



Université Panthéon-Assas

Revue de droit d'Assas

N°3 Février 2011

Le portrait

Le Professeur

Anne Lefebvre-Teillard en histoire(s)

Par Kevin Cariou et Elléa Ripoché

Le débat

Documentation papier

contre documentation numérique

Avec Emmanuelle Filiberti, Pierre-Yves Gautier,
Denis Mazeaud et Pierre Seydoux

Le dossier

La part de la doctrine

dans la création du droit privé

Par Philippe Conte, Serge Guinchard,
Philippe le Tourneau, Laure Merland, Nicolas Molfessis,
Didier Poracchia et François Terré

L'offre de droit

Une loi sur la famille homosexuelle ?

Avec Jean-Sébastien Borghetti, Jean Hauser, Benoît Moore,
Christophe Radé et Laura Sautonie-Laguionie

Revue de droit d'Assas

Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas,
12 place du Panthéon – 75005 Paris,
en partenariat avec Lextenso éditions, 33 rue du Mail – 75081 Paris Cedex 02

lextenso éditions

ISSN 2108-1050

Directeur de la publication : **Louis Vogel**

Directeur scientifique : **Denis Mazeaud**

Conseillère de la rédaction : **Emmanuelle Filiberti**

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Guillaume Drago,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit public approfondi

Yves Gaudemet,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit public
approfondi

Michel Humbert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Christian Larroumet,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Droit privé général

Yves Lequette,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
responsable du Master 2 Droit privé général

Laurent Leveneur,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
directeur du Laboratoire de droit civil

Martine Lombard,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
ancienne responsable du Master 2 Droit public
de l'économie

Jacques-Henri Robert,
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas,
ancien responsable du Master 2 Science
pénitentiaire

Louis Vogel,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas,
Président de l'Université

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en chef :
Etienne Casimir

Rédacteur en chef adjoint :
Nicolas Balat

Responsable du développement :
Clotilde Lacotte

Responsable du financement :
Antoine Vey

Responsable du colloque :
Clara Derrien

Membres du comité de rédaction :
Aurore Boucher, Adrien Brochard,
Kevin Cariou, Guillaume Drouot, Estelle Fragu,
Cécile Gleysteen, Hélène Guiziou, Elléa Ripoche,
Pierre-Antoine Teillauchet

L'intro

Etienne Casimir, rédacteur en chef

« Tout vient à point à qui sait attendre », dit le proverbe de la sagesse populaire. Grâce au zèle de ses auteurs, votre *RDA*, toujours ponctuelle, est fidèle à son rendez-vous semestriel.

Peut-être est-il présomptueux, après deux numéros d'une revue naissante, de vouloir faire le point. Aussi, contentons-nous pour cette troisième parution d'un point fixe, et revenons sur les immuables points cardinaux de cette *revue*.

Ces quelques lignes étant, vous l'aurez compris, abondamment pointillées... de points, usons d'abord des *points de suspension* pour accrocher aux cimaises de notre galerie de portraits celui du professeur Anne Lefebvre-Teillard. Ces *points* allant par trois, il était plus que temps en effet, après le droit privé et le droit public – l'ordre est peu galant il est vrai –, d'accorder la place qu'elle mérite à l'histoire du droit, et à cette éminente représentante.

Quant aux *points d'exclamation* et même *d'interjection*, ils ne manqueront pas d'émailler le débat qui portera, dans ce numéro, sur la place respective du numérique et du papier dans notre droit. En contrepoint, l'équipe de la *RDA* a choisi... de ne pas choisir entre ces deux supports, et multiplie les points de « vente » de sa revue gratuite, désormais accessible en ligne sur le site de l'Université.

Les contributions « *Autour du droit* » de notre *Grand Un* susciteront bon nombre de *points d'interrogation* voire *d'ironie*. Dans ce numéro, l'on se demandera notamment si les séries télévisées réconcilient utilement droit réel et droit fictif, ou si les prostituées espagnoles doivent se parer d'un gilet jaune pour travailler en toute sécurité... Enfin, croisade de ce numéro (et prétexte tout trouvé à cette introduction...), un article est consacré au *point-virgule* en droit : quelques pages y suffisent pour sauver ce dernier, signe méconnu et mal aimé, d'un oubli qu'il ne mérite pas ; nul doute qu'après lecture et tout bien pesé, les ultimes sceptiques quant à l'intérêt de la ponctuation en droit déposeront les armes...

Restons-en donc à la ponctuation et profitons des *guillemets* pour évoquer les instants de la vie à Assas : « la soirée des majors », « la journée du sport », ou « les examens au centre Charenton » qui, pour les anciens, évoqueront un souvenir plus claustral que ne le font les salles Mir, Apollo et Ariane, nouvelles facettes d'une Université d'un siècle neuf, et en quête... d'espace(s) pendant les travaux.

Puis, dans notre *Grand Deux – Au tour du droit*, point d'orgue de notre syntaxe, d'éminents spécialistes s'interrogeront sur l'influence de la doctrine dans la création du droit privé (*Grand A*). La *RDA*, quant à elle, a déjà pris parti en créant une nouvelle rubrique : « L'offre de droit » (*Grand B*). Il s'agit, pour les valeureux auteurs qui acceptent de relever le défi, de proposer (ou non !) un nouveau texte – sorte d'« avant-avant-projet » – sur un point de droit controversé. Cette « offre de droit » inaugurale est consacrée à la famille homosexuelle avec des points de vue... pleins de surprises !

Les *deux points*, jusque là inutilisés, viennent enfin à point nommé pour énumérer les noms de tous ceux, Mesdames Laure Merland, Laura Sautonie-Laguionie, Messieurs Jean-Sébastien Borghetti, Philippe Conte, Pierre-Yves Gautier, Serge Guinchard, Jean Hauser, Philippe le Tourneau, Nicolas Molfessis, Benoît Moore, Didier Poracchia, Christophe Radé, Pierre Seydoux, François Terré, et plus encore Madame Emmanuelle Filiberti et Monsieur Denis Mazeaud, qui ont apporté leur contribution et à qui la *RDA* doit d'être ce qu'elle est. Ils nous laissent espérer qu'elle est loin d'en être à son point final...

Sommaire

L'intro

Deux mots du rédacteur en chef p. 3

Grand Un **Autour du droit**

Grand A

Du droit et des hommes

Petit un : l'Homme du droit

Le Professeur Anne Lefebvre-Teillard en histoire(s),
par K. Cariou et E. Ripoché p. 7

Petit deux : droit au débat

Quatre spécialistes, quatre avis différents :
la documentation juridique,
par E. Filiberti, P.-Y. Gautier,
D. Mazeaud et P. Seydoux
Propos recueillis par A. Boucher
et E. Fragu p. 13

Grand B

Droit de regard

Petit un : hors les murs

Au-delà du droit, mais par le droit : règne
de l'image, gilets jaunes et dignité humaine,
séries télévisées et droit, point-virgule en droit,
par Nicolas Balat, Guillaume Drouot, Estelle
Fragu, Héléne Guiziou, Antoine Vey p. 20

Petit deux : dans les murs

L'actualité de l'Université : Candide à Assas,
espace Charenton et avis de recherche,
chroniques rédigées par G. Drouot
et C. Gleysteen p. 32

Grand Deux **Au tour du droit**

Grand A

Droit sans frontières

La part de la doctrine dans la création
du droit privé

Petit un : avant-propos

À propos de la doctrine de la doctrine
de la doctrine, par F. Terré p. 38

Petit deux : responsabilité civile

La responsabilité civile, droit prétorien
ou droit doctrinal, par Ph. le Tourneau p. 41

Petit trois : droit des contrats

Remarques sur la doctrine en droit des
contrats, par N. Molfessis p. 51

Petit quatre : droit commercial

La doctrine en droit commercial,
par L. Merland et D. Poracchia p. 57

Petit cinq : droit pénal

La part de la doctrine en droit pénal,
par Ph. Conte p. 69

Petit six : procédure civile

La part de la doctrine en procédure civile,
par S. Guinchard p. 73

Grand B

Offre de droit

Une loi sur la famille homosexuelle ?,
par Jean-Sébastien Borghetti, Jean Hauser,
Benoît Moore, Christophe Radé
et Laura Sautonie-Laguionie p. 86

Droits fois rien

Le directeur scientifique défie les canons du plan juridique,
en proposant une conclusion qui n'en a pas le nom... p. 100

Les auteurs

ayant contribué à la rédaction de ce numéro

Nicolas BALAT, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Aurore BOUCHER, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Kevin CARIOU, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Etienne CASIMIR, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Philippe CONTE, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, directeur de l'Institut de criminologie de Paris

Guillaume DROUOT, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas, chargé d'enseignement

Emmanuelle FILIBERTI, Directrice générale de Lextenso éditions

Estelle FRAGU, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas, chargée d'enseignement

Pierre-Yves GAUTIER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Cécile GLEYSSTEEN, Étudiante en Master 2 à l'Université Panthéon-Assas

Serge GUINCHARD, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, recteur honoraire, doyen honoraire de la faculté de droit de Lyon

Hélène GUIZIOU, Chargée d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

Jean HAUSER, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Philippe LE TOURNEAU, Professeur émérite de l'Université Toulouse I Capitole

Denis MAZEAUD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française

Laure MERLAND, Maître de conférences à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III

Nicolas MOLFESSIS, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Benoît MOORE, Professeur à l'Université de Montréal, titulaire de la chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil

Didier PORACCHIA, Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, directeur de l'Institut de droit des affaires

Christophe RADÉ, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Elléa RIPOCHE, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas, chargée d'enseignement

Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV

Pierre SEYDOUX, Rédacteur en chef du Recueil Dalloz

François TERRÉ, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, membre de l'Institut

Antoine VEY, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas, collaborateur, cabinet Metzner associés

« Autour du droit », ou plus précisément quelques articles autour de ceux qui font et ce qui fait le droit...

Grand Un Autour du droit

Grand A

Du droit et des hommes

Parce que le droit est fait
par les hommes, et pour eux !

Petit un

l'Homme du droit

Le Professeur
Anne Lefebvre-Teillard
en histoire(s)

p. 7

Petit deux

Droit au débat

Documentation papier contre
documentation numérique

p. 13

Grand B

Droit de regard

Parce que le juriste
doit être curieux !

Petit un

Hors les murs

2084, l'image aura-t-elle
le dernier mot ?

p. 20

Les séries télévisées et le droit

p. 23

Sauver la dignité humaine

p. 25

De l'importance du point-virgule
en droit

p. 27

Petit deux

Dans les murs

Candide à Assas

p. 32

À la conquête
de l'espace Charenton

p. 35

Avis de recherche : « Paris II »

p. 36

Petit un du Grand A : l'Homme du droit

Dans chaque numéro, la *RDA* dresse le portrait d'un « Homme du droit » qui, par son parcours, a laissé son empreinte dans le monde juridique. Pour ce numéro, l'« Homme du droit » est une femme...

Le Professeur Anne Lefebvre-Teillard en histoire(s)

Eliea Ripoché et **Kevin Cariou**



« **L**'historien du droit est unique. Unique dans sa réceptivité, unique dans sa perception, unique dans sa réflexion¹ ». Par ces quelques mots, Anne Lefebvre-Teillard a voulu rendre hommage à l'historien du droit. Cet hommage, on ne pouvait manquer de lui faire à notre tour. Car Anne Lefebvre-Teillard est bien un personnage unique : professeur dont la personnalité tranche dans le milieu universitaire, auteur d'une œuvre incomparable, elle a marqué de son empreinte l'histoire du droit.

La Revue de droit d'Assas se devait donc de célébrer cette figure emblématique (bien que peu médiatique !) de l'Université. C'est au cœur du centre Panthéon, en salle des professeurs, que nous l'avons rencontrée. Nous avons découvert un personnage attachant, passionné, débordant d'énergie, d'une profonde gentillesse et d'une grande disponibilité, indices d'une modestie que l'historienne aura toujours su garder malgré les nombreux honneurs qu'elle a reçus.

Née à Lourdes en 1940, Anne Lefebvre-Teillard a effectué l'essentiel de son parcours à Paris II. Elle y a tout connu, ou presque. De l'inauguration du centre Assas, qui a coïncidé avec le début de ses études, à l'aboutissement de sa carrière qui s'y est déroulée de 1987 jusqu'à sa retraite en 2008, en passant par l'épisode de 1968 et la scission de l'Université de Paris pendant sa thèse, c'est l'histoire de notre faculté qu'elle a accompagnée. Destin singulier que celui de cette grande historienne, qu'il nous faut désormais retracer... en histoires !

¹ A. Lefebvre-Teillard, « Histoire de l'histoire du droit », *Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit*, Toulouse, 1-4 juin 2005, textes réunis par J. Poumarède, préface, p. 6.

I. Aux origines de l'histoire

Jeu de hasards

Hasards de l'histoire ? C'est un heureux concours de circonstances qui a favorisé la rencontre entre Anne Lefebvre-Teillard et l'histoire du droit.

Il y a d'abord le hasard dans le choix des études. Alors qu'elle s'oriente vers médecine, « pour aller soigner des enfants malheureux, en Afrique ou ailleurs », sa sœur lui conseille plutôt de s'engager sur le chemin moins long qui mène à la licence en droit². C'est donc pour obtenir un diplôme plus rapidement, et avant de se marier, que Mademoiselle Teillard s'inscrit à la faculté de droit et emprunte ce qu'elle reconnaît comme « la voie de la sagesse ».

Vient ensuite le hasard dans la découverte de l'histoire du droit. Tandis qu'elle travaille à la bibliothèque Cujas, au cours de sa troisième année, un camarade la croise et l'entraîne aux travaux dirigés facultatifs d'histoire des obligations dispensés par le Professeur Jean-Philippe Lévy. C'est là que l'étudiante, jusqu'alors plus attirée par le droit privé, découvre l'histoire du droit et y prend goût. Une véritable révélation !

En quatrième année, Anne Lefebvre-Teillard choisit naturellement des enseignements d'histoire. Elle opte pour le cours de sociologie historique, consacré, cette année là, à l'étude de la famille au XVIII^e siècle, et professé par celui qui deviendra son maître, Jean Gaudemet. À Pâques, la jeune femme part en vacances chez ses beaux-parents, dans le Jura. Pour rompre un peu la monotonie de son séjour, elle s'en va consulter les registres paroissiaux de la ville de Dole. Par chance, la mairie a conservé la collection complète du XVIII^e siècle, dans laquelle elle se plonge alors avec grand bonheur !

De retour à Paris, elle expose ses premières recherches à Jean Gaudemet, qui lui suggère de poursuivre en DES d'histoire du droit, et d'y consacrer son mémoire.

Anne Lefebvre-Teillard suit ce sage conseil. Bien lui en prend ! Non seulement son mémoire est publié par l'Université, mais surtout il lui offre l'occasion d'une nouvelle rencontre marquante. En effet, l'historienne en herbe a l'honneur d'avoir pour lecteur l'une des plus grandes figures de la sociologie juridique du XX^e siècle, Jean Carbonnier. C'est le début d'une profonde amitié avec celui qui la suivra toujours et l'encouragera même à passer l'agrégation.

Après ces débuts prometteurs, la jeune diplômée part à la recherche d'un sujet de thèse. Là encore, un coup de pouce du destin l'aide dans sa quête. L'idée du sujet (*Les officialités à la veille du concile de Trente*³) puise sa source dans un registre, classé par erreur, et découvert par hasard par l'un de ses professeurs dans un fonds d'archives⁴.

Les dés sont jetés ! Rien ne détournera plus Anne Lefebvre-Teillard de son chemin...

Le parcours d'une combattante

Si la chance lui a souri, sa réussite tient surtout à une incroyable énergie et à une grande détermination qui lui ont permis de mener de front études et vie de famille.

Dès la deuxième année, elle se marie avec un étudiant de troisième année, Jean-Pierre Lefebvre. Un an plus tard, elle attend son premier enfant. Le couple emménage alors à Creil, à une soixantaine de kilomètres de Paris, ce qui oblige à de longs va-et-vient entre la faculté et la demeure familiale.

Mais Anne Lefebvre-Teillard ne se décourage pas ! Son deuxième enfant naît en juillet 1966, au moment où elle obtient son DES d'histoire du droit. À l'automne, elle démarre sa thèse et s'attaque en même temps à un second DES en droit privé, alors nécessaire pour pouvoir présenter l'agrégation. Un vrai

² Il fallait alors « seulement » quatre années pour l'obtenir.

³ *Les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, LGDJ, 1973, préf. J. Gaudemet.

⁴ Le registre en lui-même était fort modeste, puisque relatif aux causes de

l'officialité archidiaconale de Brie de 1499 à 1505. Il fallut alors étendre le sujet, territorialement à l'ensemble de la France, et chronologiquement aux cinquante années précédant le concile de Trente, de 1490 à 1540.

parcours du combattant ! Au volant de sa deux-chevaux, la jeune maman dépose au petit matin les enfants chez la nourrice, avant de rejoindre la faculté de Nanterre où elle donne des travaux dirigés chaque lundi. Dans la soirée, il lui faut encore regagner la faculté de Paris, où elle assiste aux directions de recherche du professeur Gaudemet. Un travail colossal : « Je dois le reconnaître, ça a été sportif ! » Elle décrochera malgré tout son DES de droit privé avec la mention bien (à deux doigts de la mention très bien, ce qui la fera, sur le moment, quelque peu « enrager »...).

Forte de cette réussite, Anne Lefebvre-Teillard reprend sa thèse à l'automne 1967, et s'astreint avec ténacité au déchiffrement des registres d'officialités du XVI^e siècle : « Au début, il me fallait la journée pour lire une page ! » raconte-t-elle. Mais elle s'obstine, et finit par approcher les cinquante pages par jour, dépouillant les manuscrits comme on lirait un roman !

Pendant les événements de mai 1968, les amphithéâtres parisiens se vident, mais la motivation d'Anne Lefebvre-Teillard ne faiblit pas : elle persiste et n'hésite pas à se rendre à la faculté en auto-stop. Une fois même, elle va jusqu'à s'engouffrer dans une voiture conduite par des CRS qui la ramèneront chez elle à grand train !

En octobre 1969, elle participe aux équipes d'agrégation de Michel Humbert et de Georges Frêche, lorsqu'elle apprend la tenue d'un nouveau concours dès l'année suivante, conséquence des troubles de mai 1968. Elle décide alors d'accélérer la rédaction de sa thèse, afin de pouvoir à son tour s'y présenter : « comme c'est un peu mon tempérament, je me suis dit, je fonce ! » Anne Lefebvre-Teillard en est alors au troisième chapitre de sa première partie. Qu'à cela ne tienne ! Pour terminer dans les délais, elle s'impose un rythme de travail effréné : couchée à vingt heures, elle se lèvera tous les matins à trois heures, « même le 1^{er} janvier ! » Des efforts qui s'avèreront payants puisqu'après avoir soutenu sa thèse en mars 1970, couronnée d'une mention très bien avec félicitations du jury, elle est reçue deuxième à l'agrégation d'histoire du droit. La chance lui sourit à nouveau : Paris étant exceptionnellement au concours, elle se retrouve nommée, dès 1971, à Paris XIII. Le début d'une autre histoire...

II. Au cœur de l'histoire

Un professeur engagé

Déterminée et volontaire, le Professeur Anne Lefebvre-Teillard va mener sa carrière avec courage et convictions. Une véritable histoire de cœur ! L'amour de la recherche qui l'habite depuis ses premiers pas à l'université rejoint naturellement sa passion pour l'enseignement. Car pour elle, l'un ne se conçoit pas sans l'autre. « Si l'enseignement supérieur n'est pas soutenu par la recherche, ce n'est plus de l'enseignement supérieur ! » n'hésite-t-elle pas à affirmer. Une vision du métier que l'historienne s'est efforcée d'appliquer tout au long de sa carrière.

Ses principaux champs de recherche ont en effet presque toujours coïncidé avec l'enseignement qu'elle avait en charge. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un séminaire dans le DEA de droit commercial à Paris XIII, ayant constaté l'absence de travaux sur les sociétés anonymes au XIX^e siècle, elle entreprend une recherche qui aboutira à la publication d'un troisième et gros ouvrage⁵. Lorsqu'elle prend la succession de Jean Imbert dans l'enseignement du droit canonique à Paris II, en 1987, elle se replonge dans le droit romano-canonique médiéval et publie de nombreux travaux, essentiellement en droit de la famille.

Un lien entre enseignement supérieur et recherche que l'historienne estime de plus en plus malmené. Même si elle reconnaît avoir été privilégiée à Paris II, Anne Lefebvre-Teillard déplore que les professeurs soient trop souvent absorbés par leur tâche d'enseignement au détriment du temps consacré à la recherche. À la source de ce problème, le nombre pléthorique d'étudiants qui intègrent chaque année les facultés de droit. La solution ? Peut-être la sélection à l'entrée de l'université, mais les modalités en seraient complexes. « Actuellement, la sélection se fait par l'échec » constate-t-elle. C'est donc d'un bon

⁵ La société anonyme au XIX^e siècle : du Code de commerce à la loi de 1867, histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste, Paris, PUF, 1985.

œil qu'elle voit les réformes récemment menées par l'Université et son président, comme l'instauration du collège de droit.

L'historienne convaincue

Pour Anne Lefebvre-Teillard, l'historien a un véritable rôle à jouer dans les débats qui animent notre droit positif. Une certitude qui l'a guidée dans sa recherche. Ce qui l'intéresse avant tout : « prendre un problème juridique, de préférence d'actualité, et essayer de lui donner un éclairage historique ». C'est ainsi que la parution de son ouvrage sur le nom prend tout son sens lorsqu'on la relie à la montée en puissance des revendications féministes. Elle semble faire sien le point de vue de Carbonnier, qu'elle cite : « le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé⁶ ».

L'histoire est donc une source d'enrichissement de la réflexion sur le droit positif, ce qu'Anne Lefebvre-Teillard a voulu démontrer à ses étudiants : « je voulais, et j'ai pu mettre ce programme en chantier à Paris XIII, que les cours d'histoire correspondent exactement à la matière principale de l'année en cours ». Paris XIII début de chantier, mais aussi laboratoire d'expérimentation : chargée d'enseigner les régimes matrimoniaux dans un cours mêlant histoire et droit positif, l'historienne a pu y faire l'expérience de ses idées.

Participer effectivement à la réflexion sur les problèmes juridiques d'actualité suppose cependant de procéder à de véritables travaux d'érudition. L'historienne reste donc réservée quant à la « vulgarisation » de sa matière. Seul son ouvrage sur le nom peut y prétendre. Il lui a d'ailleurs valu un passage à la télévision, dont elle s'amuse encore : « cela a beaucoup plu à l'employé du service du courrier, qui me regardait comme une star parce que j'étais passée à la télé ! » Mais pour le professeur, la place de l'historien du droit n'est pas sous les feux de la rampe. « Il est très difficile de vulgariser véritablement. Je ne crois pas que ce soit profondément notre rôle », nous avoue-t-elle. « Il faut d'abord faire une recherche approfondie qui permette ensuite à d'autres de faire des ouvrages de vulgarisation », ajoute-t-elle.

Une carrure internationale

C'est encore un autre éclairage qu'apporte l'historien : « Faire des études historiques donne une aptitude à envisager des situations extrêmement différentes [...] et permet beaucoup plus facilement d'envisager un autre système que le nôtre ». Une ouverture d'esprit qui lui tient à cœur...

Il faut dire que le rayonnement d'Anne Lefebvre-Teillard s'étend bien au-delà de nos frontières. Particulièrement active sur la scène internationale, elle n'a jamais hésité à s'investir au sein d'institutions et de sociétés savantes : de la *Selden society* anglaise à l'*American Society for legal history*, en passant par la *Bayerische Akademie der Wissenschaften*, les échanges avec les collègues étrangers ont toujours été jugés très enrichissants par l'historienne. C'est d'ailleurs ce qui a guidé son action au sein de la Société d'histoire du droit. Secrétaire générale (1990-1997) puis présidente (1997-2005) de cette institution bientôt centenaire⁷, elle y a œuvré pour permettre les contacts entre historiens des différents pays, et aussi pour renforcer le lien entre les générations.

Une ouverture d'esprit dont elle cherche à faire profiter ses étudiants, les incitant toujours à approfondir leur recherche pendant quelque temps à l'étranger. Elle regrette d'ailleurs que ses collègues ne voyagent pas davantage, arrêtés par la barrière de la langue. Un mauvais prétexte pour celle qui lit assez facilement plusieurs langues (« sauf l'allemand ») sans pour autant les parler !

L'érudite à l'œuvre

Érudite, l'historienne l'est assurément. La richesse de sa bibliographie, et la longue liste d'articles très pointus qu'elle comporte, sont là pour en témoigner. À une culture impressionnante, il faut ajouter la maîtrise du latin et de la paléographie, dont elle a appris les rudiments dès son DES d'histoire. Chercheuse infatigable, écrivain prolifique, Anne Lefebvre-Teillard nage avec aisance là où beaucoup d'autres pataugent. Déchiffrer et comprendre des manuscrits en latin, en particulier ceux des xv^e et xvi^e siècles, les plus difficiles

⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Institutions judiciaires et droit civil*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2002, p. 61, cité par A. Lefebvre-Teillard, « La pensée historique de

Jean Carbonnier : la mémoire du droit », *Hommage à Jean Carbonnier*, Dalloz, 2007.
⁷ Fondée en 1913, elle regroupe aujourd'hui des membres de trente-trois pays.

à lire nous confie-t-elle, n'est pas à la portée de tout le monde ! Un travail minutieux, parfois fastidieux. L'historienne le reconnaît à demi-mot, lorsqu'elle évoque Bartole : « c'est absolument imbuvable ! »

Mais tel est le prix de la rigueur scientifique et de la recherche de qualité. Anne Lefebvre-Teillard se méfie des sources de seconde main et privilégie toujours les sources originales. Un réflexe primordial pour l'historienne, hérité de Jean Gaudemet. C'est pourquoi il importait tant au professeur d'apprendre à lire et à traduire les ouvrages anciens aux étudiants aspirant à la recherche.

Une méthode rigoureuse, mais qui aura prouvé son efficacité. Si Anne Lefebvre-Teillard s'est toujours refusée à diriger beaucoup de thèses, c'était pour mieux prendre sous son aile des doctorants dont elle avait pu éprouver la qualité à l'occasion du mémoire : « je me refuse à prendre des thèses que je ne dirige pas vraiment ». Une conscience professionnelle qui la conduit à s'énerver contre les « gâchis » dus à des directeurs par trop « désinvoltés », comme elle a pu le constater lors du concours d'agrégation de droit privé⁸. Il faut dire que pour elle, le sens de la recherche n'est pas donné à tous. D'excellents étudiants de maîtrise en ont fait la difficile expérience, comme cette camarade de promotion, se souvient-elle, qui n'a achevé sa thèse qu'au bout de dix-huit ans !

Il n'en fallait pas tant à Anne Lefebvre-Teillard pour devenir une figure incontournable dans le paysage de l'histoire du droit. Même lorsque l'inspiration vient à manquer, l'historienne ne s'avoue jamais vaincue. C'est dans son jardin qu'elle se ressource alors et s'en va la chercher : jardiner est pour elle une vraie passion. Méthode féconde s'il en est, qui ne cesse jamais de porter ses fruits !...

III. Une histoire sans fin ?

Au fil de l'histoire

L'immense travail accompli par Anne Lefebvre-Teillard lui a valu bien des honneurs. Aux ouvrages couronnés par l'Institut de France⁹ s'ajoutent de nombreuses autres distinctions, françaises et étrangères.

Pour autant, Anne Lefebvre-Teillard ne se repose pas sur ses lauriers ! Sa passion pour l'histoire du droit ne faiblit pas, et elle poursuit ses activités de recherche avec autant d'énergie. L'intrépide professeur s'est récemment lancée dans une nouvelle recherche sur la distinction entre crime et délit en droit savant. Un travail ardu, mais qui saura, espère-t-elle, intéresser ses amis et collègues pénalistes.

Elle continue également de voyager. C'est d'ailleurs entre deux colloques qu'elle nous a reçus : tout juste rentrée d'Italie, sa « deuxième patrie », c'est vers Leiden, au pays des tulipes, que cette passionnée de fleurs s'apprêtait à s'envoler.

C'est aussi l'histoire familiale qui suit son cours : avec ses quatre enfants et ses quinze petits-enfants, Anne Lefebvre-Teillard est une maman comblée, et une grand-mère bien occupée. La famille au grand complet se retrouve chaque année pour Noël : « autour de la table, nous sommes vingt-cinq » ! Une famille qui réunit de multiples talents. À aucun de ses enfants elle n'a transmis sa fibre pour l'histoire du droit. Mais chacun a su s'inspirer de sa force de caractère : de l'aîné qui occupe une fonction de direction au sein d'une grande banque, au petit dernier qui a fondé sa propre entreprise à vingt-sept ans, tous ont su tracer leur propre chemin, avec brio.

« Le maillon d'une chaîne »

Anne Lefebvre-Teillard aime à considérer que la vocation première d'un maître est d'être « le maillon d'une longue chaîne » : « J'ai ce sentiment, qui donne à la fois beaucoup d'humilité, parce que finalement on n'est qu'un maillon de la chaîne et on profite des anneaux antérieurs, et aussi un certain courage, une certaine force... Et on essaie d'être un bon maillon ! » Un « bon maillon », nul doute qu'Anne Lefebvre-Teillard l'aura été.

⁸ Anne Lefebvre-Teillard a non seulement été membre (1991-1992) puis présidente (2003-2004) du concours d'agrégation d'histoire du droit, mais elle a également été membre du concours d'agrégation de droit privé et de sciences criminelles (1998-1999).

⁹ *Le nom : droit et histoire*, Paris, PUF, 1990, coll. Léviathan, ainsi que son *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, coll. Droit civil.

Elle a d'abord été l'élève, tributaire de cette longue « chaîne du savoir érudit¹⁰ » qui a formé les maîtres, de génération en génération, depuis le droit savant. Aux travaux de ses prédécesseurs, elle estime devoir beaucoup : « même lorsque poussés par « l'environnement », nous explorons des champs nouveaux ou des sources nouvelles, c'est souvent néanmoins grâce aux travaux de nos prédécesseurs que nous y sommes conduits¹¹ ». Mais c'est surtout de ses propres maîtres qu'elle a énormément appris : Jean Gaudemet et Jean Carbonnier ont exercé une forte influence sur ses travaux. De Jean Gaudemet, elle a hérité nombre de ses réflexes scientifiques. À ce sujet, il est une anecdote que l'historienne se plaît à raconter. Lors d'un congrès à Cambridge, en 1984, tous deux lèvent la main en même temps pour interroger l'orateur. « Honneur aux dames », Anne Lefebvre-Teillard pose une première question, réservant sa seconde pour les « discussions de couloir ». Jean Gaudemet se penche alors vers elle : « j'allais la poser », lui confie-t-il. Il en pose une autre à son tour, qui s'avère être la seconde de l'historienne. Drôle d'histoire, qui n'en est pas moins révélatrice. L'historienne reconnaît que l'influence intellectuelle de son maître était telle qu'il lui a transmis sa manière de réfléchir et de s'interroger.

À son tour, Anne Lefebvre-Teillard a endossé le costume de maître. Si elle a compté peu de thésards, elle a su leur transmettre sa passion, ses convictions, et sa rigueur. Ils conservent toujours pour elle une profonde admiration et un grand respect ; elle garde pour eux la considération affectueuse qu'éprouve le maître soucieux de l'intérêt de ses élèves.

Quatre d'entre eux, les plus proches et les plus anciens¹², lui ont remis ses *Mélanges*, le 13 mars 2010. Hommage formidable et preuve de leur gratitude, ils sont aussi le témoin du rayonnement qu'a pu avoir Anne Lefebvre-Teillard tout au long de sa carrière : il aura fallu pas moins de cinquante-huit contributions, cinq langues, neuf nationalités, et plus de mille pages pour faire à l'historienne l'honneur qu'elle mérite. Travail méticuleux que de réunir l'ensemble des contributions et de mettre en forme cette œuvre unique, puisque chaque article sera relu treize fois¹³ ! Nombre symbolique s'il en est. Faut-il y voir un nouveau clin d'œil du hasard, comme aux origines ?

Et si l'histoire n'était bien qu'un éternel recommencement ?

¹⁰ A. Lefebvre-Teillard, « Histoire de l'histoire du droit », *Actes des Journées internationales de la Société d'histoire du droit*, Toulouse, préc., préface, p. 6.
¹¹ *Ibid.*

¹² Franck Roumy, Bernard d'Alteroche, Florence Demoulin-Auzary, Olivier Descamps.

¹³ Ce nombre, qui peut paraître élevé, s'explique par la relecture d'une même contribution à trois reprises, par plusieurs personnes...

Petit deux du Grand A : droit au débat

Le droit, c'est l'art de la controverse ! La RDA se mue, le temps d'une discussion, en une arène cordiale où s'affrontent plusieurs spécialistes sur un thème polémique.

Bibliothèque numérique v. Bibliothèque papier

Emmanuelle Filiberti

Directrice générale de Lextenso éditions

Pierre-Yves Gautier

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Denis Mazeaud

Directeur scientifique de la *Revue de droit d'Assas*,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Pierre Seydoux

Rédacteur en chef du *Recueil Dalloz*

Propos recueillis par **Aurore Boucher** et **Estelle Fragu**

À l'heure où les considérations économiques et écologiques semblent dessiner une nouvelle politique de publication, la suprématie traditionnelle du support papier semble remise en question. Se trouve-t-on à ce jour aux portes de l'ère du « tout numérique » en matière de documentation juridique ? Le seuil est-il en voie d'être franchi ? Quatre spécialistes ont accepté d'intervenir sur l'épineuse question de la concurrence ou de la complémentarité des visages physique et numérique de la bibliothèque contemporaine. Ce débat vif et animé s'est tenu le 18 novembre dernier à la table d'un café parisien¹.

Première question : le passage de la bibliothèque papier à la bibliothèque numérique constitue-t-il simplement un changement de support ou bien est-ce plus largement un changement d'esprit comme de méthode de travail ?

Pierre Seydoux

Il faut d'abord signaler que le développement des supports numériques n'a pas entraîné la disparition de la bibliothèque papier. À ce jour, ces deux modes de documentation juridique coexistent toujours en pratique, et ce de manière complémentaire.

¹ Le style oral des interventions a été conservé.

S'agissant de l'apparition des bases de données, leur mise en place a tout d'abord été guidée par un objectif de production, interne à Dalloz. Ce phénomène a débuté au *Recueil Dalloz*, puis s'est étendu aux codes et à l'encyclopédie avant de toucher aujourd'hui les ouvrages universitaires et professionnels. Si un tel processus a, dans les faits, abouti à l'apparition de multiples produits numériques, l'idée d'origine était cependant de nature essentiellement pragmatique dans le sens où le choix de suivre une chaîne de production numérique permettait en premier lieu à Dalloz de réaliser des économies en termes de composition, de correction, etc. Et, effectivement, à partir du moment où l'ensemble des données contenues dans le *Recueil Dalloz* étaient répertoriées dans des bases de données structurées en amont, les capacités de stockage des ordinateurs augmentant d'année en année, il apparaissait dès lors possible de les rassembler sur de nouveaux supports, à l'image du cédérom ou d'Internet.

Ainsi, au départ, la problématique du changement de philosophie de la documentation juridique dans son ensemble éventuellement engendrée par cette nouvelle politique éditoriale ne nous était pas apparue comme telle. Nos choix ont plutôt trouvé leur source dans des considérations techniques et économiques.

Pierre-Yves Gautier

Il apparaît à mon sens utile d'opérer une distinction entre les différentes composantes matérielles de la bibliothèque numérique afin de saisir les enjeux à la fois philosophiques et pratiques de l'évolution contemporaine du support de la documentation juridique.

Tout d'abord, celle-ci comprend des livres numériques consultables sur des tablettes et qui sont sans doute appelés à se répandre dans un futur proche. On retrouve alors la structure d'un livre paginé qu'il est possible de feuilleter tout comme un livre papier, à ceci près que le numérique comprend certaines limites pratiques incontournables. En effet, s'il est possible de parcourir sans difficulté un tel ouvrage de page en page, il devient en revanche plus complexe d'en sauter un passage d'une cinquantaine de pages par exemple, sauf à cliquer en bas sur le numéro de la page correspondante et avancer à l'aveugle. Par conséquent, il existe une difficulté – qui n'est à mon sens pas un détail – à se promener dans un livre numérique, difficulté qui n'existe pas pour l'ouvrage papier. Voilà pour la première partie de la bibliothèque numérique. De ce point de vue, chacun sait que feuilleter rapidement avec son doigt les pages d'un manuel, d'une thèse, pour y trouver « Le » paragraphe qui concerne votre cas, est un système cérébral simple et irremplaçable.

La deuxième partie, quant à elle, réside dans ce que l'on appelle des bases de données. On sort alors du livre numérique pour entrer plus spécifiquement dans l'information juridique. Il y a là une évolution considérable, très différente de la bibliothèque physique. Alors que celui qui effectue une recherche grâce à cet outil numérique pense qu'il en a la maîtrise à travers les mots-clés qu'il insère, il se trouve en réalité entièrement tributaire, pour le résultat de sa recherche, du moteur et des données qui y ont été intégrées. Cela entraîne une dépendance et une certaine limitation de l'investigation intellectuelle et matérielle qui me semble préoccupante.

Dans les deux cas, la déperdition d'efficacité du fait de la prépondérance de l'écran sur l'œil et le cerveau, qui l'entraîne, est aussi notable. Certaines études menées montrent également que la concentration est moins forte devant un écran. Il n'est pas sûr du tout que ce soit une question de génération née avant/après l'Internet (« *native vs immigrants* »).

Dès lors, si la bibliothèque numérique composée, d'une part, de livres structurés de manière identique aux ouvrages papier et, d'autre part, de bases de données, me semble, d'un point de vue technologique, propre à susciter un émerveillement complet et sans réserve, elle présente en revanche très probablement de graves insuffisances du point de vue intellectuel, scientifique et de recherche pratique.

Emmanuelle Filiberti

Je rejoins les propos de Pierre. À l'origine, les éditeurs se sont d'abord préoccupés du numérique pour des questions techniques, économiques et de rapidité. Pour un éditeur, la réactivité est une donnée d'une

extrême importance et il est vrai que le numérique offre en ce sens des potentialités plus fortes que le papier. Dès lors, en termes éditoriaux, nous avons fait le choix, depuis quelque temps déjà, de numériser l'ensemble de nos revues sur le portail Lextenso et nous nous orientons aujourd'hui vers une numérisation croissante de nos ouvrages.

Deuxième question : le développement de la bibliothèque numérique entraîne-t-il en pratique un déclin de l'utilisation de la bibliothèque papier ? Dans quelle mesure cette évolution éventuelle affecte-t-elle la politique éditoriale et la production doctrinale ?

Emmanuelle Filiberti

Il est souvent question de la tendance actuelle caractérisée par l'utilisation accrue d'Internet par les jeunes générations. J'ai toutefois le sentiment que le fait pour ces dernières d'être nées avec un ordinateur ne signifie pas qu'elles sont vouées pour autant, et de manière inéluctable, à délaisser la lecture des ouvrages traditionnels. Ces observations invitent toutefois à se pencher sur les modes d'utilisation des divers types de documentation juridique.

S'agissant tout d'abord des revues, il semble qu'il soit aujourd'hui devenu plus naturel de les lire sur Internet, peut-être tout simplement parce qu'en raison de leurs modes d'archivage, il peut apparaître plus simple aux utilisateurs de se retrouver dans un portefeuille de revues numériques que sur du papier. Concernant les bases de données, il s'agit d'un autre type de recherches, mais qui restreint beaucoup la réponse. Si elles permettent effectivement de trouver directement une réponse très claire à une question posée, elles tendent toutefois à réduire un aspect fondamental pour le juriste, à savoir la réflexion. Cette dernière passe en effet par un cadre qui est souvent celui de l'ouvrage, doté d'un début et d'une fin, ainsi que d'une structure interne sur laquelle s'appuie et s'articule la pensée du juriste.

Ainsi, à mes yeux et pour toutes ces raisons, la bibliothèque numérique et la bibliothèque papier coexistent encore très fortement, et pour de longues années j'imagine. En revanche, personne ne détient le modèle économique du numérique, qui semble encore assez flou. Diverses tentatives sont actuellement menées mais à ce jour, nul ne peut affirmer connaître réellement la bibliothèque numérique. La bibliothèque d'aujourd'hui est encore très papier. Et j'ai la faiblesse de croire qu'elle sera toujours en partie papier, que les deux économies, papier et numérique, vivront longtemps ensemble.

Pierre Seydoux

Toujours du point de vue éditorial, il est indéniable que le financement de la partie numérique de la nouvelle bibliothèque juridique a, dès l'origine, entièrement reposé sur l'économie de la bibliothèque papier traditionnelle. À la question qui se pose de savoir si l'on s'oriente vers le phénomène inverse, la réponse que l'on peut apporter est que tel n'est pas le cas, du moins pour le moment.

En revanche, il est vrai que la possibilité qui nous est aujourd'hui offerte de comparer, en termes de consultations par les utilisateurs, la sollicitation des bases de données par rapport aux abonnements de revues, permet de mettre en exergue l'existence d'une indéniable tendance dans le sens d'une baisse des abonnements papier et d'une montée des interrogations des bases de données. De cette constatation, l'on retire effectivement que certains produits semblent plus aptes à être disponibles en bases de données que d'autres. En revanche, les éditeurs juridiques doivent faire face à un mythe, selon lequel l'information juridique disponible sur la toile est nécessairement gratuite, ce qui soulève pour la profession des problématiques à la fois réelles et croissantes.

Pierre-Yves Gautier

L'un des autres risques qui mérite d'être pointé tient au développement de l'accès aux revues *via* les abonnements collectifs. En effet, la bibliothèque numérique se trouvant aujourd'hui assez fortement encouragée, les étudiants y prennent de plus en plus accès *via* les abonnements de l'université. Le risque

« La bibliothèque numérique et la bibliothèque papier coexistent encore très fortement »

apparaît dès lors de voir sensiblement baisser les ventes de livres, qui représentent déjà un commerce de plus en plus difficile pour les éditeurs. À partir du moment où ces derniers investissent tout de même beaucoup d'argent pour des produits de qualité, encore faut-il qu'ils puissent amortir leurs investissements, payer leurs salariés, leurs auteurs, etc. Il en résulte qu'ils doivent impérativement s'attacher à répartir leurs activités entre le numérique et le papier, pour trouver le bon équilibre.

En outre, sur le plan non plus éditorial mais doctrinal cette fois, cette tendance nouvelle à l'omniprésence de l'Internet dans le monde de l'information juridique risque incidemment de conduire les professeurs à s'arrêter de publier, à cesser de sacrifier des années de leur vie pour écrire des ouvrages et faire les mises à jour, de sorte que les bases de données seront des vecteurs pratiquement exclusifs de la documentation juridique, avec un danger latent de baisse de la qualité des informations/réflexions délivrées.

Denis Mazeaud

S'agissant du déclin des modes traditionnels de diffusion de la pensée juridique, je crois que la doctrine est condamnée à utiliser de nouveaux moyens d'expression si elle veut continuer à exister et à s'affirmer. D'une part, il m'apparaît aujourd'hui nécessaire de repenser la structure même des livres classiques pour proposer une forme nouvelle d'ouvrage juridique. D'autre part, à mon sens, des modèles novateurs sont peut-être à inventer entre le blog, la très courte page de vulgarisation et de polémique et le livre de huit cents pages. Il ne faut pas hésiter à parier sur l'intelligence du lecteur en investissant de nouveaux supports aujourd'hui encore restés inexplorés par les auteurs.

En définitive, peut-être cette révolution Internet va-t-elle nous pousser à repenser les produits dans lesquels nous faisons passer nos idées, nous réfléchissons, nous chahutons... Il me semble par exemple que la presse est un vecteur de diffusion et d'information qui n'est peut-être pas assez exploité par la doctrine juridique.

« La doctrine est condamnée à utiliser de nouveaux moyens d'expression si elle veut continuer à exister »

Pierre-Yves Gautier

Toute la noblesse de notre métier est d'essayer d'expliquer et de rationaliser une matière qui est de plus en plus touffue. L'Internet est merveilleux, mais il n'y a pas plus dispersé que lui. Il est certainement possible de trouver de nouvelles voies pour nous exprimer avec le livre numérique et les blogs, mais ces voies ne peuvent être, à mon sens, que complémentaires. Peut-être sera-t-on effectivement un jour au « tout numérique » ou au « principalement numérique », mais l'essentiel est de s'y diriger progressivement. L'Internet est une technologie prodigieuse qui est presque déjà à son point de perfection, alors que nous n'en sommes encore

qu'aux balbutiements sociologiques, intellectuels et mentaux. Par ailleurs, je le répète, l'impératif de rentabilité fera qu'un jour, nous n'aurons plus l'occasion d'exprimer nos positions et d'exercer notre métier qu'en cours – à supposer que le cours magistral soit maintenu – parce que les éditeurs ne nous suivront plus ou bien nous proposeront des choses qui ne nous intéresseront pas. C'est un peu inquiétant.

Troisième question : la densification de l'information juridique disponible sur la toile ne risque-t-elle pas de prendre au piège le lecteur ?

Pierre-Yves Gautier

Je travaille souvent avec des cabinets d'avocats et un phénomène apparaît de plus en plus fréquent. En effet sur cinq jeux de conclusions – tous cabinets confondus, du petit cabinet à la *law firm* anglo-saxonne – on constate qu'il y en a entre trois et quatre qui indiquent uniquement le numéro de pourvoi de l'arrêt et cela sans citer les notes qui l'accompagnent dans les revues juridiques. Très probablement parce qu'ils ne les ont pas lues ni même aperçues. Cela rappelle quelque peu ce que certains nomment la « théorie du restaurant vietnamien » : confronté à un interminable menu, à une telle profusion d'information, le client décide de commander très peu et de se limiter aux plats qu'il connaît. Dans la sphère juridique, ce phénomène s'avère extrêmement inquiétant car les avocats ont de plus en plus ce réflexe, à savoir se

limiter à la jurisprudence brute, nue, grâce au numéro de pourvoi, sans consulter les notes, et cela au risque de passer à côté de celles qui sont importantes, leur livrant idées, critiques, références, etc. Nous sommes dans un droit qui, à l'image de l'Internet, est de plus en plus éclaté et fractionné. Plus que jamais, les apprentis juristes, les étudiants et les avocats ont besoin qu'on leur traite l'information préalablement, et les bases de données ne le font que de manière très superficielle. Les lettres d'actualité ou blogs un peu moins, mais cela reste très limité et peu approfondi par rapport à ce que peut apporter de « valeur ajoutée » la doctrine juridique.

Emmanuelle Filiberti

Je ne pense pas que le recours croissant aux données les plus synthétiques possibles, et notamment à la jurisprudence brute de toute analyse de la part de certains juristes, soit nécessairement lié à l'indication du numéro de pourvoi dans nos revues. C'est, à mon sens, l'accessibilité des données publiques *via Legifrance* qui en est la cause.

Pierre Seydoux

Ce problème me semble davantage lié à la surcharge des cabinets d'avocats plutôt qu'à Internet à proprement parler. Par ailleurs, si l'on insère dans nos revues – depuis plus de dix ans – le numéro de pourvoi, c'est parce que ce dernier constitue le seul critère univoque d'un arrêt. En outre, il s'agit d'un moyen commode pour accéder aux notes comme aux décisions, lesquelles seront sans doute de moins en moins publiées du fait de l'accessibilité désormais croissante sur les bases de données que leur confère leur caractère public.

Denis Mazeaud

Je pense que le problème est généré par un phénomène de « pollution » dû à la prolifération de l'information. L'avocat qui souhaite des éclaircissements sur l'arrêt *Faurecia*², par exemple, est perdu, noyé dans les notes. C'est pourquoi il y a un impératif de sélection, de tri, opération qu'il appartient aux professeurs de faciliter en indiquant en amont les auteurs qui parviennent à faire des notes à la fois courtes et pratiques.

Pierre-Yves Gautier

Trop d'information conduit parfois à ne même plus chercher à se mettre à jour. C'est paradoxal mais c'est ainsi. Il faut bien voir, je le répète, les effets pervers du numérique. Il y a une notion d'économie, une recherche de gain de temps prédominante pour le juriste du XXI^e siècle, qui est avant tout quelqu'un d'extrêmement pressé.

Quatrième question : la bibliothèque numérique offre-t-elle des garanties de pérennité comparables à son homologue papier ? Le livre en tant qu'objet ne conserve-t-il pas une certaine aura ?

Emmanuelle Filiberti

Il est indéniable que le « tout numérique », en cas de panne d'électricité ou de problème d'ordinateur, n'offre plus aucun moyen d'accéder à l'information. C'est la raison pour laquelle les cabinets d'avocats importants disposent de l'ensemble des informations juridiques en version numérique comme en version papier. Mais bien souvent, et notamment par manque de place en vue de l'archivage des revues physiques, les cabinets, les études de notaires ou même les universités se contentent de la seule version numérique.

Pierre Seydoux

Il faut également prendre conscience du fait que les premiers cédéroms datent, en France, du début des années 1980. Le système change à une vitesse telle que ces derniers sont aujourd'hui dépassés. Dès lors, les ordinateurs actuels se trouvent absolument incapables de les décrypter. À l'inverse, il demeure

² Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, NDLR (faut-il voir dans la mention du seul numéro de pourvoi un clin d'œil de la rédaction aux propos des intervenants...?).

parfaitement possible de lire aujourd'hui les manuscrits de la mer Morte. Il y a donc une supériorité réelle du support papier sur le support numérique en termes de conservation dans le temps.

En outre, il faut compter avec l'attachement que l'on peut avoir pour le livre en tant qu'objet. Il s'agit là d'un sentiment très largement partagé et qui semble même assez profondément ancré chez les utilisateurs de la bibliothèque juridique contemporaine. Le rapport que ces derniers entretiennent avec le livre, support traditionnel de l'information et de l'analyse juridique, est teinté d'une forme de révérence et de fidélité. Précisément, la mise en lumière de la persistance de ce phénomène à travers les siècles semble devoir constituer un autre argument de taille dans ce débat sur la coexistence et la complémentarité des supports papier et numérique.

Denis Mazeaud

S'agissant d'abord de la question de la préservation du passé juridique, il est vrai que le livre est pérenne – sauf catastrophe naturelle –, alors que nos anciens supports numériques ne peuvent plus être consultés car, d'une part, les instruments de lecture ne sont plus adaptés et, d'autre part, les supports eux-mêmes ont vieilli ou sont abîmés, alors même qu'on les pensait pérennes eux aussi. S'agissant ensuite de l'indéniable fidélité du lectorat juridique au support traditionnel que constitue l'ouvrage papier, celle-ci trouve une traduction concrète assez illustrative dans la constance, malgré le développement de la bibliothèque numérique, de l'achat des manuels par les étudiants. Pour autant, si le livre physique conserve aujourd'hui encore une aura certaine, que révèle encore la fréquentation des bibliothèques universitaires classiques, il reste à mon sens nécessaire de ne pas négliger l'évolution contemporaine qui dessine une place croissante au support numérique.

Cinquième question : le support numérique, s'il est gage d'une information à portée de clic, permet-il le recul nécessaire à l'analyse juridique ?

Pierre-Yves Gautier

Le support numérique entraîne une sorte de sacralisation de la jurisprudence. Dès lors la recherche, à la manière anglo-saxonne, va être essentiellement centrée sur la jurisprudence, et cela au moyen de bases de données qui ne livreront qu'une information brute ou commentée de façon ultra-analytique, à l'anglo-saxonne. Si l'on envisage par exemple les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), c'est une grande mode : on se précipite les uns les autres pour être dans le train de la QPC, mais au fond, des réflexions sont à faire sur ses aspects méthodologiques et évidemment sur chacune des questions de droit qui sont traitées. (Où les trouve-t-on ? Dans les revues de fond, c'est sans surprise.) Or, cette réflexion suppose une distance. En effet, si l'on peut trouver sur le site du Conseil constitutionnel ou de la Cour de cassation l'ensemble des QPC, lesquelles sont parfois accompagnées d'une analyse à chaud, seuls les manuels, les articles de fond livrés plusieurs semaines ou mois après, pourront à la fois synthétiser et contextualiser correctement l'essentiel à retenir. La doctrine permet cette réflexion : elle constitue un véritable sas entre l'information brute et ce que l'on peut en tirer. En somme, elle constitue un intermédiaire nécessaire aux professionnels et aux étudiants. La doctrine précisément, c'est prendre un peu son temps et faire partager son expérience et sa culture au public des lecteurs.

« Le support numérique entraîne une sorte de sacralisation de la jurisprudence »

Denis Mazeaud

Je rejoins tes propos, mais il me semble que le recul nécessaire à l'analyse, que tu évoques s'agissant des manuels, est également possible sur le blog. Pour avoir ce recul, il suffit aux auteurs d'une soirée ou d'une discussion à deux. Je ne crois pas que le blog soit un obstacle à la pensée ; en effet, il est possible de faire de la réflexion rapide. Je persiste à croire – et cela se retrouve dans les faits – que le blog peut mêler actualité et réflexion.

Emmanuelle Filiberti

Je ne partage pas ce dernier point de vue. Il existe à mes yeux une différence fondamentale et même une incompatibilité indépassable entre le blog et la scientificité. S'il peut effectivement constituer un vecteur pratique d'information comportant tout à la fois des vertus de réactivité, de gratuité et d'interactivité qui en font un outil convivial, le blog me semble en revanche inapte à transmettre une véritable analyse juridique. Il ne peut dès lors s'agir que d'un support auxiliaire de l'information juridique.

Pierre-Yves Gautier

A cet aspect d'ordre qualitatif, effectivement, s'ajoute à mon sens un autre argument. En effet, je voyage à travers le monde pour rencontrer des collègues d'horizons parfois lointains et cela m'a permis d'observer une chose : les collègues, les étudiants étrangers de même que ceux qui viennent étudier par Erasmus chez nous, sont impressionnés pour ne pas dire émerveillés de cette maturation, de ce souci pédagogique, de synthèse et d'élévation scientifique que nous avons en France et que nous mettons dans nos manuels, dans nos notes et nos articles. Pourquoi en avoir honte ou le minimiser ? Soyons-en fiers, au contraire. La doctrine et les éditeurs travaillent en partenariat, à telle enseigne que si l'un s'écroule, l'autre tombe avec lui. Ils sont indivisibles et c'est pour cela que l'on doit les soutenir et ne pas céder aux sirènes et au chant universel du « tout numérique ». Ce n'est pas un propos de conservatisme, mais un simple appel à la prudence et la raison, notre mère à tous. Avançons à pas comptés, avec nos merveilleux outils électroniques, car les évolutions seront irréversibles.

Petit un du Grand B: hors les murs

Le droit est dans tout, le droit est partout : quelques contributions autour du droit.

2084, l'image aura-t-elle le dernier mot ?

Antoine Vey

« **Q**uiconque a lu un livre de cette manière y tient par un lien fort, une sorte d'adhérence, et quelque chose comme le vague sentiment d'avoir été miraculé : au cours d'une conversation chacun saura reconnaître chez l'autre, ne fût-ce qu'à une inflexion de voix particulière, ce sentiment lorsqu'il s'exprime, avec parfois les mêmes détours et la même pudeur que l'amour ; si une certaine résonance se rencontre, on dirait que se touchent deux fils électrisés » (Julien Gracq, *La littérature à l'estomac*).

En suivant, tapis dans le buisson, la trace aventureuse initiée par le désormais traditionnel « débat » de cette *Revue*¹, se profile un chemin vers une autre problématique qui concerne non seulement la place que le livre occupe aujourd'hui dans les facultés de droit, mais aussi, plus largement, le rapport que la jeunesse entretient avec la lecture. Cette relation, jadis fusionnelle, nous semble se dissoudre peu à peu, déroutée par les charmes coupables de l'image et du son qui se dénudent, gratuitement, sur tous les écrans et relèguent au rang d'enfantillages les plaisirs coquins de la littérature. N'étant plus abreuvés aux mêmes

sources, l'étudiant et son maître se détachent eux aussi peu à peu. L'un prêche la consultation calme et tranquille d'ouvrages volumineux, l'autre sollicite des réponses simples et rapides consultables sur Internet. L'un savoure les délices des mots, l'autre les trouve indigestes... La force de l'image n'est pas à prendre à la légère, elle modifie considérablement non seulement les habitudes du « consommateur », mais aussi ses capacités de résistance et surtout son imaginaire. Or, comme le soulignait récemment Antoine Gallimard, « sans cet imaginaire, le risque est que le livre soit dépassé par les autres technologies... » L'enseignement du droit et sa pratique transitent encore largement par le texte. Certes, le support du texte évolue mais les lois, les manuels, les commentaires, les décisions, les notes de jurisprudence, les cours, les conclusions, les mémoires circulent encore sous l'habit de l'alphabet latin. Cela est-il immuable ? Ne peut-on imaginer une autre forme de transmission, comme un retour aux origines : une société sans livre, affranchie des contraintes des lettres, de la grammaire et de l'orthographe ! Comme les hommes primitifs cloués au sol se dis-

¹ V. *supra*, « Bibliothèque numérique v. Bibliothèque papier ».

trayaient de concevoir l'idée des soucoupes volantes, prenons quelques lignes de cette *Revue* pour imaginer, « hors des murs » et hors du temps, avec des mots, la planète Justice du futur. Cela nous permettra peut-être de concevoir que le livre a encore de beaux jours devant lui ?

2084, 13h30 – Il est assis tranquillement, seul dans son appartement, la caméra braquée vers un mur vide, jadis occupé par une grande bibliothèque. Dans quelques minutes, et en charentaises, il va dispenser un cours de droit du crédit lequel sera visionné par des milliers d'étudiants, à n'importe quelle heure du jour et de la nuit, dans n'importe quel coin de la carte et du territoire. Au début du siècle en effet, certaines universités avaient décidé, un peu imprudemment, de consentir à mettre en ligne des « podcasts », enregistrements vidéos des cours qui se donnaient, à l'époque, dans de vastes amphithéâtres². A première vue, le procédé n'avait rien de révolutionnaire, les étudiants continuaient de taper frénétiquement les cours sur leurs ordinateurs. Petit à petit cependant, comme les fidèles qui avaient, un demi-siècle auparavant, déserté les églises, les élèves se mirent à visionner leurs cours sur la toile virtuelle. Les amphis désemplirent, les professeurs solitaires, résistèrent un moment. Le cours d'histoire du droit des obligations, déjà bien touché avant cette crise, n'y a pas survécu. Progressivement, s'est déployée, sur toutes les plateformes, sites des facultés, lieux de partages (forum) et « blogs » des enseignants, une véritable offre son et image, en *streaming*. Entre deux explications de règles sur la délégation de créances, un petit schéma vient éclairer le propos, une petite musique rythme chaque partie du cours dont la durée a été raccourcie à dix minutes (sans les bonus)³. Des films existent sur tous les sujets, dans toutes les matières ; certains ont même été réalisés à partir de vieux manuels. Ainsi, *En avant Capitant !, Demolombe contre attaque, Planiol : le chevalier sans cause, ont été abondamment téléchargés*, hissant ces figures, jadis un brin confidentielles, au rang de véritables légendes. Comme l'apparition du cinéma parlant avait tué les

acteurs muets, la fin des cours d'amphi a eu raison des professeurs de l'ancienne génération. Maintenant, la sélection n'opère plus par le biais du feu concours d'agrégation, jugé trop élitare, mais sur la base démocratique des votes des visionneurs. C'est ainsi que toute vidéo possède le potentiel de « faire le buzz » ; en un éclair, l'acteur-professeur se trouve promu à une notoriété jamais atteinte, même par les auteurs du Terré, Simler, Lequette lesquels avaient pourtant marqué leur époque.

Imprégnés de ces images, qu'ils se repassent en boucle, et qui détaillent point par point les affaires du siècle passé, compilées dans le coffret des *Grandes vidéos de la jurisprudence administrative (GVJA)*⁴, les étudiants ne sont pas moins sava-nts. Par exemple, ils connaissent par cœur, des pans entiers des dialogues de la vidéo et en déclament les répliques « cultes » : Lacordaire (en gros plan, le regard menaçant) – « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit » ; Hauriou (devenu acteur malgré lui) : « Le théâtre représente l'inconvénient majeur d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive et d'exalter les passions de l'amour, qui sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance⁵ ». Le plan en deux parties à été remplacé par un « menu », avec trois chapitres : la reconstitution cinématographique des faits de l'espèce, en trois dimensions, est généralement suivi du film du délibéré (on peut même, depuis un arrêt de la Cour internationale des droits de l'Homme, s'immiscer dans le « confessionnal » pour découvrir les secrets du tournage). La vidéo se termine toujours par un débat entre spécialistes : acteurs, magistrats, blogueurs... Les spectateurs peuvent ensuite poster leurs commentaires, voire chatter directement avec les intervenants. En dépit de certaines revendications syndicales, les examens n'ont pas été abolis et chaque année, les étudiants doivent se livrer à l'exercice redouté du « commentaire filmé » puis être en mesure d'interroger la « Base de données » (BDD), travail qui constituera l'activité principale de leur carrière future.

² http://www.u-paris2.fr/63849415/0/fiche___pagelibre/&RH=CAMPUS_NUM.

³ Pour un exemple des prouesses déjà réalisées outre Atlantique : l'introduction au droit pénal américain (<http://www.youtube.com/watch?v=tN5pZuOnSXQ&feature=channel>), ou au droit de la famille (<http://www.youtube.com/watch?v=pt2Bk6lYLo&feature=channel>).

⁴ Naturellement sur ce point, on reverra à la très belle réalisation de la « Doyen Hauriou Pictures », *The GAJA effect* (http://www.dailymotion.com/video/x6gswq_the-gaja-effect_shortfilms).

⁵ Commentaire sous la vidéo de la décision *Astruc*, CE 7 avr. 1916 : l'interprétation magistrale du rôle du Doyen Hauriou a d'ailleurs été saluée par la critique.

La pratique a elle aussi bien évolué. Développant une idée initiée au début du siècle par le Conseil national des barreaux (lequel fut supprimé à la suite des fusions entre les métiers de notaire, avocat, huissier, conseil, expert-comptable et greffier), la recherche juridique opère désormais à partir de la « BDD ». C'est la seule source qui fait loi en matière de règles applicables ; comme devant l'oracle, le professionnel pose une question et la base lui offre sa réponse. Ce procédé, dans un premier temps rudimentaire (il fallait saisir des mots clé pour ensuite lire soi-même les résultats de sa recherche !), a progressivement remplacé les coûteux stagiaires. Au procès, les débats ont donc été totalement chamboulés. Dans le temps, il s'agissait de discuter du bien fondé d'une réponse apportée à la question. Aujourd'hui, les conseils plaident en faveur de la question la plus pertinente, celle qui permet à « la base » de donner l'issue juste au litige.

On trouve encore, dans de vieux laboratoires, des personnes qui s'enterrent dans la pratique ancienne. Ils utilisent les « mots » et consultent des

« livres ». Ces sectes évoquent des idées bizarres : la nostalgie, le doute, la solidarité, l'amour... Aucune vidéo n'existe là dessus ? Les progrès technologiques ont fait disparaître le livre, mais certains ont continué à ressentir le besoin de penser. Ceux-là soutiennent que la « rhétorique de l'image⁶ » n'est pas un vrai langage et que la littérature, loin d'être une forme archaïque de communication, en serait au contraire la forme la plus élaborée, la seule capable de transmettre des concepts totalement hermétiques à l'image. Les livres ne disparaîtront jamais. La raison n'est pas qu'ils parviendront à rivaliser, dans la « ludicité », avec les jeux vidéo ou les films d'action. La raison est que le livre est le vecteur du savoir, qu'à rebours des constats pessimistes et apocalyptiques, il faut se rendre à l'évidence, on n'a jamais autant lu. La multiplication des revues, des recueils, des mélanges témoignent de ce bouillonnement trépidant. Le cercle des lecteurs peut se concentrer, mais ils auront toujours ce « vague sentiment d'avoir été miraculés », et la *Littérature à l'estomac*.

⁶ R. Barthes, *La rhétorique de l'image*.

Étudiant désespéré cherche série télévisée¹

Estelle Fragu et Héliène Guiziou

En quête de distraction, les auteurs de cet article se sont plongés dans l'univers impitoyable des séries télévisées. Inspirés par cette escapade extra-juridique mais néanmoins divertissante, ils n'ont pu s'empêcher d'en tirer cette petite fable.

Pour la troisième fois consécutive, Jean Carbonniel² commence sa deuxième année de droit. Depuis le temps qu'il poursuit ses études, il se demande toujours quand il les aura ratapées. Il est vrai que les portes de la troisième année lui resteront fermées tant qu'il n'aura pas franchi le cap fatidique de cinq sur vingt, note à laquelle il est depuis longtemps abonné. Après avoir réservé à sa dernière dissertation ratée un classement vertical, il tourne mélancoliquement le bouton de la télévision. Un bouquet d'émissions intellectuelles s'épanouit alors devant ses yeux émerveillés : *Qui veut épouser mon fils ?... Buffy contre les vampires... Qui veut gagner des millions ?* Ébahi, sautant fébrilement d'une chaîne à l'autre, il découvre parmi ces fascinants programmes les *Experts Miami*. Horacio Caine envoie Eric Delko opérer une perquisition chez leur suspect numéro un. Soudain, tout s'éclaire : Jean reconnaît son cas pratique de procédure pénale ! Aussitôt, il décide de faire de ses manuels et codes un bel *auto-da-fé*, et les imole séance tenante dans la corbeille à papier³. Pourquoi lire traités et revues soporifiques, pourquoi ingurgiter d'indigestes cours magistraux et autres travaux dirigés lorsqu'une série divertissante se propose de vous apprendre le droit ?

Pour la phase d'enquête, les *Experts*, ce sont eux. En matière de perquisition, la règle est simple, rien ne se fait sans mandat. Jean est stupéfait car il entend encore son chargé de travaux dirigés marteler l'absence d'exigence d'un mandat de perquisition. Sans doute n'était-il pas très attentif... Il comprend ensuite toutes les subtilités de la procédure grâce à Jack Mc Coy, procureur fétiche

de la police judiciaire de New York. Maître Ally Mc Beal de Boston lui offre quant à elle un modèle insurpassable d'avocat. Nul besoin de connaissances : des chaussures neuves dont le cuir crisse, un verre d'eau lentement et bruyamment rempli suffiront à distraire le jury tout en épatant la galerie. Il note la présence de jurys dans toutes les affaires, civiles comme pénales. Décidément, voilà qui est intéressant. Afin d'étudier la preuve, il opte pour *Dexter*, expert en projections de sang. Il y apprend comment collecter des preuves grâce à un jeu de ficelles et se surprend à rêver de faire partie d'un service médico-légal. Mais soudain, le rêve de Jean s'évanouit : tous ces avocats, ces procureurs parlent anglais... ils font du droit... américain. Voilà qui ne le tirera pas d'affaire pour son prochain examen de droit... français.

Cependant, les ressources de l'étrange lucarne interactive sont inépuisables : Jean tombe sur des séries françaises qui lui proposent de l'initier sans effort au droit pénal et à sa procédure. Voici d'abord *PJ*, puis *Central Nuit*, et les exploits renouvelés de la rousse *Julie Lescaut*, au prénom prédestiné. Jean comprend vite que mieux vaut prévoir une trousse à pharmacie bien garnie pour la sortie de garde à vue. Car les aveux ont un prix. Et tant pis pour la Convention européenne des droits de l'Homme et son article 5 encadrant notre garde à vue : l'essentiel est d'arrêter le coupable susurre-ton dans les couloirs du commissariat. Voici Alice Nervers, porte-étendard cathodique d'une magistrature outrageusement féminisée. La mission du juge d'instruction s'éclaircit soudain : passer l'essentiel de sa journée cramponné au siège dans la voiture

¹ Avertissement : trop regarder la télévision nuit gravement à la santé.

² Toute ressemblance avec des faits, personnages ou programmes existant ou ayant existé ne peut être que fortuite.

³ Les auteurs de l'article invitent les lecteurs à ne pas imiter leur héros, dans un souci de respect du droit d'abord, de sécurité ensuite, et enfin d'écologie.

du commissaire de police afin de poursuivre aux quatre coins de Paris tous ceux mis en examen.

Il trouve enfin son bonheur avec *Plus belle la vie* : il sent enfin un dix sur vingt à portée de télécommande ! Maître Céline Frémont, promue avocate au barreau de Marseille sans avoir fait une simple visite dans une quelconque école du barreau⁴, prodigue de précieux conseils à ses clients, qu'ils se trouvent devant ou derrière le petit écran. Le droit pénal spécial n'a plus de secret ni pour elle, ni pour lui : « tu vas être poursuivi pour empoisonnement mais, tu sais, si la victime était décédée, il y aurait eu complicité d'assassinat ». Pourtant, Jean croyait avoir lu dans son défunt manuel que la constitution de l'infraction d'empoisonnement n'avait cure de la survenance du décès. Arrive le commissaire Castelli, qui animé d'un noble souci de pédagogie dicté par l'efflorescence des normes supranationales, se livre à une petite leçon de droit communautaire : les autorités communautaires ont désormais le pouvoir d'édicter des lois, lesquelles comportent des décrets. Jean, les yeux écarquillés, n'en revient pas d'un tel bouleversement : son chargé de travaux dirigés d'introduction au droit avait pourtant mis un point d'honneur à expliquer que l'Union européenne se contentait d'édicter règlements et directives.

Au passage, il prend aussi quelques notes en vue de son cours de droit de la famille, profitant de

la polyvalence de Maître Frémont. En trois semaines, l'un des habitants du quartier du Mistral a divorcé, s'est remarié, puis a été tué, voyant ainsi sa succession ouverte ! Avec dans le meilleur des cas six mois pour voir prononcer un divorce par consentement mutuel et des délais à rallonge en matière de justice pénale, il semble que notre justice française ait tout à apprendre de celle mise en œuvre dans *Plus belle la vie* !

Assez révisé ! Jean éteint la télévision l'esprit tranquille, rassuré sur le galop d'essai qui approche.

Quelques semaines plus tard Jean est au plus bas. Il vient de recevoir sa copie. C'est la Bérésina... La note est plus que désastreuse : deux sur vingt. Son professeur virtuel l'a bien eu. Honteux et confus, jurant, mais un peu tard, qu'on ne l'y prendra plus, Jean retourne alors aux sources pures de la librairie juridique où il fait l'acquisition de nouveaux manuels. Le poste de télévision quant à lui, termine peu glorieusement sa carrière au fond d'une poubelle.

Cette fable contient plus d'un enseignement :

Nous y voyons premièrement,

Que ceux qui n'ont des lois aucune expérience,

Croient devant la télé perdre leur ignorance.

Et puis nous y pouvons apprendre,

Qu'à des clichés flatteurs chacun se laisse prendre.

⁴ Une école de quoi, dites-vous ?

Sauver la dignité humaine : construire un château en Espagne ?

Guillaume Drouot

Vous cherchiez une illustration de l'image populaire « faire d'une pierre deux coups » ? L'Espagne vous l'apporte, revêtue de ce gilet jaune fluo naguère sublimé par K. Lagerfeld en France. Voici les faits : « Les autorités catalanes ne rigolent pas avec la sécurité routière. Au point d'imposer le port du gilet jaune fluo à toutes les prostituées de la région. Postées de jour comme de nuit au bord de la route, elles sont accusées de mettre leur vie en danger ainsi que celles des automobilistes. Au delà de l'aspect sécuritaire, certains maires de la région espèrent secrètement mettre un point final au racolage sur la voie publique¹. »

Il faut noter que les autorités Catalanes ont le sens des priorités : d'abord la sécurité routière, et puis, si possible, par voie de conséquence, la fin du racolage sur la voie publique². On serait tenté ici de parler d'insoutenable légèreté, non des personnes faisant l'objet des dispositions, ces péripatéticiennes dont le surnom indique qu'elles sont tout sauf frivoles³, mais de ces animaux politiques ibères. La dignité humaine est ici reléguée au second plan, laissant la pole position à l'aspect sécuritaire, et la protection de l'humain en tant que personne, non en tant que potentiel accidenté, passe par le port d'un gilet jaune. « Ni pute, ni soumise, car j'ai mon gilet jaune » ?

Certes, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans sa grande bonté d'âme, permet à ces dames d'exercer ce qui est assimilé désormais à une profession. Dans un arrêt du 11 septembre 2007, la juridiction semble admettre que la prosti-

tution ne porte pas atteinte à la dignité si elle est n'est pas contrainte⁴. Il serait donc possible légitimement et sans rougir de parler « du plus vieux métier du monde ». Ce faisant, les juges de Strasbourg rejoignent la position de la CJUE – alors encore CJCE – qui décida le 20 novembre 2001⁵ que la prostitution était une activité économique indépendante bénéficiant de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Il est vrai que dans ce dernier cas, les personnes étaient derrière une vitrine, comme le veut la tradition hollandaise. Le risque d'atteinte est bien moindre que lorsque l'inconsciente prostituée se livre à une corrida avec les automobilistes le long d'une voie de circulation automobile.

Les autorités Catalanes, en invoquant le souci de bonne tenue – de route –, écartent ainsi toute contestation des éventuelles prostituées qui seraient là sur la base du volontariat et auxquelles on porterait une atteinte intolérable à la liberté d'entreprendre en voulant subsidiairement les empêcher de racoler, par le port de ce gilet. Habile. Le procédé n'est toutefois pas original : l'actualité brûlante prouve que lorsque l'on veut empêcher, en France, certaines personnes de porter une certaine tenue, est invoqué, notamment, l'ordre public, quitte à en renouveler la signification⁶. Tout comme Descartes⁷, le législateur avance masqué.

Il n'est pas vain toutefois de s'interroger sur la pertinence de la mesure. Le port de la chasuble sécuritaire favorise-t-il oui ou non le commerce de ces si particulières auto-stoppeuses ?

¹ [http://www.elle.fr/elle/Societe/News/Espagne-les-prostituees-doivent-porter-le-gilet-jaune/\(gid\)/1399284](http://www.elle.fr/elle/Societe/News/Espagne-les-prostituees-doivent-porter-le-gilet-jaune/(gid)/1399284).

² Sanctionné en France par deux ans d'emprisonnement et 3750 euros d'amende. V. art. 225-10-1 C. pén.

³ Les péripatéticiens étant les disciples d'Aristote qui enseignait en marchant. Notons cependant que dans la plupart des cas seule la déambulation fait le lien entre le péripatéticien antique et l'authentique péripatéticienne...

⁴ Arrêt *Tremblay c/ France*, interprétation *a contrario* du point 25 : « C'est en revanche avec la plus grande fermeté que la Cour souligne qu'elle juge la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte. »

⁵ CJCE, 20 nov. 2001, *Dame Jany c/ Pays-Bas*, affaire C-268/99 : « 48. Dans ces condi-

tions, sans même qu'il soit besoin d'aborder la question de savoir si la prostitution peut être considérée comme une activité commerciale, ainsi que le soutient le gouvernement du Royaume-Uni, il suffit de constater qu'elle consiste en une activité par laquelle le prestataire satisfait, à titre onéreux, une demande du bénéficiaire sans produire ou céder des biens matériels. 49. Dès lors, la prostitution constitue une prestation de services rémunérée qui, ainsi qu'il ressort du point 33 du présent arrêt, relève de la notion d'"activités économiques" ».

⁶ Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat le jeudi 25 mars 2010, p. 26, disponible sur <http://esrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/104000146/0000.pdf>.

⁷ Qui avait dévoilé sa devise : « *lavatus prodeio* ».

Il est permis de penser, sans aller plus loin dans la réflexion cependant, que les maisons closes auraient au moins l'avantage de soustraire plus efficacement les demi-mondaines au regard de l'automobiliste distrait, que ce vêtement plus visible qu'une lanterne rouge, de jour, comme de nuit. Déjà en 1256, ce fut (notamment) l'insécurité dans les rues qui justifia la révocation d'un édit de 1254 qui supprimait les maisons de tolérance. Le problème n'est donc pas nouveau ; la solution, en revanche, oui. Cela ne garantit, hélas, en rien son efficacité. Plutôt que de ramener dans leurs pénates ces « EIRL⁸ », on a préféré les affubler d'une tunique, avec l'effet à double tranchant que cela implique : celle que l'on veut protéger de l'accident deviendra la cible aisée du badaud motorisé. Il n'est peut-être pas totalement incongru de parler

ici d'effet pervers de la norme : la protection, par ricochet, de la dignité de la fille de joie, s'avérera faciliter le contraire par effet boomerang. Avoir voulu poser la première pierre fondatrice d'une protection, en souhaitant que celle-ci supportât deux étages l'un sur l'autre (la dignité occupant le second, la sécurité le premier et supportant le tout), réduit hélas le bel édifice à la velléité de construire un château en Espagne.

Nous ne saurions terminer que sur une note positive : si par malheur vous tombiez en panne un jour sur l'autoroute, et que vous êtes par nature hostile au port du gilet de sécurité, sachez que désormais vous pourrez l'arborer fièrement. Vous serez peut-être assimilés à l'une des ces malheureuses jeunes filles, mais votre dignité, comme la leur, sera sauvée !

⁸ Entrepreneuses indépendantes dans le relationnel et la luxure.

Un article inutile sur un mauvais sujet (?) : de l'importance du point-virgule en droit

Nicolas Balat

Un article sur l'importance du point-virgule dans une revue juridique ? Étrange idée, bien futile au premier regard. N'a-t-on rien de mieux à écrire ? Le droit ne regorge-t-il pas de thèmes plus décisifs et non encore explorés ? Don Quichotte perdait son temps à se battre contre des moulins ; pourquoi perdre le nôtre à dissertar sur le point-virgule ?

Si la ponctuation n'a pas le vent en poupe, force est de constater que c'est mer d'huile pour le point-virgule. C'est la conclusion à laquelle parviennent nombre d'observateurs¹ : « lanterne rouge » de la ponctuation², le point-virgule est le grand absent des écrits contemporains³. Comme la lettre e dans le roman de Georges Pérec, le point-virgule aurait disparu. Ses défenseurs aussi, d'ailleurs : voici quelques années, un *Comité de défense et d'illustration du point-virgule* s'était constitué, qui s'engageait à « chanter ses louanges en toute occasion⁴ » ; il n'y en a même plus trace aujourd'hui. Rares sont désormais les cas où le point-virgule est regagné par la ferveur nationale. Si rares que lorsqu'il fut, pendant vingt-quatre heures, sous le feu des projecteurs, c'était pour servir de matière au poisson d'avril d'un site d'information⁵. Sans trop forcer le trait, il est permis de croire que seule la compagnie du tiret et de la parenthèse fermante, en même temps qu'elle légitime son maintien sur les claviers d'ordinateurs, semble susceptible de lui

offrir une nouvelle jeunesse⁶. Et de fait, c'est à peu près tout : là se trouverait le seul titre de gloire de ce moribond, ultime vestige, dernière médaille – presque décernée à titre posthume, tant le point-virgule gît sous les décombres de sa grandeur passée⁷. Si bien qu'au lieu de chanter ses louanges, peut-être vaudrait-il mieux songer à entonner son *requiem*...

Dans le domaine du droit, l'intérêt porté au point-virgule n'incite pas non plus, loin s'en faut, à l'optimisme. Influence des considérations environnementales oblige, le tri sélectif règne dans les (rares⁸) études consacrées à la ponctuation : certains signes sont privilégiés au détriment des autres. Notamment, la virgule tient une place de choix⁹ ; d'ailleurs, même les études *a priori* consacrées à la ponctuation en général sont, en réalité, la partition d'un hymne à la gloire de la virgule¹⁰. Pour le point-virgule, c'est le désert¹¹. Désert si aride, d'ailleurs, que des mirages s'y produisent de temps à autre : à propos d'un texte du code forestier, le cas fut

¹ V. not. l'article de C. Duneton dans *Le Figaro littéraire*, 18 sept. 2003 : « le point-virgule mal aimé des écrivains, abandonné par les écrivains, est en voie de disparition » ; O. Houdart et S. Prioul, *L'art de la ponctuation*, Paris, Points, 2007, p. 101 s.

² O. Houdart et S. Prioul, *L'art de la ponctuation*, Paris, Points, 2007, p. 101.

³ Exemple littéraire célèbre, le roman *Coming Up for Air* de George Orwell (1939) n'en contient aucun.

⁴ Cité par O. Houdart et S. Prioul, *L'art de la ponctuation*, Points, 2007, p. 111.

⁵ Le 1^{er} avril 2008, le poisson d'avril lancé par le site *Rue89* portait le titre suivant : « L'Élysée lance une mission pour sauver le point-virgule ». Le site fit croire à ses lecteurs qu'une mission aux fins de restaurer l'emprise du point-virgule dans les documents administratifs, lancée à l'initiative de la présidence de la République, avait été confiée au député Benoist Apparu et au linguiste Alain Rey.

⁶ Référence est faite, on l'aura compris, aux fameux « smileys » - ; - ;)...)

⁷ Le « destin » du point-virgule dans sa fonction actuelle semble remonter à la fin du xv^e siècle : c'est l'imprimeur Alde Manuce qui, dans le Venise des années 1490, en « inventa » l'utilisation contemporaine ; depuis cette date, il est présent dans de nombreux écrits. Le signe typographique existe toutefois depuis plus longtemps,

puisqu'il en est trouvé trace dans les écrits médiévaux.

⁸ V. not. D. Bardonnet, « Marginalia : à propos de la ponctuation dans le processus interprétatif en droit international », in *Mélanges N. Valticos*, Paris, Pédone, 1998, p. 37 s. ; N. Molfessis, « Des "nouvelles" règles d'élaboration des textes », *RTD civ.* 1997, 780 s.

⁹ V. G. Rouzet, « Le point sur la virgule (art. 10, al. 1^{er}, de la loi du 17 mars 1909) », in *Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GILN-Joly et Litec, Paris, 1991, p. 355 s. (cet article – devenu l'article L. 142-3, al. 1^{er}, du code de commerce – dispose que « le contrat de nantissement est constaté par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, dûment enregistré » ; pour l'auteur [p. 355], « il s'agit d'une virgule qui laisserait à penser que le nantissement ne pourrait être pris qu'en vertu d'un acte enregistré »).

¹⁰ V. D. Bardonnet, « Marginalia : à propos de la ponctuation dans le processus interprétatif en droit international », in *Mélanges N. Valticos*, Paris, Pédone, 1998, p. 37 s., spéc. n° 6, où l'auteur explique que, « pour ne pas alourdir à l'excès la présente étude, on [...] voudrait [...] présenter seulement quelques observations sur le rôle de la virgule ».

¹¹ V. cep. les guides de légistique et notamment D. Rêmy, *Légistique*, Romillat, 1994, n° 186 s.

signalé d'une erreur de transposition entre la version parue au *Journal officiel* et la version destinée au site *Legifrance* ; par un tour de prestidigitation digne des plus grands, la version de *Legifrance* se vit privée du point-virgule contenu dans la première¹².

Étonnant constat de carence. Les plaisanteries les plus courtes sont les meilleures, et la raison voudrait sans doute que l'on conclue dès l'introduction et que l'on se résolve à poser que, puisque rien n'est dit sur le point-virgule dans le domaine juridique, il n'y aurait rien à en dire. Difficile de s'y résoudre, pourtant, avant d'avoir véritablement mis le sujet à l'épreuve : « qui juge lentement juge sûrement », écrivait Sophocle. L'heure du point final sur l'importance du point-virgule n'est donc pas encore venue. Remarques éparées et sans rigueur, mais tout de même présentées en deux points successifs : présence d'abord (I), incidence ensuite (II).

I. C'est, en premier lieu, la présence du point-virgule en droit qui mérite de retenir l'attention. D'emblée, un premier constat, de l'ordre de l'évidence, s'impose et restreint le champ de la recherche : le point-virgule n'est présent qu'à l'écrit. C'est le signe que, en toute hypothèse, il ne faut pas exagérer son importance : le droit, lorsqu'il n'est pas écrit, peut se passer de ponctuation ; il ne peut jamais se passer de mots. Une fois cette précision apportée, il faut pourtant en faire une autre : à l'écrit, le point-virgule est partout, ou presque – dans la loi au sens large, dans les décisions de justice, dans les avis et même en doctrine.

Dans les lois et règlements, la virgule et le point sont plus fréquemment utilisés que l'entre-deux, ce plus-que-virgule et moins-que-point. Le constat ne doit pourtant pas tromper, car le point-virgule, quoique discret, est bel et bien présent. Ainsi, le code civil abrite-t-il près de sept cents points-vir-

gules¹³. Ce n'est pas l'unique illustration : cette discrète profusion ne se limite ni à ce code (par exemple, le code de procédure civile en contient près de quatre cents), ni au droit codifié (dans sa version en vigueur, la loi du 1^{er} juillet 1901 relative aux associations en contient trente-six en moins de vingt articles), ni même aux temps contemporains (les ordonnances et édits royaux en usaient abondamment : par exemple, la grande ordonnance sur la marine d'août 1681 en contient près de deux cents ; le seul article 125 de l'ordonnance de Montils-lès-Tours d'avril 1454, qui impose la rédaction des coutumes, en contient cinq). En législation, le point-virgule vit prospère.

C'est en jurisprudence, néanmoins, que le point-virgule est le plus à l'honneur : par tradition, il est la cheville des arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Il structure ceux-ci, lesquels sont traditionnellement rédigés – étonnante habitude française¹⁴ – en une seule phrase¹⁵, et ne contiennent qu'un point final. Les mots de Montherlant résonnent alors dans un sens auquel lui-même n'avait probablement pas pensé : « on reconnaît tout de suite un homme de *jugement* à l'usage qu'il fait du point et virgule¹⁶ »...

Quid des avis ? Dans les avis contentieux du Conseil d'État, le point-virgule est réduit à la portion congrue, le point étant entré au Palais-Royal¹⁷ ; quant à ses avis consultatifs, il fut un temps où ils étaient rédigés tout en points-virgules mais, à en croire la doctrine, ce temps est révolu depuis 1974¹⁸. Les avis (uniquement contentieux, ceux-ci) de la Cour de cassation sont moins audacieux : ils ne s'autorisent qu'un point final¹⁹.

Arrêtons-nous enfin, à la marge du droit²⁰, sur la doctrine. C'est l'occasion de faire honneur aux anciens. Sans même regarder ni du côté des notes de bas de page²¹, ni du côté des auteurs qui, tel Demolombe²², ont solidement acquis la réputation

¹² V. *Encycl. jur. - Rép. civ.*, V° « Forêts », par M. Lagarde, Dalloz, 2003, n° 728 (art. L. 322-3, b, du code forestier). L'erreur a, depuis lors, été rectifiée par le site *Legifrance*.

¹³ Notamment : un seul dans le titre préliminaire, 178 dans le livre I, 50 dans le livre II, 314 dans le livre III et 109 dans le livre IV.

¹⁴ À titre d'exemple, il convient de relever que ni les juges de langue espagnole, ni les juges de langue anglaise ne semblent s'astreindre à tant de rigueur.

¹⁵ V. P. Mimin, *Le style des jugements*, préf. P. Bouchardon, Librairies techniques, 4^e éd., 1962, n° 78. Les décisions des juges du fond sont souvent moins « pointilleuses ».

¹⁶ H. de Montherlant, *Carnets 1930-1944*, Paris, Gallimard, 1957, vol. 1, p. 102. Nous soulignons.

¹⁷ Par exemple : CE avis, 6 déc. 2002, n° 249.153, *Synd. intercommunal des établissements de second cycle du second degré du district de L'Haj-les-Roses* ; CE avis,

29 juill. 2002, n° 246.921, *Société MAJ blanchisseries de Pantin*.

¹⁸ Sur ce point, v. H. Hoepffner, « Les avis du Conseil d'État, essai de synthèse », *RFDA* 2009, p. 895 s., spéc. n° 28.

¹⁹ V., par ex., l'avis rendu le 18 janvier 2010 (n° 00-900.04).

²⁰ Et peut-être, également, du sujet : il n'est plus directement question de droit, mais d'écrits sur le droit.

²¹ Qui, elles, intéressent parfois les juristes (v. not. P.-Y. Gautier, « La note de bas de page », in *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 283 s.), et dans lesquelles les références citées sont traditionnellement séparées par un point-virgule.

²² La préface de son *Cours de Code civil* (Paris, Durand, t. 1, 1845) en donne un avant-goût : presque tous les signes de ponctuation y passent, seuls ou par deux, et le point-virgule n'y est pas en reste (dix-sept occurrences en quelques pages).

de stakhanovistes de la ponctuation, il est frappant de constater que la doctrine use du point-virgule sans parcimonie. Exemple pris au hasard, l'article préliminaire du célèbre *Traité des obligations* de Pothier en contient dix en trois pages seulement²³ ; la suite de l'ouvrage est à l'avenant. Au jeu du recensement, les modernes ne seraient pas en reste non plus et les illustrations pourraient être multipliées²⁴.

À tout le moins, ce n'est donc pas de la chronique d'une mort annoncée qu'il est ici question : dans le champ juridique, le point-virgule se porte bien. Cependant, sa présence n'implique pas nécessairement son utilité, laquelle reste à démontrer.

II. En second lieu, c'est donc l'incidence du point-virgule en droit qui mérite mention. L'incidence ? De prime abord, cette seconde question a, comme la première, de quoi laisser sceptique : le point-virgule reste un signe de ponctuation, dont l'influence sur un énoncé juridique doit passer – et passe – après celle des mots. En outre, il faut bien reconnaître que, souvent, la ponctuation, point-virgule en tête, est le cadet des soucis de l'auteur d'un texte juridique. Ainsi, la présence du point-virgule sera fréquemment fortuite, si bien qu'il sera pour le moins divinatoire de vouloir lui accorder une signification particulière. Cette considération est-elle suffisante pour écarter toute influence du point-virgule ? C'est loin d'être certain. Raisonnant par l'absurde, il faut convenir qu'il y a forcément une incidence : il n'est pas rare de rencontrer une modification législative ou réglementaire visant à remplacer un point-virgule par un autre signe²⁵, motif pris de ce que la première version du texte contenait une « coquille » ; or, si l'auteur de la norme n'estimait pas que le point-virgule pouvait avoir une

incidence sur cette norme, « que diable allait-il faire dans cette galère ? » Avec Géronte²⁶, on peut en effet sérieusement se le demander. Il est alors possible de discerner – sans exhaustivité – trois manifestations de l'incidence du point-virgule.

La première manifestation de l'incidence est assez évidente. Le point-virgule est un signe de ponctuation : il structure la phrase. Sa particularité est qu'il le fait entre continuité et rupture. En droit comme ailleurs, il marque la séparation entre deux propositions d'égale importance, mais sans que cette séparation soit absolue. Quoique formellement distinctes, les propositions séparées par le point-virgule demeurent unies par un lien logique (pour se limiter aux exemples célèberrimes, c'est notamment le cas à l'article 2 du code civil²⁷) ; c'est certainement pourquoi le point-virgule est souvent utilisé dans le cadre d'énumérations (pour se limiter, ici encore, aux exemples célèberrimes, c'est le cas à l'article 1108 du code civil²⁸). Si l'on s'arrêtait à ces illustrations, il faudrait probablement poser, par induction, que l'utilisation du point-virgule en droit répond à un simple souci esthétique, d'agrément : force est de reconnaître que dans les exemples cités, il aurait pu, sans grand dommage, être préféré au point-virgule un point²⁹ ou une virgule³⁰. Ainsi, s'il ne s'agissait que de cela, la question ne mériterait pas de longs développements. Mais précisément, il ne s'agit pas que de cela.

La deuxième manifestation est plus intéressante. Le point-virgule peut avoir une incidence, sinon sur la signification d'une norme, du moins sur l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence³¹ ou par la doctrine³². Mais, rétorqueront les sceptiques, la ponctuation est un détail, pourquoi chercher à y accorder de l'importance dans l'interprétation ? Que l'on sache, pour la virgule, cette in-

²³ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris, Debure et Orléans, V^e Rouzeau-Montaut, t. 1, 1774, p. 1 s.

²⁴ L'on se contentera de relever que cette revue semble également contribuer à la « cause perdue » : le numéro 1 contenait 101 points-virgules ; le numéro 2 en abritait 76 ; quant à ce numéro, il en contiendrait 218.

²⁵ V. par exemple l'article 1^{er}, 8^e, d), du décret n^o 2008-1204 du 20 novembre 2008 modifiant l'article 8 du décret du 5 mai 1997 : « à la fin du quatrième alinéa, le point-virgule est remplacé par un point ».

²⁶ Molière, *Les fourberies de Scapin*, II, 7.

²⁷ « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

²⁸ « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

²⁹ Dans le cas de l'article 2 du code civil.

³⁰ Dans le cas de l'article 1108 du code civil.

³¹ V. not. l'exemple cité par D. Rémy, *Légistique*, Romillat, 1994, n^o 187, concer-

nant l'article 13 du décret du 24 février 1984 portant statut des praticiens hospitaliers. La transformation d'un point-virgule en point a suffi pour entacher le décret d'incompétence (CE, 2 mai 1990, *Joannides et Syndicat national des médecins, chirurgiens, spécialistes et biologistes des hôpitaux publics*, n^o 86.662, *Lebon*, p. 107).

³² Un exemple parmi beaucoup d'autres : pour l'interprétation d'un texte réglementaire en droit du travail sur le lock-out, v. *Encycl. jur. - Rép. dr. trav.*, V^e « Lock-out et mise au chômage technique », par A. Cristau, *Dalloz*, 2008, n^o 147.

³³ Outre l'exemple précité (note 6) du « point sur la virgule » en matière de nantissement, v., en matière d'action de concert, le débat auquel a donné lieu une simple virgule malencontreusement insérée à l'article L. 233-10 du code de commerce par la loi NRE du 15 mai 2001, et retirée par la loi Murcef du 11 décembre 2001 (en particulier, v. J.-J. Daigne, *Rev. soc.* 2001, p. 617 s. ; A. Couret, *D.* 2001, p. 1778 s., spéc. n^o 16 ; N. Rontchevsky, *RTD com.* 2002, p. 121).

fluence n'est pas contestée : de l'avis de tous, elle peut modifier considérablement le sens d'une règle de droit³³. Qu'est-ce qui justifierait une différence de traitement avec le point-virgule ? En bonne logique, rien. C'est d'ailleurs l'avis des auteurs d'une circulaire du 30 janvier 1997, puisqu'ils ont rappelé que « la substitution récente par amendement d'un point-virgule à une virgule a considérablement changé le sens de l'article 17 du code des débits de boissons », relatif à l'autorisation de la publicité en faveur des boissons alcooliques³⁴. Selon toute probabilité, un point-virgule aurait été introduit au 3^o du texte, à la place d'une virgule, entre les propositions « sous forme d'affiches et d'enseignes » et « sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat ». Si les deux propositions avaient été séparées par une virgule, il aurait été possible d'interpréter le texte comme n'autorisant la publicité sous forme d'affiches et d'enseignes qu'à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, visés par la deuxième partie de l'énumération ; puisque les deux propositions sont séparées par un point-virgule, il devient évident que la publicité sous forme d'affiches et d'enseignes est autorisée même en-dehors des lieux de vente à caractère spécialisé. Exemple, certes, un peu caricatural ; mais au moins, il démontre que le point-virgule n'est pas toujours de pur agrément³⁵.

Délaissons les spiritueux pour une seconde illustration. Un point-virgule, présent dans les versions française et anglaise, mais non dans la version russe, de la Charte de Londres du 8 août 1945 instituant le Tribunal militaire international pour juger les criminels de guerre, aurait permis au Tribunal de Nüremberg de « considérer les crimes contre l'humanité comme une notion juridique autonome et [de] lui donner des développements considérables. Avec une virgule, cette possibilité lui était fer-

mée³⁶ ». La divergence de ponctuation fut donc promptement rectifiée par le protocole de Berlin du 6 octobre 1945, lequel remplaça l'indésirable point-virgule par une virgule³⁷.

Les derniers sceptiques ne manqueront pas de relever que cette influence du point-virgule ne concerne pas l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat : le point-virgule y étant omniprésent, il est difficile de lui attribuer une signification particulière. Ceux-ci auront raison, à un détail près. Lorsqu'un arrêt reproduit une disposition législative ou réglementaire qui contient un point, le plus souvent, le juge « reponctue » le texte à l'aide d'un point-virgule. C'est peut-être pousser la rigueur un peu loin, d'autant que, comme ce fut le cas à l'occasion de la « reponctuation » de l'article 1851 du code civil³⁸, la porte est alors ouverte à des débats dont la communauté juridique se serait volontiers passée, mais qui n'en sont pas moins difficiles à éviter : « transformer un point en un point-virgule peut paraître péché véniel », ce dont chacun conviendra sans grande résistance ; mais « lorsqu'il s'agit justement de bâtir une argumentation sur la lettre d'un texte, la conséquence peut être non négligeable³⁹ ». Tout est dit.

La troisième manifestation de l'incidence, quant à elle, est pour le moins étonnante. Lorsqu'elle est renvoyée en retrait à la ligne, la proposition qui suit un point-virgule peut être qualifiée... de nouvel alinéa. C'est ce que décide une facétieuse circulaire du premier ministre, en date du 20 octobre 2000⁴⁰. Aux termes de celle-ci, il convient « de compter pour un alinéa tout mot ou groupe de mots renvoyé à la ligne, sans qu'il y ait lieu d'établir des distinctions selon la nature du signe placé à la fin de la ligne précédente (point, deux-points ou point-virgule) ou au début de la ligne nouvelle (chiffre arabe ou romain, tiret, guillemets...) ». La solution fut critiquée⁴¹ ; il est vrai qu'elle n'est pas classique – il semblait admis presque intuitivement que seul un

³⁴ JO 1^{er} févr. 1997. À noter que, d'une part, ledit article 17 semble être plus exactement l'article L. 17 du code des débits de boissons et que, d'autre part, il est devenu l'article L. 3323-2 du code de la santé publique.

³⁵ S'il fallait en tirer un enseignement, il serait le suivant : un point-virgule est nécessaire pour séparer deux termes d'une énumération lorsque l'un comporte une précision qui lui est propre (car, sans point-virgule, l'interprète sera toujours tenté d'entendre la précision au second terme de l'énumération).

³⁶ D. Bardonnet, « Marginalia : à propos de la ponctuation dans le processus interprétatif en droit international », in *Mélanges N. Valticos*, Paris, Pedone, 1998, p. 37 s., spéc. n° 4.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. not. Civ. 3^e, 6 janv. 1999, n° 96-22.249, *Bull. civ.* III, n° 6 (« reponctuant » l'article 1851 du code civil) et le commentaire de B. Saintourens, « Vers une révocation *ad nutum* des gérants de sociétés civiles ? », *Rev. sociétés* 1999, p. 320 s.

³⁹ B. Saintourens, note préc.

⁴⁰ Circulaire du 20 octobre 2000 relative au mode de décompte des alinéas lors de l'élaboration des textes, JO 31 oct. 2000 (point n° 3, ...alinéa 2). Sur l'état de la question avant l'adoption de la circulaire, v. D. Rémy, *Légistique*, Romillat, 1994, n° 161.

⁴¹ A. Le Gall, « Alinéa, vous avez dit alinéa ? », *D.* 2001, p. 133 s.

point, clôturant une phrase, pouvait donner suite à un nouvel alinéa⁴² –, mais à bien y réfléchir, peut-on affirmer sans hésitation qu'elle est inexacte ? Rien n'est moins sûr, dans la mesure où, pour la plupart des dictionnaires, un alinéa désigne simplement la ligne d'un texte dont le premier mot est en retrait – sans référence à un quelconque signe de ponctuation qui le précéderait. À tout le moins donc, le doute est de rigueur. Quant aux questions, elles sont de mise⁴³ : dans l'hypothèse où la solution serait grammaticalement fautive, pourrait-elle être juridiquement vraie⁴⁴ ? En cas de réponse négative, qu'y faire – juridiquement ? La décision de modifier la grammaire juridique fait-elle grief ? Revient-elle, lorsqu'elle résulte d'une circulaire, à « fixe[r], dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence » ou à prendre une décision « illégal[e] pour d'autres motifs⁴⁵ » ? Sans se hasarder à apporter des réponses à ces interrogations qui s'emboîtent comme des poupées russes, il faut concéder que l'on peine à imaginer

aboutir un recours en excès de pouvoir tendant à faire annuler une circulaire modifiant l'ordonnement... grammatical. Relevons, en outre, que l'autorité morale de la solution ne s'est pas imposée aux tribunaux – auxquels, d'ailleurs, la circulaire ne s'adresse pas –, puisqu'ils ne semblent pas la prendre en considération pour le décompte des alinéas composant les textes qu'ils visent⁴⁶. Tout ceci n'aurait qu'une importance ténue si la divergence n'avait pas de répercussions sur la qualité du droit : elle est source d'une complexification inutile⁴⁷. Pour le « beau droit⁴⁸ », il faudra repasser. Au fond, le débat n'a qu'un mérite : celui de confirmer que les règles de ponctuation, point-virgule compris, « ont une grande importance juridique⁴⁹ ».

Le propos n'est donc pas d'attribuer au point-virgule plus d'importance qu'il n'en a : celui-ci reste un signe de ponctuation, pas le plus populaire au demeurant. Cependant, tel le « battement d'aile du papillon », l'insignifiant point-virgule ne l'est manifestement pas tant que cela.

⁴² Les grammaires (par exemple, v. M. Riegel, J.-C. Pellat et R. Rioul, *Grammaire méthodique du français*, PUF, Quadrige, 4^e éd., 2009, p. 167) n'envisagent même pas l'hypothèse pour la condamner, se contentant de relever que l'alinéa est un complément du point – sauf peut-être en poésie, mais l'on conviendra que l'assimilation entre poésie et droit, n'en déplaît à Giraudoux, est osée...

⁴³ Du moins sur le plan de la théorie. Il en va différemment en pratique : d'une part, les délais de recours contre la circulaire sont expirés depuis longtemps ; d'autre part et abstraction faite de cette première donnée, il est difficile d'imaginer quel intérêt un requérant aurait à intenter un recours en excès de pouvoir contre une circulaire de ce type.

⁴⁴ À la marge – si l'on peut dire –, ce mauvais usage de l'alinéa conduit à une interrogation plus fondamentale : le droit permet-il de décider de tout, même de la grammaire ? Peut-être : la preuve. Mais est-ce son rôle pour autant ?

⁴⁵ L'on aura reconnu les critères d'appréciation de la validité des circulaires administratives, fixés depuis un arrêt CE sect., 18 déc. 2002, *M^{me} Duvignères, Lebon*, p. 463, concl. Fombeur.

⁴⁶ Par exemple, v. Civ. 3^e, 2 mars 2010, n° 09-12.009, *JCP* 2010, p. 750 s., note C. Lebel : la Cour de cassation vise l'article L. 110-4, II, alinéa 2 du code de commerce ; si elle avait suivi les consignes de la circulaire, elle aurait visé l'article L. 110-4, II, alinéa 3 (C. Lebel, note préc. ; remarquons qu'en toute

rigueur, la Cour de cassation aurait même dû faire référence au « 2° » de l'article plutôt qu'à son alinéa 2)... Le Conseil d'État ne respecterait pas non plus la « règle » établie par la circulaire (v. not. *JCI. Notarial*, fasc. 610, n° 35, mise à jour).

⁴⁷ Le problème pourrait notamment se révéler s'il était décidé de recourir à la technique du renvoi de texte. Imaginons, par exemple, que le législateur souhaite interdire la conclusion d'un contrat portant sur un bien aux mandataires investis d'un pouvoir sur ce bien et que, pour exprimer cette interdiction, il décide de renvoyer à l'article 1596 du code civil, qui régit la question en matière de vente ; s'il applique les consignes de la circulaire, il renverra, en tant que de raison, à l'article 1596, alinéa 3. Le juge, quant à lui et parce qu'il se fait une autre conception de l'alinéa, lorsqu'il devrait appliquer la nouvelle interdiction, risquerait d'entendre le renvoi comme visant non pas les mandataires, mais les fiduciaires.

⁴⁸ Pour reprendre le titre de l'article de Ph. Jestaz, « Le beau droit », in *Autour du droit civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 47 s.

⁴⁹ C'est ce qu'affirme sans ambages la circulaire, moins facétieuse, du 30 janvier 1997 (préc., *JO* 1^{er} févr. 1997). V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 7^e éd., n° 427.

Petit deux du Grand B: dans les murs

La RDA revient sur les actualités de l'Université Panthéon-Assas : un regard décalé sur quelques nouveautés de la planète « faculté » !

Candide rue d'Assas

Guillaume Drouot

Candide adj. (lat. *Candidus*). Qui manifeste de la candeur.

Candide ou l'Optimisme, conte de Voltaire (1759).

Assas (Nicolas Louis, chevalier d'), 1733-1760, officier français. Capitaine au régiment d'Auvergne, il aurait, selon Voltaire, sauvé son régiment au prix de sa vie en s'écriant : « À moi, Auvergne, ce sont les ennemis ! »

Candide, c'est un nom qui se passe de prénom, est né dans les années 1990. Originaire de Provence, il veut découvrir la première ville de province, Paris. Il décide ainsi de partir, armé de son seul dictionnaire pour découvrir un nouveau monde¹. Au cours du voyage qui doit l'amener à la capitale, il s'inquiète du programme de son séjour, et interroge son voisin sur ce que le *Guide du Routard* n'aurait pas manqué de signaler comme « immanquable ». Epais et affable, son moustachu de voisin s'efforce de lui signaler les classiques. Touché par l'attention naïve de notre

héros, il se redresse à la fin de sa litanie touristique et interroge notre personnage. Interpelé par le patronyme de ce dernier, et féru de culture militaire², ce compagnon et guide de voyage lui narre cette anecdote de Voltaire sur le chevalier d'Assas qui lui valut peut-être, non c'est sûr même, le nom d'une rue qui, par accession, donna à une faculté son nom. Candide apprend donc par cette limpide concaténation³ l'existence de l'« Université Panthéon-Assas ». Il fait depuis ce rêve étrange et pénétrant d'un lieu de savoir, paisible, qui n'est jamais tout à fait le même, ni tout à fait un autre, qu'il aimerait et où il comprendrait. Il se décide à approfondir le sujet.

Chapitre 1 : Une vidéo de présentation⁴

Arrivé à son pied-à-terre, Candide se renseigne. Ravi, il découvre une vidéo de présentation sur la page du site de l'Université. Avec hâte il clique : il veut en savoir plus sur les résidents, les professeurs, les matières. Il n'en apprend pas beaucoup, mais est content de voir que la faculté offre d'autres

¹ Nous reproduisons les définitions clés qui servent à Candide. Elles sont issues du *Petit Larousse compact*, 2000, que notre personnage emporta. Nous le remercions vivement pour nous avoir permis de le consulter.

² Certains y verront un oxymore. Nous les laissons décider en conscience.

³ Candide – Voltaire – chevalier d'Assas - Rue d'Assas - Université Panthéon-Assas. Imparable.

⁴ **Présentation** n.f. 1. Action, manière de présenter quelque chose à quelqu'un, de le faire connaître, en particulier pour le vendre, le promouvoir.

distractions aux étudiants qu'une préparation aux examens. Assurément se dit-il, on attend ici des têtes bien faites, plutôt que bien pleines. Évitant de mettre en avant les qualités de l'enseignement, c'est par la vie de l'université que l'on promeut la faculté. Il veut découvrir ces différentes tranches de vie assasienne. Tant pis pour l'aspect scientifique, le séjour sera exclusivement sabbatique⁵. Candide veut profiter du souffle de modernité ayant envahi Assas.

Chapitre 2 : La cérémonie des majors⁶

Candide se met sur son trente-et-un (ce qui inclut le cache-nez en cachemire, car nous sommes en décembre), et se rend dans le grand amphithéâtre pour assister à la soirée des majors. Il escalade les marches, choisit son point de vue et ne peut s'empêcher de penser à ces grandes cérémonies qui se déroulent outre-Atlantique, que lui décrivait son oncle d'Amérique, l'oncle Ben's, qui lui répétait : « c'est toujours un succès ». Le mimétisme l'impressionne, ne serait-ce que dans la tenue des divers majors (de table), la robe étant de rigueur. Il ne peut s'empêcher lors des applaudissements de lancer un « *cheer!* » tant l'émotion le saisit lorsque s'avancent ces quatre-vingts écharpes rouges, trophée à la main. Et dire que certains ignorent que cela a lieu et qu'ils ne l'imaginent possible qu'au prix d'un couteux LLM chez d'hostiles anglo-saxons. Il ne manquera pas d'en faire la publicité : jamais le rêve américain n'avait été si proche que lors de cette soirée. D'autant plus que l'événement n'est pas unique, une remise de prix ayant également lieu suite aux concours d'UFR. À ces deux occasions, il faudrait être de mauvaise volonté pour ne pas y assister. Fort de ce moment intense et des *satisfecit* échangés, les majors de master 2 remerciant les majors de table qui congratulent ces futurs ambassadeurs de l'université, Candide repart charmé. Après en avoir eu plein les yeux, il veut contenter ses oreilles.

Chapitre 3 : Le concours de plaidoirie⁷

Peu habitué aux joutes oratoires, Candide souhaite assister à ces combats de rhéteurs, espérant être convaincu, persuadé par les uns les autres, ces futurs ténors du barreau. Quelle sera l'affaire en cause ? Il l'ignore mais ce seront certainement de grandes causes qui seront défendues. Il n'en saura rien, n'ayant pu saisir la subtilité du sujet : « Le contentieux des antennes relais⁸ au regard de l'emphytéote lors de l'année 2005 en Anjou⁹ ». Mais assurément ce fut grandiose, et il constata que le vainqueur était celui qui avait choisi la robe à effets de manche.

Chapitre 4 : La journée du sport¹⁰

Fort de ces bons moments contribuant au renforcement du *mens sana*, notre héros voudrait développer le *corpore sano*. La faculté, cette *alma mater*, y a bien évidemment pensé. Annuellement, l'étudiant se mue en sportif et présente sa passion. Candide se rend donc une fois de plus dans le hall, l'objectif n'étant pas comme à l'accoutumée de passer mais de se surpasser.

A peine entré, il sent que l'ambiance est différente : l'université est devenue gymnase, les moyens déployés pour la promotion des différents arts le paralysant. Tant d'activités, à un tel niveau, et tout cela concentré dans une unique allée ? Il reconnaît ici un souci certain d'efficacité : qu'un en temps qu'un en lieu tous les sportifs accomplis tiennent jusqu'à la fin le hall rempli ; mais surtout ne peut s'empêcher d'y déceler une certaine magie. En l'espace d'un mètre, Candide peut découvrir le ping-pong, le tennis, l'escrime et la voile. Nul besoin, comme en possèdent les anglo-saxons, de grands terrains, nécessitant la coupe de nombreux arbres et d'incessants arrosages. Un espace entre deux panneaux délimite tout aussi bien un terrain se dit-il, positivement charmé et enchanté. Mais l'envoûtement cesse lorsqu'il s'essaie à la lutte gréco-romaine. La

⁵ Candide tient ici à rappeler à tous nos lecteurs que l'oisiveté est mère de tous les vices, et que le travail c'est, avant tout, la santé.

⁶ 1. **Major** n.m. (du lat. *major*, plus grand) 5. Premier de promotion. *Major de table* : personne qui préside un banquet, anime une soirée.

⁷ **Plaidoirie** n.f. Exposé oral visant, dans une affaire pénale, à défendre un accusé et, plus généralement, à soutenir une cause.

⁸ Pour des développements sur le contentieux des antennes relais : voir le numéro 1 de cette *Revue*. Vous y constaterez une orthographe différente pour le mot *relai(s)*. Ne courez pas enrichir votre ophtalmologiste tout de suite, vous avez bien lu : *relai* peut prendre un « s » ou non. Candide nous confia que lorsqu'il besognait dans son jardin il méditait souvent cette pensée de T. Gustave : « Il faut

cultiver la différence et non l'indifférence ». En proposant la seconde orthographe du mot *relai(s)*, nous espérons avoir répondu à cette invitation.

⁹ Candide ne se souvenant pas parfaitement des termes, la reconstitution du sujet peut paraître farfelue. Nous avons fait notre possible, et si quelqu'un voulait bien communiquer à la rédaction l'intitulé exact, il recevra le prochain numéro de la revue gratuitement, avantage non négligeable lorsqu'on sait que cette revue est vendue à zéro euro.

¹⁰ 1. **Sport** n.m. (mot angl., de l'anc. fr. *desport*, amusement). 1. Ensemble des exercices physiques se présentant sous forme de jeux individuels et pratiqués en observant certaines règles ; chacune des formes particulières de ces exercices.

prestation de l'étudiant auquel il est confronté ne laisse aucun doute sur son niveau, qui maîtrise visiblement aussi bien la clé de bras que le commentaire d'arrêt. Candide se retire, heureux de n'avoir pas trépassé, ayant une pensée pleine d'empathie pour le chargé de travaux dirigés qui devra maintenir la discipline face à de tels athlètes. Mais le personnel doit avoir un entraînement spécial puisqu'aucun problème n'est à déplorer.

Chapitre 5 : La *Revue de droit d'Assas*¹¹

Il est temps pour Candide de terminer son séjour. Il souhaite emporter un souvenir, un symbole de son voyage à Paris II. Il est tard et la nouvelle boutique d'Assas® est désormais fermée. De plus, la peluche avec la casquette estampillée Paris II et

portant un t-shirt avec en imprimé l'effigie de son professeur préféré n'est plus disponible. Il trouve entre deux journaux cette revue, la *RDA*. Impressionné par les auteurs de la deuxième partie, il n'en connaît en revanche aucun de la première, exceptées les personnalités piégées lors d'une hasardeuse interview ou pour un incontrôlable débat. De bonne foi, il se dit qu'afin que la cohabitation soit heureuse, les premiers doivent être bien tolérants pour accepter la publication de leurs articles aux côtés de lignes poussives d'étudiants en manque de publication et passablement taquins à leur égard.

Candide, fils de l'espoir et de l'émerveillement, repartit heureux, cette occurrence lancinante en tête : « Pour moi, Paris, ce sont mes amis ! » Longue vie à Assas.

¹¹ Aucune définition n'est donnée ici dans le Larousse de Candide. Que les auteurs de cette revue se rassurent : le dictionnaire est ancien puisque de 2000 ; il ne pouvait par conséquent avoir connaissance de celle-ci lancée en 2010. Rien n'as-

sure cependant l'entrée dans le dictionnaire de ce projet aux évidentes vertus pédagogiques et scientifiques (si un auteur du Larousse venait à avoir par erreur cette revue entre les mains, ce dernier passage est à son attention).

À la conquête de l'espace au centre Charenton

Cécile Gleysteen

Voici bientôt quatre années qu'aux mois de février, mai, voire septembre, les étudiants d'Assas délaissent les cafés du sixième arrondissement pour un endroit mystérieux qui promet de mettre des étoiles plein les yeux... Non, ce n'est pas Courchevel ! – Cherchez mieux... Sud-est aussi, mais sud-est... de Paris ! L'espace Charenton, « *The Place to be* ».

La porte de Charenton est sans nul doute un endroit fascinant que tout étudiant de l'Université devra tôt ou tard découvrir. « C'est loin, mais c'est beau ! », se serait exclamé un ancien président de la République à son propos... L'ambiance qui y règne ne manquera pas de vous laisser un souvenir impérissable. Au croisement du boulevard périphérique, d'un cimetière et d'une voie de chemin de fer, la zone de lancement des examens se trouve derrière l'entrée ornée de néons bleus. Mais bien ingrat celui qui ne juge que sur ces critères : rejoignez les salles Ariane, Mir et Apollo et découvrez des centaines de tables, alignées par rangées. Dans cet espace aménagé pour votre réflexion, rien ne viendra troubler votre concentration. Tout est fait pour vous permettre de mener à bien la mission.

Étape importante avant le lancement : l'installation. Trouver sa place et ajuster le « cockpit ». Partez à la conquête de votre espace de travail, empilez les codes et prenez place derrière votre nouvelle forteresse. Personne n'a jamais dit qu'une navette spatiale était spacieuse !

Le décompte avant le décollage est lancé par un discours du professeur organisateur de la mission, discours qui contient souvent un bref rappel des consignes de sécurité pour assurer le bon déroulement de la mission partiel : une concentration maximale sera nécessaire pour une bonne lecture du protocole autrement appelé sujet d'examen ; ne pas perdre de vue la Terre ferme pourra être un atout pour le traiter (exception pour l'épreuve de droit des transports aériens, mais les étudiants qui s'y soumettent sont déjà rôdés, quatrième année oblige...) ; seul l'équipement minimal est autorisé pendant la mission et l'usage du téléphone s'avèrera parfaitement inutile (voire prohibé...), même en droit de la communication – on rappellera à ce titre qu'il n'est pas nécessaire d'essayer de tricher, encore moins d'y parvenir (même si, comme dans le cours de droit pénal, c'est l'intention qui compte...) et enfin... L'épreuve peut commencer !

Toutefois, le voyage ne durera pas des années-lumière... Il faudra quitter ces lieux dédiés à l'exploration des connaissances et remettre le cap vers les bancs de l'Université pour continuer à apprendre. La satisfaction du devoir accompli, nos étudiants voyageurs garderont le souvenir heureux de ces essais scientifiques, validant les étapes vers d'autres horizons. Car bientôt, après les travaux, un Assas tout beau les attend à l'atterrissage. Les examens y reviendront. Comme au bon vieux temps, celui d'avant la conquête de l'espace... Charenton.

Avis de recherche : la mention « (Paris II) »

La présente rubrique – « dans les murs » de notre Université, donc – est aussi l’occasion de lancer des avis de recherche... Il n’aura pas échappé à l’œil le plus averti du lecteur le plus fidèle que la mention « (Paris II) » a disparu de toute communication concernant l’Université Panthéon-Assas, à commencer par la présente *revue* (cette page et le portrait – relatif à l’*histoire* du droit – exceptés, s’entend).

Aux dires de témoins autorisés, ladite mention « (Paris II) » aurait été aperçue pour la dernière fois dans une antique version – tout au moins du point de vue d’une jeune *revue* comme la nôtre – des statuts de l’Université. Il aurait été décidé que l’« Université Panthéon-Assas (Paris II) » serait l’« Université Panthéon-Assas tout court » ! Une décision qui semble avoir pris particulièrement effet ces derniers mois, à examiner de plus près slogans, brochures et communiqués en tous genres de l’Université... La *Revue de droit d’Assas* se devait donc d’être à la page...

Il est vrai que la mention « Paris II », héritage du système universitaire post-1968, pouvait évoquer, dans l’esprit des moins avertis, le nom d’un centre commercial... Avec cette dernière catégorie, notre Université, qui n’a qu’un seul magasin (vous ne connaissez pas encore *Assas boutique* ?) ne partageait donc que le nom – et encore, pas tout à fait. Sous les pavés, la plage, mais laissons le *shopping* hors de l’Université.

Certes, ça et là, le chiffre fétiche de notre Université fait encore quelques apparitions « *collectors*¹ » qui satisferont les nostalgiques. Mais le changement de nom annoncé² semble bel et bien en route³ !

Nous lançons par conséquent cet avis de recherche : quiconque apercevrait de nouveau la mention « Paris II » est prié de se faire connaître auprès de la rédaction de la présente *revue*. Merci.

¹ La mention a tout de même été retrouvée sur le site Internet (qui s’appelle toujours *u-paris2.fr*) ; il reste aussi les quelques milliers d’adresses de messagerie électronique des étudiants et enseignants de l’Université. Relevons en outre que la mention continue d’apparaître non pas une, mais deux fois, sur la porte du La-

boratoire de droit civil...

² La question n’est pas nouvelle, et votre *revue* mène l’enquête depuis plusieurs numéros déjà... V. à ce sujet *RDA*, n° 1, janv. 2010, p. 25.

³ Ira-t-il plus loin ? Suspense...

Plus classique, plus académique,
avis aux amateurs d'œuvres
juridiques : « au tour du droit » !

Grand Deux

Au tour du droit

Grand A

Droit sans frontières

Petit mélange des genres juridiques
sur une même thématique :
la part de la doctrine dans
la création du droit privé

Petit un

Avant-propos

À propos de la doctrine
de la doctrine de la doctrine p. 38

Petit deux

Responsabilité civile

La responsabilité civile, droit
prétorien ou droit doctrinal p. 41

Petit trois

Droit des contrats

Remarques sur la doctrine
en droit des contrats p. 51

Petit quatre

Droit commercial

La doctrine en droit commercial p. 57

Petit cinq

Droit pénal

La part de la doctrine dans la
création du droit pénal p. 69

Petit six

Procédure civile

La part de la doctrine
en procédure civile p. 73

Grand B

L'offre de droit

La *RDA* est-elle source de
droit...?

Une loi
sur la famille homosexuelle ? p. 86

Petit un du Grand A : avant-propos

À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine

François Terré

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Membre de l'Institut

Président honoraire de l'Académie des sciences
morales et politiques

Si l'on voulait bien considérer le droit comme une science et pas seulement comme un art, l'héritage romain serait, là encore, irremplaçable, car l'on reconnut à ses savants un rôle fondamental, tout particulièrement quand, en 426 de notre ère, une constitution dite « loi des citations » conféra force de loi aux écrits de cinq juristes : Papinien, Paul, Ulpien, Modestin et Gaius.

Cette situation ne s'est presque jamais retrouvée. Ceux qui constituent la doctrine, si savants reconnus qu'ils puissent être, de l'avis général ou de ce qui en tient lieu, peuvent avoir une autorité ; ils ajoutent à ce qui existe, sans que leur intervention soit créatrice. Elle n'en concourt pas moins à la confortation de la règle. En ce sens, il est possible d'affirmer qu'il existe une autorité doctrinale, comme il existe, parmi les composantes du droit, une « autorité judiciaire » (Const. du 4 oct. 1958, art. 64), à côté du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Ce sont bien les termes employés à dessein. L'analyse est corroborée, dans les situations considérées – jurisprudence ou

doctrine – par les expressions utilisées : autorité de la chose jugée, du côté des juges ; auteurs faisant autorité, du côté des savants. La compréhension de ces concours est parfois faussée par le caractère critique, voire péjoratif, de l'expression d'« argument d'autorité », lorsque celle-ci donne à croire à l'existence d'une injonction affirmée à défaut d'une meilleure justification.

À vrai dire, une différence existe dans l'esprit de la plupart entre les deux manifestations évoquées de la composition : tandis que l'on dépense des trésors d'intelligence à débattre du caractère créateur de la jurisprudence, ce qui n'est pas sans connotation historique et politique, il en va autrement quand il s'agit de la doctrine. Ce que l'on appelle de ce mot n'est pas et ne peut pas être, en démocratie, une source du droit. Pas plus qu'il n'y a de république des philosophes, il n'existe une république des savants. Tel est l'un des postulats de la vie sociale : ni le philosophe, ni le juriste, à les supposer « reconnus » et pas seulement admis, ne sont des sages. En démocratie,

c'est le peuple souverain qui a seul qualité pour se prévaloir de la *potestas*, directement par le referendum, indirectement par ses représentants.

Est-ce à dire que cette considération oblige à minimiser l'influence de la communauté des savants dans la composition du droit, disons même en termes d'existence et d'essence, sans trop se demander ici laquelle de ces deux données précède l'autre ? Mieux vaut, pour l'heure, se livrer à des constatations assez convaincantes en dépit de leur caractère théorique. Il pourrait exister, à la limite, un système juridique sans législation ou sans coutume ou sans jurisprudence. Mais il ne saurait y avoir de système juridique sans doctrine, car c'est celle-ci, et elle seule, qui donne aux autres composantes du droit conscience de leur existence. Ce n'est là aucunement un paradoxe. C'est tout simplement l'expression même du concours obligatoire des uns et des autres à la symbiose du fait et du droit et au dépassement de leur dualité première, en quoi consiste la vie juridique des peuples et le principe logique de la contradiction, de la *disputatio* et de la controverse, inhérent au juridique. C'est bien pourquoi les juristes concourent à sa nécessaire reconnaissance par les messages et les destinataires de la règle de droit raisonnablement nécessaire à l'ordonnement aussi équilibré que possible de l'existence en société.

C'est sur les fonctions de la doctrine juridique que les réflexions se sont principalement développées, surtout à notre époque. Il apparaît que certaines ambiguïtés sont propres au domaine considéré. Il est d'ailleurs significatif que le terme de doctrine soit principalement réservé, du moins dans la diversité des savoirs, à la matière juridique. S'il existe des doctrines des églises ou des partis, c'est dans un tout autre sens que le mot est utilisé. Ailleurs, la désignation se manifeste par l'emploi du mot théorie.

La démarche doctrinale, là où il s'agit de droit, est fort justement analysée par Michel Boudot, lorsque celui-ci observe que « la doctrine est le discours sur le droit¹ ». Un peu plus loin, l'auteur ajoute que « le discours doctrinal est à la fois

descriptif et prescriptif, à la fois savoir et action, à la fois analytique et rhétorique² ».

L'approche ainsi retenue conduit à distinguer, fût-ce en s'éloignant quelque peu d'une approche de caractère épistémologique, deux étapes nécessairement successives du raisonnement doctrinal : décrire et apprécier. Dans la première, il faut décrire l'état des règles et des solutions retenues. Précise et complète, cette communication commande la suite. Aujourd'hui, quelle que soit l'accélération du droit et des réponses que celui-ci apporte au fait, ce moment de la connaissance n'est pas du tout le seul qui puisse borner la tâche du « docteur ». Si vaste et mouvant que puisse être le champ couvert, l'expansion saisissante de l'informatique juridique permet de répondre aux exigences du quantitatif, à supposer des logiciels satisfaisants.

Il faut pourtant constater une tendance à réduire à la description ce qui est le rôle des auteurs juristes. On ne saurait justifier par le seul comportement de ceux-ci une pareille attitude, découragée, sinon paresseuse. Une controverse liée à la philosophie contribue à expliquer, mais non à justifier une sorte d'autolimitation. La position de Kant est, à cet égard, des plus nettes. Précisée dans le *Conflit des facultés*, la voici : « Le juriste recherche les lois [...] non dans la raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême. On ne peut lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison ; car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens³ ». Pareille approche est inadmissible.

Il n'en est pas moins vrai qu'une attitude consistant à se départir de tout esprit critique guette les juristes et se manifeste de leur part lorsqu'ils se bornent à raconter la loi et à enfilet comme des perles les décisions de jurisprudence. Ce comportement a pu être observé – Maurice Hauriou oublié – chez des administrativistes

¹ M. Boudot, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, 59, p. 35 s.

² Art. préc., n° 10 – V., plus généralement du même auteur, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse Aix-Marseille, 1999.

³ *Métaphysique des mœurs*, Première partie, Doctrine du droit, trad. A. Philonenko, 1971, p. 23.

déroulant leurs tapis de prière en direction du Conseil d'Etat⁴ ou par des privatistes suivant cet exemple du côté de la Cour de cassation.

C'est bien pourquoi il ne suffit pas de raconter, il est nécessaire de réfléchir davantage. Michel Boudot observe en ce sens que « le discours doctrinal est rhétorique ». Ce qualificatif peut prêter à critique, dans la mesure où la rhétorique tend à persuader et pas seulement à convaincre, en ce que le sentiment s'ajoute à la raison. Là n'est pourtant pas l'essentiel. Ce qui importe, ce sont les propositions et prescriptions qui peuvent accompagner la description des solutions du droit positif. L'exposé du professeur contribue à développer la mise en question (de cours). Ce faisant, le « docteur » abandonne une position d'extériorité scientifique pour devenir acteur dans le système et, dit-on alors, remplit même inconsciemment une fonction dans la cité, on peut même dire un rôle de caractère politique, lequel a pu être analysé, que ce soit en termes d'influence, de prolifération, d'asphyxie⁵.

Il n'en est que plus nécessaire de s'interroger sur ce que recouvre le terme de doctrine. Un ensemble de docteurs, de gens doctes, de doctrinaires, de dogmatiques ou de dogmaticiens...? L'affirmation de l'existence d'une « entité doctrinale » dont on cherche encore sans succès à définir les contours, non moins que l'existence et l'essence, a suscité une controverse⁶. Négativement, on peut, à la limite, en

discerner les formes dans la mesure où se produit parfois un mélange des genres à l'avantage des groupes de pression, notamment corporatifs. Ainsi existe-t-il une doctrine du Conseil national des barreaux, avec ses serviteurs⁷. Mais sous ces réserves et si l'on veut bien ne pas se complaire à des relents post ou paramarxistes d'un autre âge, on en arrive à une conclusion nécessaire : la doctrine n'existe pas, en tant que telle. Ce qui existe c'est une communauté juridique comme il existe une communauté scientifique.

S'il en est ainsi, c'est parce que la communauté des juristes comprend un ensemble et des sous-ensembles nombreux et mouvants de gens de droit qui le vivent plus que d'autres et par conséquent le pensent davantage. On observe justement à ce propos l'existence d'un « discours sur la doctrine de la doctrine et au sens large, un discours sur les théories de la connaissance⁸ ».

Or, ce discours en tant qu'il a le droit à la fois comme objet et comme concept, a partie liée avec l'importance de l'opinion dans la vie du droit : aux lois qui doivent autant que possible être en accord avec l'opinion ; aux décisions des tribunaux, publiques donc discutées, disputées, corrigées s'il y a lieu, par le législateur ; aux coutumes qui peuvent résulter d'opinions erronées, nées de l'imagination et, de manière plus générale, de l'erreur commune qui fait le droit.

⁴ V. concl. Chenot dans l'affaire *Gicquel*, 10 février 1950, *Lebon*, p. 100 ; et, en réponse, J. Rivero, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron. p. 99 s., reproduit in *Pages de doctrine* (A. de Laubadère, A. Mathiot, J. Rivero, G. Vedel, LGDJ, 1980, t. 1, p. 3 s.).

⁵ V. l'article pénétrant de D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Mélanges Oppetit*, 2009, p. 45 s.

⁶ Ph. Malaurie et P. Morvan, *op. cit.*, n° 371.

⁷ V. par ex. divers écrits du professeur Christophe Jamin dont, au sujet de l'acte d'avocat, « Surfer sur la vague... Réflexions de *lege ferenda* sur la création d'un acte sous signature juridique », in *Mélanges Goubeaux* 2003, p. 285.

⁸ M. Boudot, art. préc., n° 13.

Petit deux du Grand A : la responsabilité civile

La responsabilité civile, droit prétorien ou droit doctrinal¹

Philippe le Tourneau²

Professeur émérite de la Faculté de Droit de Toulouse 1 Capitole

Le Code civil ne consacra que cinq articles à la responsabilité civile (les articles 1382 à 1386), à s'en tenir à la responsabilité délictuelle, en vérité la seule y figurant *expressis verbis*³. Les cas d'ouverture étaient en apparence assez limités, mais les formules des articles 1382 et 1383, fort larges et très souples (par l'emploi de notions cadres ou floues, au contenu variable), confèrent en réalité à la responsabilité subjective un caractère universel, pouvant donc régir les circonstances nouvelles surgissant de l'inépuisable inventivité humaine (comme le monde de l'internet, en sorte qu'il n'existe point de vide juridique⁴). L'imposante construction du Droit de la responsabilité reste largement tributaire de seulement cinq articles du Code (et même essentiellement des articles 1382 et 1384), comme certains mouvements symphoniques peuvent être issus d'un thème musical bref et simple.

Ces textes n'ont guère été modifiés depuis 1804.

Les apports législatifs furent peu nombreux : à l'exception de l'article 489-2 (inséré par la loi du 3 janvier 1968), devenu l'article 414-3 (par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007), il y eut juste quelques ajouts non fondamentaux dans l'article 1384. Certes, ont été insérés les articles 1386-1 à 1386-18, sur la responsabilité du fait des produits défectueux, mais ils ne datent que de la loi du 19 mai 1998. Encore faut-il préciser que jamais elle n'eut été votée si une directive n'avait pas imposé sa transposition (effectuée du reste incorrectement, selon la CJCE⁵). Les autres lois regardant la responsabilité n'ont pas été intégrées dans le Code civil, la plus notable étant celle du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation. Mais il s'agit toujours de lois spéciales, pour telle ou telle activité, le législateur intervenant au coup par coup, sans vue générale ni perspective d'ensemble.

Les sources légales du Droit de la responsabilité restèrent relativement figées, alors que les données changeaient, pour ne pas dire étaient totalement bouleversées. Le monde extérieur est

¹ Rapport à un colloque qui s'est tenu à Toulouse en 2004, qui fut déjà publié dans (collectif) *Les Facultés de Droit inspiratrices du droit ?* PU Toulouse 1, 2005, p. 67 s. – Le tour oral de ce rapport a volontairement été maintenu ; mais j'avais ajouté un certain nombre d'éléments ou de précisions, et inséré quelques références.

² <http://perso.orange.fr/philippe-le-tourneau>.

³ La « responsabilité contractuelle » ne fut admise qu'à la fin du XIX^e siècle, à l'instigation principalement de Planiol. V. sur ce point Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 s. ; *adde*

du même, « Critiques du système français de responsabilité civile », *Droit et Cultures*, 1996/31, p. 35 s.

⁴ Ph. le Tourneau, *Contrats informatiques et électroniques*, 5^e éd., Dalloz, 2010-2011, n° 10.22.

⁵ CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, *Commission c/ Rép. française* – Tirant les conséquences de cette condamnation, le législateur remania le texte par la loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004 (art. 29).

toujours neuf ; la création n'est jamais achevée et ne le sera jamais, malgré la finitude de l'homme. Le développement du machinisme, l'augmentation du nombre des accidents comme de leurs conséquences corporelles, et alors au surplus que leur cause devenait souvent inconnue ou obscure, l'évolution aussi des mentalités, rendirent ce droit inadapté aux besoins⁶. Je vais tenter de vous narrer les noces, tumultueuses mais fécondes bien que fatiguées, de la jurisprudence et de la doctrine pour surmonter cet état de fait, vous relater des histoires du temps passé mais dont les conséquences se font encore sentir aujourd'hui. Il est toujours nécessaire de remonter dans le temps (faisant retentir à nouveau les cloches de cathédrales englouties) pour comprendre le présent, afin d'aller vers l'avenir. Selon le poète Supervielle, « Les souvenirs sont du vent, ils inventent des nuages » ; en ce sens être juriste c'est pour partie se souvenir, je veux dire connaître la jurisprudence et son évolution, afin de comprendre le Droit positif et, le cas échéant, le faire évoluer. J'examinerai en premier lieu les *méthodes* d'interaction de la doctrine et de la jurisprudence dans l'évolution du Droit de la responsabilité civile, avant d'envisager quels en sont les *acteurs* (membres de la « classe juridique », pour reprendre une expression de Carbonnier⁷). Cependant, il ne s'agit là que d'un dessein général, qui connaîtra des assouplissements, sous forme d'interférences, tant ces deux aspects s'enchevêtrent.

I. Les méthodes

Théoriquement, le juge n'a pas le pouvoir de créer des règles de Droit en vertu du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, et de l'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlement (sans employer cette expression) ; l'article 5 limite donc le pouvoir des juges issu de l'article 4 du même Code. Néanmoins, la réalité est autre : les juges se sont auto octroyés de fait (par nécessité) un pouvoir créateur, de sorte que « La jurisprudence civile a historiquement donné

au système juridique français des règles prétoriennees qui sont de droit positif⁸ ». Les tribunaux sont dans la nécessité de combler les lacunes de la loi comme de suppléer aux défaillances du législateur, et de devenir ainsi, sinon une vraie source du Droit, du moins une de ses autorités. La répétition d'arrêts concordants sur une question, la combinaison de décisions multipliées, qui constitue une jurisprudence⁹, n'est pas réminiscence, mais action au moyen de souvenirs. La plupart des arrêts sont remplis d'échos assourdis et de rappels cachés de décisions antérieures (la jurisprudence est polyphonique). La responsabilité civile fut une des terres d'élection de l'apport prétorien, sous la forme d'évolutions subreptices par des tâtonnements successifs, comme de découvertes majeures à coup d'arrêts spectaculaires et de revirements, pour répondre aux besoins, afin de résoudre des conflits et des drames. Le fait est incontestable, comme je le constate dans les éditions successives de mon traité depuis 1972. Il serait donc tentant de répondre, à l'interrogation de l'intitulé de cet exposé, que le Droit de la responsabilité civile est prétorien plus que doctrinal. Toutefois, il ne faut pas succomber à cette tentation simpliste et simplificatrice. En réalité, si le Droit de la responsabilité civile est aujourd'hui essentiellement prétorien, et relativement peu légal, il est presque autant doctrinal que prétorien. L'école et le palais, dans toutes ses composantes, contribuent à la transformation du Droit.

En effet, il est indéniable que les inspireurs des évolutions et des révolutions juridiques sont généralement les auteurs, autrement dit la doctrine, pourvoyeuse d'idées¹⁰ ; elle jette à tous vents de riches semences n'aspirant qu'à germer, et met à la disposition de tout un chacun une boîte à outils diversifiés dans laquelle il suffit de puiser. La doctrine est elle-même relayée par les avocats qui trouvent dans les écrits de cette dernière (ou dans des consultations de juriconsultes¹¹) des solutions nouvelles qui seraient favorables aux intérêts des clients qu'ils

⁶ V. pour plus de détails, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010-2011, n° 56 s.

⁷ Dans *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 66.

⁸ G. Cornu, *Introduction, Les personnes, les biens*, 10^e éd., Montchrestien, 2001, n° 442. – Comp. P. Morvan, « En droit, la jurisprudence est une source du droit », *RRJ* 2001, p. 77 s.

⁹ V. notamment F. Zenati, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991. – (Collectif), *La jurisprudence. Archives de philosophie du droit, 1985/30 – (Divers)*, « La jurisprudence aujourd'hui », *RTD civ.* 1992, p. 337 s. – C. Atias, *Philosophie du droit*, 2^e éd.,

PUF, 2004, p. 305 s., démontant « le mythe jurisprudentiel ».

¹⁰ L'ouvrage de référence sur *La doctrine* est désormais celui de Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004 (qui n'aborde pas le sujet de notre conférence) – L'étude magistrale aux vues originales, tout en nuances, de C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, dont l'objet est autre, en est un complément précieux, du reste tant à propos de la doctrine que de la jurisprudence – La thèse de N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XX^e siècle*, préf. M. Vidal, LGDJ, 2002, constitue une réflexion intéressante, dépassant l'aspect historique auquel son titre pouvait la cantonner.

défendent¹². C'est généralement comme cela que les choses se passent. Des avocats invoquent des solutions inédites puisées dans la doctrine ; des juges rendent des décisions avalisant ces opinions, et les font ainsi progressivement entrer dans le Droit positif. Les magistrats bénéficient par ricochet de la liberté de la plume doctrinale. Il y a donc une féconde *interface*, selon le mot à la mode, entre les divers acteurs du monde du Droit, un chassé croisé toujours renouvelé, une écriture contrapuntique de la mélodie juridique en perpétuel devenir.

Cependant, un chaînon est parfois manquant, car c'est le magistrat rapporteur, ou le procureur général dans ses conclusions, qui invoque la doctrine pour proposer une solution nouvelle, qui n'avait pas été suggérée par les conseils, mais qu'il a trouvée dans quelque écrit doctrinal, voire qui lui a été soufflée dans une conversation avec un professeur lors d'une rencontre amicale ou lors de l'un des innombrables colloques qui jalonnent désormais la vie universitaire (véritable phénomène de société ; l'explosion de leur nombre depuis environ un quart de siècle mériterait une étude sociologique). La connivence (intellectuelle) des deux mondes n'est jamais relevée, mais elle existe¹³.

Il arrive même, très rarement, que le magistrat rapporteur ou le procureur général imagine lui-même la solution, adoptée ensuite dans la décision judiciaire : le Droit est alors purement prétorien, mais c'est exceptionnel. Peut-être fut-ce le cas d'une part, de l'arrêt *Teffaine* (Civ. 16 juin 1896), marquant la naissance de la

responsabilité générale du fait des choses¹⁴, bien que l'idée se trouvât en germe dans une note de Labbé de 1870¹⁵, et en 1878 dans le tome 20 des *Principes du Droit civil français* de Laurent¹⁶. D'autre part, de l'obligation contractuelle de sécurité, apparue avec l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 21 décembre 1911 à propos du transport de passagers (mais le concept se décèle néanmoins dès 1884 dans un ouvrage du Belge Saintelette, parlant de la « garantie contractuelle de sûreté » dans le contrat de transport¹⁷). Et encore, de la perte d'une chance, retenue par la Cour de cassation pour la première fois en 1889¹⁸, mais dont je n'arrive pas à découvrir quel en fut l'inspirateur. Enfin, de la belle définition de la garde donnée par l'arrêt *Franck contre Connot* par les Chambres réunies de la Cour de cassation du 2 décembre 1941.

D'un autre côté, le rôle des professeurs devenus conseillers à la Cour de cassation doit être relevé¹⁹. Je citerai seulement deux cas, ceux de Colin et de Josserand, dont la présence à la Chambre civile, vers les années 1930, fut déterminante dans le bain de jouvence donné à la responsabilité générale du fait des choses, tant l'élargissement de son domaine que l'affinement de la détermination des conditions de sa mise en œuvre (évolution qui souleva de vives critiques, notamment de Ripert, de Capitant et de Paul Esmein). Avec l'inconvénient majeur qu'il sembla désormais inutile de créer un Droit légal des accidents de la circulation, puisque l'article 1384 du Code civil semblait donner entière satisfaction.

Une autre variante du processus de création

¹¹ Les consultations se distinguent de ce que les praticiens, inspirés par le Droit américain, nomment désormais les *opinions juridiques* (v. sur celles-ci, F. Baumgartner, « Les opinions juridiques », *JCP E* 2005, chron. n° 315).

¹² La doctrine est composée de tous ceux qui écrivent en Droit, et comprend donc les avocats et les magistrats lorsqu'ils exposent leurs opinions sur une question juridique. Chacun pourrait à cet égard citer des contemporains ; néanmoins, aujourd'hui, la place dans la doctrine des avocats et des magistrats est relativement modeste (quantitativement, sans porter de jugement de valeur), sans commune mesure avec celle qu'ils occupèrent dans le passé, singulièrement sous l'Ancien Régime (v. par ex. pour les avocats, J.-L. Gazzaniga, « Quand les avocats formaient les juristes et la doctrine », dans *Étude d'histoire de la profession d'avocat*, PU Toulouse, 2004, p. 157 s.).

¹³ J'ai déjà relaté dans le passé une illustration assez plaisante de cette connivence, que voici. Un jour d'hiver que je dinais à Poitiers, où j'étais en poste, avec un de mes commensaux habituels, un conseiller à la cour d'appel, il m'exposa l'embarras dans lequel il se trouvait en tant que rapporteur d'une affaire. Il souhaitait indemniser une victime, qui avait été blessée en recevant une bouteille sur la tête, jetée d'un train, et ne parvenait pas à trouver un fondement convenable. Je lui suggérais alors de décider que le convoi constituait un *ensemble*, comprenant la bouteille, dont la SNCF était gardienne (art. 1384, al. 1^{er}). La Cour de Poitiers rendit un arrêt en ce sens le 24 mai 1972, que je m'empressais de critiquer très vivement dans une note (*JCP G* 1973, II, 17368). L'arrêt fut cassé (Civ. 2^e, 10 oct. 1973, *D. 1973*, p. 739). Le magistrat en éprouva quelque amertume :

je me justifiais en rappelant qu'il m'avait demandé de le sortir de difficulté, ce que j'avais fait, mais que je n'avais point porté d'appréciation sur le bien fondé de cette solution. Qu'au demeurant, c'était bien ainsi que s'effectuaient les revirements de jurisprudence, par des bouteilles jetées dans la quiète sérénité des prétoires, et que mon idée n'était pas si sottise, puisque Starck avait pris fait et cause pour elle (« L'inconnu du Sud-Express », *D. 1973*, chron. p. 269 s.).

¹⁴ Il est vrai annoncé par Ch. réunies, 23 juill. 1862, *D. 1862*, 1, p. 257.

¹⁵ *Sous Civ.* 19 juill. 1870, *DP* 1870, 1, p. 361.

¹⁶ *Principes de Droit civil français*, t. 20, 1878, n° 639.

¹⁷ *De la responsabilité et de la garantie – Accidents de transport et du travail*, Bruylant (Bruxelles) et Maresca (Paris), 1884, p. 95 – Deux ans avant, M. Sauzet avait déjà laissé deviner l'existence d'une obligation contractuelle de sécurité de l'employeur envers les ouvriers, mais implicitement (promesse furtive) – V. sur tout cela, J.-L. Halpérin, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. p. 1201 s.

¹⁸ *Req.* 17 juill. 1889, *S.* 1891, 1, p. 399, perte d'une chance résultant de la faute d'un officier ministériel ayant empêché de poursuivre une procédure et donc, le cas échéant, de gagner un procès. Cet arrêt rejette le pourvoi contre CA Limoges, 1^{er} juill. 1887, dont les termes sont ambigus. Le premier arrêt de cour d'appel publié ayant retenu la notion semble être CA Besançon, 23 fév. 1880, *S.* 1882, 2, p. 9.

¹⁹ Une étude générale sur cela serait bienvenue ; il n'en existe pas à ma connaissance.

mérite d'être citée. Je la trouve dans la garantie des vices cachés. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 octobre 1925 gomma la différence entre les vendeurs de mauvaise foi et ceux qui étaient de bonne foi, en affirmant que les « *frais occasionnés par la vente* » de l'article 1646 comprenaient, non seulement « *les sommes inutilement dépensées par l'acheteur* », mais aussi celles « *au paiement desquelles il a été condamné* », autrement dit tous les dommages subis par l'acquéreur. La Cour avait adopté le parti suggéré par son rapporteur, Célice, de son propre chef, je veux dire sans s'inspirer d'un auteur ; en réalité, il suivit la position des juges du fond dans cette affaire (la Cour d'appel de Lyon). Cette décision fut sévèrement critiquée par Josserand, puis par Henri et Léon Mazeaud. Plusieurs arrêts de 1929 à 1953 témoignèrent de l'embarras de la Cour de cassation, s'efforçant de protéger l'acquéreur, même en présence d'un vendeur de bonne foi, mais sans utiliser l'article 1646. Cependant, le 24 novembre 1954 la première chambre civile opéra un revirement. La Cour de cassation renonça à son interprétation prétorienne de 1925, relative aux « *frais* » mentionnés par l'article 1646, mais elle n'abandonna pas sa sévérité envers les vendeurs professionnels, et donc envers les fabricants, qui ignoraient les vices de la chose vendue. Comment ? En substituant à l'article 1646 l'article 1645, celui-ci engageant la responsabilité des vendeurs connaissant le vice. Il déclare le vendeur tenu de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur « *s'il connaissait les vices de la chose* » ; l'astuce consista à étendre le cercle des personnes visées par ce texte, en l'interprétant largement (et non plus en dénaturant l'article 1646). Au vendeur connaissant le vice « *il convient d'assimiler celui qui, par sa profession, ne pouvait les ignorer* », affirme textuellement l'arrêt du 21 novembre 1954. Fabricants et vendeurs professionnels sont tenus de connaître les vices de la chose vendue. Dès lors, ils doivent être traités comme les vendeurs qui connaissaient ces vices, même si en réalité ils les ignoraient. Vous voyez ici le mécanisme : une solution inédite imaginée par la Cour de cassation, suscitant des critiques doctrinales,

l'amenant à modifier sa position, mais sans adopter exactement les solutions proposées par les auteurs. Un phénomène d'actions et d'interactions anime les relations des magistrats et des professeurs.

Enfin, il est arrivé que la Cour de cassation manifestât son irritation devant l'inertie du législateur par une décision de provocation, l'exemple le plus notable étant l'arrêt *Desmares* (Civ. 2^e, 21 juill. 1982), selon lequel seule la force majeure pouvait exonérer le gardien. Il souleva un tohu-bohu inimaginable (presque aussi considérable que celui que provoqua plus récemment l'arrêt *Perruche*) ; mais tel était le dessein de ses rédacteurs : il avait été rendu afin d'engager le législateur à se décider à légiférer en matière d'accidents de la circulation. Toutefois, la Cour adopta ce parti en contemplation du combat acharné mené depuis des années par André Tunc, en faveur d'une loi pour améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation : la provocation est donc un fruit imprévu de la doctrine, par la main gauche. En 1964, le professeur Jean Foyer, alors Garde des sceaux, créa une commission pour étudier la question, qui aboutit au premier projet Tunc de 1966²⁰. Malheureusement ce projet fut enterré, ayant été combattu par une grande partie de la doctrine, les barreaux et des groupes de pression de toute espèce. Pugnace, Tunc se remit au travail dans les années 1980, à l'instigation du nouveau ministre de la justice, lui aussi professeur de droit (Robert Badinter), et élaborait un nouveau projet²¹, que j'avais soutenu avec force²². Quoi qu'il en soit, l'exhortation au législateur de l'arrêt *Desmares* fut entendue : des travaux en ce sens s'engagèrent, qui aboutirent à la loi du 5 juillet 1985 (loi de compromis, devant beaucoup au second projet Tunc, mais nettement moins audacieuse que le premier projet de cet auteur).

Vous l'avez deviné, à mes yeux, le plus souvent le *Droit de la responsabilité civile est autant prétorien que doctrinal*. La doctrine n'est missionnée par qui que ce soit, n'a nul besoin de lettres de créance : elle est une autorité endogène, qui tire sa force d'elle-même. À la doctrine de proposer une solution neuve ou une réforme

²⁰ A. Tunc, *La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, 1966.

²¹ A. Tunc et alii, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, *Economica*, 1981 –

L'étude de l'influence de la doctrine sur les évolutions législatives du Droit de la responsabilité civile n'entre pas dans mon propos.

²² Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e éd., Dalloz, 1982, n^{os} 60 s.

législative. Elle possède une activité cognitive et heuristique (de détermination du Droit positif), tout en tenant une place de création. Ne se contentant pas d'exposer de façon didactique l'état de ce qui est, d'éclairer la teneur de la loi, de décoder, de synthétiser et de systématiser la jurisprudence foisonnante, la doctrine en marque les lignes de force, procède à une généralisation normative (en gommant les spécificités de la variété des espèces), montre sa cohérence ou ses contradictions, ses forces et ses faiblesses. Elle s'élève des applications à la théorie, dégage des principes de la gangue des arrêts. En paraphrasant Aristote, selon lequel *Sapientis est ordinare* (le travail du sage est de mettre de l'ordre), on peut affirmer qu'une des fonctions de la doctrine est de mettre de l'ordre dans la masse des arrêts (et aussi, à dire vrai, dans l'amoncellement des lois). Mouvement vital de l'esprit, elle règne à travers le rythme des concepts et des faits. Conscience du Droit, la doctrine juge aussi l'œuvre des juges (en toute courtoisie, elle doit savoir critiquer²³). Ce n'est pas tout : l'herméneute, prenant appui sur une formule anodine d'un arrêt, lui donne parfois une large portée afin d'impulser une évolution notable (qui adviendra éventuellement). Mieux (ou pire) il interprète jusqu'aux silences des arrêts²⁴ (son imagination vient se loger dans ce vide). En somme, la doctrine fait advenir à l'existence ce qui n'était que virtualité attendant délivrance ; *a fortiori* lorsque, sous couvert de dévoiler la réalité, elle crée en réalité des mythes, des histoires qui ensuite se racontent et se transmettent de génération en génération²⁵. En un sens, le juriste « invente l'ordre juridique », comme l'écrit Philippe Jestaz²⁶ ; de son côté Xavier Lagarde affirme qu'il « n'est pas de jurisprudence sans doctrine²⁷ ». Pour laisser une trace dans celle-ci, un auteur doit être animé par des convictions et la recherche de l'intérêt commun, tout en ayant un esprit à la fois structuré et spacieux (ce qui est une faculté finalement assez peu répandue !), apte à s'étonner et à innover,

tout en sachant manier l'art de persuader (en un sens il plaide lui aussi). En maintes questions, rien n'est plus ardu que de percevoir les difficultés...

La qualité d'un auteur ne se mesure pas à ses performances de compilateur, à son érudition, le faisant ressembler à un donjon désaffecté qui aurait été aménagé en bibliothèque (pour reprendre une piquante comparaison de Proust), à l'étendue de ses connaissances, mais bien à sa capacité de goûter les nouveautés et d'imaginer des solutions inédites. « La véritable connaissance est création », disait Valéry ; et en écho Philippe Jestaz d'écrire que la doctrine est « mémoire agissante²⁸ ». Je vois le maître comme un briseur de tabous, un interrupteur de traditions sclérosées, face aux gardiens du temple (rétifs à toute innovation majeure [qu'ils regardent comme un saut périlleux dans l'inconnu, et détruisant le quiet équilibre des choses, ou du moins la vision qu'ils en ont²⁹], mainteneurs des *vestigia*, des traces laissées par l'histoire³⁰). Savant peut-être, mais sans se complaire dans l'élaboration de systèmes, tout en restant attentif aux données économiques et sociales comme aux besoins du monde, qui évolue incessamment. Le juriconsulte doit s'immerger dans la réalité : il ne lui est plus possible de s'isoler dans sa tour d'ivoire, à l'abri des rumeurs de la vie, pour y construire des théories éthérées. L'imagination, éclatante et illuminante, associée à l'intuition, est probablement une faculté inférieure à la raison, mais elle est néanmoins fécondante, à condition évidemment de n'être pas débridée, de rester soumise à la régulation de la raison. Je ne dirai rien de la place de l'imagination dans le Droit, le doyen Gérard Cornu ayant publié à ce sujet des propos éclairants et brillants³¹. Enfin, les constructions les plus simples sont les meilleures. Je considère la simplicité comme une vertu ; elle n'est ni pauvreté ni indigence mais, selon son étymologie, ce qui est sans pli, tout uni et tout droit. La simplicité demande plus d'efforts que l'embrouillamini, et la complexité n'est souvent que le fruit de la paresse intellectuelle, ou le refus de changer ses habitudes

²³ Y. Guyon, « De l'esprit critique des juristes », dans *Mélanges J. Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 227 s. ; l'auteur regrette l'indulgence, d'une façon générale, de la doctrine actuelle envers la jurisprudence.

²⁴ De même Philippe de Gaulle affirme, à propos de son père, « j'écoutais jusqu'à ses silences ».

²⁵ Ici encore je songe à la responsabilité contractuelle. Mais l'exemple le plus frappant de mythe inventé par la doctrine se situe en dehors de la responsabilité, à savoir l'autonomie de la volonté.

²⁶ *Le Droit*, 4^e éd., Dalloz, 2002, p. 60.

²⁷ « Mondialisation, restructuration et jurisprudence », *JCP G* 2001, I, 1371, n° 6. ²⁸ *Op. cit.*, p. 61.

²⁹ Une bonne illustration de cette tendance fut donnée par certains adversaires de la théorie du parasitisme et, plus récemment, par les auteurs qui s'opposèrent avec succès à une réforme en profondeur du Droit de la vente.

³⁰ Telle la distinction dans la vente, il est vrai parfaitement logique, de la non-conformité et de la garantie contre les vices cachés, issue du Droit romain.

³¹ « L'imagination à bon droit ? », 2^e Conférence *Albert-Mayrand*, éd. Thémis, Montréal, 1998.

de pensée. En prolongement, un style soutenu est souhaitable (il faudrait examiner à la loupe jusqu'à l'écriture des auteurs qui influencèrent le Droit : qui sait si une forme élégante, reflet d'un fond solide, n'a pas contribué à leur succès ?).

Sans doute, la doctrine n'a pas d'autorité officielle. Simple puissance intellectuelle, elle éclaire l'esprit et la réflexion, suscite des concepts qui modifient le Droit et qui informent notre existence. Le juge et le législateur disposent, étant certain que jamais ne s'impose une solution unique et définitive, ce qui explique le pluralisme et la diversité des opinions des docteurs. « C'est par la différence et dans le divers que s'exalte l'existence » (V. Segalen). La pensée est par nature un combat d'idées, un conflit incessant et dialectique. La doctrine toujours devient et n'est jamais ! Le xx^e siècle restera dans les annales comme le siècle d'or de la responsabilité civile, assurément quant à la jurisprudence innovante rendue en ce domaine, mais aussi du fait des nombreux écrits audacieux qui furent publiés en ce temps, dans tous les genres, dont les notes qui furent à l'honneur³². L'influence d'un auteur sur la jurisprudence n'est pas forcément proportionnelle à sa réputation et à son talent. Des professeurs à l'esprit assez étroit sont parfois davantage écoutés que certains de leurs collègues aux vues plus larges, et plus dérangeants car plus neuves³³. Mais ne me faites pas dire que seuls les médiocres se font entendre ! L'auteur d'un concept ou d'une théorie devenus de Droit positif (du fait de leur réception par la jurisprudence ou par la loi, peu importe), dont les conséquences économiques peuvent être considérables, symbolise la merveilleuse capacité de l'homme à transformer le monde, et du pouvoir singulier des idées (qui mènent celui-ci...).

Une suggestion doctrinale peut être rapidement reçue, comme la regrettable distinction de la garde de la structure et de la garde du comportement, imaginée par Goldman dans sa thèse publiée en 1946, et adoptée dès 1952 dans la célèbre affaire de *L'Oxygène liquide*. Mais générale-

ment il faut un temps de latence (d'incubation), pour que l'idée se décante, qu'elle fasse son chemin dans les esprits, que les avocats en prennent connaissance, en voient l'intérêt. Par exemple, ce n'est qu'en 1974 que la Cour de cassation décida de la façon la plus nette que les tribunaux pouvaient attribuer des rentes indexées pour remédier aux effets de l'érosion monétaire³⁴, adoptant une solution préconisée par Henri Mazeaud en 1951³⁵. Il arrive aussi qu'un très long temps sépare l'apparition d'une suggestion doctrinale nouvelle et son adoption par le juge, alors qu'elle semblait appelée au sommeil éternel des idées mort-nées. C'est ce qui se produisit pour la responsabilité générale du fait d'autrui. Envisagée par le prolifique Belge Laurent à la fin du xix^e, elle fut reprise vers 1930 par le procureur général Matter³⁶ et par Demogue³⁷, et donna lieu à un vibrant plaidoyer de René Savatier³⁸, tout en étant vivement combattue par les frères Mazeaud³⁹ ; en 1965, Raymond Legeais plaida à nouveau en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité générale du fait d'autrui⁴⁰ ; mais il fallut attendre l'arrêt *Blieck* de l'Assemblée plénière du 29 mars 1991 pour qu'elle refit surface et triomphât, alors qu'elle avait sombré dans l'oubli. J'en déduis une maxime : certains échecs préparent les plus éclatantes réussites !

Je dois mentionner encore ce que le président Raymond Legeais qualifia de jurisprudence « putative », c'est-à-dire des décisions qui ont été interprétées par la doctrine dans un sens différent de ce qu'elles exprimaient, voire dans un sens inverse. Ce fut notamment ce qui arriva avec des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984. Ils ont été perçus comme adoptant l'appréciation *in abstracto* de la faute, suggérée par Henri et Léon Mazeaud dans les années 1925, et à laquelle la thèse de Noël Dejean de La Bâtie, publiée en 1965, avait donné un grand retentissement. Or, justement l'Assemblée plénière refusa *expressément* dans l'arrêt *Fullenwarth* de consacrer la conception objective de la faute (comme le démontra R. Legeais⁴¹) ; quant aux arrêts *Derguini* et

³² V. aussi A. Marmisse, « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au xx^e siècle », *LPA* 19 et 20 sept. 2002.

³³ Si Carbonnier, le *Doctor maximus*, fut l'inspirateur et la plume du législateur, pour de grandes réformes du Droit de la famille, son influence directe sur la jurisprudence n'est guère perceptible.

³⁴ Ch. mixte, 6 nov. 1974, 2^e esp., *Reversat et Dlle Sourdonnier, Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, n° 184.

³⁵ « Les rentes "flottantes" et la réparation des accidents », *D.* 1951, chron. p. 17 s.

³⁶ Dans ses conclusions dans l'affaire *Jand'heur*, *DP* 1930, p. 57 s.

³⁷ *Traité des obligations en général*, Rousseau, t. 5, 1925, n°s 819, 819 bis et 847.

³⁸ « La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? », *DH* 1933, chron. p. 81 s.

³⁹ *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, n°s 712 s.

⁴⁰ « Un article à surprises ou Le nouvel essai de généraliser la responsabilité civile du fait d'autrui », *D.* 1965, chron. p. 131 s.

Lemaire, ils admettent la possibilité pour le juge de reconnaître la responsabilité du mineur sans avoir à rechercher sa capacité de discernement, mais c'est une autre question. Malgré tout, la majorité des auteurs, y compris moi-même, cite les arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 comme ayant admis la faute *in abstracto*.

Le paroxysme de cette jurisprudence « putative » fut atteint par l'arrêt *Rochas* de la Chambre commerciale du 12 octobre 1993 (non relevé par R. Legeais). Geneviève Viney y lut que les préposés ne pourraient plus désormais voir leur responsabilité engagée envers les tiers (sauf s'ils avaient commis une faute personnelle détachable de leurs fonctions). C'était une interprétation rêvée par l'annotatrice, car en fait, comme me l'avait personnellement indiqué à l'époque le président de cette chambre (que j'étais allé voir, ayant été intrigué par l'analyse donnée à cette décision *Rochas*), il s'agissait d'un arrêt d'espèce, auquel ses rédacteurs n'avaient absolument pas entendu lui donner la portée vue par Geneviève Viney. Mais voici qu'intervint l'arrêt *Costedoat* (Ass. plén., 25 févr. 2000) : « *Un préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers* ». Il adopta expressément la solution imaginée par Geneviève Viney, et même la sublima, si je puis dire. Une interprétation doctrinale imaginaire est devenue décision prétorienne, si bien qu'elle apparaît après coup comme ayant été prophétique⁴² (quoique involontairement : *felix culpa* ?) ! Toute création humaine se dérobe en grande partie à son créateur, et vit sa propre histoire une fois qu'elle est lancée dans le monde. Songez aux personnages créés par les écrivains, qui deviennent des types auxquels ils n'avaient pas forcément songés, et font oublier les personnes réelles qui ont pu les inspirer (les fameuses et trompeuses « clés », toujours plurielles pour chaque personnage). Sans compter les Ordres religieux, s'écartant des intuitions et visées de leurs fondateurs, parfois du vivant même de ceux-

ci comme il advint pour François d'Assise⁴³. Les arrêts n'échappent pas à ce sort, à cette vie personnelle...

II. Les acteurs

Après les méthodes d'interaction de la doctrine et de la jurisprudence, dans l'évolution du Droit de la responsabilité civile, quels en sont les acteurs ? Certains ont été rencontrés précédemment. En dehors des cas pittoresques qui viennent d'être d'indiqués, et des exemples d'influence doctrinale déjà cités, voici d'autres auteurs de suggestions doctrinales devenues solutions jurisprudentielles. Je me contenterai, dans une vue panoramique, d'une énumération rapide et forcément limitée ; le choix, arbitraire, est restreint, faute de temps et pour éviter de dresser un fastidieux catalogue. Je suggère à un chercheur en mal de sujet de le compléter en dressant un inventaire exhaustif *De inventione*, de la découverte ou, plus précisément, des découvreurs en la matière (découvreurs ou adaptateurs, lorsqu'ils ont puisé leur inspiration en Droit comparé). Les notions que je vais citer sont si connues qu'il serait malséant de les exposer. Au reste, en agissant ainsi, je me conforme à la feuille de route que m'avait donnée le doyen, puisqu'il m'avait indiqué, en me priant de participer à ce colloque, que mon intervention ne me demanderait aucun travail. Voire ! Je n'envisagerai évidemment pas les propositions doctrinales restées lettres mortes, ni les idées qu'elle combattait et qui furent pourtant admises⁴⁴ : elles n'entrent pas dans mon sujet, bien qu'il eût été amusant de les recenser, et une excellente manière de nous rappeler (nous la doctrine) à l'humilité (s'il en était besoin)...

La reconnaissance fondamentale d'un fondement supplémentaire de la responsabilité civile, lourd d'avenir, le risque, à côté de la faute, est d'origine doctrinale⁴⁵. Les inspirateurs déterminants furent, à la fin du XIX^e, Saleilles⁴⁶ puis Josserand, auxquels s'opposaient Adhémar Esmein et Planiol. Saleilles retenait le risque professionnel,

⁴¹ « Le mineur et la responsabilité civile. À la recherche de la véritable portée des arrêts de l'Assemblée plénière du 9 mai 1984 », in *Mélanges G. Cornu*, PUF, 1994, p. 253 s.

⁴² Comp. N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », dans *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Litec, 1999, p. 141 s.

⁴³ R. Marselli, *Saint François d'Assise*, Cerf, 2004, rapportant la douleur du saint, sa « passion », à la fin de sa vie devant le processus de décadence qui minait

déjà son ordre.

⁴⁴ L'exemple le plus remarquable est sans doute l'indemnisation du préjudice moral qui fut admise par la jurisprudence malgré une vive opposition doctrinale (judicieuse à mon sens), quasiment unanime à l'origine. La *communis opinio doctorum* ne fait pas toujours le Droit !

⁴⁵ V. not. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Cabrillac, LGDJ, 2001, n^o 308 s.

tandis que Josserand opta pour le risque créé.

Saleilles, dans ses conclusions pour l'affaire *Teffaine* (Civ. 16 juin 1896, préc.), fut le lointain instigateur de l'arrêt *Jand'heur* (Ch. réun., 13 févr. 1930), posant la présomption de responsabilité quant à la responsabilité de l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, cela par l'intermédiaire des conclusions du procureur général Matter. L'arrêt *Jand'heur*, approuvé par Josserand, fut très vivement critiqué par Planiol et par Capitant.

Chacun est responsable du dommage des choses dont il est le gardien, lorsqu'elles en ont été la « cause génératrice », selon un arrêt de 1941 (Civ. 19 févr. 1941), empruntant cette exigence et cette formule (tautologique) à Henri et Léon Mazeaud⁴⁷. Le traité des deux frères (qui furent rejoints ensuite par un troisième, Jean, Conseiller à la Cour de cassation⁴⁸) eut un ascendant considérable sur l'évolution de la responsabilité civile ; ils façonnèrent nombre de concepts qui continuent d'être mis en œuvre par cette discipline⁴⁹.

Saleilles vient d'être cité à deux reprises. Il mérite d'autant plus cet honneur qu'il accorda une place centrale à la jurisprudence, et fut aussi sous cet angle un pionnier, en comprenant que la jurisprudence ne se contente pas d'appliquer la loi au pied de la lettre, ni même dans son esprit, mais qu'elle est créatrice. Adhémar Esmein ne l'exprima pas aussi nettement, mais le pensait également (ce qui explique qu'il fut l'un des principaux fondateurs, en 1902, de la *Revue trimestrielle de droit civil* et son premier directeur⁵⁰).

La distinction des obligations de moyens et de résultat, imaginée par Demogue en 1925⁵¹, eut rapidement droit de cité dans la jurisprudence (la distinction s'est compliquée par la suite de sous distinctions subtiles à l'excès, faisant perdre à l'invention de Demogue sa belle simplicité, au point que je souhaite maintenant sa suppression, la considérant même comme une *diabolica*

divisio). Cette distinction joua sans doute un rôle essentiel (que son auteur n'avait pas imaginé), tant dans l'extension inconsidérée du domaine la défaillance contractuelle (notamment par la multiplication des obligations de sécurité) que dans la crise que traverse la responsabilité délictuelle⁵².

Par l'arrêt *Bertrand* (Civ. 2^e, 19 févr. 1997) la Cour de cassation décida que la responsabilité des parents est de plein droit, de sorte que seules la force majeure ou la faute de la victime pouvaient les exonérer. La Cour de cassation suivit la préconisation des conclusions de l'avocat général Robert Kessous, s'appuyant expressément sur des articles de plusieurs collègues⁵³.

Il faudrait aussi songer à l'idéologie de la réparation⁵⁴, qui est d'inspiration doctrinale ; elle doit beaucoup à la fameuse thèse de Starck sur la garantie⁵⁵ (sans doute mal comprise, mais peu importe). Cette pensée irrigue toutes les solutions en matière de dommages corporels, et conduit parfois les juges à statuer en équité, à condition évidemment de ne pas l'écrire... Il est de même probable que la responsabilité professionnelle est largement issue d'intuitions et de synthèses doctrinales, dont le défricheur fut sans doute Ripert⁵⁶.

La théorie de l'abus de droit était sous-jacente, et comme en suspension dans le droit, mais elle fut découverte et systématisée par Josserand dans un ouvrage publié en 1905, qui influença grandement la jurisprudence, malgré les critiques de Planiol, trouvant l'expression d'abus de droit absurde (« le Droit cesse où l'abus commence », disait-il). La théorie de l'abus de droit acquit dès lors une importance capitale⁵⁷, notamment dans certaines de ses applications renommées. Mais en disant cela je fais apparaître un phénomène intéressant, très marquant ici, de création progressive, à laquelle collaborèrent et les juges et les auteurs. En effet, au fil des années l'abus de droit se déclina en quelque sorte en rameaux distincts, les plus célèbres étant proba-

⁴⁶ V. not. Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Cujas, 2001, p. 246.

⁴⁷ *Traité...*, op. cit., t. 2, n° 1211-8. La jurisprudence emploie plutôt maintenant l'expression de « chose qui a été, ne fût-ce que pour partie, l'instrument du dommage ».

⁴⁸ Sans oublier André Tunc et François Chabas.

⁴⁹ Une monographie sur ce sujet serait bienvenue.

⁵⁰ De 1902 à 1919, année où lui succéda Demogue.

⁵¹ *Traité des obligations en général*, op. cit., t. 5, n° 1237.

⁵² C'est une partie de la démonstration de J. Bellissent, dans sa thèse préc.

⁵³ *JCP G* 1997, II, 22848. Not. F. Alt-Maes, A. Vialard et G. Viney.

⁵⁴ V. sur celle-ci, L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation »,

dans *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 495 s.

⁵⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, préf. M. Picard, Rodstein, 1947.

⁵⁶ « Ébauche d'un droit civil professionnel », dans *Mélanges H. Capitant*, 1939, p. 678 s. – *Adde* notamment par la suite, A. Tunc, « Ébauche du droit des contrats professionnels », dans *Mélanges G. Ripert*, 1950, t. II, p. 136 s. ; P. Serlooten, « Vers une responsabilité professionnelle ? », dans *Mélanges P. Hébraud*, 1981, p. 805 s. ; Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile professionnelle*, 1^{re} éd., Economica, 1995 ; 2^e éd., Dalloz, 2005.

⁵⁷ L. Cadiet et Ph. le Tourneau, *Rép. civ.*, Vis « Abus de droit » (2008).

blement l'abus du droit de propriété, et l'abus de la liberté du commerce et de l'industrie (ou concurrence déloyale, apparue dans les années 1840. Deux auteurs du milieu du XIX^e siècle, qui étaient avocats [E. Blanc et A. Rendu], contribuèrent à sa généralisation, tout en montrant que son seul fondement possible était l'article 1382 du Code civil⁵⁸. Sa systématisation fut ensuite l'œuvre de Pouillet, puis de Roubier). Mieux, un raffinement conduisit à détacher de ces rameaux dérivés d'autres théories. Ainsi, celle des inconvénients de voisinage s'est séparée très subtilement et fort rationnellement de l'abus du droit de propriété ; à l'époque la plus récente elle semble même être devenue une responsabilité purement objective, dont l'unique fondement est le dommage, et la réparation la seule fonction. La concurrence déloyale a elle aussi engendré une nouvelle variété, mais dont le régime s'est moins écarté de celui de sa mère, je songe aux agissements parasitaires. Ainsi l'abus de droit sert de tige à la concurrence déloyale, sur laquelle se greffèrent les agissements parasitaires, l'abus de droit s'échelonnant de la sorte de degré en degré, sans aucune rupture avec le tronc d'origine.

La notion d'agissements parasitaires fut exposée en 1956 par Yves Saint-Gal, pour permettre la condamnation du comportement de ceux qui usurpent la notoriété d'un signe de ralliement de la clientèle. Elle fut adoptée par les juges du fond, puis par la Cour de cassation. Dans les années 1980, Xavier Desjeux et moi-même avons suggéré un élargissement de la notion, afin de condamner l'usurpation de toute valeur économique d'autrui, quelle qu'elle soit, au-delà même des rapports concurrentiels⁵⁹, auxquels la théorie était jusqu'alors cantonnée. Les Cours d'appel de Paris et de Versailles entendirent rapidement ces voix, suivies par la Cour de cassation dans des arrêts catégoriques. Pour comprendre le phénomène de création du droit, il est intéressant de savoir comment j'ai été amené à procéder à cette intervention. Laissez-moi vous narrez cet épisode (il me semble éclairant d'en relater la genèse,

alors que généralement les chercheurs occultent l'origine de leurs trouvailles, et effacent jusqu'à leurs propres traces). La SEITA avait lancé une cigarette intitulée Champagne. Le Comité interprofessionnel des vins de Champagne (CIVM) en prit légitimement ombrage, et consulta les plus grands spécialistes de la propriété industrielle de l'époque sur les moyens juridiques à invoquer pour obtenir l'interdiction de cet emploi de la célèbre appellation d'origine. Les éminents professeurs consultés répondirent qu'il n'y avait aucune possibilité, puisque les cigarettes n'étaient pas concurrentes, par définition, du Champagne ; qu'il fallait donc que ses producteurs acceptassent l'usage querellé. C'est sur ces entrefaites qu'un représentant du CIVM vint me trouver, en me produisant les consultations négatives. Je répondis : puisqu'il n'y a pas de solution, il suffit d'en inventer une, dans la mesure où il me paraît immoral que des tiers puissent ainsi bénéficier d'un signe prestigieux sans bourse délier ! Voici l'occasion qui fit naître la conception actuelle des agissements parasitaires, retenue par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la cigarette⁶⁰ (puis dans la foulée dans d'autres espèces, y compris relatives au Champagne, dont celle qui eu le plus grand retentissement, le parfum d'Yves Saint-Laurent⁶¹). J'en profite pour noter que les consultations, à petite dose et à bon entendeur, l'honnêteté et l'indépendance intellectuelles restant sauves, me paraissent sources doctrinales, peut-être à faible débit, mais créatrices. Il convient de séparer les consultations de caractère scientifique de celles qui, purement alimentaires, sont de complaisance (il y a des marchands du Droit !). Et le parasitisme montre que parfois des théories récentes, à l'aune de l'histoire du Droit, acquièrent rapidement une belle patine, donnant l'illusion de leur ancienneté.

Il serait sans doute intéressant d'examiner la destinée des idées doctrinales dans leur réception prétorienne, mais ce serait s'écarter de mon sujet. Je me contenterai de relever que certaines s'inscrivent dans la longue durée (telle la notion de

⁵⁸ L. Pfister, « La naissance de l'action en concurrence déloyale et le droit commun de la responsabilité civile », dans *La responsabilité, formes et discours*, Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit, n° 2, Lyon 3, 2005, p. 119 s.

⁵⁹ V. sur le parasitisme, Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n°s 7082 s., et la bibliographie du n° 7081. – *JCI Concurrence consommation*, fasc. 227 (2010) – *De la modernité du parasitisme*, *Gaz. Pal.* 2001, 2,

doctr. p. 1590 s. – J'y cite les nombreux articles de X. Desjeux, aujourd'hui retraité, qui fut un agitateur d'idées dans ce domaine, tout en étant avocat.

⁶⁰ TGI Paris, 5 mars 1984, *PIBD* 1984, III, p. 200.

⁶¹ CA Paris, 15 déc. 1993, *CIVM Champagne c/ Saint-Laurent*, *D.* 1994, p. 145, note Ph. le Tourneau.

responsabilité contractuelle) – *doctrina perennis* – ; que d'autres ne sont qu'éphémères (comme, pour qu'il y ait fait de la chose au sens de l'article 1384, alinéa 1^{er} *in fine*, l'exigence d'un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage⁶²) – *doctrina fugitiva* – ; dans l'entre-deux, il est des doctrines connaissant leur heure de gloire avant de décliner lentement (un exemple étant celle de la distinction de la garde de la structure et de la garde du comportement). D'un autre côté, certaines grandes idées doctrinales ont des effets modestes, tandis qu'il en est de petites lourdes de conséquences. Des idées toutes prosaïques se distinguent des belles idées, de celles qui font pleurer dans les chaumières (songez à la théorie du risque, étendant le champ de la responsabilité et de la réparation), et des oppositions bien balancées (la distinction [toute aristocratique ?] des obligations de moyens et des obligations de résultat)...

La jurisprudence a joué un rôle majeur incontestable dans les métamorphoses du Droit de la responsabilité civile, en intime symbiose avec la doctrine, dans un va-et-vient permanent. L'audace fut autant prétorienne que doctrinale. Moyennant quoi, je trouve néanmoins que ce Droit a mal vieilli. L'œuvre prétorienne fut admirable, mais elle s'épuise désormais ; ses constructions furent ingénieuses, mais elles restent inachevées, de par la nature de la jurisprudence. Après tant d'audaces défuntées, tant de constructions savantes, d'effets de mode,

d'évidences proclamées, de brusques repentirs ou ruptures, de grâces fanées, le Droit de la responsabilité civile est maintenant frelaté et trop complexe, du fait d'une jurisprudence touffue et sujette à revirements, d'une législation incomplète et disparate, de bric et de broc. Il est nécessaire de refondre complètement cet *opus incertum* ; il est temps de quitter le sol mouvant pour retrouver le roc et l'argile.

Permettez-moi de rappeler que je propose un large éventail de solutions dans mon traité, et que je ne désespère pas voir certaines d'entre elles finir par être retenues. Par exemple l'adoption de l'obligation pour la victime de minimiser son dommage ; l'abandon de la distinction des obligations de moyens et de résultat (devenue trop complexe, et un carcan inutile), des obligations contractuelles de sécurité (car il existe aujourd'hui l'obligation de sécurité du fait des produits défectueux, et la loi sur les accidents de la circulation) ; la suppression des présomptions de faute et de responsabilité (inutiles, maintenant que des régimes spéciaux pour les principales causes de dommages ont été créés) ; l'abandon de la réparation du préjudice moral (ou sa limitation à une somme minime et forfaitaire) ; le retour à une conception saine de la faute, appréciée donc *in concreto*, etc. Mais je suggère surtout au législateur d'intervenir par des réformes de fond, la principale étant de créer un régime des dommages corporels⁶³.

⁶² Exigence abandonnée par Ch. réun., 13 févr. 1930, V^{me} *Jand'heur c/ Les Galeries belfortaises*.

⁶³ *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n^{os} 91 s.

Petit trois du Grand A : le droit des contrats

Remarques sur la doctrine en droit des contrats

Nicolas Molfessis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

1. **S**ans doute faut-il avant tout louer la prescience de la *Revue d'Assas* : en invitant à discuter de la doctrine en droit des contrats, elle pré-suppose à juste titre une relation particulière de la doctrine avec la matière qu'elle pétrit. Sa place, ses mécanismes, son influence varient en effet d'un domaine du droit à l'autre. Le droit connaît assurément *des* doctrines, dont les traits sont propres aux matières concernées. On le pressent aisément : la doctrine en droit du travail n'est pas celle du droit administratif, qui n'est pas celle du droit commercial. Plus encore, il est des domaines du droit à densité doctrinale plus ou moins forte, tout comme chaque matière n'est pas identiquement propice au développement de la jurisprudence ou de la coutume. Les terres du droit ne sont pas également fertiles et attractives. À quoi ressemble donc la doctrine qui s'intéresse au droit des contrats, telle est la question ici posée.

2. Observée de loin, on admettra sans peine que la matière du droit des contrats est très doctrinale, au point de pouvoir sans doute, du côté du droit privé, être considérée comme la branche reine,

celle dans laquelle la doctrine acquiert ses lettres de noblesse. On perçoit confusément qu'elle n'a sans doute pas l'élitisme du droit international privé, dont les techniques comme les raisonnements ont souvent la pureté et la minutie du travail d'horlogerie ; mais elle profite de l'image respectable dont jouit le droit des contrats : puisque c'est là, dit-on, que l'esprit juridique s'acquiert, n'est-ce pas là qu'il pourra, en retour, s'exercer au mieux ? Sans doute les opinions et convictions individuelles y ont-elles moins libre cours qu'en droit du travail ou en droit de la famille, mais c'est en droit des contrats que les notions fondamentales du droit germent et s'enracinent. Au reste, les grands noms du droit sont aussi ceux du droit des contrats : Saleilles, Demogue, Ripert, Josserand, Capitant, les frères Mazeaud, Savatier, Carbonnier...

3. De ces noms alignés, un premier constat toutefois s'impose : ils ne dédièrent pas leur savoir et leur science au seul droit des contrats, pour s'intéresser au droit civil en général, voire au droit privé en son ensemble. Spécialisation oblige, la doctrine de droit civil se segmente progressivement, et se

répartit à présent bien davantage les matières comme autant de terres d'élection : les suzerains du droit des successions ou des régimes matrimoniaux, à quelques rares et notables exceptions près, n'ont pas de principauté en droit des contrats. Il y a même quelque prétention à désormais vouloir trop en connaître et le risque, sur cette voie, est bien de tout ignorer. Notre époque consacre ainsi la spécialisation du droit civil et de ses matières. L'histoire de la revue phare, la *Revue trimestrielle de droit civil*, l'a d'ailleurs montré : de sa création jusqu'à la seconde guerre mondiale, Demogue tiendra la chronique des « obligations et contrats spéciaux », avant qu'elle ne se divise entre « obligations et responsabilité » d'un côté et « contrats spéciaux » de l'autre, puis que la première se scinde à son tour en « obligations en général » et « responsabilité civile¹ ». La dernière née, la *Revue des contrats*, pourrait contribuer à cette impression de fragmentation, qui distingue le droit commun du contrat de nombre de branches et ramifications (contrats translatifs, contrats de jouissance, contrats organisation, contrat et vivant, etc.).

De cette approche, on pourrait craindre que le droit des contrats ne soit en train de devenir matière de spécialistes. Il n'aurait assurément rien à y gagner. Parce qu'il se veut tronc commun, il ne saurait être ignoré de ceux qui poursuivent le chemin vers une spécialité. Plus, il s'y perdrait lui-même : lorsque tout relèvera des contrats spéciaux, le droit des contrats aura disparu et, avec lui, les notions, concepts, techniques qui font le juriste et permettent de le distinguer de celui qui, confondant savoir et connaissance, raisonnements et recettes, voit dans la solution ce qui fait le droit et non ce qui en procède.

4. Se rapprochant de notre objet, ce n'est toutefois pas le pessimisme qui devrait l'emporter : la spécialisation du droit en général, comme celle du droit civil en particulier, n'ont pas ici signé l'exode de la matière grise. Loin d'être touché de quelque désaffection doctrinale, le droit des contrats attire et agrège les esprits. Faut-il y voir une réaction à l'encontre du mouvement dominant, on ne saurait le dire. Il reste que le trait marquant, en notre do-

maine, est bien celui de la *vitalité* de la doctrine.

Le meilleur indice d'un foisonnement de la pensée se trouve dans les thèses de doctorat. À s'en tenir à la période contemporaine, il n'est pas douteux qu'elles ont accompagné les mouvements du droit des contrats, les ont éclairés et systématisés, quand elles ne les ont pas même précédés et provoqués. Les groupes de contrats et leurs abords (B. Teyssié, J. Néret, J.-L. Goutal, Ch. Jamin, M. Bacache-Gibeili), la classification des obligations (R. Cabrillac, l'objet ou la cause (M.-E. Ancel, J. Rochfeld), l'indivisibilité et l'interdépendance (S. Pellé, J.-B. Seube), la solidarité et la cotitularité (M. Mignot, Ph. Briand, A. Hontebeyrie), la représentation (Ph. Didier), le comportement du contractant ou l'abus voire la cohérence (B. Fages, Ph. Stoffel-Munck, D. Houtcieff), l'évolution des sanctions et leur pertinence (S. Gaudemet, C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, M. Jaouen), l'inexécution du contrat et ses conséquences (Y.-M. Laithier, Th. Génicon), les restitutions (C. Guelfucci-Thibierge), la prescription (J. Klein), la circulation du contrat et la substitution de contractant (G. Pillet, E. Jeuland), jusqu'aux débats les plus fondamentaux comme celui sur l'existence même de la théorie générale du contrat (E. Savaux). La jeune doctrine réfléchit aux rapports du droit des contrats avec les autres branches du droit (M.-S. Payet, M. Chagny), recompose et redessine le droit des contrats. Caractéristique de la richesse des thèses, la récente et stimulante réflexion autour des contrats-échange et des contrats-partage permet d'offrir, dans la suite de l'inspiration de Paul Didier², une nouvelle approche du rapport d'obligation, à partir de la distinction des commutations – les transferts de valeurs – et des distributions (F. Chénéde, puis à sa suite, J.-F. Hamelin et S. Lequette). Où l'on voit d'ailleurs que les auteurs avancent le plus souvent en file ou par troupes, pour se répondre et nourrir le dialogue doctrinal, indispensable à son audience dès lors que le bruit n'est pas cacophonie. La vitalité de la pensée en droit des contrats est éclatante. Craignait-on les terres du droit des contrats trop labourées pour être encore travaillées ? Elles se prêtent pourtant toujours à la

¹ V. Ph. Rémy, « Cent ans de chroniques », *RTD civ.* 2002, 665.

² P. Didier, « Brèves notes sur le contrat organisation », in *Mélanges F. Terré*, 1999,

p. 636 ; « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com. nov.* 1995, numéro spécial.

réflexion. S'il en est ainsi, c'est parce que la matière se régénère sans discontinuer, incitant les chercheurs à venir la travailler. De là se construit et s'affirme un cercle vertueux entre la doctrine et son objet, qui se nourrissent mutuellement. Par comparaison, le droit commercial semble bien souffrir d'un mouvement inverse, fait de désaffection et donc d'assèchement.

Dès lors, il n'est pas surprenant que le droit des contrats se prête encore à des réflexions essentielles et à des débats qui marquent la vigueur de la pensée. La distinction entre l'effet obligatoire et le contenu obligationnel et plus généralement la réflexion sur l'effet du contrat (P. Ancel, R. Libchaber), la distinction des parties et des tiers (J. Ghestin, J.-L. Aubert, C. Guelfucci-Thibierge), le mécanisme de la cession de contrat (L. Aynès, J. Ghestin, M. Billau), l'existence de la responsabilité contractuelle (Ph. Rémy, D. Tallon, E. Savaux, P. Jourdain) en sont les enfants. Dans la période la plus récente, les controverses autour de la notion de cause sont sans doute l'illustration la plus éclatante de cette mobilisation des esprits autour d'une notion qui confère au droit français des contrats une part de son identité. Où l'on voit d'ailleurs que la réflexion évolue, non seulement à partir de problématiques nouvelles (l'après-contrat, l'obligation de motivation), mais aussi à partir de questions parfaitement classiques : c'est ainsi du débat sur la cause que germe la réflexion sur l'intérêt au contrat. Le renouvellement des notions est comme celui des générations, le signe de la continuité et de la régénération combinées.

Dans ce fourmillement, les manuels et traités se renouvellent logiquement, parfois de façon remarquable (M. Fabre-Magnan). Sans doute, le droit des contrats n'échappe-t-il pas au mouvement de massification qui caractérise la doctrine en général. D'où un nombre important d'ouvrages – plus d'une vingtaine –, parmi lesquels on dénombre trop de « *Reader digest* » qui font l'impasse sur les historiques, sacrifient les controverses et réduisent les notions à la portion congrue, comme si le droit des contrats pouvait s'ingérer aisément et rapidement. Il reste que la matière n'est assurément ni délaissée

ni en perte d'attractivité. La création et l'essor de la *Revue des contrats*, à l'initiative de Denis Mazeaud et de Thierry Revet, sont, mieux que tout discours, le signe d'un renouveau de la réflexion. Chef de file, le premier est pour beaucoup dans l'attention portée par les jeunes générations au droit des contrats. Et si l'on peut parfois s'agacer de la mode consommée pour le solidarisme – sur lequel il faudra revenir –, il faut rendre à César ce qui lui revient : une formidable capacité d'entraîner et de stimuler la réflexion en droit des contrats, donnant à la matière une approche humaine et bien concrète, loin des terres arides et asséchées de la seule technique juridique.

5. Mais vitalité ne signifie pas *efficacité*. C'est même là, sans nul doute, que gît le revers de la médaille doctrinale.

Les relations que la doctrine entretient avec la jurisprudence en fournissent l'illustration la plus évidente. On sait la question sensible. Dans un article désormais fameux, Jean-Denis Bredin a naguère vigoureusement dénoncé le « culte de la jurisprudence », qui est en même temps « mépris de la Doctrine³ ». « Nous n'avons cessé, écrivait-il, de multiplier les "notes de jurisprudence", exercice rapide puisque limité dans l'espace juridique, et dans l'espace éditorial ». Et de ces « petits travaux, vite et bien faits », il est résulté l'idée que le droit « n'était que répétition, imitation, accumulation, et qu'il ne se formait, comme certaines maisons rustiques, que de l'assemblage hasardeux de matériaux entassés ». Trente ans plus loin, et des milliers de commentaires et de décisions accumulés, la tendance n'a pas fléchi. Nombre d'arrêts, sur lesquels se jettent souvent avidement des auteurs, donnent lieu à une profusion d'annotations : il n'est désormais pas rare qu'une même décision suscite une quinzaine de commentaires supposés différents. La première Chambre civile réussira même à en déclencher vingt-deux en décidant, par un arrêt du 3 février 1999, que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire.

Non seulement le phénomène a gagné en

³ J.-D. Bredin, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1981, p. 11 s., et spéc. p. 117.

ampleur, mais il a sans doute changé de nature. Un réflexe doctrinal bien étrange s'est progressivement développé, qui pourrait s'apparenter à ce que les spécialistes du comportement appellent le « conditionnement ». Comme si elle était devenue nécessaire à l'apprentissage et au développement de la réflexion, la décision de justice semble souvent faire office de *stimulus* indispensable à la mise en mouvement de la pensée. Ce n'est plus l'allégeance à la jurisprudence, souvent dénoncée, qui s'exprime ici mais, différemment, une forme de dépendance : la pensée juridique ne se met alors en branle qu'en réaction à une décision de justice, comme si elle avait besoin d'elle pour s'élaborer, se développer et, au fond, se situer. Les auteurs ne se prosternent en réalité pas devant les décisions mais ils pensent à partir d'elles.

On sait d'ailleurs que, sur une même question, les mêmes noms reviennent inexorablement, gage d'une compétence accrue et renforcée, c'est évident, mais au prix de combien de redites ? Les arrêts qui se succéderont pour composer la saga *Chronopost* donneront lieu chacun à plus d'une dizaine de commentaires, souvent des mêmes auteurs. Mais si par hypothèse la jurisprudence suppose la répétition, comment admettre qu'il en aille de même de la doctrine ? Parce qu'un auteur qui commente chacune des décisions rendues sur une même question ne peut se renouveler indéfiniment – il faut d'ailleurs l'espérer –, pour quelle raison prend-il la plume toutes les fois qu'un juge a posé la sienne ? À cette question, on ne trouvera guère de réponse rassurante. Sans doute les éditeurs n'y sont-ils pas étrangers, qui ont multiplié les chroniques et commentaires en droit des contrats : le *Recueil Dalloz* et le *JCP*, les *Petites Affiches*, la *Gazette du Palais, Droit & Patrimoine*, le *Répertoire Defrénois*, la *Revue des contrats*, la *Revue trimestrielle de droit civil*, *Contrats, concurrence, consommation*, *Responsabilité civile et assurances*, la *revue Lamy droit civil*, pour ne citer que les principales d'entre elles, créent la demande. Mais on peut craindre surtout, de façon plus terre à terre, que cette abondance ne soit le produit de stratégies « d'occupation de terrain », comme s'il était besoin, pour exister, de s'approprier des questions de droit et, à

leur suite, l'ensemble des décisions qui en relèvent.

En toute hypothèse, le résultat est là. Pour une part, ces notes et observations qui s'accroissent renforcent la dissociation désormais avérée entre l'écrit et l'opinion, pour privilégier un objectif d'information juridique. Pour une autre part, en faisant porter la lumière sur toutes les décisions, les commentaires doctrinaux provoquent des phénomènes de surexposition et donc d'exagération. Nombre d'arrêts qui n'auraient dû rester connus que des seules parties concernées sont devenus des « bouts » de droit positif, mis en exergue pour être encensés voire devenir premiers d'une série espérée. La déformation doit parfois à celui qui écrit la partition et donc au juge ; mais elle n'existe réellement que parce qu'il est des interprètes pour la faire entendre et lui donner un public. Voilà pourquoi, un arrêt non publié de la Chambre commerciale, rendu en formation restreinte, sur une question de référé et sur le rapport d'un conseiller référendaire (29 juin 2010), pourrait avoir signé la fin de la jurisprudence plus que séculaire initiée par l'arrêt Canal de Craonne ! En prise avec une jurisprudence elle-même confuse, la doctrine se perd en conjectures et en gloses ; elle s'ingénie à instrumentaliser des décisions qui ne méritaient rien d'autre que l'indifférence et perd son crédit dans le grossissement qu'elle leur imprime. Et parce que l'on ne sait plus trop ce qu'il faut penser de décisions qui n'en demandaient pas tant, les auteurs provoquent des querelles stériles sur le sens à conférer à un arrêt qui n'en a pas nécessairement. Il reste que lorsque Jacques Ghestin croit pouvoir donner la leçon à ceux de ses collègues qui n'auraient pas bien appris à lire un arrêt, c'est en réalité le discrédit de la doctrine en son ensemble qu'il provoque⁴.

Sans doute les débats autour du solidarisme juridique ont-ils, durant près d'une dizaine d'années, favorisé cette manière de traiter les décisions de justice. Pendant que la plupart des jeunes auteurs croyaient bien faire en entonnant, dès que l'occasion semblait s'y prêter, quelque morceau de bravoure solidariste, leurs aînés disséquaient les arrêts en y recherchant soit la trace du solidarisme soit la manifestation de sa contestation, bref l'indice, en toute hypothèse, de son existence et de sa vocation à

⁴ J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, 2239.

structurer « le monde contractuel ». Un pas en avant, un pas en arrière, un peu de plomb dans l'aile, un plomb en moins, qui a peur, qui n'a pas peur...

Cette « focalisation » sur le solidarisme a ainsi conduit à mettre en exergue les décisions les plus diverses, pour les faire parler dans un sens ou dans l'autre. L'exercice était pourtant fallacieux et dépourvu de pertinence. Non pas tant parce que, comme on l'a montré vu de la Cour de cassation, le bilan du solidarisme devait être « maigre », mais surtout parce que ses ressorts n'ont pas vocation à clairement justifier les diverses positions prises : « expliquer par le solidarisme toutes les restrictions apportées à la liberté contractuelle est abusif. Les solutions jurisprudentielles revendiquées par les solidaristes peuvent aussi bien s'expliquer par le recours à des figures qui restent en bonne part classiques, même si elles ont subi une certaine teinture solidariste, par exemple la bonne foi, variable traditionnelle d'ajustement de l'équilibre contractuel, l'ordre public économique de protection, ou encore la cause du contrat, entendue comme couvrant les motifs entrés dans le champ contractuel. L'obligation de renseignements dans la formation de certains contrats sert à éclairer la volonté du plus faible, à prévenir ses possibles erreurs, dans une optique raisonnable de liberté contractuelle⁵ ». Dès lors que l'on admet que la bonne foi ou l'équité ne sont pas l'apanage du solidarisme, leur accapitation par une frange de la doctrine n'est ni fondée ni explicative. Nombre de solutions se dérobent en réalité à cette prétendue division de l'univers en deux écoles : de l'abus dans l'indétermination du prix à la sanction de la clause limitative de responsabilité qui vide l'obligation de sa substance, en passant par la révision pour imprévision, dès lors que celle-ci met en péril l'équilibre voulu des parties, on pourrait multiplier les exemples⁶.

Aussi, outre l'énergie perdue à débattre du point de savoir si des arrêts qui n'en n'avaient cure s'étaient situés pour ou contre le solidarisme, c'est, plus encore, la déformation du droit positif qui en est résulté, qui est pernicieuse. Faisant de

décisions parfaitement isolées et peut-être même sans portée, des étendards, jetant dans le même temps l'incertitude sur le sens d'arrêts qui auraient gagné à rester sans lendemain, la doctrine contractualiste s'est prêtée à des débats inaptes à répondre à leur objectif – la détermination de l'interprétation des règles du Code civil et leur application au contrat. Là où l'on attend qu'elle systématise le droit positif, elle l'aura souvent déconstruit. Dès lors, loin de pouvoir renforcer son audience, elle a épuisé sa voix, faute de tenir un discours que les juges eux-mêmes pouvaient faire entrer dans leur mode de raisonnement.

6. On comprendra alors que le bilan de son influence reste pour le moins mitigé. Sur ce point, ne cherchez pas, avait déjà averti Jean-Denis Bredin, en affirmant que « le juge, pour se décider, et décider, ne se soucie guère de la doctrine, et que, dans le chaos des connaissances, des informations, des préjugés qui s'allient ou s'affrontent pour former son jugement, l'opinion des juristes ne joue à peu près aucun rôle. Constat mélancolique, qui nous invite à l'humilité : la doctrine n'influence pas la jurisprudence⁷ ». Sans doute, le trait, qui se voulait postulat et non démonstration, était-il volontairement exagéré. Au reste, dans le domaine du droit des contrats, diverses décisions doivent à la doctrine leur existence ou leur expression. On a pu reconnaître dans l'arrêt Alcatel l'opinion convaincante d'un auteur (L. Aynès) tandis que la suite, à savoir l'abandon de l'exigence de détermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, est sans doute le produit d'une pression doctrinale efficace (L. Vogel, L. Aynès). De même, lorsque la Cour de cassation, d'une formule de Pythie, énonce que « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* »,

⁵ J. Cédras, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel* 2003.

⁶ V. M. Mekki, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC* 2010, 383, spéc. n° 23 et s. V. encore, la lecture solidariste de l'arrêt de la Chambre commerciale du 10 juillet 2007 de la part de D. Houtcieff, *JCP*, 2007,

II, 10154, contre l'opinion de F. Rome lui-même (*D.* 2007, 2017). Le premier estime ainsi que « somme toute, même s'il renseigne peu sur le contenu précis de la bonne foi, cet arrêt constitue finalement moins une pierre dans le jardin du solidarisme que dans son arsenal ».

⁷ J.-D. Bredin, *op. cit.*, p. 111.

on retrouve les idées-forces exprimées par un auteur dans sa thèse et reprise dans son traité (Ph. Stoffel-Munck). Les illustrations restent cependant rares⁸. Même lorsqu'elle se déplace à la Cour de cassation pour y tenir colloque et y expliquer les voies qui devraient être suivies⁹, la doctrine ne parvient pas à se faire entendre : la matière des promesses unilatérales et des pactes de préférence reste, sous cet aspect, une illustration éclatante de l'obstination jurisprudentielle et, corrélativement, de l'ineffectivité de la parole doctrinale¹⁰. Mais peut-on dire mieux pour l'imprévision, l'obligation de renégocier, ou celle de motiver la rupture des contrats ? Souvent jurisprudence varie – nature juridique de l'offre, violence économique, fausse cause, date de naissance des créances, groupes de contrats, définition de la force majeure, notion de professionnel, nature de la responsabilité médicale, etc. –, sans égards doctrinaux. L'instabilité de la jurisprudence signe ici l'échec de la doctrine. Au reste, dans la plupart des solutions qui marquent la décennie écoulée – obligation de loyauté à la charge du dirigeant de société, absence d'obligation d'information de l'acheteur sur la valeur de la chose, limitation des dommages-intérêts pour rupture abusive des pourparlers contractuels aux pertes éprouvées par la victime, tempérément de la solution Chronopost en cas de clauses-types, qualification des contrats de capitalisation en contrat aléatoire, cause de l'obligation de l'emprunteur et nature du prêt consenti par un professionnel du crédit, validité des libéralités entre concubins adultères, subjectivisation de la cause objective, exigence de contrepartie financière pour les clauses de non-concurrence, définition du préjudice légitime, résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, nature de l'action en responsabilité exercée par un tiers en cas de manquement contractuel, exception de nullité, etc. –,

où trouve-t-on trace de l'influence doctrinale ?

7. Est-ce parce qu'elle sait ici son influence limitée qu'elle aurait alors cherché à influencer sur le législateur ? En toute hypothèse, on sait que ces dernières années auront été marquées par l'essor d'une « doctrine collective législatrice », selon l'expression de Pascale Deumier¹¹. La doctrine s'est transportée d'une source à l'autre. La réforme du droit des obligations a ainsi incité à la constitution d'équipes doctrinales, au demeurant parfois concurrentes, qui ont eu pour objectif la rédaction d'avant-projets de lois. Projets Catala ou Terré, il n'est pas douteux que les différentes initiatives ont su démontrer « la capacité des universitaires à se rassembler et à se rappeler au législateur, à une époque où cette influence commençait à être singulièrement relativisée¹² ». Plus encore, comment ne pas être frappé par l'emballage doctrinal qu'une telle entreprise a provoqué ? Articles, colloques, ouvrages, conférences... les différents projets ont là encore montré l'aptitude de la doctrine à analyser, débattre, proposer. Cette effervescence sans pareil n'a pourtant pas encore trouvé sa « fenêtre parlementaire » et les initiatives, loin d'avoir abouti, n'apparaissent toujours pas avoir suffisamment persuadé les pouvoirs publics pour qu'ils en assurent la reconnaissance législative. Comme s'il était désormais inéluctable que la doctrine du droit des contrats ne puisse plus allier vitalité et efficacité ? Il est temps pourtant, alors que les esprits sont là, prêts à servir la cause du droit, de faire la démonstration de la nécessité de la doctrine, non pour elle-même et en quelque sorte en vase clos, mais au-delà de ses rangs, là où le droit se met en marche, s'élabore et se décide. Que la doctrine perde sa place et ne sache plus alimenter les sources auxquelles elle puise, et c'est le lit du droit qui s'asséchera. Ordonnons, proposons, éduquons. Enfants du droit, nous devons savoir en être la sève.

⁸ Rapp. en matière de transmission à cause de mort du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle « le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur » (Civ. 3^e, 8 sept. 2010, pourvoi n° 09-13.345, à paraître) et l'affirmation selon laquelle « à la différence d'un pollicitant, le promettant ne peut rétracter sa promesse pendant la durée pendant laquelle elle a été convenue. Il s'agit, en effet, d'un engagement définitif de vendre, que la simple

levée de l'option par le bénéficiaire suffira à transformer en une vente » (Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, Les contrats spéciaux, Defrénois, 4^e éd., p. 69, n° 111).

⁹ V. ainsi, pour l'exemple qui suit, le colloque publié à la RDC 2005.

¹⁰ V. ég. P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », D. 2003, 2839, spéc. n° 8.

¹¹ RTD civ. 2006, p. 63.

¹² P. Deumier, *op. cit.*, p. 64.

Petit quatre du Grand A : le droit commercial

La doctrine en droit commercial

Didier Poracchia

Professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
Directeur de l'Institut de droit des affaires
Membre du centre de droit économique

Laure Merland

Maître de conférence à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III)
Directrice du Master droit de la propriété intellectuelle
et des nouvelles technologies
Membre du centre de droit économique

« *Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine leur être ; c'est inversement leur être social qui détermine leur conscience* » (Karl Marx).

À chaque réalité, correspond une image d'Épinal. La doctrine en droit n'y échappe pas. Les images qui la concernent, bien réelles, sont caricaturales, sarcastiques, trompeuses. Elles sont le fruit d'une imagination collective fébrile, propulsant dans un même sac ceux qui, sur un domaine, se croisent.

Ainsi, la doctrine en droit pénal, pour la crédibilité de sa production, fricoterait avec la canaille et les tontons flingueurs, touchant au passage, qui sait, quelque argent douteux, pendant que la doctrine en droit public, policée, cultivée, subtile, hypnotiserait son auditoire par l'élégance classique de son style diplomatique ; la doctrine civiliste, depuis sa tour d'ivoire, ne traiterait que de questions fondamentales, forgeant de beaux sys-

tèmes dogmatiques bien verrouillés, insusceptibles de prêter le flanc à la critique¹ ; la doctrine en droit commercial, elle, aurait vendu son âme au Diable, oublié le Beau Droit, pour rouler en BMW, s'habiller en Prada, et vivre dans les quartiers chics de la capitale. Technicienne ingénieuse et forcenée, elle produirait des solutions servant les intérêts de ses seuls maîtres : les sociétés commerciales, et serait tout particulièrement haïe de la doctrine en droit de la protection sociale, rêvant entre deux piquets de grève à un monde meilleur.

C'est à cette doctrine en droit commercial, apparemment perdue pour la science et pour l'humanité, que nous consacrerons nos propos. Mais n'en déplaise aux esprits fantasques, la doctrine commercialiste ne correspond en rien à son image d'Épinal. Certes, il est vrai qu'elle est assez douée pour la provocation. Que l'on songe aux fameux « Du droit de ne pas payer ses dettes », de Ripert, ou au très sarcastique « Le droit commercial, un droit

¹ Pour une image d'Épinal de la doctrine civiliste similaire à celle-ci, C. Atias, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », in *Études dédiées à René Roblot*,

Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 29.

sentimental », de Lagarde. Mais reconnaissons-le, la provocation est loin d'être un style courant dans la doctrine juridique, fût-elle commercialiste.

Les reproches adressés à la doctrine en droit commercial ne manquent pas. Certains sont anecdotiques. Ainsi, les kelséniens peuvent se sentir agressés par la constance avec laquelle une part non négligeable de la doctrine commercialiste voit dans la jurisprudence ou la pratique une source du droit², en dépit de quelques auteurs qui, pourtant, abondent dans leur sens³.

Les nostalgiques du droit franco-français pourraient maudire la doctrine commercialiste de participer à son américanisation. Que ces derniers soient rassurés. D'abord, le droit commercial, fruit de la pratique des marchands, est de toute façon un droit par nature international, métissé, s'étant construit sur des influences italiennes, allemandes, anglaises, voire américaines⁴. Ensuite, s'il est vrai que, parfois sous les applaudissements de la doctrine commercialiste, le droit français de la concurrence a importé l'*antitrust* américain ou nombres d'institutions de droit financier, c'est, au final, et notamment grâce aux efforts de cette même doctrine, pour les acculturer au droit français⁵.

L'autre reproche adressé à la doctrine commercialiste est celui de son prétendu affairisme. Le dictionnaire *Le Robert* définit l'affairisme comme la « tendance à ne s'occuper que d'affaires particulièrement lucratives à base de spéculation » et l'affairiste comme l'« homme d'affaires peu scrupuleux, avant tout préoccupé par son profit ». Pourtant, à l'évidence, la doctrine commercialiste ne choisit pas ses thèmes de réflexion en fonction de l'importance des sommes qui seraient en jeu. Peut-être lorsqu'elle exerce des fonctions d'avocat ou de consultant se laisse-t-elle guider par le montant de ses honoraires. Mais il n'est plus alors ici question de doctrine. Peut-être délaierait-elle le droit des entreprises en difficulté pour se concentrer sur le droit financier dans l'espoir, au demeurant hypothétique, de consultations plus lucratives ? L'importance de la production doctrinale en droit commercial, dans chacun de ses domaines, ne permet pas de l'imaginer.

Le principal reproche adressé à la doctrine en droit commercial est celui de sa prétendue mauvaise qualité. Dépassée par les changements incessants de législations, par les innovations constantes de la pratique et par la complexité galopante des échanges commerciaux, la doctrine commercialiste aurait démissionné. Fini les raisonnements permettant de maintenir le droit commercial en un système juridique cohérent adapté aux nécessités de la pratique. La « doctrine », en droit commercial, serait constituée d'une armée de techniciens, qui, tels des journalistes, produirait à la chaîne des commentaires de textes ou jurisprudence hautement périssable, sans analyses, sans passé ni avenir. Le droit commercial serait dès lors éclaté en des normes éparses, sans aucune doctrine pour les relier et proposer aux praticiens une matière suffisamment cohérente pour fabriquer du sens et de la sécurité juridique.

Ce reproche est, là encore, infondé. La doctrine commercialiste est pragmatique, ce qui signifie qu'elle est bien davantage qu'une simple technique du droit (I). Et ce pragmatisme est loin ici d'être une vilaine qualité, dans la mesure où il est mis au service de la société démocratique (II).

I. Le pragmatisme de la doctrine en droit commercial...

La volonté de pragmatisme de la doctrine en droit commercial est inhérente aux conditions mêmes de la formation du droit commercial (A). Composée tout à la fois d'universitaires et de praticiens, la doctrine commercialiste, rompue aux réflexions fondamentales et confrontée sans cesse aux exigences de la vie des affaires, offre à ses utilisateurs des solutions cohérentes avec leurs objectifs de rapidité et de confiance (B).

A. Une volonté de pragmatisme

La doctrine en droit commercial a d'emblée été mue par un souci de pragmatisme. Ce souci premier s'explique par la nature même de la doctrine commercialiste. Celle-ci fut dès l'origine composée de praticiens, d'hommes de terrain rompus aux affaires et désireux de mettre de l'ordre dans leurs activités marchandes.

² S. Schiller, « L'extension du rôle de la jurisprudence en droit des affaires », *APD*, 2007, p. 213 s.

³ Considérant que les sources du droit commercial ne sont pas autonomes, M. Germain, « Pluralisme et droit économique », *APD*, t. 49, 2005, p. 235 s.

⁴ Faut-il rappeler que nombre de nos institutions sont inspirées du droit anglais ? Ainsi du warrant, du chèque, des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés

anonymes, du trust, devenu « le trust ou la fiducie à la française ». Faut-il rappeler l'influence allemande sur notre registre du commerce et des sociétés ou notre SARL, ou encore, celle du droit américain sur notre droit de la concurrence ?

⁵ W. R. Baker, « L'américanisation du droit par la finance, mythe ou réalité ? », *APD*, t. 45, 2001, p. 199 s.

Le rôle des universitaires est capital dans la formation de la doctrine commercialiste. En effet, ils assurent la transmission d'un savoir sur le droit commercial : son histoire, ses sources, ses institutions, ses principes, ses techniques, ses solutions, et leur articulation interne ou avec les autres branches du droit, par des raisonnements juridiques et des méthodes de présentation qui assurent la cohérence de ce droit en son sein et au sein du système juridique⁶.

Ainsi, les professeurs de droit commercial ont affirmé le souhait, dans leurs traités ou leurs ouvrages, que leur doctrine soit utile aux étudiants⁷, ceux-là même qui deviendront les enseignants, les avocats, les notaires, les magistrats, les juristes praticiens de demain, et qui auront toujours besoin des services de la doctrine en droit commercial pour suivre les évolutions de la matière, s'assurer de leur compréhension, et exercer au mieux leur profession, dans l'intérêt général de la société entière.

Au demeurant, la doctrine commercialiste n'est pas l'apanage des universitaires. Avocats, magistrats, éditorialistes, ou juristes d'entreprise, pour la plupart nourris à la doctrine en droit commercial des universitaires, font eux aussi œuvre de doctrine, en reproduisant les codes de cette doctrine universitaire. Non pas pour le plaisir de l'imitation, mais bien parce que la doctrine universitaire en droit commercial et le droit commercial, élaboré comme système de droit autonome, sont historiquement intimement liés.

Cette doctrine non universitaire, en droit commercial, enrichit la doctrine universitaire. Au-delà des titres, de la profession, la qualité d'une œuvre doctrinale, fût-elle en droit commercial, se juge à l'intelligence avec laquelle l'auteur aura su se saisir d'un problème juridique : mettre son sujet en perspective, l'analyser, en étudier les enjeux, les solutions, dans une présentation limpide. Inversement, la qualité de la doctrine universitaire doit beaucoup à l'immersion de ses membres dans la

vie des affaires. Pardessus (1772-1853), considéré comme le père fondateur du droit commercial, fut juge, député et professeur de droit. Il initia une tradition d'universitaires en constant dialogue avec la vie des affaires. Au demeurant, les professeurs Hamel et Lagarde revendiquaient avec enthousiasme leurs fonctions de consultants comme une nécessité pour la qualité de leur doctrine⁸.

Enseignants-chercheurs-praticiens ou praticiens-enseignants-chercheurs, tous se mêlent au sein de revues ou d'ouvrages, parfois même à la demande d'institutions professionnelles, comme par exemple la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et son Centre de recherche en droit des affaires, pour présenter ensemble leurs doctrines⁹. Leur pragmatisme leur inspire des raisonnements et solutions cohérents avec le système juridique, un équilibre entre pratique et théorie¹⁰, qui dépassent de loin les qualités nécessaires à de simples techniciens, adaptées aux impératifs de rapidité et de confiance de la vie des affaires¹¹.

B. Des raisonnements et solutions cohérents avec le système juridique, adaptés aux impératifs de rapidité et de confiance de la vie des affaires

Les professeurs Hamel et Lagarde posaient, non sans quelque fierté, la philosophie animant la doctrine commercialiste : « sympathie pour les **solutions audacieuses** même si elles font courir aux intéressés certains risques considérés comme inhérents à la vie économique, rejet systématique des raisonnements logiques lorsqu'ils conduisent à des positions qui ne sont pas en **pleine harmonie avec les besoins de la pratique** des affaires, recherche de tous les symptômes qui annoncent la transformation des institutions existantes ou qui préparent les évolutions à peine amorcées, désir intense de ne négliger aucun phénomène économique dont le fonctionnement nécessite un **cadre juridique adapté à notre milieu social...**¹² »

⁶ Sur la notion de doctrine, Ph. Jestaz et C. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chr., p. 167 ; P. Morvan, « La notion de doctrine (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin) », *D.* 2005, chr., p. 2421 ; A. Sériaux, « La notion de doctrine juridique », *Droits*, n° 20, 1995, p. 65 s.

⁷ R. Houin, préface de la 1^{re} édition des *Grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1962.

⁸ J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954.

⁹ L'exemple des œuvres célébrant le bicentenaire du Code de commerce est à cet égard topique, même si nombre d'ouvrages, d'articles ou de commentaires sont produits conjointement par des universitaires et des praticiens. V. par ex. P. Le Cannu, (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008 ; P. Bloch, S. Schiller (dir.), *Quel code de commerce pour demain ?*,

LexisNexis, 2007 ; Cour de cassation et Institut André Tunc (sous l'égide de), *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2008 ; Association du Bicentenaire du Code de commerce, *Bicentenaire du code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008.

¹⁰ C. Atias, « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », in *Etudes dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 31, spéc. l'éloge faite à la doctrine commercialiste d'avoir trouvé un rapport particulier entre la théorie et la pratique.

¹¹ En ce sens, v. B. Caillaud, P. Le Cannu, « Théoriciens et praticiens. Réflexions sur l'interdépendance des juristes d'affaires », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 19 s.

¹² Hamel et Lagarde, préf. préc.

Au-delà de cette philosophie, la doctrine commercialiste, pour répondre aux besoins de rapidité et de confiance de la vie des affaires, a eu besoin de créer un système juridique, parce qu'elle était de tradition dogmatique¹³, dont l'objet était de régir le plus efficacement possible la vie des affaires, sans jamais perdre de vue les nécessités de la pratique et la cohérence en droit, dans le système juridique français, de ses solutions.

Il fallait que ce système fût autonome du droit civil, ce dernier étant inadapté à la vie des affaires. Remarquons que cette autonomie n'existe pas dans tous les pays, et correspond donc à un besoin de la doctrine française qui, pour effectuer son rôle de lien, a besoin de procéder par système¹⁴.

La doctrine commercialiste, héritière de la doctrine privatiste, revendique cette méthode. Hamel et Lagarde de noter : « Sous l'influence et à l'exemple du droit civil, les juristes commercialistes de la première moitié du XIX^e siècle se sont efforcés de construire un droit de la vie des affaires qui fût vraiment un système de Droit. C'est-à-dire que, partant de l'observation méthodique des phénomènes de la vie économique, ils ont tenté d'appliquer aux difficultés juridiques de la vie des affaires des solutions pratiques qu'ils déduisaient de principes généraux, et ils ont réalisé des déductions au moyen de raisonnements construits suivant les meilleures règles de la technique de droit privé ». Le droit commercial répondrait ainsi aux « méthodes de recherche qui, selon le génie français, sont communes à toutes les branches du droit privé¹⁵ ».

La marche de la doctrine commercialiste vers la création du droit commercial comme système autonome fut néanmoins très longue. Les recueils de coutumes, l'Ordonnance pour le commerce de terre, dite Code Savary, de 1673, et le commentaire de son auteur « *Le parfait négociant* », en 1680¹⁶, ou son œuvre *Les pères, les Institutes de droit consulaire ou éléments de la jurisprudence des marchands* de Toubeau, ancien juge consul de Bourges, constituèrent la « référence

essentielle » pour les juristes jusqu'au Code de commerce de 1807¹⁷, sans pour autant conférer au droit commercial une quelconque autonomie par rapport au droit civil¹⁸.

La codification de 1807, pourtant largement critiquée au motif de son incomplétude et de son obsolescence, fut néanmoins l'un des moteurs de l'édification d'un droit commercial comme système autonome, bien que cette autonomie fût encore loin d'être acquise. En 1807, Loqué, sous influence de l'exégèse du Code civil, rappelait que le Code de commerce n'était « qu'une loi d'exception, destinée à régler des affaires d'une nature particulière, (qui) ne peut se suffire à lui-même, vient s'enter sur le droit commun, laisse sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas », de même que les lois du commerce « ne peuvent seules former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent », si bien « qu'elles se prêtent mieux à la forme du commentaire que du traité¹⁹ ».

Néanmoins, la doctrine commercialiste ressentait la nécessité de systématiser telle ou telle institution de droit commercial. Ainsi, en 1809, Pardessus publia son *Traité des contrats et des lettres de change*²⁰ ; en 1823, Delvincourt proposa la deuxième édition de ses *Institutes de droit commercial français*²¹ et en 1846, Troplong rédigea *Le droit civil expliqué suivant les articles du Code. Du contrat de société civile ou commerciale*²². Mais ces auteurs, dans la tradition de l'exégèse, affirmaient la supériorité du droit civil. Pardessus, nommé titulaire d'une chaire de droit civil, avec la charge d'enseigner le droit commercial, publia pour la première fois, en 1814 un « *Cours de droit commercial* ». Bien que proposant enfin le droit commercial sous forme de système, soulignant toujours la suprématie du droit civil. Mais à cette époque, les charges contre le Code civil, accusé d'être dépassé et d'être un obstacle au commerce, se firent plus virulentes. La graine était semée pour que la tradition de l'exégèse périclît²³.

¹³ En ce sens, J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, Economica, 1995, p. 16 et s.

¹⁴ Sur cette question, D. Tallon, « Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, 1974, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, p. 649 s.

¹⁵ Hamel et Lagarde, préf. préc. ; R. Houin, préf. préc.

¹⁶ Inspirée de la doctrine commercialiste italienne, née au XVI^e siècle avec Stracca puis Scaccia. J. Hilaire, *Le droit des affaires et l'histoire*, Economica, 1995, p. 317 s.

¹⁷ J. Hilaire, préc., p. 317.

¹⁸ Domat, dans son ouvrage *les Lois civiles dans leur ordre naturel*, ignore le com-

merce, et n'évoque les règles du droit commercial qu'en ce qu'elles constituent une dérogation à une règle civile ; tout au plus le traite-t-il dans son traité *Le droit public*, Paris, 1697, concernant l'organisation administrative du commerce.

¹⁹ Baron J.-G. Loqué, *Esprit du Code de commerce*, 1807, t. 1, avant-propos, pp. V-VI et pp. XII-XIV, cité par J. Hilaire, préc., p. 16.

²⁰ J.-M. Pardessus, *Traité du contrat et des lettres de change*, Paris, 1809, t. 1.

²¹ C.-E. Delvincourt, *Institutes de droit commercial français*, 2^e éd., Paris, 1823.

²² Bruxelles, 1846.

²³ J. Hilaire, préc., p. 18 s., citant Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876.

En effet, la doctrine commercialiste, ayant pris acte des avancées significatives du droit commercial sur le droit civil²⁴, se montra sensible aux thèses de Jean-Baptiste Say et à son cours d'économie politique de 1828, offrant au droit commercial le support théorique qui lui manquait pour prendre son autonomie par rapport au droit civil. Les praticiens réclamaient de leur vœux un droit commercial plus complet²⁵, plus pragmatique²⁶, plus autonome²⁷.

En 1861, en plein essor économique de la France, Delamarre et Le Poitevin revendiquent l'autonomie du droit commercial, justifiant ainsi l'existence de la doctrine en droit commercial. Les deux auteurs « déclarent que le droit commercial se suffit à lui-même et dit se construire, en dehors des règles posées par le droit civil, selon les principes qui s'inspireront exclusivement des nécessités propres à la vie des affaires [...]. Si la technique du droit civil lui paraît gênante ou insuffisante, il faut qu'il crée la sienne propre ». Et d'ajouter : « le droit commercial n'est plus aujourd'hui, par rapport au droit civil, un droit d'exception ; il est devenu un droit indépendant qui doit se suffire à lui-même ».

En 1876, Boistel, professeur à la Faculté de droit de Paris, s'éloigne de l'exégèse et souligne la nécessité d'appuyer l'étude du Code de commerce « non sur des abstractions plus ou moins dépourvues d'utilité, mais sur les réalités vivantes du monde des affaires »²⁸. En 1879, les professeurs Lyon-Caen et Renault publient leur *Traité de droit commercial*²⁹.

En 1880, Bedarride rappelait la nécessité d'une justice composée de juges consulaires, eux-seuls étant à même de comprendre réellement la vie des affaires, la justice traditionnelle étant inadaptée, trop lente, trop lourde, trop onéreuse et trop peu

qualifiée pour répondre aux exigences de la vie des affaires³⁰. Ce qui expliquerait selon lui pourquoi toutes les tentatives de supprimer les tribunaux de commerce en France ont échoué³¹.

En 1898, Thaller fera paraître la première édition de son *Traité de droit commercial*, rappelant que les nécessités du commerce justifient un corps de règles dérogatoires³².

Ce sont ainsi ces grands juristes français, universitaires ou praticiens, qui, à la fin du XIX^e siècle, ont exposé les règles du droit commercial. Mais en dépit des efforts et des déclarations de la doctrine, l'autonomie du droit commercial n'était pas encore acquise, ce que Thaller, en 1904, soulignait³³.

Quelques privatistes restaient convaincus de la nécessité d'un droit commercial autonome. Accusés de vouloir briser la belle unité du droit privé, ils poursuivirent néanmoins leur entreprise avec foi et courage. En 1954, les professeurs Hamel et Lagarde introduisaient leur *Traité de droit commercial* ainsi : « cet ouvrage est un acte de foi dans l'avenir du droit commercial ; en un temps où certains esprits préconisent l'unification du droit privé et la fusion du droit commercial dans les grandes règles du droit civil, nous avons cru – après d'ailleurs d'éminents auteurs – qu'il était bon de présenter au public juridique les grands principes d'un droit commercial conçu comme une discipline autonome, indépendante du droit civil. Une telle conception nous paraît imposée par l'histoire et par les faits³⁴ ». La doctrine commercialiste eut donc une tâche immense : après l'avoir revendiqué, il lui fallait asseoir un droit commercial autonome.

La tâche n'était pas simple. La doctrine commercialiste dut faire preuve de perspicacité. D'une part, l'étude du droit commercial s'avérait plus

²⁴ G. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. 1, p. X, cité par J. Hilaire, préc., p. 19.

²⁵ E. Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, Paris, 1821, regrettant, notamment, l'absence d'études sur les institutions publiques, les administrations qui veillent sur le commerce.

²⁶ J. Horson, *Questions sur le Code de commerce*, Paris, 1829.

²⁷ A. Frémery, *Etudes de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants*, Paris, 1833, soulignant l'autonomie naturelle du droit commercial, comme le droit du peuple des commerçants, un droit universel, mis en lambeaux par le législateur ; J.-V. Molinier, *Traité de droit commercial*, Paris, 1861.

²⁸ Boistel, *Précis de cours de droit commercial*, Paris, 1876, cité par J. Hilaire, préc., p. 20, citant encore l'influence en ce sens des cours du Professeur Rataud, non publiés, mais qui auraient sensibilisé des générations d'étudiants à l'intérêt pratique du droit commercial.

²⁹ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 1^{re} éd., Paris, 1879.

³⁰ Citant Louis Nougouier qui écrivait, dans l'ouvrage *Des tribunaux de commerce*,

t. 4, p. 2 : « le commerce a son langage à part ; pour lui, une phrase, un mot contient le germe d'obligations importantes, dont le sens obscur ne peut être sainement interprété que par des hommes dès longtemps initiés à en saisir les délicates nuances » (avant-propos, p. 3).

³¹ Et de rappeler que dans l'ancienne Grèce, existait une justice spéciale pour les marchands, celle des prévôts, qu'Aristote ou Xénophon ont vantée dans leurs écrits, ainsi que celle, rappelée par Démosthène, de magistrats spéciaux qui se transportaient à bord des navires et décidaient immédiatement, pour que les marchands ne fussent pas dérangés dans leurs affaires.

³² Thaller, *Traité de droit commercial*, Paris, 1898.

³³ Thaller, in *Livre du Centenaire du Code civil*, 1904.

³⁴ Et de préciser que « dans un pays aussi attaché que la France à sa structure juridique et au droit de son passé, droit civil et droit commercial n'obéissent pas aux mêmes nécessités doctrinales et ne suivent pas la même évolution pratique. C'est cet ensemble de constatations qui conduit à affirmer l'autonomie du droit commercial et à repousser, pour la France tout au moins, toutes les théories contemporaines qui prônent l'unification des deux disciplines ».

difficile que celle du droit civil dans la mesure où la doctrine n'avait pas le soutien d'un Code, celui de 1807 n'étant qu'une collection de lois d'âge différents, où la jurisprudence était mal fixée, et les usages professionnels difficiles à prouver³⁵. D'autre part, il fallait faire face à la rapidité des changements économiques³⁶. Enfin, la doctrine commercialiste se heurtait à la complexité des opérations commerciales. Déjà en 1947, Ripert soulignait que la doctrine doit « expliquer des opérations nouvelles, souvent compliquées, et faites parfois dans le mystère des banques et des bourses, analyser des contrats que le droit romain ignorait, mettre en présence un grand nombre de personnes liées d'intérêt dans une même opération, examiner des comptes et des titres comme générateurs de droit et d'obligations³⁷ ».

Ce n'est donc qu'au milieu du xx^e siècle que le droit commercial accéda à son autonomie, paradoxalement par son dépassement dans le concept de droit des affaires³⁸. L'autonomie du droit commercial désormais acquise, la doctrine proposa des solutions qui permettent au droit commercial de se maintenir comme système, alors même que la pratique débordait d'imagination et que l'inflation législative était galopante.

C'est ainsi que la doctrine commercialiste se spécialisa : droit des contrats d'affaires, droit bancaire, droit du commerce international, droit des sociétés, droit financier, droit de la concurrence, droit de la propriété intellectuelle, droit des procédures collectives.

Cette spécialisation par matière ne suffit pas à répondre aux besoins de la pratique. Elle se fit aussi par secteur de l'activité économique : droit maritime, droit des transports, droit du sport, droit de l'énergie.

Depuis, la doctrine commercialiste doit maî-

triser non seulement le droit civil, le droit commercial, mais aussi plus largement, les spécificités relatives au secteur qu'elle se propose d'étudier.

Ainsi spécialisée, la doctrine commercialiste peut, en toute crédibilité, poursuivre son entreprise d'élaboration d'un droit commercial sous forme de système, et soumis aux lois économiques et législatives en perpétuel changement. Elle peut louer ou critiquer le droit positif³⁹ et, s'il lui semble utile, proposer des améliorations, de nouveaux équilibres, des solutions pragmatiques, utilisables par les praticiens, et qui reposent sur un raisonnement cohérent.

Par exemple, concernant l'accès à la connaissance du droit commercial par les praticiens, la doctrine commercialiste a proposé que le droit commercial fasse l'objet d'une recodification, afin de rassembler les lois qui, depuis 1807, sont restées hors code, en dépit de l'inflation législative en la matière. C'est ainsi qu'en 2000, le Code de commerce a été recodifié.

Concernant les questions de fond, la doctrine commercialiste s'appuie en premier lieu sur l'observation de la pratique. Puis elle en dégager les règles⁴⁰. Ces règles, elle doit enfin les mettre en cohérence avec les finalités du droit commercial, ce qui suppose qu'elle ait répondu au préalable à cette question essentielle : « que doit être le droit commercial ? qu'est-il actuellement ? est-il le droit des commerçants, c'est-à-dire un droit de classe, ayant survécu à la proclamation du principe de l'égalité devant la loi, renaissant comme un droit professionnel, précurseur de celui qui devra être créé pour chaque profession ? Est-il au contraire, sans aucune considération des personnes, le droit des opérations commerciales... ?⁴¹ »

En outre, dans un souci de cohérence, cette fois-ci par rapport au système juridique, chaque fois

³⁵ Des mêmes auteurs, à la suite : « plus difficile que celle du droit civil. Elle n'a pas le soutien d'un code : le Code de 1807, imparfait dès sa publication, n'est plus qu'une collection de lois d'âge différents. La jurisprudence est mal fixée. Les juges préfèrent statuer en fait qu'affirmer des principes dont ils redoutent les conséquences inconnues. Les usages sont difficiles à rapporter parce qu'ils sont particuliers à certaines professions... ». « Nous n'avons pas ici, comme dans le droit civil, les leçons des romanistes et des canonistes, les textes des coutumes, la jurisprudence des Parlements, les grands traités des juristes ».

³⁶ Préf., préc.

³⁷ Préface de la première édition au *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ : « encore qu'il se plaise à rappeler l'origine lointaine de certaines de ces institutions, il est un droit jeune, car le commerce moderne ne se contente pas des procédés qui suffisaient à l'ancien. Il ne connaît pas l'apaisement que le temps apporte à la discussion des principes, la soumission volontaire à des règles qui ne sont plus discutées. Il se crée chaque jour dans la pratique changeante des affaires. Il se transforme pour suivre une économie qui se modifie sans cesse. Cette

mobilité est pour ce droit une cause de faiblesse, mais c'est un sujet puissant d'intérêt pour son étude ».

³⁸ J. Hilaire, préc., p. 20. Le concept de droit des affaires s'étend aux règles fiscales, pénales ou sociales. Sur la distinction, v. J. Hilaire, préc., p. 34.

³⁹ Les anniversaires du Code de commerce sont l'occasion de faire des bilans, mais aussi d'une profusion de réflexions critiques sur le droit commercial. V. par ex. P. Le Cannu, (dir.), *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, LGDJ, 2008 ; P. Bloch, S. Schiller (dir.), *Quel code de commerce pour demain ?*, Lexis Nexis, 2007 ; Cour de cassation et Institut André Tunc (sous l'égide de), *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, Dalloz, 2008 ; Association du Bicentenaire du Code de commerce, *Bicentenaire du code de commerce, 1807-2007*, Dalloz, 2008. Ces travaux, fidèles à la tradition commercialiste, rassemblent aussi bien des universitaires que des praticiens.

⁴⁰ R. Houin, préc. préc.

⁴¹ G. Ripert, préc. préc.

que cela s'avère opportun, la doctrine doit approuver le rattachement opéré par la jurisprudence d'institutions comme l'affacturage, le crédit-bail, la cession de créances professionnelles, la lettre de change ou le billet à ordre ainsi que les opérations sur le fonds de commerce, au droit commun des obligations⁴². En effet, l'autonomie absolue du droit commercial conduirait à le déconnecter du système juridique tout entier, et à créer de toute pièce des solutions entachant la sécurité juridique. La crédibilité même de la doctrine commercialiste, censée fabriquer du lien, y aurait succombé.

En outre, la cohérence indispensable à l'acceptabilité de toute règle de droit ne peut être assurée que si la doctrine commercialiste l'insère dans l'histoire. Dès lors, les œuvres doctrinales relatives à l'histoire du droit commercial⁴³, de même que les développements ou rappels historiques dans des œuvres de doctrine, apparaissent essentiels. La créativité, comme le soulignent si bien certains, ne s'exerce véritablement « qu'au prix d'une synthèse des apports d'autrui⁴⁴ ». L'articulation avec le passé est un élément incontournable de la cohérence du discours des commercialistes et donc, l'adhésion de la pratique aux règles de droit.

Enfin en matière de droit commercial, la recherche de cohérence des solutions doit se faire en considération du contexte international. Le renfort du droit comparé s'avère indispensable. La doctrine commercialiste multiplie ses études en la matière, organise des échanges avec des universités étrangères, dans le cadre par exemple, pour les doctorants, de programmes Erasmus, ou pour les enseignants, de missions à l'étranger, créé des réseaux

de sachants, comme par exemple le *International competition network*, participe à des colloques ou à des recherches sous l'égide d'organisations ou d'administrations internationales comme la CNUDCI, l'OMC, UNIDROIT, l'OHADA, l'OMPI, de l'OHMI... Les cabinets d'avocats n'hésitent pas à s'internationaliser. En outre, la globalisation des échanges conduit la doctrine commercialiste à repenser le contenu et le sens du droit qu'elle étudie ainsi que les solutions qu'elle préconise⁴⁵. Le système « Droit commercial autonome » est ainsi toujours en mouvement, et son contenu est variable. Après avoir fabriqué le « Droit commercial » à la fin du XIX^e siècle, ce fut le temps du droit des affaires⁴⁶, puis celui du droit économique, celui du droit du commerce international⁴⁷, celui du droit du marché⁴⁸ ou encore du droit global⁴⁹.

L'exigence de cohérence assignée à la doctrine commercialiste est d'autant plus forte que celle-ci est amenée à proposer de nouvelles notions. Il s'agit d'enserrer la réalité dans un vocabulaire sur la base duquel sont élaborées des règles. Par exemple, en droit civil, Aubry et Rau posèrent le principe d'unicité du patrimoine : « le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique⁵⁰ ». A partir de cette notion, la doctrine commercialiste a discuté de l'opportunité d'un patrimoine d'affectation, ce qui a conduit le législateur à adopter l'EIRL⁵¹. La notion de personnalité juridique, telle que dégagée par Savigny, pour qui les personnes morales seraient des fictions, ayant besoin d'une autorisation étatique pour exister, ou celle de Saleilles sur la réalité des

⁴² Selon Hamel et Lagarde, préf. préc., ces règles seraient « inhérentes au fonctionnement des sociétés humaines ».

⁴³ J. Hilaire, préc. ; voir aussi M.-H. Renaut, *Histoire du droit des affaires*, Ellipses, 2006.

⁴⁴ B. Caillaud et P. Le Cannu, « Théoriciens et praticiens. Réflexions sur l'interdépendance des juristes d'affaires », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 19.

⁴⁵ Par exemple, le Doyen Georges Ripert, dans, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, publié chez LGD en 1951, a su dépendre avec la plus grande intelligence le droit commercial appréhendé sous le prisme du capitalisme.

⁴⁶ Le premier *Manuel de droit des affaires* fut écrit par René Savatier et J.-M. Leloup en 1961.

⁴⁷ B. Oppetit, *Droit du commerce international*, PUF, 1977.

⁴⁸ C. Lucas de Leysac et G. Parléani, *Droit du marché*, PUF, Thémis, 2002, les auteurs revendiquant dans l'Avertissement une présentation privatiste de ce droit du marché qu'ils se proposent de mettre en lumière, organisé autour des opérateurs économiques (droit de la concurrence) et de leurs « cibles », les consommateurs (droit de la consommation). Ce à quoi Mireille Delmas-Marty, pour que le tableau soit complet, se proposait d'ajouter un troisième ensemble : celui des exclus du marché, in *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 96 s.

⁴⁹ En France, le Professeur Louis Vogel, éminent commercialiste, depuis maintenant

de nombreuses années, étudie le concept de droit global, y compris et surtout dans sa dimension principale : celle du droit des affaires. L'on peut ainsi citer les ouvrages suivants publiés aux éditions Panthéon-Assas : *Droit global, Global Law. Cinq ans de droit comparé dans le monde (1997-2002)*, 2002. V. aussi de Mireille Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, ou encore *La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007. V. aussi d'Alain Supiot, *L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010. Le Conseil d'Etat, s'est aussi intéressé à ce sujet. Monsieur Jean-Marc Sauvé, dans le cadre de l'inauguration de « Conventions », association regroupant le ministère des affaires étrangères et l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ) le mardi 2 février 2010, donne une définition du droit global qui nous paraît particulièrement intéressante en ce qu'elle met les entreprises au cœur du processus de son élaboration : « le droit global n'est pas un nouvel ordre normatif, structuré, hiérarchisé, articulé à la manière de la pyramide de Kelsen, mais il résulte en fait d'une utilisation nouvelle du droit. S'il défie à ce point la dogmatique juridique, c'est qu'il est d'abord le fait d'acteurs transnationaux, comme les entreprises, les organismes professionnels ou les ONG, selon des circuits qui échappent souvent au contrôle des Etats ».

⁵⁰ *Cours de droit civil français*, 3^e éd., 1856.

⁵¹ Consacrée en 2010.

personnes morales⁵², orientent les théories ou les solutions de la doctrine en droit des groupements. L'on peut encore citer Berthold Goldman, qui « inventa » la *lex mercatoria*⁵³, pour figer sous un même vocable l'ensemble des règles coutumières et usages du commerce⁵⁴. Cette façon de mettre le monde des affaires en système de droit est l'une des fonctions principales de la doctrine en droit commercial. Ce rôle est crucial, dans la mesure où il offre aux praticiens davantage de sécurité juridique⁵⁵.

Certes, il arrive que la doctrine, confrontée à des réalités complexes, aboutisse à des controverses. La question de l'intérêt social est à cet égard topique. Mais l'on ne peut lui en vouloir de décupler ses efforts pour arriver, peut-être un jour, à la solution, si toutefois celle-ci existe. En outre, les réflexions de la doctrine commercialiste nourrissent celles d'autres doctrines. Le Doyen Jacques Mestre a ainsi montré que les contrats des commerçants sont, de par la qualité de leurs règles, « l'avant-garde du droit des obligations⁵⁶ ». Récemment, des publicistes se sont tournés du côté des spécialistes du conflit d'intérêts en droit des sociétés pour qu'ils apportent un éclairage sur la question qui les préoccupe : celle des conflits d'intérêts qui touchent les ministres de la République.

On l'aperçoit déjà, la doctrine commercialiste a mis son pragmatisme au service de la société démocratique. Le corps hétérogène de la doctrine commercialiste est ainsi bâti pour participer au mieux au débat démocratique, et tenter de maintenir la vie économique d'une société dans un État de droit. À défaut de s'imposer au pouvoir, qu'il soit législatif, réglementaire, ou judiciaire, il reste à la doctrine commercialiste à inspirer au mieux les pouvoirs concernés en s'affirmant, par sa qualité, comme une véritable autorité.

II. ...au service de la société démocratique

La doctrine commercialiste participe activement à la vie démocratique (A), peut-être davantage que quelque autre, sans doute en raison de

son pragmatisme, mais aussi, du fait de sa préoccupation de l'éthique dans la vie des affaires (B).

A. La participation de la doctrine commercialiste à la vie démocratique

Le rôle de la doctrine a été mis en avant par Ripert dans ses *Aspects juridiques du capitalisme moderne*⁵⁷, le définissant ainsi : « la science juridique n'admet ni les doctrines, ni les praticiens. Elle étudie les faits sans passion, car elle les considère uniquement dans leurs rapports avec le droit. Elle porte un jugement sur les lois, mais **ce jugement ne concerne guère que la technique des institutions et des règles**. Elle use de termes dont le **sens est fixé par un long passé**. Elle a une expérience des faits humains qui a été acquise et transmise pendant des siècles. Si un juriste porte son attention sur le capitalisme moderne, ce qui rentre dans sa compétence, ce n'est pas la valeur de ce régime pour la production ou la distribution des richesses, et ce n'est pas non plus la somme de vertus ou de maux qu'il crée pour la société. **La contribution que le juriste peut apporter est d'expliquer par quelles institutions, par quelles règles ce régime s'est instauré et maintenu, ou comment des institutions nouvelles ébranlent déjà son apparente solidité** ».

Et de préciser que le rôle de la doctrine juridique est de « rappeler sévèrement que les moyens de régler l'activité des hommes sont limités, que **les obligations et les sanctions ne sont pas faciles à imposer**, qu'il y a des lois inapplicables et beaucoup d'inappliquées, que **les institutions créées par la volonté du pouvoir souverain peuvent être déformées ou supprimées par la pratique** ».

En d'autres termes, la doctrine ne doit pas confondre la politique et le droit. C'est donc très logiquement que le Professeur Atias pouvait relever que : « les ouvrages de droit commercial comportent très rarement la longue dissertation qui serait concevable sur les avantages et les inconvénients comparés de la libre initiative privée et de l'intervention étatique⁵⁸ ».

Son rôle est celui d'une « scientifique » du

⁵² R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910, rééd. La mémoire du droit, 2003.

⁵³ B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *APD*, 1964, p. 177. Avant lui, Edouard Lambert parlait de « droit corporatif » (« Sources du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1935, t. 3, p. 498).

⁵⁴ *Lex mercatoria* à laquelle répond quelques années plus tard, pour décrire une

réalité juridique très différente, la *lex electronica*. Cf. P. Trudel, « *La lex electronica* », in *Le droit saisi par la mondialisation*, préc., p. 241.

⁵⁵ B. Caillaud, P. Le Cannu, « Théoriciens et praticiens », préc., p. 22.

⁵⁶ J. Mestre, « À l'avant-garde du droit des obligations : les contrats entre commerçants », in *Bicentenaire du Code de commerce : la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, préc., p. 153 s.

⁵⁷ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951.

droit, c'est-à-dire de la connaissance et de la coordination de ses sources, de ses fondements, de ses fins, de ses moyens et de ses techniques. Certes, il se peut que parfois certains auteurs se laissent déborder par la passion qu'ils ont mise à défendre tel intérêt privé dans le cadre d'une consultation, ou par la volonté de faire plaisir à ceux qui les emploient, considérant peut être que l'Université n'est pas à même de leur assurer leur indépendance par une juste rétribution⁵⁹. Dans cette hypothèse passablement « tragique », il y a peu de chances pour que la contradiction n'éclate pas au grand jour. Ripert le regrettait : « La doctrine est trop abondante : chaque cause suscite des discussions longtemps poursuivies, et parfois pour la seule défense des intérêts privés qui y sont engagés ». Pourtant, c'est bien le débat démocratique qui sort ici gagnant. Les détenteurs des pouvoirs politiques, législatifs ou judiciaires ayant entendu les arguments des uns et des autres peuvent alors se livrer à un choix plus éclairé.

Si la doctrine commercialiste n'a pas effectivement à se montrer partisane, en revanche, il semble illusoire de lui interdire de mettre en avant ses préférences qui, concernant le commerce, oscillent nécessairement entre ces deux pôles que sont le libéralisme et le socialisme⁶⁰.

Or, la tendance naturelle de la doctrine commercialiste, qui élabora le droit commercial comme système de droit autonome, est de préserver la cohérence des règles directement construites par des commerçants, pour favoriser et sécuriser leur commerce. Le libéralisme apparaît donc comme le support philosophique naturel des acteurs de la vie commerciale, de leurs règles et de la volonté de la doctrine commercialiste d'en faire un droit autonome.

C'est donc sur le libéralisme radical ou sur libéralisme régulé que la doctrine commercialiste fonde aujourd'hui ses solutions.

Néanmoins, le libéralisme pur et dur semble

aujourd'hui faire long feu. Pierre Rosanvallon a montré qu'au XVIII^e siècle ce libéralisme et son incarnation, le marché, qui renvoie à toute l'histoire intellectuelle de la modernité, portait en lui un modèle politique alternatif, dans lequel, justement, le politique était exclu⁶¹. Dès les premières réflexions sur la vie des affaires, le libéralisme – qui ne portait pas alors ce nom – a été présenté comme une valeur morale. Ainsi, au XVIII^e siècle, Adam Smith, dans sa théorie des sentiments moraux, prônait la liberté en affaire. La Révolution française ne manqua pas la proclamation de la liberté du commerce et de l'industrie par les décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791. En 1880, dans son avant-propos sur le *Commentaire du livre IV du Code de commerce* (préc.), la première phrase de Bedarride était la suivante : « les développements et la prospérité du commerce tiennent essentiellement à la liberté absolue de ses transactions... » Et de citer quelques lignes plus loin la « doctrine » de Montesquieu, pour lequel les affaires commerciales ne devaient pas s'embarasser de formalités inutiles. Aux lendemains de la seconde guerre mondiale, Ripert se demandait alors si le droit commercial n'allait pas voir son domaine rétréci par le dirigisme économique qui frappait le pays⁶². En 1951, dans *Aspects juridiques du capitalisme moderne*⁶³, il revendique « l'idée que le capitalisme moderne représente une forme de civilisation dans laquelle l'esprit commercial constitue la forme morale de la société⁶⁴ ». Hamel et Lagarde affirment à leur tour l'esprit libéral qui sous-tend son œuvre⁶⁵.

En réalité, la doctrine commercialiste est allée au-delà, défendant tout à la fois une doctrine ultra-libérale ou au contraire un système régulé, constatant les dégâts du laisser-faire en droit de la concurrence ou en matière d'Internet⁶⁶.

De même, en réponse à un libéralisme radical confinant à un individualisme tout aussi radical, se sont développées des thèses modifiant

⁵⁸ Préc., p. 41. En réalité, l'auteur souligne ce point pour montrer le postulat libéral qui anime la doctrine commercialiste. Et on le comprend. Celle-ci serait bien paradoxale de prôner le dirigisme et la disparition du droit commercial, donc sa propre disparition.

⁵⁹ Sur la régression du statut des universitaires, B. Caillaud, P. Le Cannu, « Théoriciens et praticiens », préc., p. 20.

⁶⁰ V. en ce sens, *Libéralisme et État de droit*, Actes du colloque, CNRS, 27 et 28 mai 1998, dir. J. Bidet et G. Libica, Paris, Méridiens Klichsiek, 1992, spéc. J. Bidet, *Introduction*, p. 7 s.

⁶¹ P. Rosanvallon, *Penser le libéralisme. Histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989.

⁶² Préf. préc.

⁶³ LGDJ, 2^e éd., 1952, n° 150.

⁶⁴ Formule de B. Oppetit.

⁶⁵ Préf. préc. : « nous espérons que, dans l'ensemble, ces solutions seront considérées comme étant les plus libérales, celles qui assurent le mieux, dans le respect de l'équité et de la justice sociale, la liberté des contractants ».

⁶⁶ Préc., p. 99 ; F. Ost, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours à l'état de nature », in *Le droit saisi par la mondialisation*, dir. E. Loquin et C. Kessedjian, Litec, 2000, p. 7 ; C. Prieto, « La culture européenne de concurrence », in *L'identité de l'Europe, Die Identität Europas*, Graf Witzthum et M. Pena (dir.), Actes du colloque à Tübingen, PU Aix-Marseille 2002, p. 257 ; « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », D. 2006, chr., p. 1603.

l'appréhension de la justice en droit des affaires. La doctrine commercialiste, reconnaissant en sa grande majorité l'érosion de ce dogme de Fouillée : « qui dit contractuel, dit juste », à ressuscité de ses cendres l'article 1134 alinéa 3 du Code civil pour mettre la bonne foi au cœur des relations contractuelles⁶⁷, et est même allée jusqu'à s'intéresser au principe de proportionnalité⁶⁸. La force obligatoire découlerait de la proportionnalité des obligations et non plus de la seule autonomie de la volonté.

En réalité, le droit, en ce qu'il est un art du juste, laisse place aux juristes pour faire entendre aux politiques une voix : celle du meilleur ordre ou de l'ordre le plus efficace. La voix du juriste participe ainsi, de manière qualitative, au processus démocratique.

Au demeurant, les pouvoirs publics ne s'y sont pas trompés, qui s'adjoignent les services de la doctrine commercialiste pour l'élaboration de leurs normes. En effet, depuis quelques années, les États et les organisations internationales ont pris l'habitude de faire appel aux experts de droit commercial : universitaires et avocats. En France, certaines réformes de droit commercial se sont faites sous la plume de professeurs à la demande du pouvoir politique⁶⁹.

Ce recours aux experts, et notamment aux professeurs de droit commercial, s'est institutionnalisé. En France, la Direction des affaires civiles et du sceau, qui dispose d'une sous-direction du droit économique, auditionne les experts de la matière, y compris la doctrine commercialiste.

D'autres institutions sollicitent la doctrine commercialiste et plus largement encore ce qu'il est convenu de nommer « la place », celle-ci étant constituée par les professionnels oeuvrant dans un secteur particulier. Ainsi, l'AMF procède-t-elle régulièrement à des consultations de place pour élaborer sa réglementation. Elle n'hésite pas également à constituer des groupes de travail sur des

sujets précis, groupes qui réunissent le plus souvent la doctrine professionnelle et non pas seulement ni même toujours universitaire⁷⁰. Cet ensemble de rapports, consultations publiques... influence grandement notre législateur comme en témoigne par exemple la récente loi de régulation bancaire et financière⁷¹.

L'Europe recourt à son tour très largement à la consultation d'experts « de haut niveau⁷² », par le biais d'appel à projet. Citons par exemple le rapport Winter relatif au gouvernement d'entreprise et à la modernisation du droit européen des sociétés de 2002 commandé par la Commission et l'actuel appel à projet du parlement européen lancé à propos du gouvernement d'entreprise.

Les organisations internationales font, elles aussi, appel aux experts. À titre d'illustration, Monsieur le Professeur Jean Stoufflet représente le Gouvernement français à la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). L'OHADA a pris le parti de faire élaborer ses textes par des experts en droit des affaires, universitaires ou praticiens. UNIDROIT, dont le Conseil est composé d'universitaires, consulte régulièrement la doctrine commercialiste pour l'élaboration de ses textes⁷³.

Ce recours aux experts, à la doctrine commercialiste, intégrant les opérateurs économiques, n'a rien de fantaisiste. Il en va de l'efficacité du droit qui sera élaboré, en cohérence avec les valeurs démocratiques dont les organismes publics sont, en principe, les garants.

Ce recours est d'autant plus justifié que la doctrine commercialiste conserve son rôle de « surveillant » de la démocratie. L'une des principales tâches de la doctrine est d'apprécier la légalité (au sens large, y compris, donc, la conventionnalité) des normes qu'elle étudie⁷⁴. Au demeurant, la question prioritaire de constitution-

⁶⁷ Voir la doctrine de J. Mestre à la *RTD civ.*, reprise par B. Fages, ou encore les travaux sur le solidarisme contractuel, dont D. Mazeaud, « Un nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, n° 1, p. 295 ; « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », *D.* 2005, chr., p. 1828 s.

⁶⁸ Y. Guyon, « Le principe de proportionnalité en droit commercial », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque Editeur, 2000, p. 75 s.

⁶⁹ Citons à titre d'exemple la réforme des procédures d'exécution, élaborée sous l'égide de la Commission présidée par Monsieur le Professeur Roger Perrot, « dans un sens plus respectueux des réalités économiques » ; en propriété intellectuelle, Monsieur le Professeur Pierre Sirinelli a participé à l'élaboration de la loi DAVSI du 3 août 2006, en présidant une Commission devant répondre à la question de la responsabilité éventuelle de certains intermédiaires qui inciteraient à la contrefaçon par la fourniture de moyens, l'information sur les moyens et les méthodes ou la promotion. B. Caillaud, P. Le Cannu, « Théoriciens et praticiens. Réflexions

sur l'interdépendance des juristes d'affaires », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 22.

⁷⁰ V. not. rapport « Field » : *Rapport sur les déclarations de franchise de seuil de participation et les déclarations d'intention*, oct. 2008.

⁷¹ V. H. Le Nabasque, « Commentaires des principales dispositions de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 intéressant le droit des sociétés et le droit financier », *Rev. Sociétés* 2010, p. 547.

⁷² V. l'intitulé du rapport « Winter », *loc. cit.*

⁷³ Par ex., les projets relatifs aux Principes relatifs aux contrats du commerce international ou aux Principes et Règles susceptibles d'accroître les transactions sur les marchés financiers émergents, rédigés par une grande majorité d'universitaires du monde entier.

⁷⁴ M. Delmas-Marty et M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RDC* 2000, p. 753.

nalité lui offre un motif supplémentaire d'appréciation. Mais, sans doute plus que toute autre, la doctrine commercialiste doit se prononcer sur la question des créations prétoriennes, parfois *contra legem*. En effet, il faut ici rappeler que le droit commercial, y compris depuis l'interventionnisme de Colbert, les époques de dirigisme ou de régulation, demeure très largement le fruit de la pratique professionnelle. Or, le juge consulaire, parce que commerçant professionnel, dispose en la matière d'une certaine légitimité, qui justifie, sans doute à tort, que la doctrine commercialiste ne pense pas toujours à critiquer ces normes jurisprudentielles peu conformes au principe de la séparation des pouvoirs.

Le rôle de « surveillant » tenu par la doctrine commercialiste ne doit pas s'arrêter à l'étude de la légalité des normes. Il doit aussi se porter sur le respect de l'équilibre des pouvoirs. La doctrine commercialiste doit prévenir l'émergence de pouvoirs qui pourraient mettre en péril la démocratie. Ainsi, le droit commercial ne saurait laisser un pouvoir économique devenir suffisamment fort pour dicter sa loi au Parlement. À cet égard, le droit relatif au contrôle des concentrations, des monopoles et à l'interdiction des abus de domination est d'une importance capitale. Encore une fois, l'histoire a montré de manière cuisante l'impératif d'un contrôle des cartels. La doctrine, notamment en droit de la concurrence, est là pour le rappeler⁷⁵. Il est donc faux d'affirmer que les commercialistes « se réfugient souvent dans un positivisme résigné et descriptif, qu'explique peut-être un excès de spécialisation, sans doute inévitable, mais qui se prête mal, en vérité, à des œuvres de synthèse ou de combat⁷⁶ ». Cette affirmation est d'autant plus contestable que la doctrine commercialiste s'est toujours montrée préoccupée de l'éthique dans la vie des affaires.

B. Un esprit soucieux de l'éthique dans la vie des affaires ?

En 1993, Bruno Oppetit décrivait le « malaise » dans lequel se trouvaient plongés les citoyens, mais aussi les professionnels, inquiets des carences et du déficit de légitimité dont souffrait le système économique du fait de pratiques illicites et immorales non réprimées. En le relisant, nul conteste que ces propos avaient quelque chose de prophétique. D'ailleurs, l'une des fonctions de la doctrine, c'est aussi de mettre en garde contre le pire, en l'occurrence, ici, « la croyance aveugle dans les lois de l'économie et du marché ainsi que dans une éthique d'Etat, désormais défailante⁷⁷ ». La doctrine commercialiste a-t-elle joué son rôle à cet égard ? Une réponse tranchée est impossible. On notera cependant que cette doctrine prend en considération l'éthique et replace même aujourd'hui cette notion au centre de ses préoccupations.

Au demeurant, la question de l'éthique en droit des affaires n'a jamais été aussi pressante qu'aujourd'hui⁷⁸, qu'il s'agisse de la question de la loyauté en matière contractuelle, du de la bonne foi dans la responsabilité civile et la question de l'obligation de minimiser son dommage, de concurrence équitable et loyale, de l'éthique des marchés financiers, de la loyauté, de la rémunération ou de la responsabilité des dirigeants sociaux, de la probité des commissaires aux comptes⁷⁹... Mais aussi les questions éthiques relatives au commerce portant sur les éléments du corps humain, sur les médicaments, sur les stupéfiants, sur la contrefaçon, sur la corruption⁸⁰, sur les paradis fiscaux, sur les fraudes, sur le commerce équitable, sur la publicité commerciale, sur la loyauté et la sécurisation des transactions financières par Internet, sur la responsabilité sociétale des entreprises ainsi que la question du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales appliquée au droit commercial (droit de propriété, respect des droits

⁷⁵ C. Prieto, « La culture européenne de concurrence », in *L'identité de l'Europe, Die Identität Europas*, Graf Witzthum et M. Pena (dir.), Actes du colloque à Tübingen, PU Aix-Marseille 2002, p. 257 ; « Pouvoir de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.* 2006, chr., p. 1603.

⁷⁶ B. Oppetit, cité par C. Atias, préc., p. 41.

⁷⁷ B. Oppetit, *Ethique et vie des affaires*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 319 s. et 327.

⁷⁸ O. Gelinier, *L'éthique des affaires*, Seuil, 1991 ; J.-F. Daigne, *L'éthique financière*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1991 ; V. Scherrer, *Dans la jungle des affaires. Pour une morale de l'entreprise*, Seuil, 1991. Toutefois, la question ne date pas d'hier. Domat, dans *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, rattachait les règles devant présider aux relations commerciales aux règles morales : rendre à chacun le sien,

respecter la sincérité et la bonne foi dans les engagements, satisfaire aux obligations imposées par l'intérêt général.

⁷⁹ Le développement des Codes de bonne conduite, accompagnés par la doctrine, est à cet égard topique. Mais, doutant de la capacité des professionnels à moraliser leur profession, Durkheim, *De la division du travail social*, préf. de la seconde édition. Voir aussi H. de la Bruslerie, *Évolution des marchés et déontologie financière*, Banque, 1990, p. 684 ; C. Hannoun, « La déontologie des activités financières : contributions aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.* 1989, p. 417 s.

⁸⁰ B. Oppetit, art. préc., p. 326, relevant la corruption qui se serait généralisée dans les sociétés occidentales.

de la défense, impartialité des magistrats, loyauté des preuves...).

En réalité dans tous ces domaines, la doctrine commercialiste replace au centre de sa réflexion l'éthique, même si ce terme reste polysémique et propice au double discours. Au demeurant, la poursuite d'une éthique des affaires ne correspond-elle pas à une modification aujourd'hui quasi-contrainte de nos paradigmes économiques ? On peut ainsi se demander si les modes de création de valeurs sur les marchés financiers peuvent perdurer où s'il convient, non pour des raisons éthiques, mais pour assurer la pérennité de l'activité économique, d'encadrer la création de

certaines produits et contrats financiers. Si des initiatives existent en ce domaine on relèvera cependant que la doctrine commercialiste est surtout orientée, comme d'ailleurs les autorités de régulation et le législateur, vers le développement d'un comportement éthique reposant sur une démarche volontaire des opérateurs.

L'avenir dira si une telle régulation est suffisante. Si tel ne devait pas être le cas, on peut alors souhaiter que la doctrine commercialiste, pragmatique, composée des forces vives du monde du droit des affaires, soit une source de proposition réelle et novatrice, pour élaborer de nouvelles règles du jeu.

Petit cinq du Grand A : le droit pénal

La part de la doctrine dans la création du droit pénal

Philippe Conte

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Directeur de l'institut de criminologie de Paris

Évoquer la part de la doctrine dans la création du droit pénal, c'est subodorer son influence : est-il vraiment utile, alors, d'aller plus loin ? Si un auteur se caractérise par le fait qu'il prétend penser, quelle réaction peut-il susciter, de nos jours, si ce n'est les sarcasmes ? C'est que l'intellectuel ne sert à rien : il ne gagne aucune part de marché, pire, il lui arrive de lire la princesse de Clèves. Bien plus, perdu dans sa tour d'ivoire, coupé, comme on le sait, des réalités, il fait pâle figure, confronté aux « praticiens ». On connaît des propos tenus par des avocats ou des magistrats qui, en la matière, disent assez l'estime qu'ils affichent pour le professeur¹.

Il est vrai que ce préambule paraît présupposer l'appropriation de la doctrine par l'Université. Pourtant, rien n'est plus éloigné de notre pensée – tout pénaliste connaissant l'histoire de sa discipline sait le rôle éminent joué par des auteurs extérieurs au monde universitaire dans la réflexion

doctrinale. D'ailleurs, le paradoxe est que, si le penseur est facilement daubé, la doctrine, elle, est très enviée au point que tout le monde revendique d'en faire (il faut donc croire que la tare s'attache non à l'activité, mais à une partie de ceux qui l'exercent) : ainsi, la Cour de cassation elle-même n'en est-elle pas venue à prétendre avoir une doctrine ? – il suffira qu'elle ait une jurisprudence.

En tant qu'effort de réflexion, la doctrine domine toute la création juridique qu'elle s'approprie en son entier (autant que le permet, du moins, la formidable inflation contemporaine des sources) pour la reformuler en termes rationnels. Un auteur se nourrissant alors de la loi (au sens large) et de la jurisprudence, il faudrait par conséquent supposer un mouvement inverse de sa pensée vers le législateur et le juge, de nature à influencer l'un comme l'autre. De quelle sorte pourrait être cet ascendant ?

¹ Sur cette opposition entre « théoriciens » et « praticiens », v. J. Larguier : « Ce que les praticiens appellent la pratique (précédé de quelques livres propos théo-

riques) », *Mélanges offerts à R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 273.

I. Observons, pour commencer, qu'un pouvoir présuppose une puissance. En conséquence, pour que la doctrine joue un tel rôle, encore faut-il qu'elle existe. Est-ce le cas en matière pénale ? On professe souvent, sur le sujet, des jugements sévères. L'Université elle-même colporte comme une antienne que « le droit pénal n'est pas du droit² » ; dans ces conditions, une doctrine relève de l'impossible (surtout que la discipline, autre air connu, est réservée aux esprits dont les capacités d'analyse sont limitées : le droit pénal est le refuge de ceux bien incapables d'étudier autre chose – comprendre : le droit civil, le droit des affaires, *a fortiori* le droit international privé). De façon guère plus amène, on a dénoncé le manque d'ambition de la doctrine pénaliste³ – ce qui, du moins, vaut reconnaissance de son existence. Que penser de ces condamnations ?

S'agissant du premier grief, il serait étonnant que, de tous, le code consacré à la matière pénale soit le seul à être ajuridique. On se dispensera, par conséquent, d'aller plus loin, renvoyant, pour le reste, à l'exceptionnel renouveau des études pénales, depuis maintenant plus d'une décennie, illustré par des thèses majeures, ayant peu d'égal dans les autres disciplines : c'est une floraison de jeunes talents qui est venue enrichir la doctrine pénaliste, ce que les spécialistes des autres branches du droit finiront bien par découvrir lorsqu'ils se décideront à sortir de leur pré carré – à leur décharge, il faut toutefois reconnaître que, pendant bien longtemps, la lecture des thèses de droit pénal, ou prétendues telles, où il arrivait que l'on trouvât mention du nombre de puces dans les prisons, fut une épreuve consternante, la criminologie de quai de gare le disputant à la psychanalyse de comptoir : on peut comprendre que, échaudés, ils en soient restés là et que, forts de cette expérience, ils aient cessé d'éprouver leur curiosité.

Quant au second grief, tenant au manque d'ambition des auteurs pénalistes, il procède peut-être de causes qui conduiraient à le ramener, en le supposant réel, à de justes proportions. Il semble que ceux qui assènt cette opinion n'ont pas suffisamment pris en compte une particularité du

droit pénal (qui vaut aussi pour la procédure pénale, dans une moindre mesure), à savoir le principe de la légalité criminelle. Toute la réflexion, en la matière, s'en trouve nécessairement bornée, au sacrifice des envolées doctrinales que l'on peut connaître ailleurs : il est inconcevable que s'épanouisse, en droit pénal, une théorie équivalente à celle des groupes de contrats en droit civil. Si le civiliste peut – paraît-il – s'affranchir de l'article 1165, pareille audace serait temps perdu pour le pénaliste. Quelques exemples l'illustrent à la perfection : l'appréciation *in abstracto* et l'appréciation *in concreto* ne sauraient être abordées que de façon radicalement différente en droit civil et en droit pénal⁴, à la manière dont l'abus, en matière pénale, présente une irréductible originalité⁵. De même, si la propriété de l'information est une conception qui a pu s'épanouir à l'époque actuelle, en revanche s'agissant du vol, elle bute sur l'exigence tenant à la soustraction d'une « chose ». Lorsqu'un auteur évoque, par conséquent, comme une caractéristique de la doctrine contemporaine l'impossibilité pour elle de « méconnaître les besoins de la pratique⁶ » – avec ce que cela impose de libertés prises, parfois, dans l'interprétation, voire la violation des textes –, son propos est par nature inadapté à la doctrine en droit pénal.

Aussi, c'est par une erreur de point de vue que l'on reprocherait à cette doctrine de n'avoir jamais su influencer sa matière à la façon, pour le droit civil, d'un Josserand, pour le droit international privé, d'un Batiffol, ou plus récemment, d'un Motulsky ou d'un Cornu pour la procédure civile. L'ambition de cette doctrine pénaliste ne pouvait dépasser celle, au mieux, de proposer une théorie générale du droit pénal, ce qu'elle n'a d'ailleurs pas manqué de faire – ainsi de l'ouvrage *Théorie du code pénal* (et non pas, significativement, du droit pénal) de Chauveau et Hélie. Car cette constante référence aux textes a bien un fondement technique, et ne peut être soupçonnée de déférence : les pénalistes du XIX^e siècle n'aimaient pas le code pénal, contrairement aux civilistes admirateurs du leur. Pour le reste, on n'oubliera

² Alors que nous siégeons parmi les membres du CNU, après un rapport élogieux sur un candidat ayant soutenu une thèse en droit pénal, cette question fut posée : « soit, il est bon pénaliste, mais est-il bon juriste ? »

³ J.-L. Halpérin, « L'originalité de la doctrine pénaliste en France depuis la codification napoléonienne », *Arch. phil. dr.*, t. 53, p. 28, 36.

⁴ On se reportera, pour s'en convaincre, aux thèses des Professeurs Dejean de la Bâtie, pour le droit civil, et Malabat, pour le droit pénal.

⁵ V. la thèse de Mme Lajus-Thizon, *L'abus en droit pénal*, à paraître aux éditions Dalloz, dans la collection Nouvelle bibliothèque de thèses.

⁶ F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e éd., 2009, n° 196.

pas que la distance prise avec la légalité s'accompagne nécessairement, en la matière, d'un recul des libertés individuelles : il n'y pas de meilleure justification à ce qui serait une prétendue frilosité ou un supposé manque d'imagination⁷.

Il existe donc bien une doctrine pénaliste, serait-elle originale⁸. Ce préalable vérifié, qu'a-t-elle fait, alors, de son talent ?

II. Si l'on veut étalonner son éventuelle influence sur la jurisprudence, pour commencer, la tâche est par nature délicate. Aucune décision, ici comme ailleurs, ne fera jamais référence à un auteur et à sa pensée en guise d'argument ; on en est donc réduit à imaginer les souvenirs de l'étudiant et leur emprise sur celui devenu aujourd'hui juge, le rôle de l'ouvrage posé sur son bureau, ou la décision de justice obtenue par la force d'une consultation glissée au dossier. Mais cette supposition, il est vrai, doit peut-être beaucoup à l'ego de celui convaincu que, dans les couloirs du Palais, on guette chacune de ses publications avec les mines d'un chat devant une coupe de lait... D'ailleurs, il est possible, ici encore, que le droit pénal fasse preuve d'originalité : en raison de son caractère politique (dans tous les sens du mot, y compris les pires), il est plus difficile qu'ailleurs d'envisager qu'une analyse doctrinale, aussi imparable soit-elle, puisse déterminer une solution jurisprudentielle⁹ ; au mieux, elle sera exploitée par le juge, à la recherche d'une motivation appropriée à la solution qu'il a déjà prise.

Toutefois, en rester là serait sacrifier à un masochisme excessif : il est des traces d'une influence qui n'est donc pas qu'imaginaire. Tout d'abord, il existe des théories juridiques en matière pénale qui, consacrées par la jurisprudence, sont attachées au nom d'un auteur : la notion de soustraction juridique dans le vol doit tout à Garçon, dans l'un des passages inégalables que contient son admirable code pénal annoté, par ailleurs

monument doctrinal indépassable – toutes disciplines confondues. Plus récemment, on peut penser que le célèbre revirement, intervenu en 1977, à propos du recel de choses et du défunt article 2279 du code civil¹⁰, n'est pas étranger aux vigoureuses critiques doctrinales que suscitait, depuis trop longtemps, ce bastion injustifié de l'autonomie du droit pénal¹¹ : c'est que les conseillers de la Cour de cassation lisent la doctrine¹². En outre, et une fois n'est pas coutume, la Cour européenne des droits de l'Homme peut avoir des pratiques édifiantes : il arrive qu'à l'occasion d'un arrêt, un juge, dans son opinion dissidente, fasse expressément référence à une pensée doctrinale, telle celle des Professeurs Merle et Vitu, ou Stefani, Levasseur et Bouloc¹³ ; plus encore, la cour elle-même range parfois une opinion doctrinale dans le droit et la pratique pertinents¹⁴.

III. Si l'on examine, ensuite, l'influence de la doctrine pénale sur le législateur, l'évaluation est encore plus difficile. Que conclure, par exemple, lorsqu'une œuvre annonce, des décennies par avance, le droit du futur ? Ainsi du prémonitoire ouvrage de Saleilles sur l'individualisation de la peine : les réformateurs ont-ils suivi ses analyses, ou bien aura-t-il été, comme le poète, une vigie sachant voir avant les autres ?

Sans doute est-il fréquent que, dans un rapport parlementaire, figure une référence à un auteur, par exemple pour souligner la différence entre le droit proposé par une réforme et le droit existant ; mais, ici aussi, l'analyse doctrinale n'a pas de rôle moteur : plus encore qu'en jurisprudence, compte tenu des enjeux de la criminalité, le politique l'emporte sur le scientifique. Il n'y a rien là de nouveau, ni de reprochable, par conséquent, aux auteurs contemporains : dans les années 1930, déjà, Cuche regrettait l'impuissance des pénalistes à influencer sur les élus¹⁵.

Encore le propos est-il, une fois de plus, à

⁷ La doctrine pénaliste du XIX^e n'a cessé de critiquer les codes napoléoniens trop répressifs et liberticides à ses yeux.

⁸ Rapp. J.-L. Halpérin, préc., p. 26. Lui attribuant des « caractères originaux ».

⁹ Ainsi de certaines positions extravagantes prises par plusieurs juridictions dans l'affaire dite du sang contaminé.

¹⁰ Crim. 24 nov. 1977, D. 1978, 42, note Kehrig.

¹¹ Dans une vision pessimiste, on pourrait songer, aussi, que ce sont précisément ces critiques qui, au contraire, ont suscité le maintien de cette solution...

¹² V. B. Challe, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la chambre criminelle », dans *Les Facultés de droit, inspiratrices du droit ?*, Actes du colloque des 28 et 29 oct. 2004, PU Toulouse, 2005, avec un exemple cité de l'influence

d'un commentaire du Professeur J.-H. Robert.

¹³ V. parmi plusieurs exemples, l'opinion dissidente du juge Repik dans l'affaire *Oliveira c/ Suisse*, où il se réfère expressément à la pensée de MM. Merle et Vitu (CEDH, 30 juill. 1998), du juge Pettiti dans l'affaire *Poitrimol* (CEDH, 23 nov. 1993), où il se réfère, notamment, à la pensée de MM. Merle et Vitu, Stefani, Levasseur et Bouloc et, plus généralement, à « la doctrine dominante des pénalistes ».

¹⁴ V. par exemple dans l'affaire *Morel c/ France* (CEDH, 12 févr. 2004), la référence au commentaire d'une jurisprudence effectuée par MM. Stefani, Levasseur et Bouloc.

¹⁵ P. Cuche, *Précis de droit criminel*, 7^e éd., p. 6 s.

nuancer : il fait l'économie des auditions des professeurs de droit par des commissions parlementaires, de la direction assurée par eux de commissions de réflexion en charge de projets de réforme¹⁶, comme, plus modestement, de leur participation à de telles commissions¹⁷ (savoir s'ils ne sont pas destinés à être de simples alibis est une autre question) ; et l'on n'oubliera pas la présence de Donnedieu de Vabres parmi les juges du tribunal militaire international de Nuremberg. Mais il demeure que, le plus souvent, le rôle d'un auteur se borne à commenter un texte, quitte à lui adresser (aujourd'hui bien plus qu'hier) de virulentes critiques. Défoulement en forme de peine perdue ? La réaction de parlementaires à de telles analyses montre au contraire que parfois elles agacent¹⁸, comme le moucheur le fait du lion, et l'on se rappelle que ce sont les vives réactions doctrinales à l'encontre du projet de code pénal, dans sa pittoresque version de 1978, qui ont provoqué sa refonte à partir de 1981.

On pourrait évoquer, aussi, la présence de la doctrine dans les différents médias : *via* l'opinion et ses pressions sur le politique, ce pourrait être un moyen d'agir, encore plus indirect il est vrai,

sur la création du droit. Sans doute y a-t-il là tout un versant pédagogique du rôle de la doctrine qui, à notre époque, ne peut plus être négligé : on sait l'importance de la mention « vu à la télé »... Mais, une fois encore, la difficulté est de mesurer l'effet de telles interventions et leur impact réel sur l'opinion : le droit étant difficile à vulgariser, il est à craindre que le juriste, par comparaison avec l'historien ou l'économiste par exemple, fasse une triste impression ; et s'il compose avec l'exactitude scientifique pour se rendre accessible (ou respecter les contraintes de place ou de temps qu'on lui impose), il peut en éprouver une certaine amertume (d'où, sans doute, la discrétion, somme toute, des universitaires sur la place publique). Au demeurant, il est fréquent que, pour expliquer la solution d'un arrêt de la chambre criminelle ou une réforme du code de procédure pénale, le « sachant » soit l'inévitable constitutionnaliste ou spécialiste de la Convention européenne des droits de l'Homme, voire l'incontournable psychanalyste : il peut arriver que l'information transmise ne soit pas à la hauteur de la difficulté, au point que l'on peut souhaiter, alors, l'absence de toute influence.

¹⁶ Il faut mettre à part, ici, le projet de réforme de la procédure pénale qui, en 1995, fut confié à une seule personne, Madame le Professeur Rassat.

¹⁷ Deux professeurs, pas un de plus, au sein de la Commission de réforme du code pénal. Mais ce code reflète, dans certaines de ses dispositions, l'influence de la pensée du Professeur Vitu (ainsi, entre autres, de l'introduction d'une incrimi-

nation réprimant la mise en danger d'autrui).

¹⁸ En réponse à une étude relative à la loi du 10 juillet 2000, un sénateur manifesta son irritation dans un article (ce qui lui fournit d'ailleurs l'occasion de montrer qu'il persistait à ne pas comprendre les imperfections de « son » texte) : v. P. Fauchon, « Le professeur et le législateur », *Dr. pén.* 2001, n° 22.

Petit six du Grand A : la procédure civile

La part de la doctrine en procédure civile

Serge Guinchard

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas
Recteur honoraire (académies de la Guadeloupe et de Rennes)
Directeur honoraire de l'Institut d'études judiciaires « Pierre Raynaud »
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Lyon

Décliner en quelques pages la part de la doctrine en procédure civile relève de la gageure, tant le sujet est vaste. Encore faut-il savoir de quoi on parle.

Quelle doctrine ? Au sens retenu dans cette contribution et pour faire bref, nous entendons par doctrine « la pensée des auteurs qui écrivent¹ » en cette matière. La pensée peut être plus ou moins dense, technique et/ou prospective, mais elle provient de tous ceux qui écrivent, pas seulement les universitaires ; il faut englober dans « les auteurs », les opinions des magistrats (notamment ceux de la Cour de cassation) qu'ils expriment dans leurs rapports ou avis, les notes et commentaires d'arrêts, quelle que soit la qualité du signataire.

La procédure civile, est-il besoin de la définir ici ? Pour faire simple, on y verra « la procédure de

la société civile² », celle des citoyens dans leurs litiges de droit privé (de droit civil, social, commercial, rural), à l'exclusion du champ pénal, voire militaire, mais aussi du droit administratif.

Quelle part ? On a coutume de présenter la procédure civile comme un droit servant (elle sert le droit substantiel auquel elle se rattache par la nature du contentieux qu'elle régit³) et la doctrine comme un droit savant. Comment, dès lors, les deux peuvent-elles se rencontrer ? Tout simplement, parce que la procédure civile, droit du Palais par excellence, a toujours suscité l'intérêt des juristes, qu'ils soient de l'Université, du Palais ou d'ailleurs. C'est donc aussi un droit de Faculté.

Dans une approche volontariste du sujet, cette contribution est l'expression d'une doctrine engagée, je veux dire par là d'une doctrine qui ne cache pas son ambition pour la procédure civile ; un

1 S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18^e éd., juin 2010, daté 2011, V^o « Doctrine ».

2 S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., centenaire de l'ouvrage, Dalloz, sept. 2010, n^o 14.

3 À preuve, l'ordonnance n^o 2006-673, 8 juin 2006 qui sort du code de l'organisation judiciaire les règles relatives aux tribunaux de commerce, aux conseils de prud'hommes, aux tribunaux paritaires des baux ruraux.

engagement sous le regard du droit processuel fondamental, au prisme des libertés et droits fondamentaux. Je distinguerai trois tiers, trois parts, complémentaires, de la doctrine dans la procédure civile :

– la part, historiquement première, d’une doctrine traditionnellement de pure technique juridique, c’est la doctrine que je qualifie de procédurière, sans que ce mot soit péjoratif, cantonnée sur le seul droit privé, avec parfois quelques (stériles) rapprochements avec les contentieux administratif et pénal ; une doctrine ancrée sur le légalisme procédural, qui est parfois une doctrine d’influence et qui ne compose pas un bloc unique (I) ;

– la part, plus exceptionnelle, de participation à l’élaboration de la norme qui régit la procédure civile : c’est la doctrine « jurislature », qui associe ses membres les plus éminents (on pense à Gérard Cornu, Jean Foyer et Henri Motulsky) aux travaux de conception et de rédaction des textes, sous la haute autorité de la Chancellerie (II) ;

– enfin, la part, plus contemporaine, d’une doctrine de réflexion et d’impulsion, plus proche des grandes théories du droit public ; une doctrine de vastes synthèses, de rassemblement de concepts épars, d’explication de la procédure civile à la lumière des grands mouvements qui embrasent la société civile d’aujourd’hui et qui se résument en trois mots : mondialisation, modélisation et attraction (à la garantie des droits fondamentaux) ; c’est la part prospective et exponentielle d’une doctrine processualiste humaniste (III).

En d’autres termes, la première et la troisième parts correspondent aux observations du Doyen Visioz sur l’étude de la procédure civile, dès 1927 (cf. *infra*, II) et à la distinction du Doyen Carbonnier : « dans les premières années du xx^e siècle, les procéduriers français travaillaient encore principalement par exégèse du code de procédure civile, cependant qu’en Allemagne et en Italie, les processualistes se livraient à d’importantes recherches théoriques marquées souvent par l’influence du droit public⁴ ». Elles cadrent la doctrine qui élabore la norme, mais aucune de ces parts n’exclut les deux autres.

I. La part technique et traditionnelle d’une doctrine procédurière d’influence

Cette part traditionnelle est centrée sur les questions de pure technique juridique procédurale ; il est vrai que la matière ne se prête pas toujours à de grandes envolées lyriques comme en droit civil de la famille par exemple, avec la question de l’homoparentalité. Encore que ce soit par le biais de la notion procédurale « *d’intérêt légitime juridiquement protégé* », que la Cour de cassation a longtemps refoulé l’action de la concubine en réparation du préjudice causé par la mort de son concubin⁵ ; que c’est par la notion de partie à une instance que la question du droit d’appel des candidats à la reprise d’une entreprise en état de « faillite » a été résolue⁶ ; et que la technique du pourvoi dans le seul intérêt de la loi a permis à la Cour de cassation de connaître de la question des « mères porteuses », sans avoir à remettre en cause la solution donnée dans l’affaire qui servit de fondement à cette action⁷.

L’influence de cette doctrine est encore forte, ce qui prouve son utilité (on en donnera quelques exemples à la fin de cette partie), mais elle a changé de visage : d’une doctrine analytique qui annote le formalisme procédural (A), on va passer à une doctrine qui synthétise mais reste centrée sur ce formalisme (B), puis à une doctrine qui conceptualise et aborde enfin les problèmes de fond de la discipline en dégageant trois grandes théories (C). Avec cette troisième période, la procédure civile est prête à prendre son envol, en quittant le légalisme procédural pour l’humanisme processuel. Le mouvement est linéaire, mais, bien évidemment, les dates indiquées ne correspondent pas à des couperets abrupts ; les transitions s’effectuent progressivement.

A. Une doctrine analytique qui annote le formalisme procédural (1806-1908)

De tout temps, les auteurs ont analysé, commenté, annoté les lois et règlements, les décisions rendues par les juridictions, pas seulement en procédure civile. Mais la manière de le faire a évolué. La période couvre un peu plus d’un siècle de 1806 (promulgation du code de procédure civile) à 1908 (deuxième édition du *Précis théorique et pratique*

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 22^e éd., 1995, n° 191. Pour un commentaire composé de cette citation, v. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, Hypercours, Dalloz, 2009, p. 27.

⁵ Jusqu’à l’arrêt du 27 févr. 1970, rendu en chambre mixte, pourvoi n° 68-10.276.

⁶ Com. 22 mars 1988, pourvois n° 87-15.901 et 87-15.902.

⁷ Ass. plén., 31 mai 1991, pourvoi n° 90-20.105.

de *procédure civile* de Glasson, qui porte le nom d'Albert Tissier, mais dont la marque de fabrique est encore celle de Glasson (v. *infra*, B). C'est une doctrine proche de la lettre des textes et de leur commentaire exégétique, attentive aux formes et aux délais dont la procédure civile regorge et qui font le bonheur de nombreux plaideurs.

1) *Au lendemain du code de procédure civile de 1806*, la doctrine s'est attachée essentiellement à l'étude du formalisme judiciaire ; pour cela, elle s'est livrée au commentaire exégétique de la loi, souvent en suivant l'ordre analytique des articles du code de 1806 (v. J.-B. Sirey, *Code de procédure civile annoté*), au mieux celui de l'accomplissement des formalités qui rythment un procès. Cette méthode ne s'est pas manifestée seulement dans le domaine de la procédure civile, mais la matière s'y prêtait plus que d'autres, en raison de l'importance du formalisme. Cette doctrine exégétique manque singulièrement d'envergure, de hauteur de vues, de grandes et larges perspectives ; elle se concentre sur des points de détail et en arrive à occulter les réalités économiques et sociales qui se cachent derrière la pure technique juridique. On rattachera à ce courant, par ordre chronologique : Pigeau, *La procédure civile des tribunaux de France* (1811), « maître à penser » (si l'on peut oser l'expression...) de la doctrine du XIX^e siècle, mais qui avait déjà publié en 1787 *La procédure civile du Châtelet de Paris* ; Berriat-Saint-Prix (professeur à Grenoble), *Cours de procédure civile* (première édition en 1811) ; Thomines-Desmazures, et son *Commentaire sur le code de procédure civile* (1832) ; Rauter, dont le *Cours de procédure civile* (1834) présente la particularité de suivre la méthode du *Traité de droit civil* d'Aubry et Rau ; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, deuxième édition en 1837 ; Bonnier, *Éléments d'organisation judiciaire et de procédure civile*, 1853 ; Boitard, dont les *Leçons de procédure civile* sont un commentaire littéral du code qui connaîtra le succès avec douze éditions.

2) *Plus tard, à partir de la III^e République*, la méthode ne change pas. Ainsi s'exprimait

Boitard en 1876 : « déterminer selon la nature de chaque cause, les principes de compétence qui la régissent ; dire comment se forme une demande, comment présenter une défense, comment se rendent, se réforment et se s'exécutent les jugements..., non ce n'est pas là nous condamner à une tâche ingrate et rebutante ; c'est encore parler de droit⁸ ».

En 1880-1888, Carré et Chauveau publieront, dans le même esprit, la cinquième édition de leurs *Lois de procédure civile et commerciale*⁹. Garsonnet, en 1882-1897, publie un *Traité théorique et pratique de la procédure*¹⁰, qui n'a de traité que le titre. Glasson publie en 1902 la première édition de son *Précis théorique et pratique de procédure civile*, en deux volumes ; la deuxième édition, publiée en 1908, appartient encore à cette doctrine de l'exégèse, de l'analyse littérale des textes, bien que le nom de Tissier y soit associé (v. *infra*, B).

Parallèlement, à côté des manuels et autres « traités », la fin du XIX^e siècle et le début du XX^e verront éclore des monographies doctrinales dont Albert Tissier en 1911 soulignait « l'indigence¹¹ ». Dans le même temps ou presque, en 1927, Visioz relevait lui aussi que la revue spécialement consacrée à la procédure (*Le recueil de procédure civile, commerciale et administrative*) « s'est campée sur le pur terrain formaliste et s'est assigné un but rigoureusement pratique. Les rares articles qu'elle insère, sous la rubrique *Doctrine* et qui d'ordinaire ne se distinguent ni pas leur profondeur, ni par leur originalité, procèdent du même esprit¹² ». Allant plus loin dans la critique acerbe, il n'hésite pas à écrire que « les commentaires resteront toujours, au regard de la science juridique, un produit de qualité inférieure¹³ ». Mais déjà apparaît une autre forme de doctrine, plus synthétique. Ce sera l'époque des grands traités, tous postérieurs à la guerre de 1914-1918.

B. Une doctrine synthétique mais qui reste centrée sur le formalisme procédural (1909-1926)

La période s'ouvre en 1909 avec la première édition du *Précis de procédure civile* et

⁸ Boitard, *Leçons de procédure civile*, 12^e éd., 1876, de Linage, (continué par Colmet-Daage et par Glasson, 15^e éd., 1890), Introduction, pp. 1 et 2.

⁹ Marchal et Billard éd., 5^e édition en 1880-1888, 13 vol.

¹⁰ Larose et Forcel éd., 1882-1897, 7 vol.

¹¹ A. Tissier, « Le rôle social et économique des règles de la procédure civile », in *Méthodes juridiques*, 1911, p. 105.

¹² H. Visioz, « Observations sur l'étude de la procédure civile », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1927 ; article repris in *Études de procédure*, 1956, Bière, p. 3, « Études » qui seront elles-mêmes rééditées en 2011 aux éditions Dalloz avec une présentation de S. Guinchard.

¹³ *Études de procédure*, op. cit., p. 8, in fine.

commerciale de Cuhe, dont il sera question plus loin et se termine en 1926 à la veille de la publication d'un article au vitriol de Visioz sur l'étude de la procédure civile¹⁴. Elle marque un progrès par rapport à celle qui la précède, en ce sens que les auteurs s'affranchissent de la méthode exégétique et s'efforcent de dégager des principes généraux, qu'ils exposent de manière synthétique, en regroupant les questions dans l'ordre, non plus des articles du code, mais selon l'enchaînement naturel d'un procès : quelles sont les juridictions qui existent, leur compétence, comment introduit-on une instance, comment se déroule celle-ci, etc. Bref, un effort de rassemblement, de synthèse, mais le gros reproche que l'on peut formuler à son encontre, c'est de rester très attachée au formalisme. Selon Visioz, cette doctrine est « exclusivement ou presque orientée vers le formalisme et c'est à édifier un système des formes qu'aboutit son effort¹⁵ ».

1) *Se rattachent à cette période deux grandes écoles*, l'une à Toulouse, l'autre à Paris, les deux villes dont Fernand Braudel, dans l'identité de la France, nous dit qu'elles avaient vocation, toutes les deux, à être la capitale de notre pays, en raison du bassin de population au centre duquel elles se trouvent. L'histoire et les rois de France ont choisi Paris.

– L'école de Toulouse, c'est César-Bru, qui publie une troisième édition du Garsonnet, en huit volumes de 1912 à 1925, traité truffé de références historiques et dont la précision de l'information apportée aux lecteurs est l'une des qualités ; deux résumés à l'usage des étudiants seront tirés de cet ouvrage : le *Précis de procédure civile* des deux auteurs¹⁶ et le *Précis élémentaire* du seul César-Bru¹⁷.

– L'autre école est à Paris, avec Albert Tissier, professeur à la faculté de droit de la capitale, puis conseiller à la Cour de cassation et qui reprendra en 1908 la deuxième édition du *Précis théorique et pratique de procédure civile* du doyen Glasson, sous l'intitulé d'un *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de*

procédure civile, mais dont l'apport ne sera réellement novateur qu'à compter de la troisième édition, publiée à partir de 1925 (tomes 1 et 2) et dont Morel poursuivra l'œuvre jusqu'en 1936 (tomes 3, 4 et 5, au total cinq volumes) ; entre la première et la deuxième édition, aucune différence de plan, de conception de l'ouvrage, de méthode ; c'est dans la troisième édition que Tissier, par ailleurs brillant arrêtiériste, imprimera son empreinte.

2) *Entre ces deux écoles*, pas grand-chose il faut bien l'écrire ; de même que les articles de procédure publiés dans les revues ne sont souvent que d'honnêtes commentaires des arrêts, les précis et autres manuels font peu de place aux théories fondamentales de la procédure civile, sauf pour la théorie de l'action à laquelle les auteurs consacrent quelques pages : Cuhe dans son *Précis de procédure civile et commerciale*¹⁸ et dont l'actuel *Précis Dalloz de procédure civile* est, dans sa trentième édition, le lointain successeur, cent ans après¹⁹. Citons toutefois Crémieu, avec son *Précis théorique et pratique de procédure civile*²⁰, dont une ultime édition sortira encore en 1956.

Malgré tout le respect que l'on doit à cette doctrine qui s'échappe de l'école de l'exégèse, elle reste une doctrine de transition, en attendant Visioz et Morel.

C. Une doctrine conceptuelle qui développe les trois grandes théories de la procédure civile (1927-2010)

On distinguera deux rénovateurs qui ont marqué l'entre-deux guerres et l'immédiat après guerre, avant de dire quelques mots de la doctrine contemporaine, mais sans citer de noms de vivants (à de rares exceptions près) pour ne vexer personne, de peur d'en oublier !

1) Les rénovateurs : Visioz et Morel

a) C'est Henry Visioz qui ouvre la période contemporaine, en 1927, par son article fondateur, déjà cité, « Observations sur l'étude de la procédure civile²¹ ». Savoyard, mais professeur à

¹⁴ H. Visioz, *Observations sur l'étude de la procédure civile*, 1927, préc.

¹⁵ *Etudes de procédure*, op. cit., p. 8, in fine, p. 9 et 10.

¹⁶ Neuvième édition en 1923.

¹⁷ Précis Sirey, 1927 ; à peine plus de cinq cents pages, mais avec des formules et des annexes « complémentaires ».

¹⁸ Première édition en 1909, Fontemoing, reprise avec une simple mise à jour de

deux pages en 1911, chez Dalloz.

¹⁹ Par S. Guinchard, C. Chainais et F. Ferrand, sept. 2010.

²⁰ Sirey, 1924.

²¹ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1927.

la faculté de droit de Bordeaux (dont il fut le doyen actif, ce qui prouve que l'on peut être, dans le même temps, un grand chercheur et un grand administrateur), il meurt tragiquement le 31 juillet 1948 après avoir décollé de Fort-de-France où il était allé en mission pour transformer l'école de droit en un Institut d'études juridiques et économiques. C'est lui qui, dans cet article, insiste sur le fait que la procédure civile n'est pas qu'un formalisme, même agrémenté de quelques considérations générales sur la marche de l'instance et l'instruction des affaires : « il y a dans la procédure autre chose que des problèmes de forme ; il existe aussi des problèmes de fond²² ». Et de souligner que les actes successifs de l'instance sont accomplis « avec l'intention de produire un effet de droit : ce sont des actes juridiques [...]. Il faudra se préoccuper, non seulement des conditions de forme, mais aussi des conditions de fond que doivent remplir ces actes²³ ». En s'appuyant sur les doctrines allemande (K. Hellwig, J. Kohler, P. Oertmann, F. Stein) et italienne (Giuseppe Chiovenda, Carlo Lessona, Lodovico Mortara, Carnelutti), qu'il a lues dans le texte et qu'il décortique pour ses lecteurs, en s'inspirant des théories publicistes, il indique les trois grandes théories qui, à ses yeux, devraient être la base de tout traité ou manuel de procédure civile : celles de l'action, de la juridiction (l'acte juridictionnel) et de l'instance²⁴. Et il va reprendre cette trilogie pour étudier chacune de ces théories à la lumière de la doctrine française de droit public, ce qui donnera lieu au second article fondateur de sa pensée, « Les notions fondamentales de la procédure civile et la doctrine française de droit public²⁵ », qui s'étend sur plus de cent-dix pages. Il faut bien reconnaître que la doctrine actuelle s'inspire encore largement de cette distinction, sans toujours la dépasser (cf. *infra* III). La puissance de la pensée de Visioz dans ces deux études est phénoménale, notamment dans la première publiée et citée ; tout y est : la critique acerbe des besogneux (cf. p. 49, comment il analyse le plan du précis de Crémieux pour mieux le critiquer, le « démolir » serait plus approprié), la critique plus élégante de ceux qui, comme Cuche ont vu les

problèmes, mais ne les ont pas traités (note 1, p. 40 sur la notion d'acte juridictionnel et la distinction des jugements), la critique méprisante de ceux qui n'ont rien vu passer (Garsonnet et Cézard-Bru, note 1, p. 38, à propos de la théorie de la juridiction). Dans le second article, il va, là encore, dénoncer les insuffisances des processualistes français qui ont « négligé » ou « superficiellement » étudié les trois théories qui composent le droit du procès (p. 53 des *Études*) ; il est le premier par exemple à aborder la notion de partie (p. 157 des *Études*), dont on a vu que, cinquante-sept ans plus tard, elle faisait l'objet d'approfondissement à l'occasion du droit d'appel ou non des candidats évincés de la reprise d'une entreprise en difficultés (Com. 22 mars 1988, précité).

Cornu et Foyer dans leur précis de *Procédure civile* regrettent que Visioz n'ait pas eu le temps de donner à la procédure civile le traité scientifique qu'il avait conçu et notent que « le talent de plume le dispute à la pénétration d'esprit²⁶ ». Pour notre part, on regrettera simplement que, comme tant d'autres, la plume de Visioz, par ailleurs si acerbe, ne soit pas allée jusqu'à critiquer le statut vichyste des juifs, à l'occasion de son commentaire, technique, purement technique, de jugements sur des actions déclaratoires « de la race juive²⁷ », dont l'expression à elle seule, fait froid dans le dos ; triste illustration de la doctrine grise des années noires de la France. Il est certain que l'éclairage actuel du droit processuel humaniste (sur lequel v. *infra*, III) ne laisserait pas passer cette froide vision du droit d'accès à un juge.

b) René Morel, Professeur à la faculté de droit de Nancy, puis de Paris et qui avait repris le Glesson et Tissier, à partir du tome 3, publia aussi un *Traité élémentaire de procédure civile*, qui constitue un grand classique de la matière²⁸, dont la lecture est toujours instructive pour la permanence et la pertinence de ses analyses et synthèses. Selon Jean Foyer et Gérard Cornu, il « laisse une œuvre achevée, constructive, d'une solidité inégalée. Il a profondément renouvelé l'étude de la procédure civile. Il a la clarté de Pothier et sa sûreté de jugement²⁹ ». Il ancre la matière dans le droit public, voyant en elle des règles de droit public, avec

²² *Études de procédure*, op. cit., p. 10.

²³ *Ibid.*, p. 11.

²⁴ *Ibid.*, p. 27 à 52.

²⁵ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1931.

²⁶ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd. 1996, PUF, p. 27.

cette conséquence qu'il ne faut pas laisser aux plaideurs la marche et l'instruction des procès³⁰, car la justice c'est d'abord un service public. Il insiste sur son « rôle social et économique³¹ ». Il propose l'expression « droit judiciaire civil », pour désigner à la fois l'organisation judiciaire, la procédure civile et la théorie des actions en justice³². Il ouvre son traité par un numéro consacré à « la fonction juridictionnelle de l'Etat », pour mieux souligner l'ancrage de la procédure dans la théorie des pouvoirs. Trois théories générales rythment le livre : celles de l'action en justice, de l'instance et des actes et délais de procédure. Un maître de la procédure, dont la nouveauté et la modernité annoncent les grandes mutations de la discipline sous l'influence de la doctrine. Il participera à la Commission de réforme du code en 1944-1954 (v. *infra*).

c) À côté de Visioz et de Morel, les auteurs de leur époque apparaissent insignifiants, des besoins encore imprégnés d'une conception purement formaliste de la procédure civile : Japiot, professeur à Dijon, avec son *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale* (troisième édition en 1935), Cuhe, Crémieu, déjà cités, sont plus proches du XIX^e siècle que de Visioz et de Morel.

2) L'ère post-Visioz-Morel

a) Il faudra attendre 1958 (mais la préface reproduite dans l'édition de 1996 est datée d'août 1957, alors qu'elle ne l'était pas dans l'édition originale) et la première édition du manuel de *Procédure civile* de Gérard Cornu et Jean Foyer, pour que la doctrine moderne de ces deux grands civilistes renouvelle la matière. Comme si le renouveau ne pouvait venir que de ceux qui avaient aussi étudié le droit substantiel (mais Jean Foyer avait consacré sa thèse de doctorat à l'autorité de la chose jugée) et exercé d'importantes responsabilités administratives (Cornu fut doyen de la faculté de droit de Poitiers) ou politiques (Foyer fut notamment Garde des Sceaux du général de Gaulle et président de la Commission des lois à l'Assemblée nationale), comme si la matière ne trouvait à s'épanouir que chez ceux qui sont capables d'embrasser plusieurs types d'activités à la fois, qui ont connu la vraie vie, celle des

autres en les administrant (on pense aussi à Jacques Héron, dont il sera question plus loin et qui fut doyen à Caen). Les problèmes de fond sont systématiquement abordés et les trois grandes théories approfondies. Après la disparition de ces deux grands de la procédure civile, leur manuel reste un ouvrage de référence incontournable, source d'inspiration de beaucoup (pas toujours cité...), jamais égalé.

b) Il faudra attendre trois ans de plus pour que paraisse sous la plume d'Henry Solus, professeur à la faculté de droit de Paris, un véritable traité de *Droit judiciaire privé* (en collaboration avec Roger Perrot, t. 1 en 1961, t. 2 en 1973 et t. 3 en 1991).

c) Le maître incontesté de la procédure civile restera, au moins pour les deux derniers siècles, Henri Motulsky, dont le nom est attaché, éternellement, à la notion de droit processuel (sur ce point voir la troisième partie), aux principes directeurs du code de procédure civile, au respect du contradictoire, à la notion de cause, à l'arbitrage et, surtout, à l'élaboration du nouveau code de procédure civile (cf. *infra*, II).

d) Jacques Héron, prématurément disparu, professeur et doyen de la faculté de droit de Caen (il confirme notre observation sur le caractère fructueux du cumul des fonctions administratives, d'enseignement et de recherche), publia très rapidement après son agrégation (major du concours en décembre 1984, l'ouvrage sort en 1991³³) un ouvrage de *Droit judiciaire privé*, qui fera date par l'originalité de sa pensée, le plan, la connaissance très fine de la matière. C'est une œuvre personnelle très forte, que nous avons déjà eu l'occasion de présenter³⁴. Nous avons eu l'honneur de « l'agrèger » et nous pouvons dire qu'il domina tous les autres : il survola le concours.

e) Pour s'en tenir aux vivants, on ne citera personne, sauf Jacques Normand, « le meilleur d'entre nous », le maître de la note d'arrêt à la revue trimestrielle de droit civil, l'élégance de la plume et de la courtoisie envers ses collègues, le souci de les citer dans leurs œuvres doctrinales, sans flagornerie ni omission (laquelle est un véritable péché contre l'esprit de l'université,

²⁷ *RTD civ.* 1942, 309 ; 1943, 133 et 1944, 132.

²⁸ Sirey, 1^{re} éd. 1932 ; 2^e éd. 1949.

²⁹ G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd. 1996, PUF, p. 27.

³⁰ Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2^e éd. 1949, n° 9.

³¹ *Ibid.*, n° 8.

³² *Ibid.*, n° 4.

³³ Montchrestien, coll. précis Domat.

³⁴ S. Guinchard, « Jacques Héron et son droit judiciaire privé », in *Mélanges Jacques Héron*, LGDJ, 2009, 247.

lorsqu'elle conduit certains à occulter des pans entiers de la doctrine contemporaine ou à ne se positionner qu'en s'opposant, sans se poser vraiment), la précision de ses citations, la profondeur de sa pensée, bref, la perfection d'une doctrine qui apporte chaque fois qu'elle prend la plume et qui ne se contente pas d'annoter bêtement le formalisme procédural.

3) Pour terminer ce panorama d'une doctrine procédurière d'influence, on indiquera qu'aujourd'hui elle se manifeste dans de multiples genres et que sa qualité n'a plus rien à voir avec l'indigence relevée par Tissier et Visioz pour les auteurs du XIX^e siècle et du début du XX^e : les encyclopédies, les précis et manuels (pas moins de dix-sept au 1^{er} octobre 2010³⁵), les traités pratiques (avec les deux Dalloz action de procédure civile et de voies d'exécution, sous notre direction), les traditionnelles notes d'arrêts, les observations et autres sommaires annotés ou commentés ; les articles dans les revues, les contributions à des mélanges offerts à des professeurs ou à des magistrats, voire à des avocats ; les thèses et monographies diverses ; les rapports des conseillers à la Cour de cassation sur des arrêts et avis des avocats généraux.

Quelle influence réelle ? Il est difficile de la mesurer. Qui dira en quoi elle inspire les hauts magistrats qui la lisent et qui ensuite rédigent les arrêts ? À la différence de la L.O.L.F. (loi organique sur les lois de finances), la doctrine n'a pas d'indicateurs de son impact. Un exemple récent permet pourtant de mesurer l'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Cour de cassation. La question s'était posée de savoir, en matière de cautionnement, laquelle des deux voies procédurales de la défense au fond ou de la demande reconventionnelle, doit emprunter la caution qui demande à être déchargée de son obligation. Dans la rigueur des principes, si le défendeur, en se défendant, présente une « demande » qui, si elle acceptée, n'ajoute rien au rejet de la prétention adverse, il y a défense au fond ; le seul débouté

du demandeur est le signe manifeste qu'il y a défense au fond, quelle que soit par ailleurs, la manière dont le défendeur présente sa défense. Pour qu'il y ait demande reconventionnelle, il faut que la demande présentée ajoute un « avantage » au simple rejet de la demande initiale. Quatre mois après la publication d'un article volontairement provocateur du signataire de ces lignes³⁶, la chambre commerciale opérait un revirement et distinguait deux cas : si la caution demandait seulement à être déchargée de son obligation sans prétendre obtenir un avantage autre que le simple rejet, total ou partiel, de la prétention de son adversaire, elle pouvait procéder par voie de défense au fond ; si elle demandait à être déchargée indirectement en sollicitant des dommages-intérêts, puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages-intérêts, elle devait agir par voie de demande reconventionnelle³⁷. Selon la jolie formule de Philippe Simler, « jamais doctrine n'avait été suivie si rapidement d'autant d'effet³⁸ ».

Au-delà de cet exemple, la meilleure façon de mesurer l'influence de la doctrine est de regarder du côté de ceux qui ont eu la chance de participer à l'œuvre normative. Ils sont peu nombreux et ils forment en ce sens une doctrine d'exception.

II. La part normative et exceptionnelle d'une doctrine « jurislatureur »

Cette doctrine qui participe à l'élaboration de la norme procédurale, le plus souvent d'origine réglementaire est exceptionnelle dans les deux sens du terme : les occasions sont rares et la participation est toujours de haute qualité, venant de la doctrine la plus éminente. On en trouve un précédent dans l'élaboration du code de 1806 (A), surtout dans celui de 1976 (B) et, enfin, dans les réformes récentes de procédure civile (C).

A. La part marginale de la doctrine procédurière dans l'élaboration du code de 1806

Alors que dès les 16 et 24 août 1790, un décret avait affirmé que « le code de la procédure civile sera incessamment réformé de manière à ce

³⁵ V. la liste dans notre précis de *Procédure civile*, préc. Dalloz, 2010, pp. 97-98.

³⁶ S. Guinchart, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », in *Mélanges Terré*, 1999, p. 761, spéc. p. 764-766.

³⁷ Com. 26 oct. 1999, *Bull.* IV, n° 182 ; *JCP* 2000, I, 209, obs. Ph. Simler ; *D.* 2000, somm. 340, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; D. Legeais, *Rev. dr. bancaire et bourse*, nov.-déc. 1999, 196 ; *JCP* 2000, II, 10262, note D. Legeais. *Procédures*, févr. 2000, n° 36, obs. H. Croze ; *D.* 2000, somm. 340, obs. M.-N. Jobard-Bachelier. *Civ.* 1^{re}, 4 oct. 2000, *D.* 2001, 698, obs. L. Aynès. Mettant fin à cette option, une

chambre mixte a écludé le débat en relevant que les demandes reconventionnelles étant formées, à l'encontre des parties à l'instance, de la même manière que les moyens de défense (art. 68, al. 1^{er}, CPC), les juges du fond devaient répondre à la demande de la caution qu'elle qu'en fût la qualification ! Si l'argument est habile, la solution ne donne pas entière satisfaction, car le régime des deux voies procédurales n'est pas identique (cf. art. 49 et 51, d'une part, 67 et 70 d'autre part).

³⁸ *JCP* 2000, I, 209.

qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive et moins coûteuse », une commission est nommée par le Consulat le 3 germinal de l'an X pour préparer un projet de procédure civile. Sur six membres, on compte un seul professeur de droit à Paris, Pigeau, ancien avocat au Châtelet, mais il donna son nom à ce code d'un autre âge³⁹ ; les cinq autres sont quatre magistrats et un greffier. Le projet, publié en l'an XII, sera soumis à la Cour de cassation (qui remplit l'office de la doctrine en faisant des observations remarquables) et aux cours d'appel, avant d'être discuté par le Conseil d'État et le Tribunal (an XIII, mars 1806). L'exposé des motifs du code, publié en six lois du 14 avril au 9 mai 1806, fut rédigé par le haut magistrat Treilhard, président du tribunal d'appel de Paris, ancien avocat au Parlement et ancien membre de la Constituante.

Malgré l'affirmation de ses rédacteurs qu'ils avaient « voulu rendre à l'institution, la procédure civile, toute sa pureté », en supprimant « toute vaine formalité », l'avis général est plutôt que c'était essentiellement un code de formalités, s'intéressant presque exclusivement au déroulement du procès dont le plan traduisait bien l'esprit du moment : décrire les formalités du procès, sans se préoccuper des questions de fond. Bref, un code à l'image de la doctrine procédurière dominante au XIX^e siècle qui, on l'a vu, annote le formalisme procédural, sans développer de grandes théories sur l'action en justice, la fonction juridictionnelle ou l'instance. Même le pourvoi en cassation qui avait fait l'objet d'un règlement du chancelier d'Aguesseau en 1738, était à peine cité. Les parties étaient libres de ne rien faire dans la progression de l'instance, sans que le juge n'y pût rien⁴⁰. On peut d'ailleurs se demander si Napoléon n'a pas volontairement voulu stabiliser la procédure civile pour ne pas perturber l'application des nouvelles règles de fond.

Est-ce dû à la faible, très faible participation de la doctrine à son élaboration ? Toujours est-il que la doctrine ne l'accueillit pas avec bienveillance, d'autant plus que la commission des rédacteurs

avaient donné des verges pour se faire fouetter en écrivant dans ses « observations » : « nous avons beaucoup conservé », entendez par là de l'ordonnance de 1667 (le fameux code « Louis », sous-entendez Louis XIV) ! Bref, un code de praticiens sans envergure, comme le code de commerce fut un code de boutiquiers. Garsonnet et César-Bru le qualifièrent de « copie trop servile » et Glasson et Tissier de « déjà vieux en naissant ».

Malgré ses défauts, ce code est resté en vigueur pendant plus d'un siècle, sans être sérieusement retouché et a influencé la législation de plusieurs États⁴¹, à commencer par ceux qui étaient alors sous la domination napoléonienne⁴². Il est aujourd'hui entièrement abrogé (loi n° 2007-1787, 20 déc. 2007, art. 26-II). Seules avaient été rajeunies, en 1841 et en 1858, les procédures d'ordre et de saisie des immeubles⁴³. De nombreuses commissions furent réunies à partir de 1868, aboutissant notamment à un projet de code en 1954. Dans la commission instituée à cet effet par arrêté du Garde des sceaux du 17 novembre 1944, un seul universitaire, René Morel, est présent sur neuf membres (Edgar Faure, avocat, n'est pas encore agrégé d'histoire du droit). Tout autre sera le Nouveau code de procédure civile de 1976.

B. La part éminente de la doctrine conceptuelle dans le code de procédure civile de 1976

La part la plus belle que la doctrine ait jamais prise dans l'élaboration d'un code est celle qui est due au travail qui a réuni à la Chancellerie, à partir de 1969, trois grands universitaires ; par ordre alphabétique, tant leurs mérites furent grands : Gérard Cornu, Jean Foyer et Henri Motulsky (décédé en décembre 1971, mais dont l'ombre portée plane sur les principes directeurs du procès civil). À leur côté, il ne faut pas les oublier, d'éminents magistrats : P. Francon, président de chambre honoraire à la Cour de cassation, directeur adjoint des affaires civiles, C. Parodi, premier président de la Cour d'appel d'Amiens et Jean Buffet, alors en poste à la Chancellerie. La Commission

³⁹ C. Lecomte, « De l'immobilisme en procédure civile du code de 1806 au XX^e siècle », in *Coutumes, doctrine et droit savant* (dir. V. Gazeau et J.-M. Augustin), Univ. Poitiers, coll. Faculté de droit, LGDJ 2006, p. 251, spéc. p. 252.

⁴⁰ Selon J. Foyer, in *Le NCPC (1975-2005)*, *Economica*, 2006, p. XIV, c'était le principe (italien) d'impulsion processuelle que Bartin va « magnifier » dans le *Cours de droit civil* d'Aubry et Rau (4^e éd.) sous le thème de la neutralité du juge.

⁴¹ *La circulation du modèle juridique français, travaux Association H. Capitant*, t. 44,

1993, Litec, 1994 : Belgique, p. 39 ; Grèce, p. 385 ; Japon, p. 553.

⁴² F. Aimerito, « Aspects de l'application du droit privé : l'application du CPC et l'administration de la justice civile dans le Piémont sous domination napoléonienne », *Mélanges Maryse Carlin*, La Mémoire du droit, 2008, p. 17.

⁴³ A. Tissier, « Le centenaire du Code de procédure civile et les projets de réforme », *RTD civ.* 1906, 625.

de réforme du Code de procédure civile présidée par notre collègue M. le Ministre Jean Foyer a travaillé sans relâche jusqu'à sa dissolution, en 1980. Ses propositions ont inspiré quatre décrets : n° 71-740 du 9 septembre 1971, n° 72-684 du 20 juillet 1972, n° 72-788 du 28 août 1972, n° 73-1122 du 17 décembre 1973. C'est leur contenu qui a pris place, avec quelques variantes, dans le nouveau Code de procédure civile entré en vigueur le 1^{er} janvier 1976, par l'effet d'un décret de codification (qui rassemble l'ensemble des quatre décrets) le 5 décembre 1975 (n° 75-1123).

Disons-le tout net : le NCPC est l'exemple d'une codification réussie avec une unité de pensée et de plume, celle du Doyen G. Cornu, qui a beaucoup contribué à faire passer un souffle nouveau sur la procédure civile⁴⁴, à forger une « force doctrinale⁴⁵ », au service de la pratique et de ses problèmes quotidiens. Voici ce qu'écrivait en 1997, Jean Foyer : « ce code a été ou presque intégralement rédigé par la plume du Doyen G. Cornu si bien qu'on pourrait l'appeler, en toute justice, le Code Cornu⁴⁶ ». C'est le plus bel hommage que l'on puisse rendre à la doctrine.

Les principes directeurs qui forment le premier chapitre du code de 1976 (articles 1 à 24) en expriment la quintessence. S'il est vrai que cette idée de formuler des principes directeurs ne revient pas, selon la source la plus autorisée, à Henri Motulsky, mais à MM. Jean Foyer et G. Cornu qui, dans leur manuel de 1958 avaient déjà utilisé cette terminologie et dont la dénomination figure chez Vizioz⁴⁷, il n'en demeure pas moins que les travaux antérieurs de Motulsky sur le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, sur les droits de la défense, sur la délimitation de la chose jugée, sur la notion de cause (au sens des faits sur lesquels la prétention est fondée) les avaient largement inspirés, comme d'ailleurs les Romanistes médiévaux⁴⁸. La rédaction de ces principes « révèle la plume du doyen Cornu » et la « *pars nova* », celle qui ne vient pas de ces Romanistes médiévaux, est celle de Motulsky⁴⁹.

C. La part significative de la doctrine contemporaine postérieurement au code de 1976

Magistrats et universitaires se sont relayés depuis les années 1980 pour inspirer des réformes de procédure civile et, dans un sens plus large, de la justice civile. Dérogeant à notre règle de ne pas citer d'auteurs vivants, nous ne pouvons faire autrement que de citer ceux qui, à des titres divers, ont impulsé ces réformes et dont les noms scandent les réformes des années 1990-2010. Le point commun qui les réunit est que cette doctrine qui a réussi à faire passer ses idées, n'a réussi précisément que parce qu'elle n'a jamais travaillé seule, isolée, dans le secret d'un cabinet de travail, fut-il installé à la Chancellerie ; tous ceux qui ont présidé aux destinées des ces groupes de travail et autres commissions, l'ont fait avec le souci d'abord de s'entourer de personnalités compétentes mais de sensibilités diverses, ensuite d'auditionner des personnes de tous horizons, sans sectarisme, ni exclusive, à la différence de ceux qui, de près ou de loin, ont parfois profité d'une amitié partisane pour essayer d'influer sur certaines réformes (on pense aux réformes avortées des tribunaux de commerce, de la procédure prud'homale, de l'exécution provisoire). Les présidents de ces commissions ont su, par leur sens de l'humain, leur capacité de grande et patiente écoute, leur qualité à « manager » des commissions pouvant comprendre cinquante personnes, bien plus que par leur unique compétence technique, cristalliser autour d'eux un agrégat de personnalités aussi riches que diverses, pour élaborer un consensus mûrement réfléchi. Ils ont donné une belle leçon d'efficacité, mais aussi d'humilité : on ne réussit dans ce type de fonctions que parce qu'on n'exclut pas, parce qu'on écoute l'Autre, dans toutes ses différences et sensibilités. Est-ce parce que tous ou presque ont exercé par ailleurs et souvent cumulativement d'importantes responsabilités administratives ? Peut-être, on l'a déjà relevé pour l'influence de Vizioz, Cornu et Foyer, mais cela

⁴⁴ C. Lecomte, « Le NCPC : rupture et continuité », in *Le NCPC (1975-2005)*, op. cit., Économica, 2006, p. 5.

⁴⁵ J. Héron, « Le NCPC », in *La codification*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996, p. 86 ; R. Perrot, « L'unification des procédures devant les juridictions autres que le tribunal de grande instance », *Annales Fac. droit Lyon* 1970, II, 632 et s. ; H. Solus, « Le problème de l'unification de la procédure civile, selon les décrets de 1971, 1972 et 1973 destinés à s'intégrer dans le nouveau Code de procédure civile », *D.* 1975, chron. 45.

⁴⁶ J. Foyer, in *Le NCPC, vingt ans après*, colloque Cour de cassation, déc. 1997, Doc. fr., 1998, p. 323.

⁴⁷ H. Vizioz, *RTD civ.* 1943, 56 et *Études de procédure*, 1956, 441.

⁴⁸ J. Foyer, « Éloge de Motulsky », in *Journées H. Motulsky*, 20 déc. 1991, Cour de cassation, p. 9 ; rapport de synthèse, colloque, *Le NCPC, vingt ans après*, Doc. fr. 1998, p. 324 (qui cite, comme exemple de cette inspiration, l'ouvrage de Tancrede de Bologne).

⁴⁹ *Ibid.*

n'explique pas tout. Je crois que cela correspond surtout à leur conception de l'université, faite d'universel et à leur vécu qui va de la composition de jurys de thèse qu'ils dirigent (sans jamais pratiquer l'exclusion de ceux qui ne pensent pas comme eux) à l'invitation à participer à des colloques qu'ils organisent sans exclusive. Bref, leur réussite à impulser des réformes n'est que le reflet de leur personnalité et leur personnalité est le gage de réformes acceptées et durables. On ne grave bien dans les tables de la loi ou du règlement que ce qui est le fruit d'une pensée enrichie de l'apport des autres. La doctrine « jurislatureur » n'est pas un juge : elle n'a pas à trancher autoritairement entre deux thèses ; elle doit décider dans le sens de l'intérêt général, lequel se construit pas à pas, peu à peu, au fil des auditions et des échanges.

Le rôle de cette doctrine « jurislatureur » s'illustre tant en procédure civile proprement dite (1) que dans l'organisation judiciaire (2) et les voies d'exécution (3).

1) L'impulsion doctrinale des réformes récentes de procédure civile

a) Le rapport Coulon et le décret du 28 décembre 1998

Après les très nombreux décrets qui l'ont complété ou modifié, le [nouveau] Code aurait dû faire l'objet d'un très important réaménagement (pour ne pas dire réécriture) suite à la mission confiée par le garde des Sceaux, en 1995, à M. Jean-Marie Coulon, alors président du TGI de Nanterre. Le rapport, très complet et qui traduisait une très bonne perception de la justice civile à la fin du xx^e siècle, remis au Ministre en janvier 1997⁵⁰ contenait trente-six propositions dont certaines bouleversaient la structure, les fondements du [N]CPC. Finalement – et plus modestement – le projet de décret préparé par la Chancellerie à la suite de ce rapport et soumis à la consultation des professionnels concernés⁵¹ fut ramené à la promulgation d'un décret de procédure civile le 28 décembre 1998 (n° 98-1231)⁵² et d'un autre limité à la procédure suivie devant la Cour de cas-

sation (pour en rendre plus difficile l'accès) le 26 février 1999 (n° 99-131)⁵³.

b) Les conclusions de la Commission Bolard/Guinchard et les décrets des 20 août et 23 décembre 2004

Une autre commission de réforme, installée le 28 novembre 2002, sous la présidence des professeurs Bolard (Dijon) et Guinchard (Paris II) devait conduire aux décrets n° 836 du 20 août et n° 1420 du 23 décembre 2004 et, pour partie seulement, à celui n° 1678 du 28 décembre 2005. Parallèlement, un groupe de travail réuni sous la présidence de Serge Guinchard, préparait les textes sur la formation des juges de proximité et de ceux des tribunaux de commerce qui ont conduit à donner à ces deux catégories de juges non professionnels, une formation minimale nécessaire à l'exercice de leurs fonctions.

c) Les conclusions des commissions Magendie 1 et 2 et les décrets des 28 décembre 2005 et 9 décembre 2009

La justice française a certes su évoluer pour répondre à la nécessité de respecter les garanties du procès équitable, mais elle se trouve confrontée à une autre pression, une autre logique, celle du « *new public management* », qui met l'accent sur le rendement, le productivisme et l'efficacité de l'exercice de la fonction juridictionnelle. Les travaux de ces deux commissions en sont l'exacte traduction.

Ainsi, le décret précité du 28 décembre 2005 a subi l'influence des travaux du groupe de travail « qualité et célérité de la justice » (Magendie 1) réuni sous l'autorité de M. Magendie, premier président de la Cour d'appel de Paris⁵⁴.

Le décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 qui réforme (au 1er janvier 2011) la procédure d'appel, traduit la même obsession de « *management* » de la justice⁵⁵. Il traduit, pour partie, les conclusions de la commission dite Magendie 2 sur la célérité et la qualité de la justice en appel.

2) L'impulsion des travaux de la commission Guinchard sur la réorganisation des contentieux
Instituée en décembre 2008 par la Ministre de

⁵⁰ Doc. fr. 1997. Sur ce rapport, R. Martin, *JCP* 19 févr. 1997, actualités ; A. Garapon, *D.* 1997, chron. 69 ; R. Perrot, *Procédures* avr. 1997, chron. n° 4.

⁵¹ États généraux de la profession d'avocat, *Rev. jur. d'Île de France* oct.-déc. 1997 et Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 1997.

⁵² Commentaires généraux (dans l'ordre chronologique) : S. Guinchard, *D.* 1999, chron. p. 65 ; *Rép. proc. civ.* janv. 1999, synthèse annuelle 1998 ; G. Canivet et Chapellet, *Gaz. Pal.* 4 mars 1999 ; B. Daille-Duclos, *JCP E* 1999, 409 ; R. Perrot, *Procédures* mars 1999, chron. n° 3 ; J. Héron, *RGDP* 1999, 65 ; C. Jamin,

RTD civ. 1999, 225 ; M. Douchy, *Gaz. Pal.* 15 juin 1999.

⁵³ Commentaires : E. Bonnet, *LPA* 2 mars 1999 ; A. Perdriau, *JCP* 1999, I, 121 ; A. Monod, *Procédures* avr. 1999, chron. n° 5.

⁵⁴ J.-M. Coulon, « Du rapport Coulon au rapport Magendie », in *Le NCPC (1975-2005)*, op. cit., Économica, 2006, p. 87 ; E. Putman, « Le décret du 28 décembre 2005 et les principes directeurs du procès civil », *Bull. Aix*, 2006-2, p. 31.

⁵⁵ C. Castaing « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », *AJDA* 2009, 913.

la Justice pour proposer des réformes d'organisation judiciaire et d'éventuelles déjudiciarisation (avec notamment la question du transfert aux notaires du divorce par consentement mutuel), la Commission Guinchard (du nom de son président, signataire de ces lignes) a remis ses conclusions le 3 juin 2008 sous la forme d'un rapport, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, qui contient soixante-cinq propositions de réforme (justices civile et pénale)⁵⁶. Composée de magistrats et de représentants des professions judiciaires, elle comprenait quatre universitaires : outre son Président, professeur (émérite) à Paris II, Natalie Fricero (Nice), Frédérique Ferrand (Lyon 3) et Xavier Lagarde (Nanterre). Vingt-six de ses cinquante propositions civiles ont déjà reçu une traduction complète dans quinze textes divers (lois et décrets). Un texte très substantiel a été déposé à l'Assemblée nationale le 3 mars 2010, par le Gouvernement et reprend notamment les propositions concernant le divorce par consentement mutuel, la suppression des juridictions de proximité (avec le maintien des juges de proximité) et maintes suggestions de compétence et de procédure pénale.

3) *L'aboutissement des travaux des groupes de travail Perrot et Guinchard dans les réformes des procédures d'exécution*

La doctrine contemporaine a pris une part prépondérante dans la réforme des procédures d'exécution : d'abord par le groupe de travail réuni autour du professeur Perrot (Paris II) pour réfléchir à la réforme des voies d'exécution mobilières et dont les conclusions se retrouvent dans la loi du 9 juillet 1991 (n° 91-650). Ensuite, par le groupe de travail réuni à la Chancellerie de juin 1996 à juin 1997, autour de Serge Guinchard (alors professeur à Paris II) pour concevoir une réforme de la procédure de saisie immobilière, projet qui devait devenir, dix ans plus tard, l'ordonnance du 21 avril 2006 (n° 2006-461).

III. La part exponentielle et prospective d'une doctrine processualiste humaniste

Progressivement, depuis la fin des années quatre-vingt-dix, mais le mouvement s'est accéléré avec la publication du précis Dalloz de droit

processuel en 2001⁵⁷, la procédure civile a changé de visage. Elle n'est plus le droit des procéduriers qui réfléchissent à leur discipline en scrutant leurs aspects de pure technique procédurale, voire en étudiant les trois théories de l'action, de la juridiction et de l'instance, mais le droit de ceux qui s'intéressent aux sources communes d'inspiration de tous les contentieux, à leurs fondements, aux principes de droit naturel qui s'imposent dans la conduite de tous les procès. En effet, le droit processuel d'aujourd'hui dépasse la simple comparaison des contentieux administratif, civil et pénal et se trouve irrigué par des standards communs à tous les procès, nationaux ou internationaux, peu important qu'ils relèvent de la matière civile ou de la matière pénale, standards provenant de sources internationales, pour l'essentiel européennes, mais aussi de sources constitutionnelles. Le droit processuel étant devenu le droit commun du procès, de tous les procès, la procédure civile n'a pas échappé à ce mouvement et a bénéficié de cet apport, de ce renouvellement de la pensée processualiste, en provenance notamment de la jurisprudence de la Cour EDH.

De cette évolution, la doctrine qui l'épouse et la crée tire sa force et sa légitimité qui s'imposent progressivement parce qu'elles s'enracinent dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Cette doctrine, que nous qualifions de « processualiste humaniste », prend une part croissante dans la construction, au quotidien, de la garantie des droits (A). Elle contribue à faire émerger des principes structurants (B) qui dessinent les contours de la démocratie procédurale de demain (C).

Cette doctrine est exponentielle, car, avec le développement du concept de procès équitable, elle ne connaît pratiquement pas de limites. Elle est prospective, car elle fonde une vision futuriste de la démocratie procédurale.

A. La part de la doctrine processualiste humaniste dans la construction de la garantie des droits

1) *Par doctrine humaniste processuelle*, nous n'entendons pas la doctrine processualiste classique qui voyait dans le droit processuel une « œuvre doctrinale [qui] s'élève à un degré

⁵⁶ Documentation française, août 2008.

⁵⁷ Première édition en janvier 2001, dir. S. Guinchard. 6^e éd. janv. 2011.

⁵⁸ Cornu et Foyer, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 3, p. 9.

supérieur de généralité par la comparaison des divers types de procès⁵⁸ », celle sur laquelle plane l'ombre majestueuse et l'empreinte magistrale d'Henri Motulsky, ce maître incontesté du droit du procès, jamais égalé, jamais remplacé. Cette vision n'est pas périmée, mais dépassée, car en plus de quatre-vingts ans (de Visioz en 1927, à aujourd'hui), elle n'a conduit à rien, si ce n'est à disserter au mieux sur le droit d'action comparé du ministère public et des groupements en contentieux administratif, civil et pénal, au pire à se demander pourquoi les délais n'étaient pas les mêmes pour agir dans chacun de ces trois contentieux. Surtout, elle ne conduit pas à s'interroger sur les fondements de la procédure civile eu égard aux besoins ressentis par les citoyens dans toutes les formes de démocratie moderne (besoins d'écoute, de confiance et de proximité) et aux légitimes aspirations des justiciables (aspirations au dialogue, à la loyauté du débat judiciaire et à la célérité de la justice). C'est en ce sens que la seule comparaison des trois grands contentieux est dépassée, « ringardisée » : que peut-elle apporter aux justiciables qui aspirent à l'effectivité de leurs droits et non pas à une construction intellectuelle, aussi réussie soit-elle, d'une théorie générale du procès ? Loin de nous l'idée de renier l'apport de cette réflexion à la doctrine juridique ; mais force est de constater qu'elle n'apporte rien au droit de la procédure civile, au sens du droit des justiciables à voir le législateur et les juridictions assurer l'effectivité de leurs droits, par des mesures concrètes et pas seulement par de belles envolées lyriques sur les trois grandes théories de l'action, de la juridiction et de l'instance.

2) C'est ce volet « protection des droits fondamentaux » qui a aujourd'hui considérablement transformé la technique procédurale civile. Progressivement, tout un droit commun du procès se construit sous nos yeux, par l'impulsion que donnent à tous les contentieux, au-delà de leurs divergences congénitales, les sources supra-législatives de ce droit. Le droit processuel, en tant que droit commun du procès équitable est devenu le droit qui garantit la garantie des libertés et droits fondamentaux. On assiste actuellement, sous l'influence conjuguée des normes supra-nationales, mais aussi des auteurs tant français qu'étrangers

qui s'intéressent à ce mouvement d'internationalisation et de constitutionnalisation des procédures et qui le conceptualisent, à la création progressive, mais inéluctable, d'une science de la procédure, d'un nouveau droit processuel envisagé comme un droit commun à tous les types de contentieux.

a) L'apport de la doctrine contemporaine est essentiel dans cette reconstruction du droit processuel ; elle va soutenir ce mouvement, parfois le précéder, par ses enseignements et ses écrits, en dégagant trois aspects du droit à un procès équitable, quel que soit le type de contentieux, donc y compris celui qui est régi par la procédure civile :

– le droit à un juge (et l'effectivité de ce droit par la levée de tous les obstacles d'ordre financier et juridique) ;

– le droit à un bon juge, par des garanties d'ordre institutionnel (unité ou dualisme des juridictions ; unité ou collégialité des juridictions ; indépendance et impartialité du juge ; laïcité des juridictions ; une langue comprise des justiciables) et d'ordre procédural, avec une procédure publique, rapide et équitable, au sens de l'exigence d'un jugement motivé, du respect des principes d'égalité des armes et de principe de la contradiction ;

– le droit à l'exécution de la décision du juge.

C'est le fameux triptyque que la Cour européenne des droits de l'homme a progressivement dégagé de l'article 6, § 1 de la Convention du même nom et dont les deux arrêts phares sont *Golder contre Royaume-Uni et Hornsby contre Grèce*. Il n'a plus grand-chose à voir avec la conception classique du droit processuel.

b) Il serait erroné de croire que ce droit processuel humaniste ne concerne pas la procédure civile. Les arrêts de la Cour EDH ont démontré le contraire : qui eût cru que des articles du code de procédure civile allaient donner lieu à des arrêts de condamnation de la France sur le fondement du droit à un procès équitable ? On pense notamment aux articles 619 sur les moyens nouveaux⁵⁹, 979⁶⁰, 1009-1⁶¹, du code de procédure civile, au principe d'être jugé dans un délai raisonnable avec l'examen, sur ce terrain, de l'usage que fait le juge de la mise en état des pouvoirs que le code lui confère⁶².

⁵⁹ CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*.

⁶⁰ CEDH, 23 oct. 1996.

⁶¹ CEDH, 14 nov. 2000.

⁶² CEDH, 9 nov. 1999, *Gozalvo c/ France*.

B. La part de la doctrine processualiste humaniste dans l'émergence de nouveaux principes structurants

Si, en partant des grandes évolutions de notre société, des attentes nouvelles des justiciables, on recherche un dénominateur commun à tous les contentieux, dans une perspective prospective, quels sont les principes directeurs susceptibles de se dégager en ce début de siècle ? Avec le risque d'en oublier ou, plus exactement de minimiser certaines évolutions, nous avons avancé l'idée, dès 1999, que trois principes structurants se profilent derrière les principes directeurs actuellement retenus dans chaque type de contentieux, principes qui correspondent à des besoins nouveaux, tels que les expriment les justiciables et les citoyens :

– *un besoin de confiance* dans l'institution justice et de respect de l'Autre, d'où un principe (structurant) de loyauté, notamment dans la recherche de la preuve ;

– *un besoin d'écoute* de l'Autre, qu'il s'agisse des parties ou du juge, voire de tiers, d'où un principe (structurant) de dialogue entre les parties et entre celles-ci et le juge ;

– *un besoin de proximité* enfin, mais pas forcément dans l'espace, le temps mis à parcourir une distance se substituant à la proximité géographique, d'où un principe, lui aussi structurant, de célérité.

Le lecteur intéressé par ces nouveaux principes et cette doctrine qui les porte en trouvera un exposé détaillé dans le précis Dalloz de droit processuel déjà cité⁶³.

Ce sont les principes directeurs de demain, des principes émergents, ce qui signifie qu'ils ne sont pas encore acceptés par tous. Ils structurent l'ensemble des contentieux⁶⁴ et il faut les « inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice⁶⁵ ». Ils traduisent l'avènement d'une démocratie procédurale⁶⁶.

C. La part de la doctrine processualiste humaniste dans l'avènement d'une démocratie procédurale

Avec l'émergence de ces trois principes structurants, nous croyons pouvoir discerner la confirmation de l'opinion que nous avons émise dès 1999⁶⁷ : nous sommes entrés dans une ère nouvelle, celle du dépassement des questions de pure technique procédurale, non point parce que celles-ci seraient devenues inutiles, mais parce qu'elles doivent être revisitées à l'aune de la mondialisation (qui induit une attraction de la procédure civile à la garantie des droits fondamentaux) et à la lumière d'une modélisation du droit du procès. De simple technique d'organisation du procès civil (comme la société est une technique d'organisation de l'entreprise, parmi d'autres, ainsi que nous l'avons souligné dans le *Précis de Procédure civile*, dès 1991⁶⁸), la procédure est devenue un instrument de mesure de l'effectivité de la démocratie dans notre pays⁶⁹, mesure que la Cour européenne des droits de l'homme surveille de près⁷⁰. Sous ce regard, les juristes d'aujourd'hui, en tout cas ceux qui s'intéressent à la garantie des droits fondamentaux ne commenteraient certainement pas de la même façon des jugements tels que ceux commentés par Visioz sur les actions déclaratoires visant des juifs (cf. *supra*, I, B). Ce qui vaut pour le champ du procès, vaut aussi, à un moindre degré, pour le champ du service public de la Justice, tant il est vrai que, dans ce cas, les résistances régaliennes sont plus fortes.

La procédure civile réintègre ainsi pleinement le champ du service public de la justice et la doctrine ne peut ignorer ce phénomène. On est loin de l'annotation du formalisme procédural. La doctrine participe désormais à l'avènement de la garantie des droits, à l'instauration d'une démocratie procédurale.

⁶³ Dalloz, 6^e éd., janv. 2011.

⁶⁴ S. Guinchard, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, nouvelle série, 1999/1, p. 91, repris in « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du III^e millénaire », in *Clés pour le siècle*, Paris II-Dalloz, mai 2000, pp. 1135-1211. Et aussi, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? » in *Mélanges J. Van Compernelle*, Bruylant, 2004, qui reprend et développe l'idée émise dès la première édition de ce précis (janv. 2001).

⁶⁵ Selon l'heureuse formule de J.-C. Magendie, in *Mélanges S. Guinchard*, Dalloz, 2010, 329 : « Loyauté, dialogue, célérité, trois principes à inscrire en lettres d'or aux frontons des palais de justice ».

⁶⁶ Pour une illustration dans l'arrêt Kress, 7 juin 2001, à propos de la place du commissaire du gouvernement au Conseil d'État, S. Guinchard, « Ô Kress, où est ta victoire, ou la difficile réception en France d'une (demie) leçon de démocratie procédurale », *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, Bruylant éd. 2004.

⁶⁷ Dans la défunte revue *Justices*, 1999/1, p. 91, puis dans les *Mélanges de l'université Paris II* publiés à l'occasion de l'entrée dans le troisième millénaire, Dalloz, 2000 ; v. aussi, notre contribution précitée aux *Mélanges J. Van Compernelle*, Bruylant éd., 2004, « Quels principes directeurs pour les procès de demain ? »

⁶⁸ V. aujourd'hui la 30^e édition, *op. cit.* 2010, n^o 66.

⁶⁹ La procédure est à la fois une technique d'organisation du procès et une technique de garantie des libertés et droits fondamentaux, v. S. Guinchard, « Le réveil d'une belle au bois dormant trop longtemps endormie ou la procédure civile entre droit processuel classique, néo-classique ou européeniste et technique d'organisation du procès », *Mélanges R. Martin*, Bruylant-LGDJ, 2004.

⁷⁰ V. notre contribution aux *Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, à propos de l'arrêt Kress cf. *France*, qui nous a valu une (demie) leçon de démocratie procédurale.

Une loi sur la famille homosexuelle¹ ?

La *RDA* est-elle source de droit...? Une vraie-fausse lettre de mission est adressée par le directeur scientifique, paré d'une vraie-fausse identité, à la (vraie-vraie) communauté juridique... Les auteurs adressent à la revue leur « offre de droit ». *Statu quo*, évolution ou révolution ? À leur guise !

Camille Danlevent
Secrétaire d'État hypothétique à la Famille²

Dimanche 7 novembre 2010

Madame, Monsieur,

Le gouvernement que j'ai l'honneur de servir envisage de déposer en 2011 un projet de loi relatif à la famille homosexuelle. Comme vous le savez, il s'agit d'une question extrêmement délicate sur laquelle nous souhaitons légiférer en mettant tous les atouts de notre côté, en recueillant l'avis des meilleurs spécialistes. Dans cette perspective, et avant de lancer une vaste consultation, nous souhaiterions que vous acceptiez de nous apporter votre expertise et votre éclairage sur ce sujet. Il s'agirait concrètement de rédiger entre trois et cinq articles de loi sur le sujet en question, que vous accompagneriez d'un bref exposé des motifs. Votre avant-projet serait ensuite publié dans la *Revue de droit d'Assas* avec tous ceux que vos collègues auraient accepté de rédiger dans cette même optique. Dans l'attente de votre contribution à ce débat, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'expression de ma très haute, et pour ainsi dire inaccessible..., considération.

Camille Danlevent

¹ Le thème ne saurait être davantage d'actualité qu'à l'heure de la publication de ces colonnes : deux décisions récentes, rendues par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité, viennent de confirmer que l'octroi d'un statut juridique à la famille homosexuelle ne pouvait relever que de la seule compétence du législateur. Plus que jamais,

l'occasion est donc donnée de s'interroger sur l'opportunité ou non de nouveaux textes en la matière.

² Ceci est une fiction et toute ressemblance avec des faits réels serait évidemment totalement fortuite...

« Tenir compte de l'expérience québécoise : débattre avant d'agir »

Benoît Moore

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal
Titulaire de la Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil

Madame la Secrétaire d'État à la Famille,

Permettez-moi d'abord de vous remercier d'avoir bien voulu inviter un regard étranger à l'occasion d'un débat que je sais être délicat et, peut-être, douloureux. Mais, ce débat, et à sa suite, l'intervention que projette votre gouvernement, est nécessaire et incontournable. Le droit doit saisir la réalité des faits. Il doit aussi, par le déploiement de ses valeurs propres, participer à l'évolution de la société, de l'acceptation des autres et de la construction d'une identité commune. En ce sens, le droit ne peut éviter aujourd'hui un débat sur la famille homosexuelle. Celle-ci existe. Des couples se forment, des enfants y sont élevés voire y naissent. Sauf à vouloir combattre cette réalité, par la prohibition et la punition, ce que je sais ne pas être le choix de la République française, patrie des droits de l'Homme, le droit doit, comme il le fait dans les autres familles, défendre ses valeurs. Il est dès lors nécessaire de déterminer celles-ci pour choisir, par la suite, les moyens propres à les défendre le mieux possible. Permettez-moi, dans les lignes qui suivent, de vous présenter les choix qu'a faits le législateur québécois sur ces questions pour, par la suite, émettre certaines réflexions que m'inspire notre expérience. Il vous est possible d'avoir accès aux textes législatifs que je citerai en consultant le site suivant : www.chairejlb.ca.

De valeurs et d'autres. Comme vous le savez certainement, le droit québécois est un héritier de la tradition civiliste française. À ce titre, nous avons, en 1866, adopté un Code civil qui devait beaucoup à votre code de 1804. Cette filiation était toutefois bien moins marquée en matière de droit de la famille. La société québécoise à cette époque n'avait que peu subi l'influence de la révolution française et la religion catholique conservait une

forte emprise sur la population. En conséquence le droit de la famille codifié à cette époque était fondé sur des valeurs religieuses et traditionnelles : refus du divorce ; caractère religieux des actes d'état et du mariage ; puissances paternelle et maritale. Ces valeurs vont s'éroder tout au long du xx^e siècle, tout particulièrement à compter des années 1960 et, progressivement, l'égalité et la liberté individuelle vont devenir les valeurs irriguant l'ensemble de notre droit de la famille. D'une loi morale faisant office de censeur, la loi se mue en apôtre de la diversité et de l'expression des individualités. C'est sur ces valeurs d'égalité et de liberté que va s'élever le droit de la famille du xxi^e siècle. D'abord l'égalité dans la famille « traditionnelle » : l'égalité des parents, l'égalité des époux. Puis la reconnaissance de la liberté individuelle par l'égalité *des familles* : l'égalité des enfants quelles que soient les circonstances de leur naissance ; l'égalité des conjugalités – mariage, union de fait. Ce sont ces valeurs « sacralisées » qui expliquent les choix du droit québécois en matière de famille homosexuelle, tant pour le couple que pour la filiation.

Le couple homosexuel. L'évolution en droit québécois s'est déroulée en trois étapes. D'abord, à compter des années 1990, le droit reconnaît progressivement aux couples de même sexe les mêmes droits et obligations que les conjoints de fait hétérosexuels. Cette égalisation de la conjugalité de fait se cristallise essentiellement en 2000. Le législateur québécois souhaite par la suite reconnaître aux couples de même sexe un statut civil. Il ne peut toutefois pas reconnaître le mariage homosexuel puisque cette compétence législative est de la responsabilité du législateur fédéral. C'est pour cette raison qu'en 2002, année cruciale quant à la reconnaissance de la famille homo-

sexuelle au Québec, le législateur québécois crée l'union civile. Cette union ne vise pas, comme peut le faire votre PACS, à éluder la question du mariage de même sexe mais vise, au contraire, à pallier l'inhabilité du législateur provincial à le reconnaître. C'est pourquoi l'union civile est un *mariage bis* dont le régime de formation et les effets sont essentiellement identiques. Pendant ses trois premières années d'existence, cinq cent neuf couples de même sexe vont choisir de s'unir civilement.

La troisième et dernière étape intervient en juillet 2005, date de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le mariage, laquelle définit dorénavant le mariage comme « *l'union de deux personnes à l'exclusion de toute autre* ». Cette loi légalise donc le mariage de même sexe. Elle intervient suite à plusieurs arrêts de la Cour d'appel de diverses provinces canadiennes qui avaient invalidé, au motif de discrimination, la règle limitant le mariage aux seuls couples hétérosexuels. Au Québec, selon les statistiques officielles, depuis juillet 2005 il y a eu deux mille cinq cents mariages de couples homosexuels. En comparaison, sur la même période, il y a eu plus de cent huit mille mariages hétérosexuels. Les chiffres remettent bien en contexte l'impact d'une telle réforme ; elle relève en grande partie du symbole.

Le débat sur le mariage de même sexe au Canada a été très vif. La population était à l'époque, et le demeure, très partagée sur la question. D'ailleurs, le législateur fédéral a tardé à intervenir et, lorsqu'il l'a fait, a soumis son projet de loi à la Cour suprême du Canada afin d'obtenir son avis et, disons-le, certainement une caution morale et juridique, sur la nécessité et le bien-fondé de l'intervention législative. Or ce débat a quelque chose de faux tant, Madame la Secrétaire d'État, nous le savons bien, il n'existe aucun argument objectivement indéfectible contre le mariage de même sexe. Essentiellement ceux que faisaient valoir les opposants au mariage de même sexe reposaient sur des pétitions de principe et se résumaient à affirmer péremptoirement que nous devons maintenir, pour des raisons historique et identitaire, le *statu quo*. Mais le *statu quo* n'est en rien un argument ; il est l'aboutissement du raisonnement. En fait, ces arguments portaient essentiellement sur une confusion, très répandue au Québec, entre le mariage religieux et le mariage

civil, de même que sur la théorie de la « pente glissante » : le mariage aujourd'hui, la filiation demain.

La filiation homosexuelle. Or si on sait déjà cet argument mal fondé dans la mesure où la filiation et le mariage ne sont plus liés (au Québec depuis 1977), cet argument était d'autant plus mal fondé que la filiation homosexuelle existait déjà en droit québécois depuis 2002. Oui. Fait unique s'il en est, au Québec la filiation homosexuelle a précédé le mariage homosexuel. Lorsque le législateur québécois a instauré l'union civile au mois de juin 2002 il a, par la même occasion, reconnu la filiation homosexuelle de manière expéditive et très audacieuse. Le législateur ne s'est ainsi pas contenté de permettre la parenté homosexuelle par la reconnaissance de l'adoption homosexuelle. Au-delà de la déssexualisation de la *technique* qu'est l'adoption – aux conséquences somme toute relatives puisqu'il n'y a au Québec, si ce n'est l'adoption internationale qui n'est pas touchée par cette reconnaissance, que peu d'adoptions – le législateur déssexualise la notion de filiation elle-même en reconnaissant, sur un ton anodin que, dans la déclaration de naissance « *[lorsque les parents sont de même sexe, ils sont désignés comme les mères ou les pères de l'enfant, selon le cas* » (article 115 du Code civil du Québec). Le ton était donné. Et le reste allait suivre.

Ce reste, donc, c'était l'adoption, certes, mais également la procréation assistée. Le législateur québécois, toujours dans cette volonté de garantir l'égalité des modes familiaux et, par elle, l'expression de l'autonomie individuelle, reconnaît l'accessibilité des procréations assistées. Une *personne seule ou des conjoints peuvent « afin d'avoir un enfant, [...] recourir aux forces génétiques d'une personne qui n'est pas partie au projet parental »* (article 538 du Code civil du Québec). Cet article n'est aucunement sexué, le terme conjoint visant tout aussi bien les couples mariés ou non, tant hétérosexuels qu'homosexuels. Les cliniques de fertilité ne peuvent plus refuser de traiter un couple de même sexe sans commettre là une discrimination prohibée. Mais à vouloir à tout prix éviter la discrimination, le législateur québécois en a créé une nouvelle. Le contrat de mère porteuse étant toujours proscrit (article 541 du Code

civil du Québec), le projet parental d'un couple d'hommes est actuellement impossible ou à tout le moins fort aléatoire, certains juges acceptant dans de tels cas l'adoption de l'enfant par le conjoint du père et, dans d'autres cas, la refusant. La nature ressurgit de nouveau, l'égalité dans la procréation n'est plus parfaitement assurée.

Malgré cela, et toujours en phase avec cette volonté d'assurer une égalité absolue dans les modes de procréation, la filiation d'un enfant issu d'une procréation assistée s'établit, dans tous les cas, de même façon que la filiation par le sang. On étend même la présomption de paternité au cas du mariage homosexuel. Lorsque deux femmes mariées ont un enfant, la femme qui accouche est la mère – même dans les cas où elle ne l'est pas génétiquement – et son épouse est la co-mère par présomption de maternité (articles 538.1 à 538.2 du Code civil du Québec). Plus encore, afin de prendre en compte une pratique existante, le législateur québécois reconnaît un statut particulier à ce que d'aucuns ont appelé la *procréation amicalement assistée*. C'est ainsi que l'article 538.2 du Code civil du Québec, lequel empêche en principe l'établissement de tout lien filial entre le tiers donneur et l'enfant issu d'une procréation assistée, prévoit une exception dans le cas où l'assistance s'est faite par voie de relation sexuelle. Dans ce cas, « l'auteur de l'apport » peut, dans l'année suivant la naissance de l'enfant, revendiquer un lien filial à l'égard de celui-ci. Pendant l'année suivant cette naissance la situation de l'enfant est donc incertaine. Seul le statut de la femme qui a accouché ne pose aucun doute ; elle est la mère. Le sort de la conjointe demeure entre les mains du « tiers donneur » lequel a une « option » sur la filiation. Mais pire encore est la situation de l'enfant à l'expiration de ce délai d'une année ; celui-ci perd alors tout droit de réclamer un lien filial à l'égard de son père génétique, dont il connaît pourtant l'identité et dont le lien qui le rattache à lui est essentiellement le même que tout autre enfant issu d'une relation éphémère. En fait, la seule distinction repose sur la volonté des protagonistes. L'enjeu de la réforme est bien là. Le pouvoir de la volonté sur la famille et, ici, sur l'état de l'enfant, lequel est rendu disponible.

Que penser de tout cela, me demanderez-vous ? Qu'en cette matière il importe d'agir avec attention et retenue. Il faut débattre, réfléchir. Le débat est un art français dit-on. Prenez avantage de cette propension à la discussion. Nous avons fait l'erreur au Québec d'agir avant de débattre. Si la reconnaissance du mariage de même sexe a été la source de nombreux débats – alors que somme toute il me semble qu'il s'agit là d'une question relativement simple –, la reconnaissance de la parenté homosexuelle a émergé dans un désintérêt stupéfiant. Or nous avons omis des éléments déterminants. Techniques d'abord. Le projet parental n'est aucunement formalisé et peut résider dans de simples paroles privément échangées. Dès lors des problèmes de preuve insolubles n'ont pas manqué de se présenter quand des hommes voulant éviter une paternité non désirée, ont soulevé en défense qu'ils avaient agi comme simples « tiers donneurs ». Un principe fondateur du droit de la filiation risquait alors de disparaître insidieusement. Les tribunaux n'ont heureusement pas été dupes et ont, à chaque fois, refusé une telle défense.

Mais plus profondément cette réforme pose des difficultés ontologiques sur ce qu'est aujourd'hui le rapport filial. La réforme annoncée était vouée, disait-on, à assurer le meilleur intérêt de l'enfant vivant dans un contexte homosexuel. En fait la réforme visait plutôt l'intérêt des adultes, celui de devenir parent, de l'égalité dans le droit à l'enfant. Il faut éviter de confondre les statuts et les notions. La *parenté* n'est pas la *parentalité*. La *filiation* n'est pas pure *technique*. Elle peut et doit s'adapter aux réalités nouvelles, mais il importe qu'elle conserve sa nature profonde. Elle n'est pas chose à palabres et concessions. Elle n'est pas la chose des parents. Elle est symbolique. Elle est identitaire. Il importe de ne pas l'oublier.

Voici, Madame la Secrétaire d'État, mes courtes réflexions. Je vous souhaite du courage dans cette aventure. Elle est dure mais inévitable. Je demeure évidemment à votre entière disposition.

Votre tout dévoué,

Benoît Moore

« Remplaç[er] le mariage par l'union civile »

Laura Sautonie-Laguionie

Professeur à l'Université Montesquieu – Bordeaux IV

I. Exposé des motifs

Madame la Secrétaire d'Etat,

Si le couple homosexuel constitue aujourd'hui une forme communément admise de conjugalité, la famille homosexuelle ne recouvre pas en revanche une réalité sociale homogène. En effet, la question de l'homoparentalité reste encore trop fortement discutée pour faire l'objet d'une consécration solennelle dans le Code civil. Il s'ensuit que légiférer sur la famille homosexuelle suppose de distinguer d'une part, le statut du couple homosexuel, et, d'autre part, les liens entre couple homosexuel et enfants.

Si la sécurité juridique exige que le Droit ne soit pas modifié au gré des évolutions de notre société, il ne peut néanmoins ignorer les phénomènes sociaux lorsque ceux-ci perdurent et se généralisent. Aujourd'hui, la réalité des couples n'est plus la même qu'hier. L'idée de couple légitime a laissé la place à l'idée d'une pluralité de formes de conjugalité. Dans le même temps, la multiplication des naissances hors mariage a fait apparaître une dissociation entre le statut du couple et les questions de filiation, lesquelles ne sont désormais plus liées à une forme d'union privilégiée. Pour autant, le mariage reste la seule forme juridique à offrir au couple une union stable et durable¹, nécessaire à assurer la stabilité des liens privés et, partant, l'équilibre social. A l'opposé du Pacs, le mariage crée un ensemble durable de droits et d'obligations pour chacun de ses membres, et sa dissolution, si elle doit survenir, ne se fera pas sans contrôle judiciaire et donc pas sans la préservation des droits de chacun, et spécialement de la partie faible. En cela, le mariage se distingue clairement du concubinage et même du Pacs, lequel n'assure aucune protection

de celui des partenaires qui se trouverait dans une situation de dépendance par rapport à l'autre. Dès lors, le mariage, entendu comme la seule forme d'union engageant réciproquement et durablement les membres du couple, peut-il – doit-il – être encore réservé aux seuls hétérosexuels ? Ou faut-il s'en tenir à la situation actuelle qui n'offre aux couples homosexuels que la forme d'un sous-mariage ? Dans la mesure où l'on estime que le couple homosexuel peut bénéficier d'une forme juridique, rien ne justifie qu'il ne lui soit proposé qu'une forme juridique offrant une protection moindre que celle qui résulte du mariage. Il est faux de dire que le Pacs ouvre un choix juridique aux couples, car ce choix n'existe que pour les couples hétérosexuels. Aussi bien, une vraie reconnaissance de l'union homosexuelle serait non de la soumettre à un régime juridique moindre que le mariage, mais à un régime juridique équivalent au mariage. En Europe², et au-delà de ses frontières³, plusieurs pays en ont déjà décidé ainsi, et ce mouvement lancé pour une égalité des couples ne pourra pas être encore longtemps ignoré par la France⁴.

Dès lors, l'alternative paraît être la suivante : ouvrir le mariage à tout couple, indépendamment de la différence de sexe, ou bien créer une nouvelle institution, tel un Pacs renforcé, réservé aux couples homosexuels, dont les conditions et les effets au sein du couple seraient analogues à ceux du mariage. La seconde solution paraît peu satisfaisante car elle revient à créer deux institutions de natures distinctes et pourtant produisant les mêmes effets. Or si l'union devait répondre aux mêmes conditions qu'un mariage, hormis la différence de sexe, et en produire tous les effets, alors c'est qu'il s'agirait d'institutions de même nature. Reste la première branche de l'alternative, laquelle pose cependant une difficulté d'ordre

¹ Sur la durée comme caractéristique du seul mariage, voir Ph. Delmas-Saint-Hilaire, « Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux » (rapport de synthèse du 106^e congrès des notaires de France), *Defrénois* 2010, p. 1319.

² Pays-Bas (2000), Belgique (2003), Espagne (2005), Norvège (2008), Suède (2009), Portugal (2010), Islande (2010).

³ Canada (2005), Afrique du Sud (2006), Argentine (2010), et plusieurs Etats des Etats-Unis.

⁴ V. les différentes propositions de lois déposées pour que le mariage soit ouvert aux couples homosexuels, notamment : Propositions de loi n° 1286 du 26 novembre 2008, et n° 2290 du 5 février 2010.

terminologique. Le terme même de mariage revêt une dimension symbolique forte, à laquelle se réfèrent les religions communément pratiquées en France. La notion même de mariage, de par sa définition première, désigne l'union d'un homme et d'une femme. C'est alors le terme de mariage qu'il conviendrait de modifier afin de soumettre à un même traitement juridique les unions de couples hétérosexuels et de couples homosexuels. Ainsi, la notion traditionnelle de mariage ne serait pas déformée mais réservée à la forme d'union qui a pleinement conservé cette dimension symbolique, à savoir l'union célébrée religieusement.

En conséquence, sans en modifier la substance, il est proposé que le titre V du Livre premier du Code civil ne soit plus intitulé « *Du mariage* » mais « *De l'union civile* », et que les membres d'un tel couple ne soient plus dénommés « *époux* » mais « *conjoint* ». Le Code civil proposant ainsi une forme d'union stable et durable ouverte à tous, il est proposé la suppression du Pacs, et ce pour deux raisons. La première est de faire clairement de l'union civile le modèle de l'engagement officiel et durable des couples, et non de la banaliser en la ramenant à un engagement parmi d'autres. La seconde est que l'on peut douter que le législateur ait à inciter les couples à une forme d'union précaire n'assurant pas la protection du faible.

Reste la question des effets de l'union civile, non plus au sein du couple, mais à l'égard des enfants. L'alignement de la famille homosexuelle sur la famille hétérosexuelle est délicat en raison des contraintes biologiques, lesquelles justifient d'ailleurs que la présomption de paternité soit limitée aux unions civiles de couples hétérosexuels.

Le Droit ne peut néanmoins ignorer la réalité des familles homosexuelles composées des deux membres du couple et des enfants que l'un ou l'autre a pu avoir. Dès lors qu'il existe entre eux une communauté de vie, ni l'enfant ni le conjoint non parent ne peuvent être laissés dans une

situation non organisée, spécialement lorsque l'enfant n'a pas de filiation établie avec son autre parent ou que celui-ci s'est vu retirer l'autorité parentale. *A minima*, il est proposé l'admission d'une délégation de l'autorité parentale au conjoint non parent, sans subordonner cette délégation à des circonstances particulières⁵ comme c'est le cas pour les autres délégataires.

Faut-il aller plus loin et permettre une adoption plénière ou simple de l'enfant par le conjoint non parent ? Une réponse positive reviendrait à admettre la filiation issue d'un couple homosexuel et supposerait donc nécessairement d'ouvrir l'adoption aux couples homosexuels voire l'accès à la procréation médicalement assistée. Une telle solution serait aujourd'hui prématurée, car elle est encore loin de faire l'objet d'un consensus dans la société française. Pour l'heure, l'urgence est de combler le vide juridique concernant les familles homosexuelles d'ores et déjà constituées, quitte à légiférer quand le temps sera venu sur l'homoparentalité⁶. On relèvera d'ores et déjà qu'il est difficile de s'en tenir au modèle d'une cellule familiale composée de parents de sexes différents quand, dans le même temps, l'adoption est ouverte aux personnes seules.

II. Textes proposés

Article 1^{er}

I – Le titre V du livre premier du Code civil voit son titre modifié : « ~~Du mariage~~ » remplacé par « *De l'union civile* ».

II – L'article 144 du Code civil est réécrit : « *L'union civile peut être contractée par deux personnes de sexes différents ou de même sexe ayant plus de dix-huit ans*⁷. »

III – Plus généralement dans le Code civil, le terme « *mariage* » est remplacé par l'expression « *union civile* », le terme « *marié* » par l'expression « *uni civilement*⁸ ».

⁵ V. l'exigence figurant dans l'actuel article 377 du Code civil appréciée strictement par Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-12.623.

⁶ On notera que la Belgique a procédé par étape : admission du mariage des couples homosexuels en 2003, et ouverture de l'adoption en 2006.

⁷ La modification de cet article suppose que d'autres articles soient modifiés. Tel est notamment le cas de certains empêchements à mariage :

Article 162 : « En ligne collatérale, ~~le mariage l'union civile~~ est prohibée, entre ~~le frère et la sœur~~ les membres d'une fratrie ».

Article 163 : « ~~Le mariage l'union civile~~ est encore prohibée entre l'oncle ou la tante, et leurs neveu ou nièce ~~et la nièce, la tante et le neveu~~ ».

Article 164 : « Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées :

1° par l'article 161 aux ~~mariages unions civiles~~ entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ;

2° (abrogé) ;

3° par l'article 163 aux ~~mariages unions civiles~~ entre l'oncle ou la tante, ~~et leurs neveu ou nièce et la nièce, la tante et le neveu~~ ».

⁸ Il conviendrait d'en tirer toutes les conséquences. Par exemple, l'article 1400 du Code civil doit ainsi être modifié : « La communauté, qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on ~~se marie s'unit civilement~~ sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent ».

⁹ V. par exemple, les articles 165 et suivants du Code civil ou encore les articles 1401 et suivants du Code civil.

¹⁰ V. ainsi les articles 75, 108, 980 du Code civil.

IV – Les articles du Code civil faisant référence « aux époux⁹ », ou « au mari et à la femme¹⁰ » sont modifiés pour faire référence « aux conjoints ».

Article 2

L'article 312 du Code civil est ainsi modifié :
« *L'enfant conçu ou né pendant ~~le mariage~~ l'union civile d'une femme et d'un homme a pour père ~~le mari~~ ce dernier. »*

Article 3

À la suite de l'alinéa premier de l'article 377 du Code civil, un nouvel alinéa est créé :

« *Le père ou la mère peut saisir le juge en vue de voir déléguer à son conjoint l'exercice de l'autorité parentale, lorsqu'il en est le seul titulaire.* »

Article 4

I – L'article 343 du Code civil est ainsi modifié :
« *L'adoption peut être demandée par deux ~~époux~~*

conjoints de sexes différents, non séparés de corps, mariés unis civilement depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans. »

II – L'alinéa premier de l'article 311-20 du Code civil est ainsi modifié :

« *Les ~~époux conjoints~~ ou les concubins de sexes différents qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.* »

Article 5

Les articles 515-1 à 515-7 du Code civil sont abrogés.

« S'affranchir [...] du modèle familial traditionnel »

Jean-Sébastien Borghetti

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

I. Exposé des motifs

Madame le secrétaire d'État,

Depuis plusieurs années, la famille homosexuelle est au cœur du débat citoyen. Un pas décisif dans le sens de l'affranchissement des structures familiales traditionnelles, qui ne correspondent plus aux nouvelles formes des rapports de conjugalité et de parentalité, avait été franchi avec l'introduction du pacte civil de solidarité en 1999. Depuis lors, malheureusement, la France a fait preuve d'immobilisme, quand de nombreux autres pays, en Europe mais aussi ailleurs dans le monde, ont adopté des mesures courageuses, en permettant notamment aux couples homosexuels d'avoir accès au mariage, et parfois d'adopter, dans les mêmes conditions que les couples hétérosexuels.

Il est temps aujourd'hui pour la France, non seulement de rattraper son retard, mais aussi de redevenir un modèle pour tous les pays soucieux de faire évoluer l'organisation juridique des familles conformément aux mutations de la société. Pour cette raison, le principe de la nécessité d'une réforme législative étant acquis, il est proposé de ne pas s'en tenir à une simple ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels, comme cela s'est fait dans plusieurs pays. Cette manière de procéder s'inscrit encore dans le modèle familial traditionnel, inspiré de l'antique mariage hétérosexuel, qui ne conçoit le mariage que comme l'alliance de deux personnes. Implicitement, c'est donc le schéma de l'union en vue de la procréation qui se trouve ainsi perpétué. Il convient pourtant de s'en affranchir. La reconnaissance du mariage homosexuel constitue certes un premier pas indispensable, qui consacre la dissociation entre la relation amoureuse et la procréation. Il n'y a cependant pas de raison de s'arrêter là, sauf à considérer que le modèle axé sur la reproduction du couple hétérosexuel doit

s'appliquer à tous les types de relations amoureuses, ce qui ne saurait bien évidemment être le cas. Dès lors que l'amour et la liberté, et non plus la reproduction et la tradition, sont enfin reconnus comme les véritables fondements du mariage, il est indispensable de permettre à toutes les manières de vivre l'amour d'accéder au mariage. Or il est avéré que certaines personnes, même si elles ne constituent pas à ce jour une majorité, vivent des relations amoureuses stables à trois, voire à quatre ou plus. Afin d'éviter qu'elles ne soient victimes de discrimination, il est indispensable de leur permettre à elles aussi d'accéder au mariage.

Pour cette raison, il est proposé de consacrer un nouveau modèle de mariage, qui non seulement ne serait pas interdit aux couples homosexuels, mais serait également ouvert à d'autres configurations : trio, quatuor, etc., indépendamment, bien évidemment, du sexe et de l'identité sexuelle des partenaires. Conformément à la tradition législative française, cette ouverture du mariage est exprimée de manière claire mais implicite par la définition du mariage que donne le projet de loi – qui rompt ainsi heureusement avec le silence plus que bicentenaire du code civil, qui jusqu'à ce jour ne définissait pas le mariage. La définition donnée du mariage intègre la communauté de vie, qui fait son essence, ainsi que les devoirs de respect, secours, et assistance. Le devoir de fidélité, qui apparaît comme dépassé et se trouve battu en brèche par la jurisprudence, a en revanche été supprimé.

Autre innovation, le mariage se voit conférer la personnalité morale, ce qui répond à une vieille revendication des défenseurs de la famille et permet de simplifier les rapports patrimoniaux entre époux et avec l'extérieur. Dans les relations avec les personnes extérieures au mariage, et afin d'éviter que le grand nombre d'époux ne rende difficile la gestion du mariage, il est prévu qu'un couple de direction puisse être désigné, qui se charge

d'administrer la personne morale, lorsque le mariage unit quatre époux ou plus. Dans les relations entre époux, il a été décidé d'adopter le modèle de la société, qui seul permet une entrée et une sortie facile du mariage. Le mariage n'ayant pas de vocation commerciale, c'est naturellement par les règles relatives aux sociétés civiles que, en l'absence de disposition contraire, le mariage sera gouverné. Voir dans le mariage une société correspond à la réalité profonde de l'institution, qui constitue bien la réunion de plusieurs personnes qui ont ou mettent quelque chose en commun, c'est-à-dire une société au premier sens du terme. Cela permet en outre de simplifier considérablement la séparation des époux. Jusqu'aujourd'hui, en effet, la complexité des règlements patrimoniaux constitue trop souvent un obstacle à cette séparation. Pour éviter que des questions matérielles ne viennent faire obstacle à la liberté de chacun de se marier et de divorcer, et ne constituent de ce fait une atteinte au droit au respect de la vie privée, consacré tant par le code civil que par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le choix a été fait d'attribuer à chaque époux une part patrimoniale. Cette part patrimoniale est représentative de ses apports patrimoniaux à la communauté formée par le mariage, diminués ou augmentés, selon les cas, de la part de l'époux dans l'enrichissement ou l'appauvrissement de cette communauté. Si l'un des époux quitte le mariage sans que celui-ci se trouve dissous, il récupère sa part patrimoniale, à moins que les autres époux ne préfèrent la lui racheter. Cette simplification radicale a le mérite de rendre sans objet les dispositions relatives au divorce, dont les modifications incessantes depuis les années 1960 montrent suffisamment leur caractère insatisfaisant, et qui se trouvent de ce fait abrogées.

Toujours afin d'éviter toute entrave à la liberté des époux, chacun sera libre de quitter le mariage à tout moment, moyennant la notification de sa décision aux autres partenaires et le respect d'un délai de préavis d'un mois. Pour ne pas fragiliser exagérément les structures familiales, cependant, le mariage continuera à exister tant qu'il réunira au moins deux époux. En outre, si tous les époux en sont d'accord, un nouvel époux pourra à tout moment rejoindre un mariage existant.

Il est également proposé de détacher la parentalité du modèle duel traditionnel. Certes,

dans le cas le plus courant, où la femme et l'homme qui ont ensemble conçu l'enfant entendent en être les parents, l'enfant continuera à n'avoir que deux parents. Si l'un ou les deux parents sont ou deviennent membres d'un mariage, les autres époux de ce mariage acquerront le statut d'adulte référent. La figure de l'adulte référent se voit ainsi consacrée par la loi. Il appartiendra toutefois à un décret en Conseil d'État de préciser les droits et les devoirs de l'adulte référent, en concertation avec les partenaires sociaux concernés. Afin de préserver la stabilité affective de l'enfant, il est par ailleurs prévu qu'en cas de séparation entre le parent et l'adulte référent, ce dernier pourra demander au juge aux affaires familiales que lui soit accordé un droit de visite.

En cas d'adoption, il est proposé d'assouplir les règles existantes : pourront donc adopter une personne seule, un couple, quel que soit le sexe des partenaires, mais aussi un trio ou un quatuor, là encore sans considération de sexe ou d'orientation sexuelle. Afin d'éviter la création de rapports familiaux trop complexes, l'adoption restera cependant fermée aux formations plus larges, tels que le quintet ou le sextuor. Il n'y a toutefois pas là de discrimination fondée sur la sexualité, dès lors que toute personne quel que soit son sexe, demeure libre d'adopter, seule, ou en tant que membre d'un couple, d'un trio ou d'un quartet.

II. Textes proposés

Article 1^{er}

Les articles 212, 213, 214 et 214-1 du code civil sont ainsi rédigés :

« Art. 212. – *Le mariage est l'union, reconnue et protégée par la loi, de deux ou plusieurs personnes majeures qui s'obligent à une communauté de vie et se doivent mutuellement respect, secours et assistance.*

« Art. 213. – *Le mariage crée une personne morale dont les époux sont membres. Les époux concourent ensemble à la direction morale et matérielle de la personne morale. Lorsque le mariage unit au moins quatre époux, ils peuvent à l'unanimité désigner un couple de direction chargé d'accomplir les actes d'administration que requiert le fonctionnement du mariage. Chaque*

époux conserve cependant la possibilité d'engager le mariage à l'égard des tiers, dans les limites fixées aux articles 215 et suivants du code civil.

« Chaque époux acquiert dans le mariage une part patrimoniale, dont la valeur initiale est égale au montant de ses apports. Sauf disposition particulière, les rapports patrimoniaux entre les époux, y compris en ce qui concerne le retrait de l'un des époux ou la dissolution du mariage, sont soumis aux règles applicables aux sociétés civiles. »

« Art. 214. – Tout époux peut, à tout moment, résilier son engagement dans le mariage. La résiliation prend effet un mois après sa notification aux autres époux. L'époux qui a résilié son engagement a le droit de reprendre sa part patrimoniale dans le mariage. Sa valeur est fixée à dire d'expert, à moins qu'elle ne le soit d'un commun accord entre l'époux qui résilie son engagement et les autres époux. Si les autres époux demeurant dans le mariage en sont d'accord, un des époux peut également racheter sa part patrimoniale à l'époux qui résilie son engagement.

« Lorsque le mariage unit plus de deux époux, la résiliation de l'engagement de l'un des époux est sans incidence sur la continuation du mariage entre les autres époux. Lorsque le mariage unit seulement deux époux, le mariage n'est pas

dissous si, à la demande de l'époux qui n'a pas demandé la résiliation, un nouvel époux accepte de se substituer à l'époux qui a manifesté son intention de résilier son engagement. »

« Art. 214-1 – Les époux peuvent, individuellement, tous ensemble ou certains d'entre eux ensemble seulement, adopter un enfant, dans le respect des règles fixées par le présent code.

« Lorsqu'un lien de filiation est établi entre un ou plusieurs époux et un enfant mineur, les autres époux à l'égard desquels le lien de filiation n'est pas établi acquièrent le statut d'adulte référent. Les droits et devoirs de l'adulte référent sont établis par décret en Conseil d'État.

« En cas de dissolution du mariage, l'époux qui avait acquis le statut d'adulte référent à l'égard de l'enfant d'un autre époux depuis au moins deux ans peut demander au juge aux affaires familiales qu'un droit de visite lui soit accordé. Il en va de même lorsque l'époux ayant acquis le statut d'adulte référent résilie son engagement ou lorsque l'enfant mineur cesse de résider auprès d'un époux membre du mariage. »

Article 2

Le titre VI du livre I du code civil – Du divorce – est abrogé.

« Franchir un pas supplémentaire vers l'égalité des couples »

Christophe Radé

Professeur à la Faculté de droit de l'Université
Montesquieu - Bordeaux IV

I. Exposé des motifs

La famille a connu ces dernières décennies de profondes évolutions qui ont en partie bouleversé les équilibres sur lesquels s'était construit le Code civil tant pour ce qui concerne le mariage que la filiation.

Le mariage a ainsi perdu au fil des réformes la place centrale qu'il occupait au sein de la famille, laissant apparaître d'autres modes d'organisation du couple. La société, et dans son sillage le Code civil, ont progressivement admis que des couples de personnes de même sexe puissent se former et vivre en dehors du mariage. La loi du 15 novembre 1999 a constitué une étape décisive dans l'évolution du droit de la famille en consacrant deux modes d'organisation du couple, en marge du mariage, et en permettant à des personnes de même sexe d'être reconnus comme concubins ou parties à un pacte civil de solidarité. Le droit de la filiation s'est également peu à peu libéré de l'emprise du mariage jusqu'à la suppression, par l'ordonnance du 4 juillet 2005, de toute différenciation entre les filiations naturelles ou légitimes.

La consécration de modes d'organisation de la vie de couple entre personnes du même sexe, et l'accueil aujourd'hui favorable que la société fait aux couples homosexuels, permet de franchir un pas supplémentaire vers l'égalité des couples et conduit la présente proposition à ouvrir l'accès au mariage aux personnes de même sexe.

La question de l'accès à la filiation, qu'elle soit biologique ou adoptive, pour les couples de même sexe, ne rencontre en revanche pas aujourd'hui dans l'opinion publique la même faveur. C'est que la possibilité qui pourrait être reconnue aux couples de personnes du même sexe de recourir à l'adoption plénière ou à la procréation médicalement assistée se heurte à deux obstacles de taille qui justifient que le droit n'évolue pas aujourd'hui sur cette question. En premier lieu, rien ne vient garantir que la consécration par le

droit d'un couple parental de même sexe ne puisse pas préjudicier à l'enfant qui se verrait attribuer un double lien de filiation paternelle ou maternelle, selon le cas. En second lieu, si le droit s'est efforcé de permettre aux couples ne pouvant concevoir d'enfant pour des raisons notamment médicales de recourir à la médecine pour les y aider, ou à l'adoption plénière, c'est toujours par référence au modèle de la filiation biologique impliquant la différence de sexe ; aller au-delà pour concevoir un lien de filiation totalement déconnecté de cette réalité biologique placerait le droit dans une position trop délicate.

Pour toutes ces raisons, la présente réforme, tout en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, ne prévoit pas de possibilité de recourir à la procréation médicalement assistée, pour les couples homosexuels, ni d'ailleurs de possibilité d'adoption conjointe, et ce afin de maintenir le lien entre le modèle de la filiation biologique et la construction d'une filiation juridique. C'est également pour cette raison que la présente proposition supprime la possibilité pour une personne seule d'adopter plénièrement un enfant, hypothèse aujourd'hui rare, tout en maintenant logiquement l'adoption de l'enfant du conjoint, car il ne semble pas logique de se fonder sur le désir de rester proche du modèle d'une filiation biologique issue de l'union d'un homme et d'une femme, tout en permettant à une personne seule de recourir à l'adoption plénière.

II. Textes proposés

Article 1. Dispositions relatives au mariage

I – L'article 144 du Code civil est ainsi rédigé :

« *Le mariage est l'union de deux personnes majeures, de sexe différent ou de même sexe, qui s'engagent dans un projet de vie commun* ».

II – Les articles 203 et 204 du Code civil sont abrogés.

III – Dans le Titre VII du Livre premier du Code civil, est ajouté un chapitre V intitulé : « *De l'obligation alimentaire entre parents* ».

IV – Les articles 205, 206, 207, 208, 209, 210 et 211 du Code civil deviennent respectivement, au sein du chapitre V du Titre VII du Livre premier du code civil, les articles 342-9, 342-10, 342-11, 342-12, 342-13, 342-14 et 342-15 du Code civil.

V – L'article 213 du Code civil est ainsi rédigé :
« *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille.* »

VI – Le chapitre V du Titre V du Livre premier du Code civil est abrogé.

Article 2. Dispositions relatives à la filiation

I – L'article 311-20, alinéa 1^{er}, du Code civil est ainsi rédigé :

« *Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent dans les conditions fixées par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique, à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.* »

II – L'article 343 du Code civil est ainsi rédigé :
« *L'adoption plénière peut être demandée par un homme et une femme mariés depuis plus de deux ans, dès lors qu'ils ne sont pas séparés de corps, ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans.* »

III – L'article 343-1 du Code civil est ainsi rédigé :

« *L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :*

1° *Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint ;*

2° *Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ;*

3° *Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.* »

IV – Les articles 343-2 et 345-1 du Code civil sont abrogés.

V – L'article 357 du Code civil est ainsi rédigé :

« *Le nom conféré à l'enfant adopté est déterminé en application des règles énoncées à l'article 311-21. Sur la demande du ou des adoptants, le tribunal peut modifier les prénoms de l'enfant.* »

« Reconnaît[re] toutes les formes de conjugalité et de parentalité »

Jean Hauser

Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV (CERFAP)

*Madame Camille Danlevent
Secrétaire d'Etat aux familles plurielles
Sénateur Mère et Père et Autres*

Madame la Secrétaire d'Etat,

Vous m'avez fait l'honneur de me demander de rédiger quelques articles constituant un éventuel projet de loi sur la famille homosexuelle. J'ai le plaisir de vous communiquer mes réflexions (provisoires) sur ce point.

I. Exposé des motifs

La famille est soit une donnée individuelle, soit une donnée sociale. Elle sert en effet à fabriquer aussi bien l'individu et à structurer ses fantasmes personnels qu'à construire une société dont elle constitue la cellule première, aucun autre groupement (écoles, associations, syndicats, voisinages, etc.) n'étant en situation, moins que jamais, de remplir le même rôle. C'est, en première analyse, un remède contre la solitude qui intéresse nécessairement la société.

Dès lors il convient de reconstruire, ce qui a été fait à de nombreuses reprises au cours des siècles, un compromis entre ces deux fonctions, différent certes, mais inspiré de la même constatation.

De ce point de vue on se gardera à la fois de n'écouter que les groupes de pression sélectionnés en fonction de leur entregent médiatique ou encore les groupes dotés d'une onction d'origine dont la représentativité n'est pas plus démocratique. On se gardera également des réformes pointillistes qui méconnaissent l'unité fondamentale du problème et ne sont que l'aveu d'une impossibilité d'accéder à une vision d'ensemble. La famille républicaine doit remplir son rôle d'unité de la République, comme elle l'a fait dans le Code civil. Compte tenu de la lettre

de mission on ne présentera aucune remarque sur les couples, encore que celles-ci eussent été naturellement préalables à la constitution des familles.

II. Textes proposés

Article 1

(qui aurait sa place, soit dans la Constitution pour nourrir les QPC qui risquent de s'étioler après un printemps juvénile, soit dans les articles 16 et suivants du Code civil devenus un fourre-tout de principes plus ou moins fondamentaux)

« La loi reconnaît toutes les formes de conjugalité et de parentalité dans la seule limite de la protection du consentement de leurs membres. Elle leur accorde des effets en fonction des obligations que ceux-ci acceptent d'assumer, de la durée de ces obligations et de leur utilité collective. »

Article 2

« La famille est un lieu de responsabilités mutuelles entre ses membres majeurs et de devoirs envers ses membres mineurs. Elle est fondée en premier lieu sur la nature. Elle est fondée en second lieu sur la décision de la loi. »

Article 3

« La loi détermine les conditions d'établissement des familles. Les droits et obligations des membres constituant les couples peuvent faire l'objet de distinctions. Les droits et obligations des enfants qui dépendent de ces familles ne peuvent faire l'objet d'aucune distinction en fonction de la structure des familles considérées. »

Article 4

« La famille peut être fondée sur les liens biologiques qui unissent ses membres. La loi

organise la définition et la constatation des liens biologiques entre les différents membres.

La famille peut être fondée sur des liens volontaires. La loi organise la définition et la constatation des liens volontaires entre les différents membres.

Les relations entre les membres des familles ainsi constituées, notamment l'autorité parentale, les obligations alimentaires ou les droits héréditaires, sont organisées de façon équivalente en dehors de toute référence aux conditions d'établissement du lien familial. »

Article 5

« Les termes "filiation" et "enfant" utilisés dans le présent titre doivent être entendus à l'exclusion de toute discrimination qui ne serait pas fondée sur la protection de leur auteur ou sur la nécessaire distinction de situations qui ne seraient pas équivalentes. »

Le titre consacré aux familles, qui viendrait

après un titre consacré aux couples, comprendrait alors un Sous-titre 1, « De l'établissement des familles biologiques », un Sous-titre 2, « De l'établissement des familles volontaires » et un Sous-titre 3, « Des relations personnelles dans les familles ».

Il conviendrait d'ajouter, Madame la Secrétaire d'Etat, qu'une réforme du Code civil impliquant l'introduction d'une famille homosexuelle, selon les propres termes de votre lettre de mission, supposerait, pour être harmonieusement accueillie, une réforme plus vaste de l'ensemble du Livre 1 du Code civil qui conduirait sans doute, et *ab initio*, à distinguer les personnes et les familles pour éviter de réduire les secondes à un simple empilement des « droits à... » des premières.

En vous remerciant de votre confiance, je vous prie de recevoir, Madame la Secrétaire d'Etat, l'assurance de ma plus vive attention.

Fait à Bordeaux, le 11 novembre 2010

Droits fois rien...

Denis Mazeaud, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

À l'heure de prendre la plume pour rédiger ce nouveau clap de fin, sous forme de billet superficiel et léger, j'en suis à me demander, frappé sans doute d'une improbable crise mystique, si notre petite revue qui monte, qui monte, qui monte, n'est pas tout simplement bénie des Dieux. On me répliquera que ces derniers ont sans doute d'autres chats à fouetter, en cette glaciale fin du mois de janvier, alors qu'un imprévisible et irrésistible vent de liberté souffle de l'autre côté de la Méditerranée et emporte comme fétus de paille des régimes liberticides et corrompus que l'on s'était résigné à croire éternels, sans doute parce que nos propres gouvernants, hier encore, s'inclinaient complaisamment et opportunément contre ces dictateurs de nos colonies de jadis, en les priant au mieux de cacher ce sang qu'ils ne sauraient voir...

Et pourtant, si on délaisse la grande histoire qui s'écrit là-bas pour revenir à la petite qui nourrit notre paisible actualité hexagonale, c'est un merveilleux cadeau qui est fait à la *Revue de droit d'Assas* à l'heure de franchir la troisième marche qui la mène vers les portes de la pérennité. En effet, alors que, ce 28 janvier, je martyrisais mon esprit pour qu'il ne laisse pas ma plume se dessécher, et que je désespérais à l'idée que mon imagination se fasse la belle et laisse cette page désespérément immaculée, le journaliste, qui présentait les nouvelles sur le poste de radio que j'écoutais pour lutter contre le sommeil, annonça, entre les résultats du tiercé quotidien et de la météo, que le Conseil constitutionnel avait décidé que les dispositions du Code civil qui réservent l'exclusivité du mariage aux couples de personnes de sexes différents n'étaient pas contraire à la Constitution.

Vivement intéressé, je me précipitai alors sur une page d'actualité, via Internet, pour en savoir un peu plus de ce « chabadabada » constitutionnel et je compris alors, même si les sages se montraient pour le moins assez avarés d'explications pour cette version matrimoniale d'« Un homme et une femme », que pour le Conseil, si la loi actuelle excluant le mariage entre les personnes de même sexe n'était pas inconstitutionnelle, une loi nouvelle permettant au peuple homo d'établir sa soif d'union conjugale ne serait pas non plus contraire à notre norme suprême. Autrement dit, les sages laissaient opportunément, par cette décision, au législateur le soin de prendre ses responsabilités.

Et c'est bien là, où le miracle évoqué ci-dessus se produit et où le destin de notre *Revue de droit d'Assas* va peut-être basculer, dans l'hypothèse, que d'aucuns jugeront purement virtuelle, où les auteurs de promesses faites au peuple homo à l'occasion de prochaines échéances électorales se prendraient à vouloir les respecter (leurs promesses et les homos, par la même occasion...).

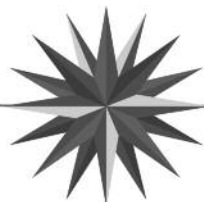
En effet, ils pourraient alors se plonger avec le plus grand profit dans la lecture du numéro que vous avez entre les mains, puisqu'avec un sens de l'anticipation qui devrait forcer l'admiration du moindre de nos lecteurs, et renforcer l'ego déjà démesuré des membres de la petite équipe qui imagine et conçoit votre revue préférée, nous avons imaginé, voici près de six mois, d'émettre une offre fictive, mais prémonitoire, de loi sur la famille homosexuelle.

Offre à laquelle, comme vous l'avez nécessairement constaté puisque vous êtes désormais à deux doigts de refermer ce numéro, quelques unes des plus belles plumes du droit français et québécois de la famille ont accepté de répondre.

Autant dire qu'il n'est pas absolument impossible, pour peu que ce numéro tombe opportunément entre ses mains, que ce numéro 3 de la *Revue de droit d'Assas* inspire le législateur de demain ou d'après demain et devienne ainsi, lors du prochain quinquennat, une véritable source du droit de la famille, ni plus, ni moins... Mazette ! Qui l'eût cru ? Pas nous... La RDA, c'est fou !!!

Exco SOCODEC

Audit - Expertise Comptable - Conseil



...évaluation d'entreprise...

...expertise-comptable...

...commissariat aux comptes...

A VOS COTÉS DANS LA CONDUITE DE VOTRE ENTREPRISE DEPUIS PLUS DE 60 ANS

...commissariat aux apports...

...gestion de la paie...

...conseil en gestion...



Exco SOCODEC, c'est :

- 90 spécialistes à votre service
- 5 implantations en Ile de France et Bourgogne
- La confiance de plus de 2.300 clients
- L'appartenance à un groupe national de plus de 2.000 collaborateurs répartis sur quelques 110 bureaux
- L'appartenance à un réseau international permettant de vous suivre dans le monde entier
- Un environnement technologique de premier plan



Membre de **Kreston International**

58, rue de Ponthieu - 75 008 PARIS

Tél. : 01 70 61 22 00

socodec@exco.fr - www.excosocodec.fr

COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA *RDA* ?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *Revue*.

Contact :

revuededroitdassas@gmail.com

ou

Revue de droit d'Assas

Université Panthéon-Assas

12 place du Panthéon

75231 Paris Cedex 05

L'équipe de la RDA tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La revue est disponible en ligne sur le site
www.u-paris2.fr



FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER

Promouvoir l'excellence

PARIS

Antoine Colonna d'Istria

Managing partner
2, rue Paul Cézanne
75008 Paris
T +33 1 44 56 44 56
E antoine.colonna@
freshfields.com

www.freshfields.com

Le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP est heureux d'apporter son soutien humain et financier à la revue universitaire de Panthéon-Assas (Paris II).

Projet ambitieux et novateur, la "Revue de droit d'Assas" (RDA), symbolise l'importance et la richesse de partenariats indispensables entre les étudiants en droit, avenir de la profession, leurs professeurs et le monde des affaires.

Le cabinet Freshfields Bruckhaus Deringer LLP a depuis toujours montré son attachement aux valeurs du monde universitaire. Il est notamment l'organisateur depuis plus de 20 ans

en partenariat avec le quotidien Les Echos du Prix du meilleur étudiant juriste d'affaires, concours ouvert à toutes les universités de droit en France.

Cabinet international, notre attachement au monde universitaire ne se limite pas à l'hexagone. Freshfields accompagne de nombreux projets universitaires en Europe et dans le monde, afin de continuer à promouvoir la formation de juristes d'excellence, qu'ils s'orientent vers la pratique ou vers la recherche.

Généalogie successorale Recherche d'héritiers

PARIS

AIX EN PROVENCE

BAYONNE

BEAUNE

CLERMONT FERRAND

LYON

NICE

RENNES

ROUEN

TOULOUSE

IRUN

VARSOVIE

