisation judiciaire.

La tentation, pour elle, serait, devant le nombre et l'importance des décisions à prendre, d'accélérer le mouvement en sautant les étapes ou en modifiant ses méthodes de travail.

Les éléments d'incitation à emprunter cette voie sont connus. Il faut, sans tarder, pouvoir répondre à la demande malgré ce que M. Draï, Premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, en janvier dernier, a appelé le « flot montant et grossissant des dossiers », qui ne réussit pas à être endigué si l'on en juge par le nombre de fois où il a, déjà, été dénoncé comme responsable des difficultés rencontrées de toutes parts.

M. Bellet, en son temps, lors d'une conférence célèbre, en 1979, a dressé un catalogue des conséquences qui, pour être certainement inévitables, n'en sont pas moins affligeantes. « Il n'est plus possible de prendre le recul nécessaire ni, à plus forte raison, de méditer, comme cela se devrait, à notre niveau », confessait-il. Et il se plaignait encore de la sursaturation qui entraînait le refus des chefs de cours de province de venir à la Cour de cassation (constatation catastrophique s'il en fut) et de la dégradation des conditions de travail puisque la délibération peut avoir lieu au rythme des flagrants délits ou des référés. Mais il écartait comme déplorable le moyen d'autodéfense consistant à s'accommoder d'une justice lente parce qu'alors les pourvois sont d'autant moins nombreux, découragés à l'avance que sont les plaideurs. On sait que c'est l'inverse qui se produit puisque le rendement, que l'on croyait une notion réservée à l'industrie, est pris en compte, aujourd'hui, dans les juridictions.

Comment, effectivement, demeurer insensible au problème du nombre qui transforme les professions et recèle le danger mortel (si l'on y veille de manière constante) de décourager ou de porter à la dénaturer ? Le législateur, effectivement, ne s'en est pas désintéressé dont les réformes, depuis 1947, ont toutes été imaginées pour le régler, jusqu'à l'institution d'une formation restreinte composée de trois juges, déjà qualifiée de « formation de jugement au rabais ».

M. Bellet avait lui-même alors, très rapidement, indiqué quelques moyens d'aller plus vite : le pourvoi dans l'intérêt de la loi était de ceux-là car il n'a pas, disait-il alors, l'importance qui devrait être la sienne et il ne désespérait pas de la lui voir prendre un jour prochain. Ce souhait a été entendu dans la mesure où, depuis, le rythme de ce genre de pourvoi s'est accéléré. N'a-t-il pas été entendu au-delà de ce qu'il signifiait ? C'est la question que l'on peut se poser en remarquant qu'en 1990 le procureur général près la Cour de cassation a déposé, puisqu'il est seul à en avoir l'initiative, pourvoi dans l'intérêt de la loi, dans lequel, contrairement aux règles qui régissent celui-ci, étaient contestés, non pas la décision elle-même mais ses motifs.

La raison ? Puisque, par hypothèse, il n'y avait pas de pourvoi des justiciables, il fallait que la Cour de cassation fit d'autant plus connaître sa solution du problème soulevé que celle que lui avait donné le cour de Paris ne la satisfaisait pas.

La Cour de cassation a donc estimé qu'il ne fallait pas attendre que le hasard des affaires lui donnât l'occasion de condamner la maternité de substitution à la suite du jeu normal des pourvois y compris évidemment, celui dans l'intérêt de la loi si le dispositif d'une décision le permettait. Elle a été plus vite - car là est le souci essentiel actuellement - au mépris des règles de procédure. L'option n'était pas sans conséquence puisque le dérapage de la critique du dispositif vers les motifs transformait le strict problème de droit à traiter.

Et pour que la solution intervienne plus promptement encore, la même affaire, portée devant la première chambre civile, a été renvoyée, par le Premier président de la Cour, devant l'Assemblée plénière, de sorte que la communauté des « intéressés » ne puisse l'ignorer.

Un tel renvoi, en effet, est un des moyens utilisés de nos jours pour que soit connue, le plus rapidement possible, la règle de droit dégagée par la Cour de cassation. L'annonce désormais, par unité l'an dernier, par publication d'un calendrier de celles qui sont prévues dans les six mois à venir cette année, des assemblées plénières complète ce dispositif d'accélération. On rappellera ici que, s'il est bon que l'Assemblée plénière, depuis 1979, n'intervienne pas seulement sur les seconds pourvois mais puisse être saisie, dès le premier pourvoi, de trois manières différentes, elle ne peut l'être, chaque fois qu'à des conditions précises, détaillées par le code de l'organisation judiciaire. Or il est difficile de ne pas remarquer la fréquence de plus en plus soutenue de la saisine de l'Assemblée plénière par le Premier président, l'une des voies prévues, dans le désir - certes louable - d'obtenir une solution rapide, même si les conditions ne sont pas toujours nécessairement réunies, ainsi que l'on a déjà eu l'occasion de le montrer longuement. On peut dès lors regretter que, par une banalisation excessive, l'Assemblée plénière y perde en crédit. Par surcroît, d'ailleurs, on pourrait estimer qu'à trop la pousser en avant sur premier pourvoi, ce soient les chambres qui perdent un peu de leur.

On n'en est certes pas là. Mais le mouvement est amorcé qui, à cause des raisons qui sont à son origine, recèle des risques d'emballement dont il faut, au moins, prendre conscience. Car l'Assemblée plénière, qui doit se prononcer sur le pourvoi même si les conditions de la saisine ne sont pas réunies, n'a donc pas les moyens d'apprécier l'opportunité de cette dernière. Il ne serait d'ailleurs pas concevable, sans tout remettre en cause, qu'il en fût autrement.

Puisque l'autorité et la supériorité des arrêts d'Assemblée plénière ne sont que de fait, si ce n'est en cas de cassation à l'égard de la juridiction de renvoi, notre propos n'a d'autre objet que d'essayer de convaincre que, pour que l'on continue d'y prêter l'attention qu'ils méritent, ils doivent demeurer l'exception. Une accélération de leur rythme serait d'autant plus dangereuse que, de façon plus générale, ne remplissant plus toujours parfaitement la fonction à laquelle ils sont destinés - régler, pour longtemps, un problème de droit, de préférence important -, ils ont déjà un peu perdu de l'aura qui a longtemps entouré les arrêts des chambres réunies. Il suffira de rappeler la série des arrêts d'Assemblée plénière ayant essayé de déterminer les conditions de responsabilité du commettant du fait de son préposé, ce qui fait perdre à la règle de droit le minimum de prévisibilité dont elle a besoin. On pourrait aussi, toujours à titre d'exemple, évoquer l'arrêt rendu en juillet 1991 à propos de la sous-traitance, arrêt attendu et qui suscite pourtant encore plusieurs questions, même si l'on ne s'interroge plus sur sa portée exacte, déterminée depuis par trois arrêts concordants rendus, coup sur coup, par la première chambre civile, la troisième et la chambre commerciale et maintenant le caractère contractuel de l'action du maître de l'ouvrage et du sous-acquéreur contre le fabricant. Certes, très souvent, le législateur ne fait pas mieux, quand ce n'est pas plus mal. Mais, outre que ce n'est pas une raison suffisante, la différence est là qui, à cette occasion, se fait sentir. Les décisions ne deviennent jurisprudence qu'avec l'assentiment des intéressés. Au premier rang de ceux-ci, lorsqu'il s'agit de la Cour de cassation, est évidemment l'ensemble des magistrats des juridictions du fond. Or ces derniers doivent savoir, de manière suffisamment claire et précise, quelle solution, lorsqu'elle a pris un tour solennel, il leur est proposé de suivre. Surtout, ne doit pas être amoindri leur potentiel de reconnaissance de l'autorité méritée de la Cour de cassation et d'attention par la multiplication des arrêts, emprunts de solennité, précisément.

Il est vrai qu'il y a là peut-être une vision périmée d'un des constituants de la jurisprudence : un constant dialogue, calme, animé ou très animé entre la base et le sommet jusqu'au moment où la Cour de cassation y met naturellement fin.

Il est vrai aussi que le temps manque aujourd'hui de plus en plus. Pour ceux qui ne s'en seraient pas encore aperçus, la loi de mai 1991 instaurant, sur souhait de la Cour de cassation, la saisine de celle-ci pour avis aura été un bon révélateur. On en résumera l'économie en disant que les juridictions ont désormais la possibilité, avant de statuer, de saisir la Cour de cassation pour lui demander comment

elle la trancherait elle-même si la question de droit qui leur est soumise est nouvelle, présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges. (Il ne s'agit donc pas de la mise en oeuvre de l'idée émise par M. B. Oppetit, en 1974, qu'il faudrait, pour lutter contre l'importance prise par les réponses aux questions ministérielles, permettre à un usager du droit de solliciter l'interprétation d'un texte de loi, en dehors de tout litige). On soulignera combien restreinte est la formation qui se prononce sur la demande d'avis puisque, présidée par le Premier président, elle n'est composée que des présidents de chambre et de deux conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée. Et l'on comprendra alors combien le système nouveau, s'il devait réellement fonctionner, s'éloignerait de ce qui jusqu'à présent a été à l'origine de l'élaboration des décisions, indispensable étape pour que les solutions qui découlent de ces dernières deviennent, dans notre organisation judiciaire, jurisprudence, c'est-à-dire source du droit. L'unité est, dans ce cas, fallacieuse, parce qu'elle n'est plus le résultat d'une diversité arbitrée. Pire, elle est considérée comme préférable à la créativité des juges du fond. Ce n'est pas à dire que la Cour de cassation, dans la formation évoquée, ne pourra en faire preuve mais seulement que l'imagination juridique et la sensibilité que, faute de mieux, on qualifiera de sociologique, varient suivant les étapes de la procédure qui coïncident avec les générations. Or toutes, contrairement au Conseil d'Etat - et malgré l'existence des conseillers référendaires dont la présence est très diversement répartie entre les chambres et le rôle très différemment compris par elles - n'y sont pas représentées. C'est pourquoi il importe que la Cour de cassation ait conscience de cette diversité pour se déterminer en toute connaissance de cause.

C'est pourquoi aussi le rapprochement avec la procédure de la question préjudicielle posée à la Cour de justice des Communautés européennes est, à cet égard, à récuser catégoriquement, puisqu'elle consiste - faut-il le rappeler ? -, pour une juridiction française, à demander à être éclairée sur un point de droit communautaire, ce qui est, on en conviendra, bien différent. Quant à la saisine du Conseil d'Etat pour avis instaurée en 1987, dont celle de la Cour de cassation est le décalque quant aux « cas d'ouverture », il est utile de connaître la manière dont elle a, sur ce point, été entendue par la Haute juridiction administrative. M. R. Chapus remarque, en effet, combien il est intéressant de constater que celle-ci a rejeté, dès l'origine, « tout formalisme propre à limiter la recevabilité des demandes d'avis ». Aucune des exigences cumulatives formulées dans le texte (« question de droit nouvelle » soulevant une « difficulté sérieuse » et se posant « dans de nombreux litiges ») n'a été, dit-il, prise en considération d'une manière telle qu'elle ferait obstacle à l'examen des demandes.

Si une telle évasion des textes était contagieuse, et si les juges du fond se révélaient peu jaloux de leur indépendance intellectuelle ou incapables parce qu'insuffisamment armés de tenir le choc des dossiers, si donc, comme nous avons essayé de le montrer, la rapidité et l'unité suggérée a priori devenaient les deux règles d'or à observer à tout prix, c'est que la quantité aurait conduit à la dénaturation du processus d'élaboration du droit jurisprudentiel. L'indispensable maturation, grâce aux apports des différents intéressés, des solutions à donner aux problèmes soulevés aurait vécu par manque de temps. Celui-ci étant, pour l'heure, général, il se peut d'ailleurs que le changement, si conséquent soit-il, passe inaperçu sur le moment.

Il serait, en effet, plus insidieux et moins spectaculaire qu'un autre intervenu dans la méthode de travail de la Cour de cassation et qui n'est pas sans rappeler les auditions auxquelles procèdent quelquefois les parlementaires pour se renseigner, avant de se décider. Nous ne reviendrons pas sur les raisons, ailleurs développées, pour lesquelles l'innovation qu'a constitué la venue solennelle devant elle, en 1991, d'un « amicus curiae » qu'elle avait elle-même prié, est, en l'espèce, surprenante. Pas davantage ne commenterons-nous ce jugement porté dans le rapport sur les sciences de la vie et les droits de l'homme de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques interprétant l'audition du professeur J. Bernard, précisément, par la Cour de cassation comme un « signe de désarroi des magistrats ».

Il nous paraît plus utile, parce que plus significatif, de procéder à un rapprochement non pas avec l'Angleterre ou l'Allemagne où l'institution est inconnue, mais avec les Etats-Unis où elle existe.

Dans ce pays, l'amicus curiae est une personne physique ou morale, ou une association, qui - parce qu'elle y a intérêt sans que celui-ci soit toujours suffisant pour pouvoir agir -, mandate un avocat afin

qu'il développe des arguments de nature à nourrir le débat à l'occasion d'une affaire pendante devant la justice, et tout particulièrement la Cour suprême. Ces sortes de mémoires doivent obéir à un formalisme de présentation extrêmement rigoureux et sont envoyés directement à la Cour suprême, si l'on raisonne à son propos. Ils seront lus, ou non, par les assistants juridiques des neuf juges, voire ces derniers eux-mêmes. Les auteurs ne sauront qu'ils ont été honorés d'une lecture que dans les rares cas où ils auront été cités, ou s'ils retrouvent dans la décision rendue une argumentation qu'ils croient reconnaître.

Le schéma décrit est donc loin de celui qui a été inauguré en France, en 1988, par la cour d'appel de Paris et en 1991, par la Cour de cassation où l'impression - à tort ou à raison - donnée a été que les juridictions souhaitaient se décharger d'un problème moralement délicat à résoudre, Mais, dans la conjoncture actuelle, c'est-à-dire, compte tenu de l'évolution déjà réalisée, doublée de la tendance actuelle à la centralisation des décisions à prendre, il nous paraît mériter attention. En effet, si une telle tendance devait se confirmer, il faudrait puiser dans le schéma évoqué l'idée qu'il y a peut-être là un moyen d'élargir à nouveau le débat, de redonner la parole, d'une certaine manière, à la base, même si ce n'est plus exactement la même. Toute idée, cependant, ne vaut que par les moyens que l'on a de la mettre en oeuvre. Celle-là, même si elle conduisait à une reconsidération de nos conceptions et de nos habitudes aurait l'avantage de conserver intact le prestige de la Cour de cassation qui demeurerait celle qui décide. Une chose, en effet est de prendre, en grande pompe, l'avis d'un *amicus curiae* et une autre, d'intégrer, comme le font certaines cours de régulation étrangères, les arguments puisés chez les auteurs de livres ou de mémoires, en les citant nommément ou pas. Dans ce dernier cas, il y aurait révolution dans la méthode de rédaction si particulière de la Cour de cassation.

\*\*\*

Les développements précédents ont essayé de montrer comment la Cour de cassation elle-même avait fait évoluer le rôle qui lui avait été dévolu afin que lui soit prêté autant d'attention qu'au législateur. Était-ce suffisant pour que sa jurisprudence acquière l'importance de premier plan qu'elle a aujourd'hui ? Certainement pas, puisque les tribunaux ne sont investis que du seul pouvoir de décider et encore sur un cas particulier. Il a donc fallu, pour que les décisions rendues deviennent normes juridiques établies, qu'elles soient reconnues comme telles par les intéressés : les usagers du droit et la doctrine.

Qui peut nier que cette reconnaissance de la jurisprudence comme mode de formation du droit existe ? Mais qui peut nier, aussi, que la reconnaissance passe par la connaissance et celle-ci par la diffusion de l'information ? Ceci, pourtant, ne suffirait encore pas à faire de la jurisprudence cette source essentielle du droit qu'elle est, aujourd'hui, n'était l'importance donnée à la connaissance par la doctrine qui en fait une présentation de plus en plus orchestrée. A cet égard, indépendamment de l'information permanente commentée qu'assurent les revues spécialisées, la prolifération des recueils consacrés aux grands arrêts de toutes les jurisprudences existantes est, à soi seul, un signe révélateur de l'attention que la doctrine porte à ce que décident les Hautes juridictions de manière générale. Pour autant, il ne nous semble pas que l'on puisse avancer que la jurisprudence est l'oeuvre des tribunaux, « transfigurée » par la doctrine, car l'information brute précède toujours le commentaire et celle-ci permet à chacun ... en principe, de rétablir la réalité sous la glose.

On ne saura jamais si ce bruit fait autour de la jurisprudence et à son propos, qui contribue - que cela soit raisonnable ou non - grandement à lui conférer une place de plus en plus large parmi les sources du droit, trouve son origine dans le besoin actuel de droit, ou si, à l'inverse, celui-ci est littéralement entretenu par le renouvellement permanent de l'information. Le besoin est tel, en tout cas, que la satisfaction doit en être de plus en plus immédiate. Ainsi s'explique le recours aux questions écrites. Or l'intérêt, porté aux réponses publiées au Journal officiel qui leur sont données, est doublement incompréhensible puisque, d'une part, celles-ci n'émanent d'aucun pouvoir reconnu pour dire le droit et que, d'autre part, y est traditionnellement réservée l'appréciation souveraine des tribunaux. Mais c'est peut-être que ces derniers n'ont pas toujours suffisamment pris leur distance avec l'interprétation proposée.

C'est peut-être aussi pour faire cesser cette confusion des genres que la Cour de cassation fait en sorte de répondre elle-même, en accélérant le mouvement, ou en l'inversant carrément - si le saisine pour

avis devait être largement utilisée - à cette soif de réponse immédiate, en même temps qu'elle essaie de desserrer l'étau asphyxiant du nombre des pourvois.

A vrai dire, ce problème du nombre, lui, on l'a vu, n'est pas nouveau, mais aucune des réformes intervenues n'a réussi, apparemment, à le supprimer ni même à en diminuer la permanente actualité.

Deux moyens bien connus d'y parvenir consisteraient à décider que la Cour de cassation choisit, parmi ceux qui peuvent lui être soumis, les dossiers sur lesquels faire porter son examen, comme c'est l'habitude pour la Cour suprême des Etats-Unis ; ou encore à mettre en place des chicanes plus efficaces de sélection des dossiers à examiner, comme cela se passe en Allemagne, par exemple. Ces procédés - on en conviendra - sont suffisamment contraires à notre conception de l'égalité d'accès à la justice pour être concevables sans un bouleversement des mentalités.

Pour l'instant, à défaut de moyen radical, la Cour de cassation, emportée par le mouvement, donne l'impression d'en rajouter lorsqu'elle utilise la panoplie de palliatifs qu'elle a à sa disposition. On la comprend mais le résultat n'est pas satisfaisant puisque l'efficacité n'en est pas garantie tandis que le risque de dénaturation de sa mission est quasi certain tant il lui sera impossible de toujours vouloir en faire plus et plus vite.

Pourquoi tant de réticence, de notre part, à admettre que la Cour de cassation réponde de plus en plus rapidement aux problèmes posés, en brûlant les étapes lorsqu'elle l'estime nécessaire, c'est-à-dire par souci d'efficacité ? Tout simplement parce que c'est là changer substantiellement la règle du jeu. L'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation s'explique par le fait que, placée au sommet de notre organisation judiciaire, elle intervient au terme d'un processus où tous les éléments de la décision propres au mode d'élaboration particulier de la règle de droit qu'est la jurisprudence ont été réunis pour lui permettre de trancher. Peut-on, sans une reconsidération officielle de cette organisation, ne plus avoir pour règle de conduite que la rapidité qui, de proche en proche, conduirait à ce que le droit ne soit dit, au plus haut niveau que par quelques-uns alors que, de l'aveu de M. Bellet, le temps est compté pour l'indispensable méditation ?

Si, néanmoins, l'engrenage enclenché ne peut être arrêté ou au moins, maîtrisé pour éviter l'emballement, on se permettra de souhaiter, assez paradoxalement, que les juges du fond n'hésitent pas à manifester, à l'occasion, leur désaccord en résistant à ce qui, autrement, ne serait plus qu'injonction. Sinon, il serait permis de penser qu'ils auraient complètement abdiqué leur rôle, qui doit cependant demeurer essentiel, dans la formation de la jurisprudence. En ce domaine, l'argument d'autorité ne saurait suffire.

Tout autant que les juges du fond, la doctrine serait alors mise au pied du mur. Car, contrairement à M. F. Zenati, nous n'attribuons pas au comportement des juges son penchant, trop souvent plus marqué qu'il ne conviendrait, au suivisme. On se demande par qui « le docteur est pratiquement déchargé de la responsabilité de rechercher les solutions bonnes et justes », sinon par lui-même. Simplement, la recherche en question nécessite temps et méditation. Le docteur se réserve-t-il encore le premier et a-t-il encore le goût de la seconde ? Il ne le semble pas. C'est dommage ! Car s'il savait retrouver le temps de la méditation, alors que les juges - nous a-t-on dit - le perdent, il pourrait peut-être redevenir, celui qui incarne la jurisprudentia, la science du droit, qui se concrétisait dans les responsa données par les prudentes, et qui était alors une source directe du droit.

Si le propos est volontairement provocateur et utopique, c'est pour signifier combien il nous paraîtrait préférable, plutôt que de tenter d'améliorer un système qui, de toute façon, ne peut l'être sans perdre son âme, de le repenser.

(1) Sous l'intitulé « La jurisprudence aujourd'hui. Libres propos sur une institution controversée », la Revue organise un échange de vues entre différents auteurs dont les contributions sont publiées dans le n° 2/1992 :

Pour des rébellions constructives, par J.-L. Aubert, p. 338

La jurisprudence ?, par M. Bandrac, p. 340

A propos de la filiation non classique, par A. Breton, p. 340

Une lettre de J. Carbonnier, p. 341

Un point de vue de G. Cornu, p. 342

La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée, par M. Gobert, p. 344

Jurisimprudence ?, par F. Terré, p. 354

A propos de la responsabilité civile, par A. Tunc, p. 356

Clore enfin le débat, par F. Zenati, p. 359