

UNIVERSITE JEAN MOULIN – LYON III
FACULTE DE DROIT

LA DISTINCTION EN DROIT
UNE APPROCHE ÉPISTÉMOLOGIQUE

Thèse pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement le 27 mars 2009 par

Chloé LEMOINE

Directeur de recherches

Monsieur Jean-Pascal CHAZAL, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Membres du jury

M. Christian ATIAS, Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille 3

M. Jean-Pascal CHAZAL, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

M. William DROSS, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Mme Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, Professeur à l'Université Montpellier 1

M. Pierre MURAT, Professeur à l'Université Pierre Mendès France – Grenoble 2

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>Act.</i>	Actualité
<i>Adde</i>	Addenda
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Ass. plé</i>	Assemblée plénière
<i>Art.</i>	Article
<i>Av. gén.</i>	Avocat général
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin criminel
<i>Cah. dr. ent.</i>	Cahiers du droit de l'entreprise
<i>CE</i>	Conseil d'État
<i>CEDH</i>	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>CEDH</i>	Convention européenne des droits de l'Homme
<i>Ch. mixte</i>	Chambre mixte
<i>Cepend.</i>	Cependant
<i>Ch. réunies</i>	Chambre réunies
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Civ.</i>	Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 1^{ère}</i>	Première Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 2^{ème}</i>	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Civ. 3^{ème}</i>	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
<i>CJCE</i>	Cour de justice des communautés européennes
<i>Com.</i>	Chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>Comm. com. électr.</i>	Revue communication commerce électronique
<i>Concl.</i>	Conclusions
<i>Cont. conc. cons.</i>	Revue contrats, concurrence, consommation
<i>Crim.</i>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>Comp.</i>	Comparer
<i>Cf.</i>	Confère
<i>D.</i>	Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire Defrénois
<i>D.H.</i>	Dalloz Hebdomaire
<i>Doctr.</i>	Doctrine
<i>D.P.</i>	Dalloz Périodique
<i>Dr. soc.</i>	Revue Droit social
<i>Dr. fam.</i>	Revue Droit de la famille

<i>Éd.</i>	Édition
<i>Et al.</i>	Et alii.
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>IR</i>	Informations rapides
<i>JCP éd. G.</i>	Semaine périodique, édition générale
<i>JCP éd. E.</i>	Semaine périodique, édition entreprise
<i>JCP éd. N.</i>	Semaine périodique, édition notariale
<i>JCP éd. A.</i>	Semaine périodique, édition administration et collectivités territoriales
<i>Jurispr.</i>	Jurisprudence
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
<i>Obs.</i>	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
<i>Panor. jurispr.</i>	Panorama de jurisprudence
<i>Préc.</i>	Précité
<i>PUF</i>	Presses universitaires de France
<i>Rev. dr. banc.</i>	Revue de droit bancaire
<i>RDA</i>	Revue de droit des affaires
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>Rev. dr. imm.</i>	Revue de droit immobilier
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de législation et de jurisprudence
<i>Rev. pers. fam.</i>	Revue juridique Personnes et Familles
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.I.E.J.</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RRJ</i>	Revue de droit prospectif
<i>RTDCiv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDCom.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDEur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>S.</i>	Sirey
<i>Soc.</i>	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Somm.</i>	Sommaires
<i>Somm. comm.</i>	Sommaires commentés
<i>Supra</i>	Ci-dessus
<i>s.</i>	Suivant
<i>TGI</i>	Tribunal de grande instance
<i>TI</i>	Tribunal d'instance
<i>t.</i>	tome
<i>V.</i>	Voir

LA DISTINCTION EN DROIT

PREMIERE PARTIE — LA DISTINCTION – OPPOSITION ET SES IMPASSES JURIDIQUES.....	21
 <i>TITRE PREMIER — L'ELABORATION DE LA DISTINCTION – OPPOSITION A PARTIR DU DONNE.....</i>	 <i>23</i>
CHAPITRE I - LA REDUCTION DES DISTINCTIONS A UN DONNE.....	25
CHAPITRE II - LA REDUCTION DE LA DISTINCTION A UNE CLASSIFICATION.....	55
 <i>TITRE SECOND — L'EXACERBATION DE LA DISTINCTION – OPPOSITION PAR LA PENSEE SYSTEMIQUE.....</i>	 <i>73</i>
CHAPITRE I - LA PENSEE SYSTEMIQUE GUIDEE PAR LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION.....	75
CHAPITRE II - LA PENSEE SYSTEMIQUE ENFERMEE DANS LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION.....	111
 DEUXIEME PARTIE — LA DISTINCTION – INDEXATION ET SES ISSUES JURIDIQUES.....	 191
 <i>TITRE PREMIER — L'INDEXATION : UNE APPROCHE RENOVEE DE LA DISTINCTION.....</i>	 <i>195</i>
CHAPITRE I - LA REFERENCE ET LE SENS, MODE APPARENT D'INDEXATION...	197
CHAPITRE II - LES MISES EN RAPPORT DE LA DISTINCTION, MODE VOILE D'INDEXATION.....	253
 <i>TITRE SECOND — L'INDEXATION : UNE APPROCHE APORETIQUE DE LA DISTINCTION.....</i>	 <i>321</i>
CHAPITRE I - LA QUALIFICATION JURIDIQUE RENOVEE PAR LA DISTINCTION – INDEXATION.....	323
CHAPITRE II - LE SAVOIR JURIDIQUE OUVERT AUX CONFLITS D'INTERPRETATION.....	351

« Ce que la scolastique nous a légué de plus utile, c'est peut-être cette précision (...) Tout l'enseignement occidental, avec ses Premièrement, Deuxièmement, grand A, petit a, petit b, en a été imprégné. La subordination et l'emboîtement, la vision et la division, pas seulement additives, mais par la hiérarchie d'importance et lien de dépendance, la logique des idées, le plan presque architectural dans l'exposé de la pensée ou des faits s'incorporent alors définitivement aux habitudes mentales de l'Occident »

Jean-François Revel, « Histoire de la philosophie occidentale »

INTRODUCTION

Si distinguer revient à discriminer, discerner suppose une pleine conscience des différences de situation nécessaire à l'égalité de droit. La manière de distinguer est liée à la conception de la justice d'une société. Dès lors, on comprend que les distinctions puissent à la fois être la cause et la mesure du droit dont la légitimité dépend de son aptitude à cerner les problématiques sociales mais aussi à y répondre *en rendant à chacun le sien*, selon la célèbre maxime.

1. — Ce serait une tentative bien ambitieuse que de vouloir identifier le rôle de la distinction au sein du droit alors que ni le vocable, ni l'action ne sont propres au droit. Tout un chacun distingue et il est même permis de penser que cette faculté est d'essence physiologique : « En présence d'un ensemble d'objets (choses matérielles, idées...), la pensée se met en mouvement dès l'instant où l'observateur perçoit des différences entre ces objets ; et ces différences naissent de la comparaison, qui les rend observables »¹. La distinction contient une part d'automatisme, de spontanéité, d'inéluctabilité dont l'Homme et peut-être même l'animal, ne peuvent, semble-t-il, se défaire.

2. — Ce constat suscite une première interrogation fondamentale, à savoir : si chacun distingue, tout le monde distingue-t-il de la même manière ?

Le caractère socioculturel de la distinction. Une réponse négative conduirait à nuancer le

¹ Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, « Le raisonnement juridique », PUF, Paris, 2001, p. 20.

caractère exclusivement physiologique de la distinction en lui adjoignant une condition socioculturelle liée à une nécessaire conceptualisation. Cette condition est particulièrement mise en évidence par la différence sémantique qui sépare la distinction du discernement. Alors que la première peut – mais pas toujours – contenir une part d’automatisme, on distingue le blanc du noir sans réflexion particulière ; le second doit être raisonnable et donc raisonné : « Un peu de discernement, voyons ! ». Le discernement consiste à distinguer selon une problématique qui s’inscrit dans un contexte de référence. Ainsi, distinguer le blanc du noir en droit pénal n’a pas de sens, en revanche, définir quand s’arrête le jour et quand commence la nuit est utile pour déterminer les périodes légales de perquisitions. On comprend, dès lors, que la manière de distinguer doit logiquement varier selon les cultures puisque ni les problématiques, ni les contextes de référence ne sont universels.

La définition, une problématique occidentale. La culture occidentale conçoit la définition comme la recherche du « véritable sens »² du mot. Ceci permet de comprendre pourquoi elle est si importante et recherchée, au point parfois que les juristes ne parviennent plus à appréhender les réalités qui ne se laissent pas atteindre par le biais d’un statut ou d’une qualification. La définition consiste alors en « l’énonciation des attributs qui distinguent une chose, qui lui appartiennent à l’exclusion de toute autre »³.

Pourtant, selon Michel Foucault⁴, notre perception des choses et de l’ordre qui les offre à notre savoir, a radicalement changé au cours du temps. Une rupture paradigmatique s’est selon lui produite au début du XIX^e siècle, considéré comme le seuil de la modernité occidentale, par rapport à l’âge classique qu’il situe au milieu du XVII^e siècle. La figure emblématique de cette rupture est, à ses yeux, celle de l’Homme : « Etrangement, l’homme – dont la connaissance passe à des yeux naïfs pour la plus vieille recherche depuis Socrate – n’est sans doute rien de plus qu’une certaine déchirure dans l’ordre des choses, une configuration, en tout cas, dessinée par la disposition nouvelle qu’il a prise récemment dans le savoir (...) Réconfort cependant, et profond apaisement de penser que l’homme n’est qu’une invention récente, une figure qui n’a pas deux siècles, un simple pli dans notre savoir, et qu’il disparaîtra dès que celui-ci aura trouvé une forme nouvelle »⁵. Au début de son ouvrage, Michel Foucault cite Borges et « une certaine encyclopédie chinoise » de sa composition : « les animaux se divisent en : a) appartenant à l’Empereur, b) embaumés, c) apprivoisés, d) cochons de lait, e) sirènes, f) fabuleux, g) chiens en liberté, h) inclus dans la présente classification, i) qui s’agitent comme des

² *Comp.* Gérard CORNU, *Les définitions dans la loi*, Mél. Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1981, p. 77. La manière dont Gérard Cornu envisage la définition traduit, nous semble-t-il assez bien, l’influence du présupposé de la distinction des phénomènes et des noumènes. Selon lui, la définition est soit « réelle », soit « terminologique ». La première consiste en une définition « directe » des choses, qui porte sur « les choses mêmes ». Alors que la seconde tend à employer un terme dans « un sens déterminé » et n’est valable que dans un contexte donné.

³ Littré, v^o Définition.

⁴ « Les mots et les choses », Gallimard, Paris, 1966.

⁵ *Ibid.*, p. 15.

fous, j) innombrables, k) dessinés avec un pinceau très fin en poils de chameau, l) et cætera, m) qui viennent de casser la cruche, n) qui de loin semblent des mouches ».

Michel Foucault écrit alors que « dans l'émerveillement de cette taxinomie, ce que l'on rejoint d'un bond, ce qui, à la faveur de l'apologue, nous est indiqué comme le charme exotique d'une autre pensée, c'est la limite de la nôtre : l'impossibilité nue de penser cela (...) ce ne sont pas les animaux "fabuleux" qui sont impossibles, puisqu'ils sont désignés comme tels, mais l'étroite distance selon laquelle ils sont juxtaposés aux chiens qui sont en liberté ou à ceux qui de loin semblent des mouches. Ce qui transgresse l'imagination, toute pensée possible, c'est simplement la série alphabétique (a, b, c, d) qui lie à toutes les autres chacune de ces catégories »⁶. La réflexion de Michel Foucault donne des clefs essentielles à la compréhension de la distinction selon la manière dont elle nous apparaît et selon ce que nous pouvons en faire. De surcroît, ses observations s'avèrent d'autant plus juste que Borgès n'a probablement pas utilisé par hasard l'exemple du commentaire chinois. Ce dernier correspond en réalité à une autre manière de distinguer représentative d'une autre vision du monde, fort intéressante si l'on envisage que « passer par la Chine et, de ce fait, désadhérer de nos cohérences, recrée de l'itinéraire et du cheminement dans la pensée »⁷.

Le commentaire, une problématique chinoise. Dans son « Éloge de la fadeur »⁸, le philosophe et sinologue François Jullien tente de mettre à jour les mécanismes de la pensée chinoise au travers du concept de la fadeur, une des pierres de touche de son organisation. Cet ouvrage montre que les manières de distinguer chinoise et occidentale diffèrent fondamentalement. La fadeur n'est en aucun cas perçue comme « ce qui manque de saveur ou de caractère et suscite souvent le dégoût ou un jugement défavorable », selon la définition du Trésor de la langue française⁹. Au contraire, elle constitue le creuset de toutes les potentialités : « dans la culture chinoise, la fadeur est reconnue comme une qualité. Plus encore : comme la qualité, celle du "centre" de la "base" »¹⁰. En effet, la temporalité, conçue comme une flèche du temps n'existe pas. Il n'y a pas de création, pas de début, ni de fin : le monde est. Une chose en soi ne s'inscrit pas dans l'espace, qu'il soit spatial ou temporel, pour la raison qu'il n'existe pas de chose « en soi ». Il est inconcevable de distinguer les « phénomènes » des « noumènes » au sens kantien car les choses ne comportent pas de qualités propres et indépendantes du contexte dans lequel elles baignent. C'est pourquoi les Chinois cultivent le commentaire plutôt que la concision de la définition et ont pour habitude de décliner les modes de réalisation d'une chose dans tous ses contextes connus. Par exemple, une chaise ne sera pas définie en tant que telle, mais sera décrite comme permettant de se tenir assis, de discuter, de manger ou de

⁶ Michel FOUCAULT, « Les mots et les choses », préc., p. 7 et 8.

⁷ François JULLIEN, « La grande image n'a pas de forme », Le Seuil, Paris, 2003, p. 12.

⁸ « Éloge de la fadeur. À partir de la pensée et de l'esthétique chinoises », éd. Philippe Picquier, Paris, 1991.

⁹ <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>, v° Fade.

¹⁰ François JULLIEN, préc., p. 21.

travailler. Sa fonction détermine ce qu'elle est, mais ce qu'elle est ne sera jamais absolu car la chaise révèle un état du sujet qui l'utilise.

C'est par la fadeur que les possibilités de réalisation des choses et des êtres adviennent et le commentaire en constitue une application pratique en tant que mode de pensée. La fadeur contient toutes les potentialités cachées, révélées par un habillage dont elles dépendent. François Jullien explique que « moins la qualité transparaît, plus elle est capable d'essor, la plénitude est d'autant plus grande qu'elle refuse de s'afficher (...) Il ne s'agit pas là d'humilité mais cette retenue est la condition même du non-épuisement. "Simplicité" et "platitude" sont un gage d'authenticité ; à l'opposé de la saveur dont l'intensité et le pouvoir de séduction sont condamnés à s'user, "la fadeur" du Sage ne "lasse" jamais. Les expressions suivantes confirment, me semble-t-il, un tel sens de la fadeur. Que "la distance" commence "à proximité" ou, comme il est dit ailleurs, que "pour aller plus loin il faille partir de près" »¹¹.

La manière de distinguer est un phénomène culturel et « l'arpentage considéré comme un art »¹² constitue probablement la marque de fabrique de la pensée occidentale. Il ne saurait être dans nos intentions d'étudier la sociologie de la distinction en droit, mais il est possible de tenter d'utiliser ces observations un peu comme un fil d'Ariane de manière à adopter un regard distancié vis-à-vis de la manière dont les juristes appréhendent habituellement la distinction. Mais qu'est-ce que distinguer ?

3. — L'étymologie latine de *distinguere* signifie séparer, diviser. Le préfixe *dis* sépare, alors que le verbe *stingere* « pique », « stigmatise » selon son utilisation grecque ou encore « étiquette », selon son ancien usage dans les langues germaniques¹³.

Cette origine sémantique rejoint le sens commun qui veut que distinguer signifie dissocier les traits pertinents d'un objet pour pouvoir éventuellement le nommer, voire l'isoler au sein d'un ensemble d'objets. La distinction constitue un moyen de clarifier la pensée de l'Homme qui n'est pas apte à saisir d'emblée tous les enjeux d'une question se rapportant à la réalité, laquelle est parfois perçue comme complexe, ambiguë, évolutive. Le rôle premier de la distinction consiste alors à isoler les concepts les uns des autres, ainsi que leurs relations. Un ou plusieurs critères pertinents sont adoptés pour parvenir à un jugement de la situation d'ensemble. En droit, celle-ci est *in fine* sanctionnée par un régime juridique, de sorte que l'on attend beaucoup de la distinction originelle. Celle-ci doit satisfaire à la fois les tenants de la sécurité juridique qui en attendent l'ultime

¹¹ Ibid. p. 46.

¹² Michel VIVANT, *Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art*, études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 969.

¹³ Dictionnaire historique de la langue française, 2^{ème} éd., t. I, Le Robert, Paris, 1993, v° Distinguer.

classification, celle qui fixera avec certitude les catégories du droit, et les tenants du progrès, portés vers une adaptation pragmatique des classifications aux réalités sociales.

La distinction juridique comme voie de traitement de la réalité sociale. La distinction n'est donc pas neutre et, à cet égard, les réflexions philosophiques d'Henri Batiffol sur la valeur morale des actions humaines s'avèrent d'une grande pertinence pédagogique. L'auteur s'est appuyé sur la distinction aristotélicienne du *facere* et de l'*agere* pour introduire une subtile différence entre « le moyen » et « la voie »¹⁴. Alors que le *facere* évoque l'acte de faire et donc l'idée de l'Homme qui produit un objet, l'*agere* traduit l'acte d'agir et, plus précisément selon Aristote, l'acte d'agir en tant qu'être moral. Le *facere* est un moyen de production qui, en tant que tel, ne met nullement en cause l'Homme dans sa moralité. Il doit seulement permettre à ce dernier d'atteindre la fin qu'il s'est fixée, le moyen en lui-même étant interchangeable. Le *facere* se caractérise donc par son « a-légitimité » et la formule selon laquelle « la fin justifie les moyens » semble appropriée dans ce cas. L'*agere*, au contraire, ne présente pas ce caractère d'interchangeabilité. Il met en scène l'être qui prend position moralement en choisissant un moyen parmi d'autres pour atteindre une certaine fin. Plutôt que « moyen », Henri Batiffol préfère le terme de « voie » car celle-ci met l'accent sur le lien intellectuel qui unit le moyen et la fin. Qu'en est-il dans le domaine du droit ?

Henri Batiffol illustre son propos par le dépôt d'arme, dans la situation particulière où le dépositaire saurait que son créancier a l'intention de commettre un homicide. L'auteur part du postulat que l'entreprise juridique a pour dessein d'organiser « une vie en commun ordonnée dans le respect des personnes »¹⁵. Selon lui, le respect du contrat de dépôt devrait en principe conduire à ce résultat, mais en la circonstance particulière « cette voie, par accident, manque le but. Et pour aboutir au respect d'autrui dans sa vie même, il faut l'abandonner et refuser la restitution »¹⁶. Dès lors, le choix de la voie constitue à ses yeux une valeur « propre, solidaire du but »¹⁷. Henri Batiffol va même plus loin en écrivant qu'il « s'ensuit que l'outil, et de manière générale, la technique, ont indirectement une valeur au sens moral »¹⁸. Dans le prolongement de cette idée, le droit Romain, fortement imprégné de la pensée aristotélicienne, n'a nullement envisagé de ne pas lier le but aux moyens et les moyens au but. En témoigne sa conception de la maxime *suum cuique tribuere* qui, dépourvue d'une conscience claire et précise des moyens de sa mise en oeuvre, n'est plus rien que creuse : « Attribuer à chacun ce qui lui appartient, telle est la volonté de l'homme juste ; mais cette volonté, seule et dépourvue des moyens de distinguer ce qui véritablement appartient à chacun, n'arriverait pas à son but ; ce ne serait pas même une véritable volonté, si elle ne cherchait pas à connaître ces moyens. Voici donc,

¹⁴ « Problèmes de base de philosophie du droit », LGDJ, Paris, 1979, p. 330 s.

¹⁵ Ibid., p. 332.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 331.

¹⁸ Ibid., note 140, p. 331.

pour attribuer à chacun ce qui lui appartient, trois choses nécessaires : la volonté ou la justice, les moyens de distinguer ou le droit, et la connaissance de ces moyens ou la jurisprudence »¹⁹. Il s'ensuit que le droit fait en sorte de mettre l'Homme en situation « d'agir » et non simplement de « faire » en sorte que... la société soit paisible ou juste ou sécurisée ou libre, toutes valeurs ultimes dont on ne sait si elles existent – et ce qu'il convient d'entendre par ce terme - et qui, dans le meilleur des cas, supposent la mise en œuvre de plusieurs techniques d'appréhension dont il serait loisible d'envisager qu'elles puissent aboutir à des solutions incompatibles.

L'accomplissement de cette démarche s'accompagne nécessairement de distinctions et il est indéniable qu'elles ne sont pas neutres, pas plus au demeurant que les techniques employées à chaque étape du raisonnement juridique. Le caractère d'adéquation du moyen à un but et la position morale qui peut accompagner le choix d'une technique ont remarquablement été mis en évidence par Roger Perrot²⁰ s'agissant du fonctionnement des institutions juridiques. L'auteur tente d'en préciser le fonctionnement et, ce faisant, distingue les « techniques initiales », dont la finalité est peu marquée et qui peuvent servir plusieurs institutions, des « techniques intégrées », créées pour une institution particulière et dont la finalité est par conséquent spécifiée²¹. Le point important est que Roger Perrot aboutit à la conclusion qu'en réalité les deux types de techniques conditionnent toujours « un résultat fondamental » capable d'infléchir le but des institutions et qu'aucune n'est en conséquence véritablement interchangeable²². Par exemple, le paiement est, selon cet auteur, une institution régie par l'égalité des créanciers de même rang. Or, dans une succession, si un héritier est redevable d'une somme d'argent à l'égard du *de cuius*, on considère que la dette est rapportable, ce qui évite aux héritiers d'être en concurrence avec les autres créanciers. En cette circonstance, le rapport conditionne un résultat fondamental : celui d'instaurer une situation préférentielle au bénéfice du créancier et ce résultat infléchit le but essentiel de l'institution du paiement. La différence entre les techniques initiales et les techniques intégrées est donc plus de degré que de nature. Les moyens mis au service du droit sont pourvus d'une certaine valeur dans la mesure où ils sont solidaires d'une fin dont l'objet consiste à régler des rapports humains.

Il serait néanmoins excessif de considérer que le moyen ou la voie constituent des valeurs en soi. Pour reprendre l'exemple du contrat de dépôt, le dépositaire qui, en définitive, n'honore pas son contrat en refusant de restituer l'arme, peut agir par crainte de se voir poursuivi pour complicité

¹⁹ « Institutes de Justinien nouvellement expliquées », par A.M. DU CAURROY, t. I, Alex-Gobelet, Paris, 1829, liv. I, tit. I, I, p. 3, (nous soulignons).

²⁰ « De l'influence de la technique sur le but des institutions », th. Paris, Sirey, Paris, 1947.

²¹ *Comp.* René DEMOGUE, « Les notions fondamentales du droit privé », Arthur Rousseau, Paris, 1911, p. 204. Selon lui, la technique est « l'étude qui a pour objet de reconnaître les voies par lesquelles une règle idéale de conduite obtient les caractères de la positivité et se transforme en une règle juridique obligatoire ».

²² *Ibid.*, n° 27 s., p. 44 s.

d'homicide ou non empêchement à la commission d'une infraction. Les mobiles relèvent du for intérieur et si le choix est de fait conforme à une certaine conception de la justice, il n'en reste pas moins qu'il ne se confond pas avec elle, à moins de nier l'élément de volonté qui préside au choix et de ne considérer la voie que d'un point de vue extérieur. Mais cela ruine le postulat de départ en vertu duquel l'*agere* est un acte voulu par l'Homme *en tant qu'être moral*. Le sens du mot valeur est irréductiblement ambigu d'autant que lorsqu'une fin est sanctionnée par le droit, l'éventail des voies pour y parvenir est encadré plus ou moins strictement. La remise d'une arme à une personne animée d'une intention criminelle sera sanctionnée, ce qui laisse peu de marge sur le plan des choix. En revanche, le jeu des clauses de conscience permet, par exemple, au médecin de pratiquer ou non une interruption volontaire de grossesse en son âme et conscience. De même, le secret professionnel autorise certaines personnes à ne pas dénoncer des infractions dont ils ont connaissance ou, à l'inverse, à les dénoncer sans que la violation du secret puisse leur être opposée.

Plusieurs paramètres déterminent le choix des voies et c'est pourquoi il semble périlleux de chercher à étudier la valeur morale de la technique même si elle n'en est pas dépourvue²³. Ces développements mettent néanmoins en évidence l'absolue nécessité de ne pas couper les modes de distinction et les distinctions elles-mêmes de l'ensemble dans lequel ils s'inscrivent. Conformément à son origine sémantique, la distinction vise à séparer pour mieux comprendre : elle est indéfectiblement liée à une problématique de départ, guidée par un projet.

4. — Ces premières observations permettent à notre réflexion de prendre forme. Si l'on admet que la distinction a un caractère socioculturel, que la manière de l'utiliser dépend étroitement des problématiques posées par son auteur et que, de surcroît, elle traduit des choix ayant indirectement une valeur morale, il est permis de se demander comment les juristes français appréhendent habituellement la distinction et dans quels buts.

5. — **La problématique de la distinction – opposition.** Il arrive que le droit soit conçu comme Science du classement. L'art de distinguer les grandes notions pour raffiner les solutions juridiques serait la marque des grandes constructions doctrinales, c'est-à-dire de celles qui perdurent non par la force de l'habitude, mais parce qu'elles sont véritablement utiles à la conduite du raisonnement juridique. Ce jugement n'est pas indu, mais il est d'une telle évidence qu'il mérite que l'on s'y attarde quelque peu pour tenter de déceler ce qu'il pourrait impliquer comme prises de position rien moins que discutables.

²³ En ce sens, François GÉNY, « Science et technique en droit privé positif », 4 t., Sirey, Paris, 1913-1924. Plus largement, sur la technique comme système d'organisation des sociétés modernes, v. Jacques ELLUL, « Le système technicien », Calmann-Lévy, Paris, 1977.

Comme l'explique Marie-Laure Mathieu-Izorche, distinguer n'est pas classer. Le classement suppose « une double opération de séparation – regroupement »²⁴ (séparation des objets différents et regroupement de ceux ressemblants) et apparaît à ce titre comme une opération plus élaborée que celle de distinction. Cela est tellement vrai que, parfois, les juristes n'ont d'égards que pour la classification, laquelle est critiquée, amendée, remaniée et non pour la distinction elle-même. Pourtant, bien que les deux notions soient liées, la classification ayant trait à la notion de personnalité juridique n'induit pas la même problématique que la distinction des choses et des personnes, par exemple. L'une détermine la qualité permettant d'accéder à un patrimoine juridique composé de droits et d'obligations, alors que l'autre est axée plus fondamentalement sur ce qui peut ou non faire l'objet d'une appropriation.

Dès lors, il est loisible de se demander pourquoi la distinction et la classification sont parfois confondues et traitées sur un même plan. Une première piste d'étude pourrait consister à émettre l'hypothèse que la distinction serait traditionnellement conçue à la fois comme une opposition et une émanation du donné, ce qui contrarierait son étude critique. Plus précisément, l'opposition fonderait l'idée qu'il est possible d'acquérir une vue d'ensemble de l'objet étudié. Le donné, c'est-à-dire la réalité que le droit serait appelé à traiter dans une optique de justice, légitimerait quant à lui, les catégories qui en seraient le reflet. Dans cette optique, le droit ne pourrait valablement « déformer la réalité » et lorsqu'il serait contraint de recourir à des fictions juridiques, la légitimité de ces dernières serait par nature sujette à caution. Selon notre hypothèse, ces caractères de la distinction – opposition feraient obstacle à une appréhension de la distinction en dehors de celle de la classification, avec laquelle elle tendrait alors à se confondre. En bonne logique, si l'on admet qu'une distinction trouve une assise dans la nature, alors il est inutile sinon impossible de la modifier. L'immeuble se définit comme ce qui est ancré dans le sol ; le meuble comme ce qui n'est pas ancré dans le sol. Comment le nier ? Afin de soumettre certains biens meubles au régime des immeubles et inversement, la solution semble toute trouvée : il n'est qu'à recourir soit à des exceptions, soit à des fictions juridiques et, à défaut, considérer que la situation en cause est *sui generis*. Toutefois, dans la perspective de la classification, ces procédés apparaissent comme des pis-aller, des anomalies juridiques qu'il conviendrait de réduire.

La question se pose de savoir si c'est la classification qui est source de difficultés ou bien la manière de distinguer.

6. — **Origines de la distinction – opposition.** Si l'on admettait que la manière de distinguer commande l'appréhension de la réalité juridique, alors se poserait inévitablement la question des origines possibles et des implications de la distinction – opposition pour le droit.

²⁴ « Le raisonnement juridique », PUF, Paris, 2001, p. 24.

Comment est-il possible d'expliquer cette manière si particulière de distinguer et dans quel cadre conceptuel devient-elle possible ?

La notion de système juridique. Le système juridique pourrait constituer une piste d'étude permettant d'expliquer pourquoi il est traditionnellement recouru à la distinction – opposition de manière consciente ou inconsciente. En effet, la plupart des juristes recourent à la notion de système soit pour élaborer des hypothèses de description de la réalité juridique, soit pour expliquer tel phénomène du droit en rapport avec tel autre de l'ordre juridique. L'élaboration du système juridique est guidée par la nécessité d'acquérir une vue d'ensemble logique et ordonnée, qui se traduit parfois par un double principe d'unité et de non-contradiction du droit²⁵. Or, il est permis de se demander si ces caractères d'unité et de non-contradiction ne pourraient pas appartenir à une même famille de pensée que la distinction – opposition, axée sur la volonté d'aboutir à une vue d'ensemble de l'objet étudié grâce à un effort d'abstraction fondé sur les propriétés émanant du donné de l'objet.

À titre d'illustration, la manière dont Jean-Louis Bergel²⁶ appréhende la méthodologie juridique dénote une conception du droit qui, tout en étant d'origine sociétale, n'en est pas moins axée sur la recherche du juste. Ce dernier s'avère être un absolu du donné et implique une vision unitaire et non contradictoire du droit. Jean-Louis Bergel considère la méthodologie comme « une science qui recourt à la technique juridique »²⁷. À ses yeux, elle est nécessaire au droit car elle seule permet de démêler l'amas des règles juridiques ou, au contraire, de corriger l'absence de texte en présence d'un problème particulier. La technique juridique qui fonde la méthodologie juridique doit certes se garder de verser dans une trop grande abstraction, mais elle reste soumise à la science et est dominée par le donné « provenant des réalités de fait ou des principes essentiels à l'ordre général du monde »²⁸. Dans cette optique, Jean-Louis Bergel distingue l'absolu du contingent, c'est-à-dire la méthodologie fondamentale de la méthodologie appliquée. La première peut « prétendre à être une science puisqu'elle constitue un système organisé et qu'elle est d'une certaine manière permanente et universelle »²⁹ : elle « doit étudier d'abord l'arsenal dont disposent les juristes de tous les temps et, dans une certaine mesure, de tous les horizons, pour traiter les problèmes de formation et d'application du droit, au-delà des traditions, des options, des institutions, des conjonctures, des conjonctions et des points d'équilibre propres à tel ou tel droit positif. Ce fonds commun d'institutions, de normes, d'instruments et de méthodes intéresse tous les juristes et toutes les activités juridiques (...) Il y a donc

²⁵ V. les obs. critiques de Christian ATIAS, s'agissant de « la douteuse hypothèse de l'unité du droit ». Selon l'auteur, celle-ci se justifie d'autant moins qu'une approche aporétique du droit s'avère fort utile à la connaissance du phénomène juridique. « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 88, p. 58 et « Philosophie du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004, n° 78, p. 341.

²⁶ « Méthodologie juridique », PUF, Paris, 2001.

²⁷ Ibid., p. 34.

²⁸ Ibid., p. 21.

²⁹ Ibid., p. 34.

d'abord *une méthodologie fondamentale* qui regroupe cet arsenal de droit qui est à la base de toute entreprise juridique. La mise en œuvre de ces moyens et de ces méthodes dans des activités différentes, législatives, juridictionnelles, administratives, de pratique juridique, de recherche, varie, en revanche, selon son objet, parce que les buts poursuivis, les opérations à accomplir, les contraintes imposées et les types de situations à traiter diffèrent. Il s'agit alors de *méthodologie appliquée* »³⁰.

Le critère fondé sur la distinction de l'universel et du contingent n'est pourtant pas si évident qu'il le paraît. Jean-Louis Bergel justifie ce choix par des considérations à la fois politiques et historiques. Lorsque l'auteur s'interroge sur l'universalité de la méthodologie juridique, il écrit de prime abord « qu'il n'est pas douteux qu'il y ait d'importantes dissemblances entre les droits romano-germaniques de tradition légaliste et les droits anglo-saxons de *Common Law*, entre les droits des sociétés libérales et les droits socialistes ou encore les droits traditionnels »³¹. Mais il précise ensuite que « l'influence des colonisations, l'internationalisation des échanges, l'assouplissement des idéologies ont considérablement estompé les différences fondamentales. Plus que jamais, l'évolution convergente des systèmes juridiques démontre l'analogie des grands problèmes et la constance des méthodes du droit qui constitue bien une hypothèse raisonnable. On ne peut traiter des droits positifs qu'en pensant au droit fondamental qui leur est sous-jacent. On conviendra cependant que c'est à partir du "droit à l'occidentale" et essentiellement à son propos que cette réflexion est conduite, même si l'on peut espérer l'extrapoler à d'autres types de sociétés »³². Si l'influence des colonisations et de l'internationalisation des échanges sur l'uniformisation progressive des manières d'envisager et de comprendre le monde n'est pas douteuse, il n'est pas illégitime de se demander si elles n'ont pas plutôt été facteur d'appauvrissement des autres cultures dont le droit constitue un aspect important³³. Par ailleurs, on ne laisse pas d'être surpris par l'affirmation que l'uniformisation du droit, due à la colonisation occidentale, à l'internationalisation des échanges et à l'assouplissement des idéologies, « démontre » l'analogie des problèmes et la constance des méthodes du droit. C'est bien plutôt l'inverse qu'il faudrait envisager. On aperçoit là les limites du concept de donné conçu comme une synthèse des réalités, un fonds commun auquel il est possible de donner forme avec une constante volonté c'est-à-dire de la technique³⁴. En réalité, les concepts de donné et de construit ne peuvent valablement fonder la distinction de l'universel et du relatif dans la mesure où le postulat sous-jacent

³⁰ Ibid., p. 39 et 40, (l'auteur souligne).

³¹ Ibid., p. 31.

³² Ibid., p. 31.

³³ V. par ex. Mireille DELMAS-MARTY, « Le flou du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004 ; « Le relatif et l'universel », Le Seuil, Paris, 2004 ; « Le pluralisme ordonné », Le Seuil, Paris, 2004. Dans ces trois ouvrages successifs, l'auteur emploie l'image des nuages à la fois flous et fuyants, précisément dessinés et mouvants, uniques et pareils, pour traduire la difficulté à concilier « des droits » riches de leur diversité et par nature divergents et l'internationalisation « du droit » (particulièrement les droits de l'Homme) qui, aux yeux de l'auteur, présente aussi une richesse en terme d'informations, de communication et d'ouverture.

³⁴ V. dans une même filiation de pensée, Claude DU PASQUIER, « Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit », 1937, 4^{ème} éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel - Paris, 1988, n° 190, p. 174.

consiste à opposer une vision permanente, voire immanente car débarrassée de toute influence philosophique et culturelle à une vision relative car culturelle.

Jean-Louis Bergel entreprend de différencier la méthodologie d'un certain nombre d'autres approches théoriques comme la philosophie du droit, l'approche positiviste du droit ou encore l'épistémologie juridique. Selon lui, la philosophie du droit « étudie le droit par rapport aux valeurs qui l'inspirent ou qu'il recherche et qui l'aborde à travers une certaine vision de l'homme et du monde », de sorte que « plus préoccupés par ce qu'il devrait être que par ce qu'il est, les philosophes s'intéressent davantage à l'essence du droit qu'à sa substance »³⁵. De même, Jean-Louis Bergel distingue la méthodologie « de la stricte approche du droit positif car elle ne se cantonne pas à la solution ponctuelle d'une situation particulière ». « Science de la méthode, elle s'attache, au-delà de la spécialisation des diverses matières juridiques et même des divers systèmes juridiques, aux principes généraux du droit, aux instruments et mécanismes de conception, de compréhension et d'application du droit, aux multiples concepts, catégories et institutions de l'appareil juridique, aux procédés d'interprétation du droit, aux diverses techniques de régulation des rapports sociaux ou de solution des conflits, aux diverses formes de la recherche juridique... »³⁶. Enfin, Jean-Louis Bergel considère que si la méthodologie juridique est affiliée à l'épistémologie juridique, elle est en réalité plus proche de la phénoménologie car l'épistémologie a pour objet « une étude critique » des modes de connaissance du droit, ce qui, selon lui, implique qu'elle a « davantage pour objet de diriger la pensée juridique, en se dégageant des réalités, des besoins et des intérêts concrets pour ne considérer que les notions pures, les ordonner en elles-mêmes et parvenir à une solution juridique par les seuls efforts de la pensée, bref à considérer le droit comme il devrait être plus que comme il est »³⁷.

À ce stade, quelques observations s'imposent. Pour justifier la nécessité de la philosophie du droit, Georges Kalinowsky a pu citer Aristote, disant « qu'il fallait philosopher aussi bien pour nier que pour affirmer la philosophie »³⁸. Dans le prolongement de cette idée, il pourrait être observé qu'il est tout aussi nécessaire de philosopher pour l'évaluer et, *in fine*, la rejeter afin de tenter de discerner une méthode qui soit en mesure de saisir la substance même du droit, par ses caractères de constance et d'universalité, dissociés de ses aspects contingents. C'est, en effet, une chose de tenter d'isoler les caractères distinctifs du droit pour tenter de le libérer d'une confusion avec la morale, la religion, la métaphysique, comme l'ont entrepris les positivistes normativistes, par exemple. C'en est une autre de penser que la méthodologie ne dépend pas d'une vision construite du monde. Le postulat attaché aux dichotomies de la science et de la technique, du donné et du construit, ne constitue, de ce point de

³⁵ Ibid., p. 21.

³⁶ Ibid., p. 22.

³⁷ Ibid., p. 22.

³⁸ Théorie, métathéorie ou philosophie du droit, APD, 1970, t. XV, p. 194.

vue, rien moins qu'une proposition philosophique traduisant une certaine vision du monde et de la justice.

Dès lors, la distinction du donné et du construit apparaît critiquable dans la mesure où elle a des implications pour le droit à la fois au niveau conceptuel et technique. Dans la théorie de Jean-Louis Bergel, elle a permis d'élaborer une méthodologique qui s'ordonne autour du clivage du fondamental et de l'appliqué. Mais cette construction sous-tend aussi l'idée que certaines distinctions ne pourraient pas être remises en cause en raison de leur fondement naturel et donc universel.

L'hypothèse de caractéristiques communes aux systèmes juridiques. Le système juridique élaboré par Jean-Louis Bergel à partir de la distinction du donné et du construit n'en constitue qu'un parmi d'autres. Il paraîtrait, par conséquent, utile de vérifier si les principes d'unité et de non contradiction se vérifient dans d'autres systèmes pour, *in fine*, tenter de dégager les caractéristiques fondamentales de la notion de système juridique. Il pourrait alors être loisible de vérifier si la distinction – opposition ne conduit pas, de fait, à enfermer la pensée dans une logique de système et si, en retour, cette dernière n'exacerbe pas les caractères de la distinction – opposition.

7. — Arrivé à ce point du raisonnement, il est possible de poser le problème fondamental : en admettant que la manière traditionnelle de distinguer présente de graves inconvénients tant sur un plan technique que conceptuel, serait-il possible d'envisager une manière de distinguer qui ne conçoive pas la classification comme le but premier de la distinction ? Dans cette perspective, serait-il possible que les exceptions, les fictions et les situations *sui generis* perdent leur statut d'anomalies juridiques ?

Cette problématique conduit à adopter une démarche épistémologique consistant, en premier lieu, à examiner la manière dont les juristes conçoivent parfois la distinction et ne parviennent pas à appréhender certaines réalités juridiques et, en second lieu, à tenter de proposer un autre type d'approche qui ne soit pas fondé sur une logique d'opposition, mais d'indexation. En somme, il s'agit d'adopter un point de vue critique du mode particulier de connaissance du droit consistant à structurer une certaine vision de la réalité juridique à partir d'un ensemble de divisions dont l'objet et la nature s'avèrent parfois être la conséquence d'une philosophie particulière, celle du système juridique.

8. — **Remise en cause des utilités d'opposition et de séparation de la distinction.** Distinguer n'est pas classer. Dès lors, sa fonction consiste-t-elle vraiment à opposer ou à séparer ?

Les travaux d'Alain Faudemay³⁹ permettent d'éclairer cette question. L'auteur démontre, à partir d'une comparaison sémantique de la « distinction » et de la « séparation », qu'en réalité, les deux actions ne se confondent nullement. Alain Faudemay a étudié la signification socioculturelle de la distinction dans les écrits littéraires et artistiques de la période du XVII^{ème} et du XVIII^{ème} siècle français⁴⁰. À cette occasion, il a commenté le passage suivant des écrits de l'abbé Girard, philologue et grammairien du XVIII^e siècle : « Les idées qu'on se fait des choses, les qualitez qu'on leur attribue, les égards qu'on a pour elle, et les marques qu'on leur attache ou dont on les désigne servent à les *distinguer*. L'arrangement, la place, le tems et le lieu servent à les *séparer* »⁴¹. Et de poursuivre par un exemple : « l'absence sépare les amis sans en désunir le cœur »⁴². Alain Faudemay estime alors que « la distinction s'avère dans ces lignes perception et conception ; la séparation suppose simplement un intervalle d'espace ou de temps, qui n'est pas nécessairement perceptible, entre deux ou plusieurs objets, qui ne sont pas nécessairement différents. (S'agissant de l'exemple illustratif), ni la séparation, d'ordre matériel, ni la désunion, d'ordre affectif, ne se rattachent ici en quoi que ce soit à la distinction intellectuelle ou logique (...) la distinction peut ne pas rompre les liens : elle détache, sans délier, et plutôt même en éclairant les liens ; elle maintient, dans l'écart, le rapport qui la suppose »⁴³.

Cette définition permet de mettre en lumière les mises en rapport qui caractérisent fondamentalement la distinction. Celle-ci s'appuie sur des différences pertinentes qui deviennent ou non des critères de distinction en fonction de la problématique dont elle dépend. De ce point de vue, la distinction n'est pas différente de la séparation à ceci près qu'il est possible de séparer sans indexer les objets à un contexte de référence quelconque alors que cela n'est pas vrai pour la distinction. On sépare deux tas de copies en fonction de la taille de deux chemises, en revanche on distingue les bons des mauvais étudiants. La distinction suppose un ensemble de pré-requis et de critères contextuels : qu'est-ce qu'un « bon étudiant » et un « mauvais étudiant » ? La distinction permet de forger un rapport qui doit logiquement permettre de reconnaître les bons et les mauvais étudiants mais, aussi et surtout, ceux qui pour une raison ou pour une autre n'entrent dans aucune catégorie et qui pourtant se verront appliquer le même régime d'examen en tant « qu'étudiants ». Les mises en rapport de la distinction constituent une forme de réalisation des clivages puisqu'elles supposent la recherche du même dans le différent. En outre, toutes les mises en rapport ne se traduisent pas par un statut, au sens absolu que ce terme revêt habituellement. Opposer les bons et les mauvais étudiants ne présente pas vraiment d'intérêt lorsque, vraisemblablement, certains sont soit très bons, soit très mauvais. En

³⁹ « La distinction à l'âge classique », th. de Lettres, Genève, 1988, 2^{ème} éd., Librairie Honoré Champion, Paris, 1992.

⁴⁰ Et plus exactement, du « Discours de la méthode » (1637) aux « Lettres philosophiques » de Voltaire (1734), *ibid.* p. 14.

⁴¹ « Synonymes françois, Leurs différentes significations et le choix qu'il en faut faire pour parler avec justesse » (1736), cité par Alain Faudemay, *op. cit.*, p. 21, (l'auteur souligne).

⁴² *Ibid.*

⁴³ « La distinction à l'âge classique », *op. cit.*, p. 21, (nous ajoutons).

revanche, si d'aventure certains élèves sont *sui generis*, alors la distinction prend toute son importance. Elle permet de s'interroger sur la nature du rapport à l'origine de cette construction. Tout en la relativisant, elle devient véritablement utile à la réalisation de l'égalité qui fonde le régime d'examen. La distinction maintient dans l'écart les différences construites entre étudiants. Leur opposition en soi n'a qu'une piètre utilité. En effet, considérer la catégorie *sui generis* comme une anomalie n'a pas vraiment de sens puisque c'est elle qui justifie la distinction.

9. — **L'indexation comme remède possible aux implications de la distinction - opposition.** Si l'on admettait qu'aucune distinction n'émane du donné, qu'elle est avant tout relative, qu'elle ne se comprend qu'à partir d'une construction socioculturelle et, enfin, que sa fonction ne consiste pas à ordonner des catégories, alors il conviendrait de rechercher une autre manière de distinguer capable de mettre en évidence sa véritable fonction, celle d'indexation.

La notion d'indexation a été élaborée à partir de sources issues de la science du langage. Dans le domaine de la linguistique, il est acquis que la langue, la manière dont elle est maniée, ainsi que la signification des mots dans le cadre d'un discours ne peuvent être scientifiquement analysées que par rapport à leur contexte d'utilisation. Les locuteurs « indexent » aux mots leurs propres passés, leurs projets, leurs ressentis et leurs cultures (lesquels sont communs, différents ou même étrangers), de sorte que l'analyse de ces index est primordiale. L'ensemble de ces index forme un corpus, qui équivaut au contexte de référence étudié⁴⁴. Cette nécessité de l'index et de l'indexation conduit à émettre l'hypothèse que, dans une perspective de communication, ni les mots, ni les objets qu'ils désignent n'ont de sens en eux-mêmes. Ludwig Wittgenstein l'avait fort bien exprimé : « Je ne puis que *nommer* les objets. Les signes les représentent. Je ne puis que parler *des* objets, je ne savais les *prononcer*. Une proposition ne peut que dire d'une chose comment elle est, non ce qu'elle est »⁴⁵. Là réside toute la différence entre « faire référence » à une chose, laquelle est conçue comme extérieure à celui qui la désigne, et « lui faire prendre sens » dans un discours en tentant de la montrer au moyen de divers procédés et stratégies de communication. Notre hypothèse consiste à partir de l'idée qu'en conférant une signification à une chose, l'observateur (ou le locuteur) traduit à la fois un état et une culture qui lui sont propres ; que, d'une manière générale, tout discours, écrit ou parlé, et spécialement à visée normative, indexe une signification particulière aux concepts socioculturels qu'il emploie.

Prenant le contre-pied de la distinction – opposition, l'indexation aurait pour but de montrer que toute réalité est construite, qu'il n'existe pas d'évidence naturelle et que le droit, qui n'est pas

⁴⁴ V. par ex. Jean-Michel ADAM, « La linguistique textuelle », Armand Colin, Paris, 2005 ; Georgeta CISLARN et al., « L'acte de nommer, une dynamique entre langue et discours », Sorbonne nouvelle Presses, Paris, 2007.

⁴⁵ « Tractatus logico-philosophicus », Gallimard, Paris, 1961, 3.221, p. 59.

prédéterminé par un principe d'unité et de non-contradiction, est toujours élaboré à partir de données socioculturelles. L'indexation consisterait alors à centrer l'analyse sur le processus de distinction qui discrimine les constructions socioculturelles en fonction des projets propres au droit. En ce sens, l'indexation constituerait l'outil épistémologique d'étude de la distinction en droit. En bonne logique, elle supposerait des index, conçus comme le réceptacle à la fois des constructions socioculturelles et des projets du droit qui les modifient. Il s'avèrerait donc nécessaire de tenter d'en dresser une possible typologie. L'indexation impliquerait aussi un corpus apte à rendre compte de la fonction des index : les rendre signifiants dans l'optique de la visée normative propre au droit.

Il s'agirait d'abandonner la perspective d'ordonnancement et de classification traditionnellement reconnue pour juger de ce qu'une distinction est « bonne ou mauvaise ». Dans sa thèse, Patrick Morvan⁴⁶ adopte une position virulente à l'égard « des distinctions doctrinales ». Selon lui, « le principe de la responsabilité objective » a été consacré par la jurisprudence qui a été conduite « à laminer progressivement les distinctions multiples conçues par la doctrine hostile à l'extension de la responsabilité objective » comme, par exemple, le fait de distinguer selon que la chose comporte ou non un vice inhérent à sa nature, qu'elle est ou non actionnée par la main de l'homme, qu'elle est ou non dangereuse, et ainsi de suite. À la suite de Josserand, l'auteur observe que « "la seule condition (qui demeure posée est) que le dommage ait été causé par le fait de la chose" »⁴⁷. Patrick Morvan écrit alors que « l'observation de cette pratique judiciaire banale conduit à formuler immédiatement une *loi d'économie des distinctions* à l'adresse de la doctrine juridique (...) D'un usage trop systématique, la distinction doctrinale ne doit être tolérée que dans un but *didactique*. Mais serait-elle toujours cantonnée dans cette ambition restreinte qu'elle pourrait encore se révéler indésirable (...) Les principes de droit privé s'ouvrent parfois aux distinctions imaginées en doctrine. Mais ne sont alors admises que celles qui confèrent *davantage* d'ampleur au principe étudié, non celles qui amputent sa portée »⁴⁸. Certaines distinctions peuvent à l'usage se révéler parfaitement incongrues et Marie-Laure Mathieu-Izorche a à juste titre dénoncé « les détours logiques inutiles »⁴⁹. Toutefois, cet auteur ajoute que la distinction se présente avant tout comme « un instrument de recherche » et que, de ce point de vue, elle constitue « le support de l'imagination créatrice, parce qu'elle aiguise les perceptions : elle suggère les hypothèses qui, sans elle, n'auraient pas été imaginables »⁵⁰. Précisément, dans la perspective de l'indexation, dire qu'une distinction est bonne ou mauvaise n'a pas de sens puisqu'il n'est pas de construction socioculturelle vraie ou pas vraie, mais seulement des constructions justes ou pas justes selon un ensemble de valeurs partagées dans une société particulière. Lorsque les juges refusent de prendre acte des distinctions doctrinales, celles-ci demeurent néanmoins à la base de

⁴⁶ « Le principe de droit privé », LGDJ, Paris, 1999.

⁴⁷ Ibid., n° 582, p. 542, (nous ajoutons).

⁴⁸ Ibid. n° 582 et 583, p. 542 et 543, (l'auteur souligne).

⁴⁹ Réflexions sur la distinction, Mél. Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, p. 59.

⁵⁰ Ibid., p. 56.

l'indexation de la responsabilité objective qui n'a pris tout son sens qu'une fois que toutes les hypothèses (c'est-à-dire celles imaginables dans un cadre socioculturel donné) ont été explorées. Il s'avère discutable de porter un jugement sur les distinctions qu'elles soient d'origine légale, prétorienne ou doctrinale pour la raison que dans l'absolu, il n'en est pas de bonnes ni de mauvaises. La problématique dont elles dépendent peut conduire à leur abandon mais ce dernier ne permet pas de préjuger de la compréhension qui en a résulté. Surtout, le postulat propre à la thèse de Patrick Morvan, voulant que les distinctions s'élaborent à partir de principes premiers clairs et évidents, apparaît des plus discutables. Il constitue une autre illustration de ce que le droit se forge à partir du clivage du donné et du construit, impliquant que les principes réalisent une synthèse du juste contenu dans le donné et que les distinctions doivent en conséquence être réduites à leur strict minimum.

En définitive, regretter que le droit recoure à des exceptions, des fictions, voire des situations *sui generis* perd beaucoup de sa pertinence puisque la distinction – indexation n'a d'autre but que d'analyser le droit comme participant de la réalité en structurant une certaine vision des règles de conduite sociales. En réalité, cette perspective remet en cause plusieurs modes de connaissance du droit, à commencer par la notion de qualification juridique, ainsi que la manière d'envisager le savoir juridique lorsqu'il est découpé en disciplines spécialisées et que celles-ci sont supposées s'ordonner autour d'un droit commun.

10. — **La qualification juridique et le postulat discutable d'une structuration prédéterminée du droit.** Parfois, la qualification n'est pas seulement conçue comme un instrument empirique permettant de retrouver la règle générale dans le cas singulier. Elle est aussi considérée comme participant d'un processus de structuration du système juridique, lequel se doit dans cette logique d'être « harmonieux », terme qui généralement constitue un simple euphémisme de l'impératif d'unité et de non-contradiction du droit.

Dans sa thèse, Stéphane Asencio⁵¹ a pris le parti d'étudier le phénomène de « la disqualification en droit privé interne ». Ce vocable existe dans la vie courante, spécialement dans le domaine du sport, et évoque l'exclusion du joueur qui contrevient aux règles du jeu. En droit, ce terme n'existe pas. Y aurait-il donc des règles du jeu pré-déterminées ? C'est précisément l'objet de la démonstration de Stéphane Asencio. L'auteur a adapté la disqualification en en faisant le contrepoint de la qualification. Ce faisant, il a défini un certain nombre de critères permettant de reconnaître ce qui, selon lui, constitue « une bonne qualification » et a postulé l'existence d'une disqualification chaque fois qu'une qualification contrevient à l'un de ces critères. Très brièvement, sa thèse consiste à établir que la qualification « bonne » ou « juste » constitue un acte objectif d'application du droit, sur lequel les

⁵¹ « La disqualification en droit privé interne », th. Bordeaux, s.n., 1999.

individus n'ont pas de pouvoir, et participe à un processus général de structuration du droit. L'auteur tente d'articuler trois notions qui selon lui constituent des préalables nécessaires à la qualification : « le concept » ou « l'élément intellectuel du mécanisme d'application du droit » qui donne sa signification à la qualification, « la catégorie » ou « l'élément matériel de l'application du droit », qui permet « une application ordonnée des règles de droit » et surtout « la norme », conçue dans le sens courant de « ce qui est normal », d'un modèle qui « postule l'harmonie et l'adéquation des différents éléments du mécanisme d'application du droit conformément à ce qui est préétabli et doit être »⁵².

Autrement dit, la qualification « juste » est la seule à se révéler conforme à cette norme, « la traduction de la vérité juridique en ce qu'elle relie la situation à la catégorie qui est censée être la sienne »⁵³. La disqualification est « la qualification qui implique l'inadéquation et la dysharmonie des différents éléments d'application du droit »⁵⁴. Stéphane Asencio a la conviction que le droit repose sur une systématisation *a priori* et fixe, à laquelle il attribue des vertus d'harmonie et de cohérence. Cette perspective lui permet alors de justifier du concept de la disqualification : « c'est donc la présence d'une structuration plus ou moins autoritaire mais fixe, qui établissant des normes, crée par là même des risques de manifestation d'anormalité. Ainsi, s'il y a a-normalité c'est parce qu'il y a normalité »⁵⁵. La disqualification prend les caractères exactement inverses de la qualification : subjective, elle est le fait des « acteurs juridiques » et non de la systématisation « objective » dont découle la qualification ; anormale, elle est dysharmonie et incohérence.

L'idée d'une objectivité du droit est éminemment discutable dans une perspective d'indexation. Elle lui est même contraire. Penser que le droit suivrait un processus de structuration n'est pas sans présenter certains dangers dans la mesure où ce postulat conduirait à adopter une vision du droit structurée autour de disciplines juridiques qui, tout en étant séparées, réalisent leur propre unité de manière autarcique autour d'un droit commun. Celui-ci représente un centre ou une base réalisant l'unité du tout de sorte qu'il est permis de se demander s'il est réellement le fruit d'un pragmatisme téléologique.

L'objectivité du droit et l'appréhension du savoir juridique. Le postulat de l'objectivité du droit implique, par ailleurs, le rejet de principe de certains modes d'interprétation. Par exemple, les antinomies sont sinon niées en tant que telles, au moins réduites et considérées comme une défaillance du système juridique. Il serait intéressant de tenter de cerner ce que les antinomies peuvent révéler du processus d'indexation en droit, d'émettre l'hypothèse que les antinomies peuvent constituer un mode

⁵² Ibid., p. 15.

⁵³ Ibid. p.16.

⁵⁴ Ibid. p. 17.

⁵⁵ Ibid., p. 35.

d'interprétation en tant que tel et ayant pour fonction de concilier – sans nécessairement les dépasser ou les réduire – plusieurs projets du droit en prise avec des constructions socioculturelles complexes. Plus largement, la question de l'interprétation pose question au niveau du savoir juridique et de son appréhension dans une perspective de distinction – indexation. Est-ce qu'il convient de valider les principes d'unité et de non-contradiction à ce niveau ou est-il envisageable de considérer que le savoir juridique est lui-même en prise avec les constructions socioculturelles auxquelles le droit est confronté ? Dans cette perspective, quelle portée assigner au postulat voulant qu'il est toujours nécessaire de distinguer le savoir de son objet, le droit ? Dans ce cas précis, que faut-il entendre exactement par distinguer ? Si, comme le pensent Paul Ricoeur⁵⁶ et Hans-Georg Gadamer⁵⁷, le savoir participe d'une pré-compréhension du monde, alors il est critiquable de conférer une valeur d'objectivité au droit, ainsi qu'aux systèmes du droit.

11. — **Les index du droit.** Tenter de répondre à cette série d'interrogations supposerait toutefois qu'une typologie possible des index du droit soit élaborée. Dans cette optique, il serait nécessaire d'examiner la notion de définition, ainsi que celle de catégorie, puisque, dans la conception occidentale, elles traduisent la recherche du « véritable sens ». Qu'en est-il du point de vue de l'indexation, qui implique que toute distinction est fonction d'un contexte ? En outre, est-on bien sûr que le droit ne se réalise pleinement qu'à travers des définitions et des regroupements catégoriels ? Il se pourrait que les index du droit ne visent pas à établir des statuts et se révèlent pourtant signifiants. À cet égard, il serait loisible d'étudier plus précisément les mises en rapport des objets, mises en rapport inhérentes à toute distinction qui ne se conçoit pas comme une séparation.

L'indexation pourrait permettre de mieux comprendre la manière dont les notions se construisent en droit par rapprochements successifs avec d'autres notions, sous l'influence d'une conception socioculturelle d'ensemble. Il est certaines choses dont on reconnaît des qualités « par nature ». Du point de vue du régime, d'autres choses sont comme amputées de cette qualité : ces choses, dit-on, comportent cette qualité par « accessoire », par « assimilation », voire par « fiction ». Le régime est le même mais la distinction est maintenue dans son principe, de sorte qu'il est loisible de se demander si ce n'est pas lorsque la distinction est le plus en danger qu'elle devient le plus nécessaire. C'est, qu'en effet, l'indexation suppose une conception socioculturelle qui détermine le contenu mais aussi la frontière des concepts. À titre d'illustration, la distinction des choses et des personnes n'a, dans la très grande majorité des cas, pas grand intérêt en elle-même. Elle ne sert qu'à déterminer le régime de chaque catégorie, sans que la première ait besoin d'avoir égard à la seconde pour connaître la teneur de son propre traitement. Il est pourtant des cas moins évidents, comme celui consistant à attribuer la qualité de chose aux animaux domestiques, depuis peu pris en compte par le droit pénal au titre des

⁵⁶ « Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II », Le Seuil, Esprit, Paris, 1986.

⁵⁷ « Vérité et méthode », 1960, Le seuil, Paris, 1996.

actes de cruauté. S'en sont suivies des propositions pour tenter de prendre en considération la qualité « d'êtres sensibles » des animaux. Dans la même veine, le problème récurrent du régime des embryons remet régulièrement en cause la *summa divisio*. Les tentatives de reconnaissance de nouvelles catégories *sui generis* équivalent, sur le plan logique, non à distinguer les choses et les choses parmi les choses, des personnes et les personnes parmi les personnes, mais à séparer des notions dont l'indexation est prise en défaut. Pour l'heure, les animaux, indexés aux choses, les embryons, indexés ni à la catégorie des choses ni à celle des personnes, sont soumises à des tentatives de séparation par le biais de nouvelles catégories. « On distingue ce qu'on ne veut pas confondre ; on sépare ce qu'on veut éloigner », a écrit l'abbé Girard⁵⁸. Nous ajouterions qu'on sépare ce qu'on ne parvient plus à distinguer en dépit de toute indexation au droit. Si l'on admet que les distinctions ne sont pas seulement maintenues par la force de l'habitude et qu'elles ont une raison d'être, l'index, en tant que réceptacle des influences socioculturelles et des projets propres au droit, offre des pistes de réflexion pour comprendre la manière dont les distinctions se réalisent sur le plan juridique. C'est pourquoi une typologie des index du droit pourrait s'avérer fructueuse dans une optique de distinction – indexation.

Entre clarté et complexité, la distinction se situe donc à la croisée des chemins. Elle constitue une action et ne peut donc être considérée comme figée. Mais implique-t-elle pour autant le mouvement ? François Ost et Michel van de Kerchove pensent le droit comme « mouvement dans un cadre »⁵⁹. Dans cette perspective, la distinction participerait-elle à la dialectique du droit ?

12. — Afin de tenter d'apporter une réponse à ces questions, nous étudierons la distinction selon une approche critique visant à déterminer les inconvénients liés à la manière dont les juristes appréhendent traditionnellement la distinction, afin de proposer une autre façon de la concevoir. Nous déterminerons, dans une première partie, les impasses juridiques découlant de la logique de distinction – opposition pour envisager, dans une deuxième partie, les issues juridiques ouvertes par la distinction – indexation.

Pour en revenir à l'étymologie du mot distinction, *dia* sépare, *stingere* piquer pour différencier, saisir et, *in fine*, comprendre. Comprendre ce qui est différent sans être étranger, donc comprendre pour réunir. *Dia*, la séparation était considérée comme l'œuvre du *Diable*, alors que la réunion était l'œuvre de Dieu. *Diabolica* et *divina* à la fois, par conséquent profondément humaine, la distinction interroge nos habitudes mentales de pensée, les manières de conduire nos réflexions, de traiter la réalité, d'utiliser les clivages et de discriminer les méthodes de raisonnement. Le droit a une mission de justice et d'équité et, dans cette perspective, il ne semble pas vain de chercher à diversifier les

⁵⁸ Gabriel GIRARD, « Synonymes français, Leurs différentes significations et le choix qu'il en faut faire pour parler avec justesse », (1736), v° Distinguer, Séparer, p. 140, cité par Alain Faudemay, op. cit., p. 22.

⁵⁹ « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Paris, 1992, p. 10.

moyens de parvenir à une meilleure compréhension des réalités juridiques et donc à un meilleur usage du droit.

PREMIERE PARTIE

LA DISTINCTION – OPPOSITION ET SES IMPASSES JURIDIQUES

13. — « C'est à partir de deux sortes de distinctions que s'ordonne notre système juridique : les divisions du droit, les ordres de juridiction »⁶⁰. Dans son introduction au droit, François Terré prend un parti pédagogique pour annoncer et définir différents aspects du droit et, à ce stade, il se refuse à apprécier la notion de système⁶¹. Cette présentation n'est pas anodine mais ce n'est pas tant celle du droit qui retient l'attention que l'appréhension de la distinction. Celle-ci ordonne un système en divisant le droit et en créant des ordres. C'est seulement à ce titre que cette citation méritait d'être sortie de son contexte car elle reflète la manière dont la plupart des juristes conçoivent la distinction.

Assurément, la distinction permet d'ordonner en divisant. Cependant, il est permis de se demander si telle est sa seule fonction. La distinction crée certes des ordres qui deviennent des statuts, les *summae divisiones* droit privé/droit public, choses/personnes, meubles/immeubles en constituant des illustrations fortes. Mais, dans cette logique, la distinction aboutit irrémédiablement à créer des exceptions, des fictions et des situations *sui generis* puisque chacun sait qu'aucun de ces statuts ne rend compte de toute la réalité, laquelle est en conséquence présentée comme diffuse, complexe et même insaisissable. Cependant, la réalité juridique a-t-elle réellement ces caractères ou les acquiert-elle en raison précisément de cette conception de la distinction ? La réalité juridique est-elle indifférenciée ou existe-t-il plusieurs sortes de réalités ? Dans l'hypothèse où la réalité serait plurielle et où chaque réalité serait en fait organisée, la distinction juridique peut-elle prétendre aboutir à une unité, à un ensemble totalement ordonné ?

Cette première partie a pour but de répondre à l'ensemble de ces questions en remettant en cause la conception traditionnelle de la distinction. Celle-ci est généralement conçue à la fois comme une opposition et une émanation du donné (réel), ce qui conduit, d'une part, à la confondre avec la classification et, d'autre part, à créer une pensée systémique qui, en retour, exacerbe la notion de distinction – opposition. Paradoxalement, la distinction a à voir avec ce qui est *un* et c'est dans cette perspective que nous l'aborderons en sachant que la notion d'indexation devrait permettre de remédier aux écueils du principe unitaire de la distinction - opposition. Afin de mieux s'en expliquer, nous traiterons de l'élaboration de la distinction – opposition à partir du donné (titre I), puis de l'exacerbation de la distinction – opposition par la pensée systémique (titre II).

⁶⁰ François TERRÉ, « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 1991, n° 76, p. 64.

⁶¹ Ibid., n° 35, p. 32. Dans la dernière mouture de son œuvre, l'auteur prend, au contraire, le parti d'étudier immédiatement la notion de système, avant d'envisager les divisions du droit, puis les ordres de juridictions. V. « Introduction générale au droit », 7^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 53 s., p. 50 s., n° 97 s., p. 82 (les divisions du droit) et n° 117 s., p. 97 s. (les ordres de juridictions).

TITRE PREMIER

L'ELABORATION

DE LA DISTINCTION – OPPOSITION

A PARTIR DU DONNE

14. — La notion de distinction - opposition signifie que « le donné » est conçu comme le vecteur d'un certain nombre de distinctions juridiques. La distinction se confond alors avec la classification, ce qui implique qu'elle doit, dans l'esprit de l'observateur, aboutir à une vue d'ensemble de l'objet étudié. Cette logique doit être remise en cause car elle ne permet pas de comprendre les réalités auxquelles les juristes sont confrontés. En considérant que la distinction est issue du donné et consiste en une opposition, l'observateur opère une double réduction.

Dans le domaine du droit, le donné et le construit ont été remarquablement systématisés par François Gény⁶² au début du XX^e siècle. Cette systématisation reflète une croyance fortement ancrée dans les esprits voulant que certaines distinctions reposent sur une réalité dont elles ne peuvent s'abstraire. Par exemple, la plupart des juristes considèrent que les distinctions choses/personnes, meubles/immeubles se fondent sur la réalité même si elles ont été reconstruites par le droit. Cette évidence partagée doit être remise en cause car elle conduit à admettre comme une même évidence qu'il existe, parallèlement aux « concepts naturels », des fictions, des exceptions et des situations *sui generis*. Placées sur un même plan que les concepts naturels, ces fictions, ces exceptions et ces situations *sui generis* sont conçues comme des anomalies, ce qui est

⁶² « Science et technique en droit privé positif », 4 t., Sirey, Paris, 1913-1924 ; « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », 2 t., LGDJ, Paris, 1932.

contestable.

Pour remettre en cause la croyance en des concepts naturels, il est nécessaire d'aborder la notion d'index. À ce stade, le point de vue adopté ne peut être qu'anthropologique puisqu'il s'agit de conforter l'idée qu'aucune distinction, aussi réelle qu'elle puisse paraître, n'est naturelle. Ce point acquis, il est loisible d'envisager l'implication de la réduction de la distinction à un donné, c'est-à-dire sa réduction à une classification dont l'inconvénient majeur réside dans la croyance en une nécessité d'une vue d'ensemble de l'objet étudié. Nous étudierons successivement les mécanismes conceptuels et socioculturels permettant d'expliquer pourquoi la plupart des juristes en viennent à réduire les distinctions à un donné (chapitre I), puis la conséquence de ces mécanismes, à savoir la réduction de la distinction à une classification (chapitre II).

CHAPITRE I

LA REDUCTION DES DISTINCTIONS

A UN DONNE

15. — Le droit est en prise avec la réalité qu'il doit traiter. Ce rapport entre droit et réalité, conceptualisé au travers du prisme de la distinction du fait et du droit, a des incidences sur l'appréhension des distinctions. Certaines d'entre elles, et pas des moindres, sont conçues comme une émanation du donné, ce qui pose un problème global de définition de la distinction outil de pensée. En effet, dès lors qu'il est acquis que des distinctions comportent un fonds naturel immuable, il n'est pas possible de comprendre les situations qui ne correspondent pas à leurs critères autrement qu'en les considérant comme des exceptions, des fictions ou des situations *sui generis*. Ce statut doit être remis en cause, mais il convient au préalable d'approfondir la conceptualisation du donné et du construit par François Gény et les limites que l'on peut lui trouver. Le donné et le construit (section 1) devrait permettre de comprendre pourquoi il est inévitable que certains aspects de la réalité juridique soient considérés comme des anomalies, c'est-à-dire des exceptions, des fictions et des situations *sui generis* (section 2).

Section 1 Le donné et le construit

16. — Dans le domaine juridique, la systématisation du donné et du construit est à porter au crédit de François GénY. Tout au long de son œuvre, il a tenté d'expliquer la manière dont s'opère le passage du donné au construit, de la science à la technique. Selon lui, ce passage constitue une clef de compréhension du droit, conçu à la fois comme le révélateur des aspirations naturelles de l'Homme et l'arbitre des relations sociales. Avant d'aborder la pensée de François GénY pour comprendre l'enchaînement des mécanismes lui ayant permis de systématiser le donné et le construit (§1), et ses critiques possibles (§2), il est nécessaire de préciser que nous entendons par « Réel »⁶³, la réalité non construite et par « réalité », la réalité socioculturelle construite. Nous reviendrons plus précisément sur cette distinction lors de la prochaine section, consacrée à la croyance en des exceptions, des fictions et des situations *sui generis*.

§1 La systématisation de la distinction du donné et du construit

17. — **Prémisse : la mise sur un même plan du Réel et de la réalité socioculturelle construite.** Aux yeux de François GénY, le donné est multidimensionnel. Le monde social est un « *complexus* étonnamment varié et enchevêtré »⁶⁴ qui comporte « un fonds de vérités morales et économiques qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions »⁶⁵. François GénY propose donc une typologie possible du donné selon la manière dont il est supposé se manifester à notre connaissance. Il distingue le « donné réel ou strictement naturel », le « donné historique », le « donné idéal » et le « donné rationnel »⁶⁶.

Schématiquement, ces types représentent respectivement le présent, le passé, le futur et le permanent :

- Le donné réel regroupe la nature dans laquelle l'être humain baigne, le monde physique, comme le climat ou le sol, par exemple. Il englobe aussi la nature de l'Homme telle qu'elle est

⁶³ La majuscule de « Réel » vise à rendre la distinction du *Réel* et de la *réalité* la plus nette et la plus évidente possible, y compris visuellement. En effet, la distinction du Réel, ou de la nature, et de la réalité socioculturelle élaborée par l'Homme est très importante dans ce travail. Elle sera précisée dans la section 2, mais aussi utilisée tout au long de cette thèse.

⁶⁴ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », Sirey, Paris, 1913-1924, t. II, n° 166, p. 369.

⁶⁵ Selon la formule de Patrick MORVAN, « Le principe de droit privé », LGDJ, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, n° 109, p. 103.

⁶⁶ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », Sirey, Paris, 1913-1924, t. II, n° 167 à 170, p. 371 à 389.

supposée être dans un milieu donné, à travers sa constitution anatomique et physiologique, son état psychologique, ses aspirations morales, ses sentiments religieux et toutes les conditions économiques, politiques ou sociales qui exercent une influence sur son activité.

Des observations critiques peuvent d'ores et déjà être formulées. Sous l'étiquette du donné « réel » ou « strictement naturel », François Gény regroupe la nature physique, la nature de l'Homme dans un milieu donné, l'anatomie, la physiologie, ce qui est compréhensible, ainsi que la psychologie bien que son caractère strictement naturel soit plus discutable. Le fait d'y inclure les aspirations morales, la religion, les conditions économiques, sociales et politiques, apparaît critiquable. Il est en effet permis de s'interroger sur ce que le donné historique va pouvoir regrouper puisque la morale, la religion, l'économie, la sociopolitique forment l'histoire d'une société. À ce propos, François Gény se montre fort concis. En réalité, si la question est de savoir à quelle catégorie appartient l'ensemble de ces données, la réponse est aux deux. François Gény donne l'impression que l'Homme *est* et qu'il reçoit de l'extérieur tout un ensemble d'influences qui vont le déterminer, alors que précisément l'Homme est constitué de tous ces éléments. Sans ces conditions, il n'est rien, il n'existe pas.

- Le donné historique est constitué de l'ensemble des préceptes acquis sous l'empire des ordres juridiques anciens, c'est-à-dire les anciennes lois, coutumes, principes d'interprétation, jurisprudence, doctrine, institutions, etc.

- Le donné idéal représente les aspirations humaines au changement. Il est dynamique et constitue, selon l'expression de l'auteur, « le donné de la vie ». Il s'agit des idéaux axés sur une organisation désirable du droit, perceptibles à travers des considérations d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique, et qui ne sont ni rationnelles, ni historiques. Ce sont « (...) les *desiderata*, que postule le sentiment public ou l'état actuel de la civilisation »⁶⁷.

- Le donné rationnel, enfin, s'avère le plus fondamental car il est conçu comme universel et immuable. Il s'agit des « règles de conduite (notamment dans l'ordre juridique), que la raison dégage de la nature de l'Homme et de son contact avec le monde. En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses, - avec les signes qui distinguent les préceptes du droit, - elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques »⁶⁸. Ce sont des préceptes moraux qui

⁶⁷ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. II, n° 170, p. 385.

⁶⁸ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. II, n° 169, p. 381.

forment « le fonds essentiel du droit naturel classique ».

Le donné regroupe donc à la fois des paramètres socioculturels comme l'histoire, les conditions géographiques et climatiques, la prédictibilité, mais aussi des paramètres directement issus du Réel spécialement désignés sous le nom de « donné rationnel » conçu comme immuable et universel. En mettant sur un même plan ce qui relève du Réel et des données socioculturelles, François GénY laisse penser que la distinction du donné et du construit est techniquement soumise à ces deux types de facteurs mis sur un même plan. En effet, même si François GénY adopte une conception très subtile de la technique, qui est relative et contingente, celle-ci est en définitive idéalement un donné, « une vérité tournée vers le juste objectif ».

18. — **Le donné contient le but ultime du droit.** Dans la conception de François GénY, l'ensemble du donné contient « l'essence du juste objectif », c'est-à-dire l'essence de la justice que résume la maxime « À chacun le sien », au sens aristotélicien, et à laquelle François GénY ajoute celle « Ne fais tort à personne »⁶⁹, élaborée, semble-t-il, dans la lignée de la morale kantienne. Il considère cependant que la justice classique, définie comme un rapport d'équilibre dépourvu de contenu, ne permet pas de tirer de conséquences immédiates pour la société. C'est pourquoi il fait intervenir un élément essentiel dans son œuvre : « la raison ». Elle constitue l'instrument principal de découverte du juste objectif, contenu dans le donné, ce dernier étant, en filigrane, remarquablement synthétisé dans la conduite de la raison : « Scrutant la nature des choses (*donné réel*), éclairée par l'histoire (*donné historique*), et trouvant dans l'idée (*donné rationnel*) les éléments du progrès auquel elle aspire (*donné idéal*) »⁷⁰.

François GénY laisse donc penser qu'il est idéalement possible de découvrir, au sens strict, des réalités qui, dans son esprit, contiennent le juste objectif. Il ne tient jamais compte du fait que les réalités socioculturelles sont elles-mêmes construites et, par conséquent, il n'imagine pas que ces réalités pourraient ne pas être molles et fuyantes, mais infiniment subtiles et organisées de sorte qu'elles pourraient directement influencer la construction du droit, raison ou pas raison.

19. — **Le droit se forme par un effort d'abstraction grâce à la volonté, bras armé de la technique.** Pour ne pas déformer la théorie de François GénY, il convient de préciser que la raison, en tant qu'instrument de la connaissance, ne permet pas, selon lui, d'aboutir à des règles de droit. Il est nécessaire de recourir à la technique dont il considère que le bras armé est la volonté. Le

⁶⁹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. II, n° 171, p. 392.

⁷⁰ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. II, n° 171, p. 392 et 393, (nous ajoutons).

système juridique, issu du donné et modelé par la technique, a pour fonction d'arbitrer les relations sociales par « le maintien d'un peu d'ordre effectif entre les hommes, conformément à l'idée de justice »⁷¹. François GénY s'appuie sur la distinction aristotélicienne de la forme et de la matière, pour définir le concept de technique juridique⁷². À ses yeux, le droit est confronté à la matière, c'est-à-dire au donné, et a pour tâche de lui donner une forme au sens philosophique du terme. La forme modifie la matière suivant une idée directrice, un but, lequel est, de manière ultime, le juste objectif évoqué précédemment. Pour donner une forme à la matière, le juriste recourt à la technique dont le caractère est systémique : « En effet, la forme, vraiment caractéristique, de la procédure intellectuelle, appliquée aux choses du droit, consiste à isoler, par un effort d'abstraction, les concepts, qui semblent dominer les réalités juridiques, puis, les envisageant en eux-mêmes, à les analyser, les modifier, les agencer et les combiner, de façon à en créer des entités indépendantes, capables pourtant de régir les faits de la vie sociale par la vertu de l'idée qui les anime. C'est ce qu'on appelle plus spécialement la *construction juridique*, essentiellement réalisée au moyen de la représentation par concepts, et dont les résultats se traduisent en hypothèses ou théories, pour tendre à la systématisation complète du droit »⁷³. Le système est donc envisagé comme une entité autonome et indépendante construite grâce à la technique, laquelle se caractérise *par une progressivité de la pensée vers l'abstraction* : « La construction juridique, si l'on veut lui reconnaître une nature spécifique, ne peut être que le travail de l'esprit, traitant la matière du droit suivant ses moyens propres (concepts) qui convergent tous autour de l'abstraction et aboutissent à une idéalisation synthétique du réel »⁷⁴.

L'effort d'abstraction permet d'aboutir à une vue d'ensemble du droit, totalement ordonnée autour de « notions pures », conçues comme des « synthèses de réalité ». La technique, en tant que forme, n'est pas la reproduction du donné. Elle y ajoute un élément de volonté propre. François GénY rejette comme indémontrable l'hypothèse du déterminisme du système : « Mais si l'on nous présente les notions juridiques, sous la forme d'entités métaphysiques, classées en catégories, pourvues de formes et douées d'effets nécessaires, reliées les unes aux autres par une sorte d'harmonie logique, c'est que l'on suppose, *a priori*, une certaine structure intime de l'ordre juridique, posée, à titre d'axiome, au seuil même de notre science. Or, pareil axiome reste, comme tel, insaisissable à toute dialectique » (...) « Vainement, d'ailleurs, essaierait on de coordonner les conceptions juridiques, comme les autres facteurs de la vie sociale, dans l'hypothèse d'un organisme, dont le jeu serait déterminé par un ensemble de lois naturelles inéluctables. Quelle

⁷¹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. IV, n° 269, p. 1.

⁷² François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. III, n° 179 s., p. 4 s., spéc. n° 182, p. 16.

⁷³ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. III, n° 218, p. 191, (l'auteur souligne).

⁷⁴ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », t. III, préc., n° 218, p. 192.

que soit la valeur de pareille hypothèse, elle ne permet assurément pas de conclure qu'il y ait entre les éléments, organiques ou fonctionnels, du corps social, une harmonie logique, qui n'apparaît pas dans la nature physique elle-même »⁷⁵. Dans l'esprit de François GénY, le donné inspire la technique sauf à verser dans l'artificiel et l'inefficace, mais il ne s'ouvre à la connaissance que sous forme d'hypothèses et d'approximations. La volonté met en ordre les principes de l'équité en choisissant une interprétation, parmi d'innombrables possibilités, dans le but essentiellement pratique que constitue la finalité sociale⁷⁶.

Là réside la force de conviction de la théorie de François GénY. Elle pallie les faiblesses de la définition du donné en introduisant le libre-arbitre de l'Homme dans la technique. Cependant, les prémisses de sa théorie – c'est-à-dire la mise sur un même plan du Réel et de la réalité socioculturelle – le conduisent à systématiser la technique elle-même, qui devient une abstraction tournée vers le juste objectif, un donné.

Pour expliquer ce qu'il entend par processus d'abstraction, François GénY, dans une filiation kantienne, distingue plusieurs étapes successives⁷⁷ nécessaires au développement du système. Il faut, d'abord, rechercher les influences extérieures, c'est-à-dire « les réalités psychologiques » qui se traduisent en besoins et en intérêts. Ce sont les « idées » qui, en droit, forment les « notions juridiques ». Puis, l'esprit opère un jugement afin d'équilibrer ces intérêts. Le rapport de prépondérance ou d'équivalence aboutit à « une règle de droit ». Vient la phase d'abstraction et de généralisation, qui correspond au « système de droit », où « l'examen individuel et le rapprochement des espèces font saillir, parmi les idées qui les représentent à l'esprit, des éléments généraux et communs, que l'intelligence tend naturellement à séparer et à spécifier, pour satisfaire son aspiration instinctive vers l'unité de la connaissance, non moins que pour lui faciliter la tâche qui lui incombe dans la constitution d'un ordre juridique adéquat à son but »⁷⁸. Lorsque enfin l'abstraction atteint son plus haut niveau, les notions, d'abstraites, deviennent « pures ». C'est « la construction de droit », qui combine les concepts isolés des intérêts qu'ils représentent, ce, par les seuls efforts de la pensée et parvient ainsi à diriger efficacement la conduite humaine. C'est à ce stade que s'élabore « le système du droit », que l'auteur semble distinguer du simple « système de droit », qui « s'érige en un vaste schéma aux compartiments nombreux, rigides, séparés par des cloisons étanches. *L'esprit juridique a vaincu la matière sociale et la soumet, impérieusement,*

⁷⁵ François GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique », LGDJ, Paris, 1932, t. I, n° 62 et 63, p. 130 et 132.

⁷⁶ François GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique », préc., n° 68, p. 144 s.

⁷⁷ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. I, n° 39 et 40, p. 111 à 114. *Adde* « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », préc., t. I, n° 81, p. 186 à 193.

⁷⁸ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *ibid.*, p. 112.

capricieusement même, à ses exigences »⁷⁹.

En partant d'une conception rationnelle du droit, dominée par les fonctions de l'intelligence, assimilée à la connaissance, et de la volonté, François GénY dégage ainsi un ensemble de principes destinés à atteindre la finalité ultime du droit. Du contenu de la matière sociale, il aboutit à l'idée et de l'idée, il constitue une forme, qu'il appelle système du droit. Le système est à la fois idéal et idéal dans le sens où, à force de travail, il s'abstrait des contingences matérielles pour devenir une idée de l'esprit. La phase d'abstraction et de généralisation correspond au moment où le juriste est supposé se couper des réalités matérielles. Elle est fondée sur des « procédures formelles et ordonnatrices », composées des « mots ou termes, définitions, divisions, classifications, catégories », complétées par « des procédés de pure logique » ou « lois naturelles de l'esprit » : l'induction, la déduction, l'analyse, la synthèse, la comparaison et l'analogie. Les notions pures sont capables de régler la conduite des Hommes, c'est même là leur fonction. François GénY précise que le droit ne peut être considéré comme une science exacte susceptible d'une expérimentation rigoureuse. Mais le fait qu'il voie le droit comme une science et qu'il estime que la seule alternative à l'expérimentation soit « l'intelligence, sous le contrôle incertain du sentiment »⁸⁰ montre sa propension cartésienne à transformer l'Homme en machine pensante, à l'opposé d'un être de culture. Cela est particulièrement frappant lorsqu'il examine « les procédés de la logique purement formelle »⁸¹ censés dériver de la « déduction pure » et s'appuyer sur les principes, conçus comme des « synthèses de réalités ».

Son système contient, à la fois, une idée transcendante de la justice et tous les principes systémiques d'unité et de cohérence internes⁸². Le nœud de sa théorie repose sur l'idée que le juriste doit tendre constamment vers « la vérité juridique ». Il distingue la vérité juridique de la vérité des réalités sociales qui, au moins en ce qui concerne le donné rationnel, est conçue comme immuable. La vérité juridique est celle « éminemment schématique, qui ne peut saisir les réalités morales, économiques, sociales, que par les arêtes vives qu'elles présentent au concept, donc en les déformant, ou, plutôt même, en les transformant en entités idéales »⁸³. Elle constitue un équilibre entre l'intelligence qui, par des opérations intellectuelles, scrute le donné, et la volonté qui, par son action, tend vers la finalité dernière du droit que constitue une meilleure organisation de la vie sociale. Elle n'a donc rien de commun avec la vérité seulement susceptible, au sens kelsénien ou

⁷⁹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *ibid.*, p. 114, (nous soulignons).

⁸⁰ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *préc.*, t. I, n° 42, p. 121.

⁸¹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *préc.*, t. I, n° 43, p. 122.

⁸² « Et la devise du jurisconsulte s'efforçant vers le juste objectif, pourra être celle de tout chercheur scientifique : vers l'unité, par les approximations successives », François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *préc.*, t. I, n° 56, p. 163.

⁸³ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », *préc.*, t. I, n° 55, p. 160.

hartien, de vrai ou de faux. Cette vérité juridique là est à la fois relative, puisque l'équilibre de la connaissance et de l'action peut être rompu, et idéale.

§2 Critiques de la distinction du donné et du construit

20. — À ce stade de l'exposé de la conception du droit de François GénY, il est possible de synthétiser les limites et insuffisances qui l'affectent. En premier lieu, François GénY ne tire pas les conséquences du caractère construit de la réalité socioculturelle. Il considère globalement que *la* réalité est « molle et fuyante »⁸⁴. Or, si l'on admet avec lui qu'au moins certaines données sont aussi construites, il est nécessaire de pousser la logique jusqu'au bout en évoquant l'hypothèse qu'elles puissent être organisées selon un projet. En ce cas, de molle et fuyante – et idéale – la réalité devient subtile et organisée – et pragmatique -. Un exemple tiré de l'œuvre de François GénY permet d'éclairer plus avant ce propos. Pour illustrer le donné rationnel, qui se caractérise par sa permanence et son universalité, l'auteur⁸⁵ prend l'exemple du mariage, défini comme une « union stable » issue « d'un accord de volontés » « sérieux », autrement dit un consentement libre et éclairé des époux. Les progrès en anthropologie relativisent fortement cette affirmation, puisqu'il est devenu évident que dans des pays comme la Chine, l'accord de volontés n'a rien de commun avec le nôtre, ni non plus le caractère sérieux de cet accord. Même si ce pays s'occidentalise, l'accord de volontés est avant tout celui des familles et le caractère sérieux repose sur un faisceau de compatibilités entre les époux, issu d'une longue tradition. Cette compatibilité est fonction de la condition sociale, mais aussi des caractères des époux tels qu'ils sont définis par les auspices⁸⁶. Dans la Chine classique, la volonté des époux existe bien, mais elle est étrangère à la définition occidentale. Distinguer la connaissance de l'action est profitable philosophiquement, mais faire de la raison un élément transcendant de toute action et de toute connaissance semble réducteur des activités de la pensée. François GénY ne cesse d'ailleurs de nuancer ses propos en éprouvant le besoin de préciser que la volonté est teintée de raison ou que l'intuition est un correctif de la raison.

En deuxième lieu, si le droit ordonne, il n'est pas, en lui-même, à proprement parler ordonné dans la mesure où il est le produit de la confrontation des constructions socioculturelles organisées en fonction d'un projet et des constructions juridiques organisées en fonction d'un autre projet.

⁸⁴ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. III, n° 194, p. 48 et 49.

⁸⁵ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », préc., t. II, n° 169, p. 382.

⁸⁶ Jean-Luc DOMENACH et Chang-Ming HUA, « Le mariage en chine », Presses de Science Po, Paris, 2001 ; François LUPU, Comment se marient les "jeunes instruits" ? Mariages "révolutionnaires", pratiques traditionnelles et nécessité de survie pendant le mouvement d'envoi des jeunes instruits à la campagne en Chine de 1968 à 1980, Séminaire du musée de l'Homme, juin 1990, p. 132 ; *adde* La foire aux célibataires au parc Di Tang, à Pékin : une nouvelle utilisation des horoscopes dans les "mariages arrangés" par les parents dans le Pékin d'aujourd'hui, Conférences de l'Université de Gênes, 1990, p. 68.

Dans cette perspective, le droit ne se réalise pas par l'abstraction mais par l'indexation de ces projets pluriels. L'ordonnancement est donc important mais pas essentiel.

Considérer le droit comme « une idéalisation synthétique du réel », conduit en dernier lieu à le concevoir comme une réalité parmi d'autres. Or, admettre que le droit n'est pas *une* réalité mais *de* la réalité pourrait changer radicalement la vision du droit en faisant d'une pierre deux coups : le droit ne pourrait plus être valablement idéalisé au travers du donné et il ne pourrait plus être conçu au travers d'une progressivité vers l'abstraction destinée à vaincre la matière sociale en s'érigeant en de vastes compartiments ordonnés.

La systématisation du donné et du construit conduit à aborder la distinction selon une vision particulière dans la mesure où celle-ci est d'emblée soumise et bornée par celle-là. Elle aboutit concrètement à considérer certaines distinctions comme émanant du donné, ce qui implique inexorablement la reconnaissance des exceptions, des fictions et des situations *sui generis*.

Section 2 Exceptions, fictions et situations *sui generis*

21. — La plupart des juristes considèrent que les distinctions choses/personnes, meubles/immeubles se fondent sur la réalité et cela même si elles sont reconstruites par le droit. Cette évidence partagée doit être remise en cause car elle conduit à admettre comme une même évidence qu'il existe, parallèlement aux « concepts naturels », des fictions, des exceptions et des situations *sui generis*. Placées sur le même plan que les concepts naturels, ces fictions, ces exceptions et ces situations *sui generis* sont conçues comme des anomalies. La notion d'index est de nature à introduire une compréhension différente de ces situations en faisant apparaître les limites de la distinction – opposition. Après avoir tenté de démontrer que les distinctions sont toutes, sans exception, construites à partir de données socioculturelles (§1), il sera possible de dégager une première définition de l'index mettant en lumière le non-sens que constituent les exceptions, les fictions et les situations *sui generis* (§2).

§1 Les distinctions juridiques issues de données socioculturelles

22. — Les distinctions juridiques n'émanent pas du donné pour la raison qu'elles sont toutes construites sur des données socioculturelles. Les exemples issus de la notion de personne - morale et physique, ou de la notion de bien - meuble et immeuble, permettront d'étayer ce propos. Au préalable, il convient cependant d'exposer les outils théoriques capables de saisir la part socioculturelle des distinctions juridiques, qui parfois s'érigent en véritables mythes.

23. — 1.1. La part de mythe des distinctions juridiques

Christian Atias a mis en lumière un certain nombre d'automatismes au sein du droit fondés sur des croyances. C'est ce que l'auteur a appelé « les mythes juridiques »⁸⁷. C'est ce que nous pensons être la part socioculturelle du droit.

24. — Christian Atias dénonce par exemple le mythe unitaire du droit qui s'articule autour d'un ensemble homogène et hiérarchisé de sources, en privilégiant soit la règle, soit, à l'inverse, « ce magma informe et proliférant des innombrables jugements et arrêts, (reconstruit) en un bloc

⁸⁷ Christian ATIAS, « Philosophie du droit », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1999, p. 253 à 288, (v. aussi la 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004, n° 73 à 77, p. 303 à 339).

monolithe, la jurisprudence »⁸⁸, soit, enfin, l'interprétation, à ses yeux, faussement présentée comme fidèle au texte. Dans le domaine conceptuel, il s'emploie à démontrer le caractère fabriqué et artificiel d'un certain nombre de concepts, comme celui de l'autonomie de la volonté, du caractère absolu de la propriété ou, encore, du caractère rationnel de la loi. Selon Christian Atias, le mythe se caractérise par ses origines obscures et insondables et par les multiples sens qu'il peut revêtir et qui, une fois conjugués, contribuent à entretenir son statut d'évidence. L'autonomie de la volonté puiserait ainsi son autorité dans des origines prestigieuses, qu'il conteste⁸⁹, telles la philosophie des Lumières et la doctrine de Kant, de sorte qu'elle serait « utilisée aussi bien pour désigner un lointain fondement philosophique que pour combattre l'appréciation judiciaire des conditions de la négociation, de l'équilibre du résultat ou de l'exécution »⁹⁰. Christian Atias explique que la force de conviction du mythe entraîne différents effets, dont une grande capacité de résistance des règles face aux critiques les mieux fondées. Le mythe constitue, par ailleurs, un moyen commode de se dispenser de raisonnement, puisqu'il est supposé connu de tous. Mieux, il est un signe de reconnaissance dans la communauté des juristes. L'auteur dénonce l'inconvénient qui consiste à occulter le raisonnement ou les raisons qui conduisent à une solution, au motif qu'un mythe est et ne s'explique pas. À ses yeux, cela est d'autant plus grave que, par un effet d'hyperbole, il permet de développer des propositions qui ne sont pas les conséquences nécessaires de l'idée généralement simple et raisonnable, dont le mythe est issu. Cependant, si l'auteur est critique à l'égard des conséquences attachées au mythe en tant qu'elles sont présentées comme des évidences naturelles, il est beaucoup plus nuancé quant à la valeur de son principe. Il écrit que les mythes sont « des aides indirectes à la connaissance »⁹¹ et que « la résistance du mythe à la critique tient sans doute à son utilité irremplaçable. En le protégeant, en le maintenant en action, le droit se défend ; ce qu'il sauvegarde, ce sont des enseignements difficilement exprimables sous forme générale et les moyens de son acceptation »⁹² (...) « L'important serait de prendre conscience de l'existence de ces mythes comme tels et d'être capables de percevoir la part de réalité que l'artifice ne dissimule qu'aux yeux de qui refuse de la voir »⁹³.

Les enseignements de Christian Atias sont irremplaçables. L'autonomie de la volonté a été fortement remise en question par une partie de la doctrine qui, se servant de l'histoire, de la logique, du bon sens et de l'équité, a montré combien l'idée de la volonté souveraine et permanente pouvait ou devait être relativisée dans son sens et dans sa portée. Elle a, en fait, été démystifiée. L'élément de volonté dans les contrats n'a pas pour autant été éradiqué et, pour cause, le contrat est le produit

⁸⁸ Ibid., p. 255, (nous ajoutons).

⁸⁹ Ibid., p. 272 à 274.

⁹⁰ Ibid., p. 280.

⁹¹ Ibid., p. 267.

⁹² Ibid., p. 284.

⁹³ Ibid., p. 286.

de la capacité des Hommes à créer entre eux des rapports d'obligation. Or, la capacité est indexée à la responsabilité, elle-même indexée à la personnalité juridique. Plus qu'une utilité, le contrat fait l'Homme juridique, une fois que l'Homme culturel est entré sur la scène du droit. Le contrat constitue un des traits pertinents de notre société qui définit l'être humain à partir de la binarité corps/esprit, ce dernier englobant la volonté. Ce que Christian Atias explique, c'est qu'il est nécessaire de prendre conscience de ces pré-requis, afin de ne pas se laisser manipuler par des évidences partagées qui peuvent conduire à des impasses juridiques. La volonté contractuelle a été relativisée par l'émergence du concept d'équilibre contractuel ou d'économie générale du contrat, lequel n'est probablement pas abouti et continue actuellement de se forger. La question n'est pas de savoir lequel des éléments – opposés - de la volonté ou de l'équilibre contractuel est le plus essentiel, mais, préalablement, à quelle signification socioculturelle renvoie le concept de l'équilibre impliquant un pouvoir de direction du législateur et un pouvoir de réfaction du juge.

25. — **La part socioculturelle des mythes juridiques.** Comme l'observe Christian Atias, l'évidence du mythe doit être relativisée car il a pu être forgé dans une stratégie bien comprise. L'auteur met en doute la valeur de l'argument historique à la lumière de l'exemple du « travail de ces légistes et autres clercs qui pillaient les textes anciens, non pour en discerner le sens, mais pour en exploiter quelque formule propice à une démonstration dont la thèse avait été arrêtée avant les hypothèses »⁹⁴. Mais le temps accomplissant son œuvre, cette stratégie devient cognition. Et le jour où, prenant conscience des pré-requis en jeu, les agents concernés la remettent en cause, alors le concept perd sa valeur d'évidence naturelle ce qui n'implique pas nécessairement sa disparition.

La pensée de Pierre Bourdieu permet d'éclairer les mécanismes de la cognition. Il fonde sa réflexion sur l'étude du relationnel et de l'action. Son travail « prend acte des potentialités inscrites dans le corps des agents et dans la structure des situations où ils agissent ou, plus exactement, dans leur relation »⁹⁵. Il prétend ainsi s'opposer à deux positions philosophiques extrêmes qui consistent, soit, par un rationalisme étroit, à considérer comme irrationnelle toute action ou représentation qui n'est pas engendrée par les raisons explicitement posées par un individu autonome, pleinement conscient de ses motivations, soit, par un certain structuralisme, à réduire les agents à de simples épiphénomènes de la structure. Une illustration frappante de sa théorie réside dans la manière dont il appréhende l'obéissance à l'État. L'explication de l'obéissance ne réside, selon lui, ni dans l'hypothèse d'un consentement conscient à un ordre, ni dans celle, inverse, de la soumission mécanique à une force. Il écrit que « le monde social est parsemé de *rappels à l'ordre* qui ne fonctionnent comme tels que pour ceux qui sont prédisposés à les apercevoir, et qui *réveillent* des

⁹⁴ Ibid., p. 272.

⁹⁵ Pierre BOURDIEU, « Raisons pratiques », Le Seuil, Paris, 1994, p. 9.

dispositions corporelles profondément enfouies, sans passer par les voies de la conscience et du calcul »⁹⁶ (...) « La soumission à l'ordre établi est le produit de l'accord entre les structures cognitives que l'histoire collective (phylogenèse) et individuelle (ontogenèse) a inscrite dans les corps et les structures objectives du monde auquel elles s'appliquent : l'évidence des injonctions de l'État ne s'impose aussi puissamment que parce qu'il a imposé les structures cognitives selon lesquelles il est perçu »⁹⁷. Pour prendre un exemple, le rappel à l'ordre si familier « tiens-toi droit » est inscrit dans la cognition, de sorte que normalement l'intéressé se redresse sans le remettre intellectuellement en cause. L'ordre provoque un réflexe. Cet ordre, parce qu'il relève de la cognition, c'est-à-dire du fondement même de la pensée, structure le corps. L'intéressé se redresse et se met en conformité avec les codes de la politesse et de la bienséance du monde social non pas comme il le perçoit subjectivement, mais au sein duquel il se situe objectivement. Aux yeux de Pierre Bourdieu, il en va exactement de même des ordres étatiques, qui englobent les interventions juridiques, que des rappels à l'ordre de la sphère privée évoqués à titre d'illustration. Les individus ou les groupes d'individus sont comme des points géométriques situés dans l'espace social et c'est à partir de ces points objectifs, transcendants aux êtres singuliers et systématisés par le sociologue autour des principes différenciatifs du capital économique et du capital culturel, que procèdent les points de vue subjectifs du monde social, appelés « *habitus* ». Chaque point de vue est observable empiriquement bien qu'il ne doive jamais, selon l'auteur, être considéré comme autre chose qu'un « cas particulier du possible »⁹⁸, c'est-à-dire « un cas de figure dans un univers fini de configurations possibles ». Car, et c'est le point central d'une de ses principales œuvres⁹⁹, chaque point de vue qui conduit à juger de ce qui est bon ou mauvais, bien ou mal, distingué ou vulgaire, etc. procède d'une vision du monde social construite à partir d'une différenciation de comportements : « Exister dans un espace, être un point, un individu dans un espace, c'est différer être différent ; or, selon la formule de Benveniste parlant du langage, "être distinctif, être significatif, c'est la même chose". Significatif s'opposant à insignifiant (...) La différence ne devient signe et signe de distinction (ou de vulgarité) que si on lui applique un principe de vision et de division qui (...) est présent chez tous les agents (...) et structure leurs perceptions »¹⁰⁰.

En admettant que le droit n'est pas une réalité désincarnée ou abstraite mais *de* la réalité, il devient évident que certaines données du droit ont vocation à se transformer en mythes. Dans cette perspective, le mythe juridique n'est rien d'autre qu'un principe de vision qui n'a pas besoin de vérité pour exister. Tout n'est pas culturel, dans le sens où l'être humain serait soumis à des

⁹⁶ Ibid., p. 126 et 127, (l'auteur souligne).

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid., p. 16, (l'auteur cite Gaston Bachelard dans le texte).

⁹⁹ « La Distinction », Minuit, Paris, 1979.

¹⁰⁰ Pierre BOURDIEU, « Raisons pratiques », préc., p. 24 et 25.

déterminismes sur lesquels la connaissance ou l'action n'a pas de prise. Cependant, le paradoxe de l'Homme réside dans le fait qu'il ne se reconnaît pareil à l'autre, c'est-à-dire appartenant à la même espèce, qu'à travers la diversité. C'est la communication qui permet d'accéder à une compréhension mutuelle. Or la communication est construite, elle s'inscrit dans une culture, elle est diverse. La manière de s'adresser à une personne, la gestuelle, la construction d'un discours sont autant de comportements culturels et différenciés. Si l'on admet, avec Herbert Hart¹⁰¹, que le droit est une construction langagière qui s'articule autour de normes secondaires et primaires, destinée à être reconnue et acceptée socialement d'un point de vue interne, cela implique que le droit constitue bien une déclinaison de la culture et suppose une certaine vision du monde. On ne décrit que ce que l'on voit et l'on ne voit que ce l'on décrit. Sous cet angle, la vision externe, conceptualisée par l'auteur, représente ni plus ni moins que la communication établie entre des visions distinctes du monde. L'originalité de la pensée de Pierre Bourdieu réside dans le fait que c'est cet écart de vision, qu'il soit d'ailleurs interne ou externe puisqu'il y a conflits et désaccords entre les agents en toute hypothèse, qui fait l'Homme social en tant qu'il juge et communique. En ce sens, le droit peut, non seulement être conçu au regard du processus de différenciation qui fonde les visions de l'Homme culturel, mais aussi en tant que cadre objectif qui situe l'individu ou les groupes comme agents et destinataires. Ce cadre a un contenu en constante élaboration et part de lui-même.

26. — **1.2. La part socioculturelle des distinctions axées sur la personne et sur le bien**

La distinction de la personne morale et de la personne physique, mais aussi celle du meuble et de l'immeuble permettent de mettre en application les outils théoriques précédemment décrits, car ces distinctions juridiques se sont élaborées à partir de données socioculturelles précises. Pourtant, il n'en demeure pas moins qu'elles sont parfois conçues comme des évidences naturelles.

27. — **La nature de la personne morale, un débat tronqué.** La nature des personnes morales a fait l'objet d'un débat devenu célèbre. La doctrine s'est longtemps demandée si les personnes morales devaient être considérées comme une fiction ou une réalité¹⁰². Les partisans de la première théorie soutenaient que la personnalité morale accordée à des groupements est le produit d'un artifice, c'est-à-dire de la pure technique juridique. À l'inverse, les partisans de la thèse de la réalité faisaient valoir que ces entités étaient réelles dans la mesure où la société est régulée par de nombreux intérêts collectifs méritant à ce titre d'acquiescer le statut de sujet de droit. L'enjeu de cette

¹⁰¹ Herbert Lionel Adolphus HART, « Le concept de droit », 1961, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976.

¹⁰² Sur l'ensemble de ces questions, v. Jean PAILLUSSEAU, *Le droit moderne de la personnalité morale*, RTDCiv. 1993, p. 705 ; Charles FREYRIA, *La personnalité morale à la dérive*, Mél. André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, p. 121. V. aussi François TERRÉ, « Introduction générale au droit », 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 236, p. 182.

dernière théorie issue d'un mouvement né au XIX^e siècle, était de relativiser l'importance accordée à la loi. Considérer que ces groupements existent indépendamment de la volonté du législateur, permet de réduire le pouvoir de ce dernier puisque ce sont « les intérêts collectifs », « la volonté collective », « la conscience collective » ou encore « l'organisation collective » qui conditionnent leur existence et non la décision unilatérale de la puissance publique. Les réduire à une fiction permet de les soumettre entièrement à la volonté du législateur.

La doctrine a tenté de répondre au mieux au double impératif de sécurité juridique et de liberté d'initiative, celle-là impliquant un certain contrôle de la loi par la maîtrise de l'octroi et du retrait de la personnalité juridique des groupements, celle-ci étant rendue nécessaire par des considérations d'efficacité politique et économique liées à leur capacité d'adaptabilité. Ce faisant, la doctrine a fait valoir divers arguments présentés comme ayant un rapport direct avec le Réel, comme si le droit était soumis à un faisceau de paramètres naturels qu'il convenait d'arranger pour légitimer un régime quelconque. Venant au secours de la fiction, il a par exemple été soutenu qu'admettre la réalité de la personne morale reviendrait à nier « l'unicité de l'être humain »¹⁰³ ; au soutien de la réalité, il a été argué que « la personnalité juridique appartient *naturellement* aux groupements constitués pour la défense d'un intérêt collectif (...) elle est l'équivalent nécessaire de la personnalité physique dont se trouvent investis les êtres humains »¹⁰⁴. Les partisans des thèses de la réalité et de la fiction se sont interrogés sur la nature de la personne morale en considération d'une opposition conçue comme la seule alternative vraie, car issue du donné. La Cour de cassation n'a pas dérogé à la règle, se contentant pragmatiquement de consacrer la thèse de la réalité – contrôlée - des personnes morales : « La personnalité civile n'est pas une création de la loi (...) Si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice »¹⁰⁵. Cette doctrine a été oublieuse d'une autre réalité – celle du droit - qui participe de la réalité et qui, en conséquence, est fait des mêmes réalités socioculturelles que les réalités extérieures au droit. Dans cette perspective, l'alternative de la réalité et de la fiction, issue de l'opposition de la personne physique et de la personne morale, s'avère une construction socioculturelle et en prendre conscience change les termes du débat.

¹⁰³ Sur ce point, v. Jean-Luc AUBERT, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 12^{ème} éd., Sirey, Paris, 2008, n° 194, p. 200.

¹⁰⁴ Ibid., (nous soulignons).

¹⁰⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 28 janvier 1954, « Comités d'établissement », D. 1954, p. 217, note Gérard LEVASSEUR ; JCP 1954, II, 7978, concl. de l'av. gén. M. LEMOINE ; Grands arrêts, n° 15 ; Dr. social 1954, p. 161.

28. — **Les données socioculturelles de la notion de personne physique.** Il a été soutenu que les personnes morales sont des fictions car « on ne dîne pas avec des personnes morales »¹⁰⁶. Il a été rétorqué, à juste titre, qu'on ne dîne pas plus avec les personnes physiques lesquelles sont une notion conceptuelle fondée sur la personnalité juridique. Le caractère désincarné de la personne entrant sur la scène juridique a fort bien été expliqué par le détour étymologique du masque, à l'origine du mot personne, *persona*¹⁰⁷. À ce propos, Raymond Martin a joliment écrit que « le sujet est le masque juridique de la personne, et ce masque change avec le rôle que joue la personne dans le rapport de droit »¹⁰⁸. Cependant, on a cru pouvoir déduire de la construction de la notion de personne physique que « ce qui appartient à la nature, c'est le corps humain et non la personne physique » (...) « nous invitons à notre table des êtres humains, s'exprimant à travers un corps » plutôt que des personnes physiques¹⁰⁹. Autrement dit, la seule réalité tangible, non saisie par le droit, serait le corps qui se cache derrière la personne physique.

Le corps, une réalité construite. Ce qu'il faut remettre en cause est cette double croyance que le corps est une réalité tangible, puisque cette dernière est construite, et qu'elle n'est pas saisie par le droit, puisqu'elle participe à la construction du droit. Il faudrait pousser plus loin la logique de construction avec laquelle le droit est en prise. Le corps n'est, pas plus que la personne juridique, une évidence naturelle et universelle. Il n'est conçu qu'au travers de tout un ensemble de distinctions liées à des pré-requis socioculturels. Ainsi, pour définir le corps, on le distingue de la conscience, de l'âme ou de l'esprit. En occident, il est inconcevable de définir l'être humain en dehors de cette binarité du corps et de l'esprit¹¹⁰. La définition de ce dernier varie : ce peut être un élément du corps, transcendant ou non, ou une énergie. Il est en tout état de cause isolé de la matière corporelle, il représente l'intellect, la pensée, la conscience, la responsabilité. Or, ceci n'est une évidence que pour la pensée occidentale¹¹¹.

¹⁰⁶ Cet aphorisme est généralement attribué à Léon Duguit.

¹⁰⁷ Raymond MARTIN, *Personne et sujet de droit*, RTDCiv. 1981, p. 785.

¹⁰⁸ Ibid., n° 6, p. 789.

¹⁰⁹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit)*, RRJ 1995-4, p. 1051 et 1052. V. aussi l'étude sociologique des rapports du droit au corps et leur évolution historique, Jean-Pierre BAUD, « L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain », Le Seuil, coll. « Des travaux », Paris, 1993.

¹¹⁰ « Le corps humain est le substratum de la personne », écrit Jean CARBONNIER. Se posant la question de l'articulation de « la volonté » et du « corps » dans la notion de personne, l'auteur observe que « comme le fou et l'enfant en bas âge, corps dépourvu de volonté, n'en sont pas moins des personnes, comme, de surcroît, la volonté ne nous apparaît jamais que liée à un corps, il n'est pas déraisonnable de poser en principe que le corps humain fait la personne ». « Droit civil », 1^{ère} éd., vol. 1, PUF, Quadrige, Paris, 2004, n° 196, p. 381. *Comp.* Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, « Manuel de droit des personnes », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 2006, n° 268, p. 229 et 230. Les auteurs retracent l'historique de la conception juridique du corps humain et considèrent, qu'à l'issue d'une longue évolution, « on a cessé de considérer qu'il n'était que le support de la personne pour le promouvoir au rang même de personne. Ainsi fut introduite en droit la notion de personne humaine, distincte de celle de sujet ».

¹¹¹ « Au contraire des Indous et des Chinois, les Romains, les Latins pour mieux dire, semblent être ceux qui

La binarité corps/esprit permet de mieux comprendre la philosophie de la responsabilité pénale. L'esprit est, contrairement au corps, amendable. Cela signifie que la société doit chercher les moyens de le protéger, en interdisant par exemple les châtiments corporels, de le sanctionner, par la souffrance de l'enfermement, et de le réhabiliter, par l'effacement de la faute et la resocialisation. Dans ce système, ne pas distinguer le corps de l'esprit, reviendrait à dire que l'on naît criminel, que l'on porte des signes physiques de criminalité avec toutes les conséquences morales et éthiques que cette conception implique. D'où l'idée de progrès liée à cette distinction, exacte dans ce système, et à laquelle la notion de personnalité juridique, et son corollaire, la responsabilité, sont indexées. *L'erreur est de penser que la notion de personnalité juridique est une notion issue du donné qui a acquis ses lettres de noblesse, c'est-à-dire son indépendance, à force d'abstraction au moment où ses critères pertinents ont été dégagés* (la naissance vivante et viable de l'être humain). La notion de personnalité juridique est construite sur des données socioculturelles et si elle paraît indépendante c'est parce qu'elle est aussi fonction du droit, constitué d'une série d'index ouverts à visée normative. Nous verrons que l'index se définit comme un recueil organisé en fonction d'un projet ; ouvert signifie qu'il ne prend sens que dans l'interprétation. Ainsi, s'agissant de la personnalité juridique, « la viabilité » pourrait être fonction de n'importe quel critère : on pourrait envisager qu'un enfant roux ou gaucher n'est pas viable... la viabilité dépend juridiquement de

ont partiellement établi la notion de *personne*, dont le nom est resté exactement le mot latin (...) La "personne" est plus qu'un fait d'organisation, plus qu'un nom ou un droit à un personnage et un masque rituel, elle est un fait fondamental du droit. En droit, disent les juristes : il n'y a que les *personae*, les *res*, et les *actiones* : ce principe gouverne encore les divisions de nos codes. Mais cet aboutissement est le fait d'une évolution spéciale du droit Romain (...) Ce sont les chrétiens qui ont fait de la personne morale une entité métaphysique après en avoir senti la force religieuse. Notre notion à nous de personne humaine est encore fondamentalement la notion chrétienne (...) Cependant, la notion de personne devait encore subir une autre transformation pour devenir ce qu'elle est devenue voici moins d'un siècle et demi, *la catégorie du moi*. Loin d'être l'idée primordiale, innée, clairement inscrite depuis Adam au plus profond de notre être, voici qu'elle continue, presque de notre temps, lentement à s'édifier, à se clarifier, à se spécifier, à s'identifier avec la connaissance de soi, avec la conscience psychologique », Marcel MAUSS, Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi", 1938, in « Sociologie et anthropologie », recueil de textes, 6^{ème} éd., PUF, Paris, 1995, p. 350, 357 et 359, (l'auteur souligne).

L'influence de la pensée de Platon sur la distinction du corps et de l'esprit, par le vecteur de la distinction de la matière et de l'idée, pourrait aussi constituer une bonne piste de réflexion. Cependant, un tel rapprochement devrait être opéré avec prudence dans la mesure où la *psychê* grecque ne se confondait pas avec l'esprit ou l'âme tels que nous les entendons aujourd'hui. Selon Jean-François Revel, la *psychê* platonicienne « ne possédait aucune des caractéristiques de l'âme immortelle telle que le christianisme nous a habitués à la concevoir, et ne s'opposait pas au corps, dont elle constituait en fait l'énergie vitale ». Et d'ajouter que « dans la mesure où un principe psychique se détachait de la réalité somatique, il était désigné par le mot *démon*, mais le démon correspondait plutôt à l'esprit voyageur des sorciers qu'à l'âme, principe spirituel impérissable, concept qui n'était pas encore familier à la pensée occidentale ». Cependant, l'auteur estime tout de même que l'âme platonicienne était « partiellement transcendante, dans la mesure où elle se rattache par un fil invisible au monde des Idées ». Bien que, pour Platon, l'âme ne fût pas une « substance » hétérogène au corps, « qu'il existait en elle une gradation la reliant au corps », Jean-François Revel considère *in fine* que, pour la première fois, l'idée d'une double nature, spirituelle et corporelle, de l'homme est légitimée « de façon raisonnée et explicite ». Jean-François REVEL, « Histoire de la philosophie occidentale. De Thalès à Kant », éd. Nil, Paris, 1994, p. 127 et 128.

critères médicaux larges et évolutifs, puisqu'elle résulte essentiellement d'une aptitude à la vie, plus précisément, « d'un faisceau de critères relatifs s'articulant autour des idées de maturité et de conformation et se manifestant par l'autonomie végétative de l'être dont la personnalité est en cause »¹¹². L'enfant doit être « né dans un état de développement suffisant, et doté des organes propres à assurer sa survie »¹¹³.

Le clivage du corps et de l'esprit définit l'être humain et, dès lors, participe à la construction du droit qui est de la réalité sociale. L'analyse ne doit cependant pas s'arrêter là, car les constructions socioculturelles ne concernent pas seulement la notion de personne, donnant naissance en droit à des « cas-limites » comme celui de l'embryon ou l'animal qui, selon certains, devrait être qualifié de sujet de droit¹¹⁴, mais d'autres notions comme celles du meuble et de l'immeuble, impliquant la reconnaissance d'exceptions ou de fictions lorsqu'elles sont conçues comme émanant du donné.

29. — **Le meuble et l'immeuble, des réalités construites.** La distinction du meuble et de l'immeuble n'a pour l'heure pas été démystifiée, même si la notion de propriété a fait l'objet de propositions doctrinales variées visant à modifier la conception juridique de l'appréhension des biens. À titre d'illustration, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, à de nombreux égards critiques¹¹⁵ de la distinction, écrivent que la manière dont sont appréhendés matériellement les meubles ou les immeubles corporels est différente et que cette différence est « irréductible »¹¹⁶. Ce qu'il faut remettre en cause, ce n'est pas l'irréductibilité de la différence du meuble et de l'immeuble, mais la nature de cette irréductibilité, socioculturelle et non naturelle. C'est seulement à ce prix qu'il sera possible de prendre conscience des limites des constructions juridiques et de s'interroger sur la possibilité ou non de les remettre en cause. Les études historiques de la division des biens qui gouverne notre code ont montré que la distinction du meuble et de l'immeuble, loin d'avoir toujours été une *summa divisio*, n'avait en droit romain que peu d'importance au regard de la distinction des choses de droit divin et des choses de droit humain¹¹⁷ ou de la distinction des

¹¹² Philippe SALVAGE, La viabilité de l'enfant nouveau-né, RTDCiv. 1976, n° 21, p. 740 et 741.

¹¹³ Jean-Luc AUBERT, « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », op. cit., n° 191, p. 195.

¹¹⁴ V. par ex. Caroline DAIGUEPERSE, L'animal, sujet de droit : réalité de demain, Gaz. Pal. 1981, 1, doctr. p. 160.

¹¹⁵ Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, « Les biens », PUF, 3^e éd., Paris, 2008, n° 88, p. 145 et 146. *Comp.* Paul LE FLOCH, « Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles », LGDJ, Paris, 1986, n° 63 et s., p. 70 et s. Selon ce dernier, l'exclusion des immeubles du fonds de commerce ne s'explique pas par la volonté du législateur, muet sur le sort de l'immeuble, mais préoccupé par le régime du droit au bail. Rien ne permet, à ses yeux, d'affirmer que la liste énumérant les éléments du fonds est limitative.

¹¹⁶ Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, op. cit. n° 89, p. 146.

¹¹⁷ « Institutes de Gaius », trad. Julien Reinach, 4^{ème} éd., revu et corrigé par Michèle Ducos, Les belles lettres, Paris, 1991, II, 2, p. 38 : « *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur : nam aliae sunt divini juris, aliae humani* ».

choses patrimoniales et des choses extra-patrimoniales¹¹⁸, même si la portée pratique de la distinction s'est accentuée au fil du temps¹¹⁹. Sous l'Ancien droit et sous l'impulsion des physiocrates, la richesse était essentiellement domaniale. Pourtant, le régime des biens était calqué, non pas sur la nature du bien, mais sur son importance économique, elle-même déterminée par la longévité et l'utilité de la chose¹²⁰. Les héritages, c'est-à-dire les immeubles frugifères et durables se distinguaient des cateux, immeubles de moindre importance économique soumis, à de nombreux égards, au même régime que les meubles¹²¹. Au Moyen Âge, les offices étaient des immeubles en dépit de leur caractère immatériel. La distinction reposait moins sur l'immobilisation des biens que sur leur caractère productif, ce qui n'est pas sans rappeler la distinction des *res Mancipi* et *res nec Mancipi* en droit romain. La distinction qui néglige l'importance des meubles (*res mobilis res vilis*) s'explique par la construction féodale de la société et le fait que les pouvoirs politiques et le statut des personnes dépendaient de la maîtrise du fief. L'importance de la distinction des meubles et des immeubles est donc relativement récente et ne peut être vraiment légitimée par l'histoire. Aujourd'hui encore, la dimension construite de la distinction est corroborée par le fait que des meubles puissent être immeubles par destination et des immeubles, meubles par anticipation.

En dépit de ses nombreuses applications pratiques¹²², la distinction des meubles et des immeubles ne peut pas non plus être totalement légitimée de ce point de vue, dans la mesure où, dès le XIX^e siècle, de nombreuses imperfections ont été dénoncées par la doctrine avec bien peu de résultats. Remettant en cause la *summa divisio*, Toullier a expliqué que la distinction des biens corporels et incorporels est « la plus générale, la plus exacte, la plus propre à faire connaître leur véritable nature »¹²³. De même, Demolombe a critiqué la suprématie des immeubles sur les meubles et écrit que « sous beaucoup de rapports, cette distinction a acquis, dans les sociétés modernes, un caractère de gravité qu'elle n'avait jamais eu autrefois » (...) et que la différence de régime « consiste à entourer les uns d'une sollicitude plus d'une fois excessive peut-être, et à ne pas, au

¹¹⁸ « Institutes de Justinien », texte établi par Alexandr KOPTEV, II. 1. « *De rerum divisione : Superiore libro de iure personarum euimus: modo videamus de rebus. quae vel in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur* ». « Digeste », texte établi par Alexandr KOPTEV, 1.8.0. « *De divisione rerum et qualitate* », citant Gaius, Ulpianus, Marcianus et Pomponius.

¹¹⁹ Paul Frédéric GIRARD, « Manuel élémentaire de droit romain », 8^e éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 265, n° II. Paul OURLIAC et Jehan De MALAFOSSE, « Histoire du droit privé », 2^e éd., t. II, PUF, Paris, 1971, p. 23 s., n° 9.

¹²⁰ Marcel PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », 5^e éd., t. I, LGDJ, Paris, 1908, n° 2193 s., p. 700 s.

¹²¹ Ibid.

¹²² Il est possible de citer parmi d'autres et, en dehors des modes d'acquisition des biens, le droit patrimonial de la famille, les sûretés, les voies d'exécution et le contrat, la jurisprudence ayant même estimé que la distinction est d'ordre public et ne peut être transgressée par la seule volonté des parties, ce qui est discutable. V. Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991, Bull. civ. III, n° 197 ; JCP, 1991, éd. G., IV, p. 339 ; D. 1991, I.R. p. 204 ; D., 1993, p. 93, note Isabelle FREIJ-DALLOZ ; RTDCiv., 1992, p. 144, obs. Frédéric ZENATI-CASTAING.

¹²³ Charles Bonaventure Marie TOULLIER, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code », 3^e éd., t. 3, B. Warée, Paris, 1821, p. 4, n° 6.

contraire suffisamment protéger les autres »¹²⁴. De son côté, Baudry-Lacantinerie a énuméré les applications pratiques de la distinction avant de déplorer que la maxime « *res mobilis res vilis* » ait été réaffirmée par le Code civil, alors qu'elle était « déjà vieillie à l'époque de la confection du Code civil et aujourd'hui complètement surannée »¹²⁵. Laurent, enfin, a proposé de supprimer la distinction qui, à ses yeux, se maintenait par l'histoire et la tradition sans être pourvue de « fondement rationnel », les deux sortes de biens « étant de même nature et ayant la même destination »¹²⁶.

L'analyse de la doctrine et la connaissance de l'évolution historique d'une distinction ne suffisent pas à remédier à des imperfections reconnues quasi-unaniment. Ni le critère de distinction des meubles et des immeubles, ni l'histoire ne permettent à eux seuls de comprendre le statut des meubles et des immeubles. Mais ce qui ressort de ces analyses est la notion de richesse et une phrase célèbre de Portalis en apprend beaucoup sur ce sujet : « La distinction des immeubles et des richesses mobilières nous donne l'idée des choses purement civiles et des choses commerciales. Les richesses mobilières sont le partage du commerce ; les immeubles sont particulièrement du ressort de la loi civile »¹²⁷. Or, la notion de richesse n'est une évidence ni naturelle, ni universelle. La configuration de l'immeuble est irréductible. De même, la différence entre les meubles et les immeubles est irréductible. Cependant, l'irréductibilité de la différence est culturelle et n'est pas liée à leur appréhension matérielle¹²⁸. Le droit, qui a lui-même une signification socioculturelle et doit, à ce titre, être considéré comme de la réalité sujette au doute, traite la réalité et, pour ce faire, il se confronte à des problématiques particulières aux contextes de réalisation culturelle. En prendre conscience permet de remettre en cause la compréhension des

¹²⁴ Charles DEMOLOMBE, « Traité de droit civil », t. IX-I, A. Lahure, Paris, 1881, p. 16, n° 28 et p. 33, n° 71.

¹²⁵ Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, « Précis de droit civil », t. 1, L. Larose et Forcel, Paris, 1882, p. 650, n° 1013.

¹²⁶ François LAURENT, « Principes de droit civil français », t. 1, 3^e éd., Bruylant et A. Marescq, Bruxelles et Paris, 1878, p. 188, n° 120. *Adde*, t. 5, p. 652, n° 529 : « On a reproché aux auteurs du code d'avoir méconnu l'importance de la richesse mobilière, en maintenant des maximes et des règles qui impliquent le dédain de l'industrie et des richesses qu'elle crée. Le reproche est fondé. On pourrait presque dire que le législateur français a oublié la fortune mobilière (...) Les légistes qui rédigèrent le code civil étaient attachés aux anciennes traditions, comme le sont tous ceux qui par profession interprètent les lois. De là l'importance excessive de l'élément traditionnel dans le code Napoléon (...) Cela prouve une chose, la nécessité de réviser les lois pour les mettre en harmonie avec les progrès qui s'accomplissent dans l'état social. Jadis on reculait devant tout changement dans les lois. C'est encore un préjugé des vieux temps. La vie étant progressive, le droit, qui est l'expression de la vie, pourrait-il rester stationnaire ? ».

¹²⁷ PORTALIS, « Discours préliminaire au premier projet de Code civil », collection voix de la Cité, éd. confluentes, Paris, 1999, p. 50.

¹²⁸ *Comp.*, par ex. Gérard CORNU, « Droit civil. Les biens », 13^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2007, n° 13. L'auteur estime, s'agissant des immeubles ou des meubles par nature, que leurs différences tiennent soit à la nature physique des choses, soit à leur valeur (*res mobilis res vilis*), soit à leur fonction sociale (l'immeuble ayant une fonction politique et familiale, le meuble une fonction commerciale), ces différences étant mises sur un même plan.

distinctions et du statut de certains cas ou situations qui, saisis par le droit, sont considérés comme des exceptions, des fictions ou des situations *sui generis*.

§2 Les données socioculturelles saisies par le droit : la notion d'index

30. — Précédemment, il a été rappelé que l'être humain se définit, dans la pensée occidentale, à partir de la binarité du corps et de l'esprit et que celle-ci a des incidences sur la construction du droit au regard de la philosophie de la responsabilité pénale, indexée à la notion de personnalité juridique et, son corollaire, la responsabilité. À ce stade, il convient de définir ce que sont l'index et le processus d'indexation pour pouvoir comprendre la manière dont les distinctions sont envisagées par la plupart des juristes. Pour ce faire, la manière dont la notion de personne est reçue dans le droit servira spécialement de fil conducteur.

31. — **L'entrée de l'Homme socioculturel sur la scène juridique.** Dès lors que le droit se construit à partir d'une définition de l'être humain, axée sur le clivage du corps et de l'esprit, il doit être admis que le droit ne construit pas ses propres notions en fonction de données naturelles mais de données socioculturelles. Cela implique que le droit n'a pas construit la notion de personne physique à partir de l'être humain, qui existe au plan du Réel, mais à partir de la personne socioculturelle, qui existe au plan de la réalité construite. Autrement dit, trois niveaux et non deux doivent être distingués pour comprendre la manière dont se réalise le droit en sachant que le premier, celui du Réel, n'a en fait aucune incidence sur le droit. Pour reprendre l'exemple de la distinction des meubles et des immeubles, un champ ne sera pas partagé de la même manière que de la nourriture mais ce n'est pas tant l'appréhension matérielle de ces biens qui déterminera les règles juridiques de partage que leur valeur symbolique qui n'est pas la même et qui influence leur régime juridique. La donation, très formelle s'agissant du champ, l'est beaucoup moins, s'agissant de la nourriture. Elle ne l'est pas du tout sur le plan juridique. Dans cette perspective, l'article 931 du Code civil prend tout son sens puisque ses rédacteurs – prédéterminés par la notion socioculturelle de la richesse, du partage et de leurs valeurs symboliques - n'ont pas pu en bonne logique imaginer que toutes les donations sans exception devaient être formalisées par un acte notarié. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une « coutume *contra legem* » comme ont pu le penser certains commentateurs¹²⁹, mais d'un pré-requis socioculturel au fondement de la distinction des meubles et des immeubles. De ce point de vue, le régime des dons manuels ne peut en aucun cas être considéré comme « une exception » au formalisme institué par l'article 931 du Code civil, impliquant qu'une coutume *contra legem*, dont on ne sait exactement d'où elle sort, contredit les dispositions

¹²⁹ V. par ex. Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1994, n° 503 s.

législatives et aboutit à cette anomalie qu'est l'exception. En réalité, il s'agit d'une trace normale du processus d'indexation, nécessaire à la réalisation du droit. Celui-ci développe ses projets en fonction de valeurs partagées, intégrées dans le discours du droit. Il est toutefois possible d'en retrouver des indices, ce qui montre d'ailleurs que le droit participe de la réalité et ne se contente pas de l'ordonner d'une manière objective.

Concernant la notion de personne physique, l'étymologie du masque dont Raymond Martin s'est servi pour analyser le concept de sujet de droit, permet d'éclairer plus avant ce propos. La thèse de Raymond Martin se résume ainsi : « le sujet existe distinctement de la personne »¹³⁰, puisque « le sujet est le masque juridique de la personne »¹³¹, *persona*. Cet aphorisme est exact et permet de s'interroger, d'une part, sur la nature de la personne qui figure derrière le masque et, d'autre part, sur les fonctions réelles du masque, lesquelles révèlent, par image, celles de l'index du droit lui-même.

La nature de la personne qui figure derrière le masque juridique a fait l'objet d'un questionnement de la part de Raymond Martin. Il s'est demandé par quel curieux cheminement, la doctrine en était venue à s'interroger sur la nature réelle ou fictive des personnes morales sans jamais prendre parti sur l'artificialité du concept de sujet de droit¹³². Selon lui, la question a été soigneusement évitée car elle aurait conduit « à renverser les colonnes du temple »¹³³ en renonçant au présupposé philosophique sur lequel est fondé l'humanisme juridique : « la réalité de la personne – sujet de droit est liée à la possibilité pour la personne d'avoir des "droits" (les droits de l'homme) antérieurs au droit, plus précisément à la règle de droit, au système positif des règles de droit. À la possibilité de donner à la personne des droits qui lui soient consubstantiels, avant même qu'elle n'entre comme sujet dans le droit existentiel, si bien que la personne apporterait ses droits avec elle dans le phénomène juridique et les imposeraient comme transcendantalelement supérieurs, et que la règle positive ne pourrait toucher à ces droits préexistants, mais devrait les respecter ». Et d'en conclure qu'attribuer des droits à « une personne humaine » avant qu'elle n'entre dans la sphère du droit, avant toute juridicité est « une absurdité logique », qu'il « faut s'y résigner, le sujet de droit ne se confond pas à la personne humaine ; il n'est qu'une fonction abstraite, dans un système lui-même abstrait de rapports qu'on nomme juridiques, et qui sont le résultat d'une activité spécifique de l'homme »¹³⁴. Le raisonnement de Raymond Martin est implacable, à ceci près qu'il ne semble pas

¹³⁰ Raymond MARTIN, *Personne et sujet de droit*, op. cit., n° 4, p. 787.

¹³¹ Ibid., n° 5, p. 788.

¹³² Ibid., n° 13, p. 794.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

faire la différence entre « la personne humaine » et « la personne socioculturelle »¹³⁵. À ses yeux, le sujet de droit est un des masques que revêt la personne humaine pour exercer des droits dans la sphère juridique. Or, si l'on admet l'étape intermédiaire de la personne socioculturelle, qui n'est pas la personne humaine issue du Réel, mais celle qui pense l'être humain à partir de la binarité du corps et de l'esprit, alors les données du débat s'en trouvent modifiées. Il serait alors loisible d'envisager que cette personne ne peut pas non plus se penser en dehors de ce fonds de droits humanistes qui caractérise sa culture. Cela aboutit automatiquement à nier la valeur universelle des droits de l'Homme¹³⁶, mais cela les réhabilite d'une certaine manière puisqu'ils demeurent antérieurs à l'entrée de la personne socioculturelle sur la scène juridique, conformément au postulat de la philosophie humaniste.

Anne Lefebvre-Teillard¹³⁷ fournit des arguments qui tendent à conforter cette thèse. À l'occasion d'une étude de la notion de personne, l'auteur explique que longtemps, en raison de l'influence du droit Romain, la personne humaine n'a été saisie par le droit qu'à travers son statut de *persona*, acteur de la vie juridique. Selon elle, la possibilité d'accorder ce statut peut expliquer, à Rome, la discrimination des acteurs de la vie juridique fondée, non sur la qualité d'être humain accessoire sur le plan juridique, mais sur cette condition essentielle qu'était la liberté. À partir du constat de la dissociation des qualités d'être humain et de sujet de droit, Anne Lefebvre-Teillard éclaire remarquablement le statut juridique des différentes couches de la société romaine avec, aux deux extrémités de l'échelle juridique, l'individu *sui iuris*, véritable sujet de droit, car libre, citoyen et non soumis à la puissance d'un père et l'esclave, en passant par l'étranger ou encore le non-émancipé, *alieni iuris*. Toujours selon l'auteur, la définition de la personne « par son statut » a laissé des traces durables dans le système juridique occidental, qui va peu à peu évoluer corrélativement à la disparition progressive de l'esclavage aboutissant finalement à la disparition de la distinction

¹³⁵ « Le sujet de droit individuel n'est pas la personne, il renvoie seulement à la personne. C'est un artifice du droit (on pourrait dire une fiction). Il fixe une fonction nécessaire du phénomène juridique », Raymond MARTIN, op. cit., n° 25, p. 802.

Dans la même perspective, v. Anne LEFEBVRE-TEILLARD, qui relève une polysémie du mot personne : « Emprunté par les Romains aux Grecs, le terme *prosopon* sur lequel s'est élaboré le concept de personne renvoie tantôt à l'Homme en tant que tel dans sa réalité physique concrète, à son "visage", tantôt à la figure abstraite dont l'Homme réel peut être revêtu, au "masque" du théâtre antique et par là au rôle qu'il symbolise », « Dictionnaire de la culture juridique », sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy – PUF, Paris, 2003, v° Personne.

¹³⁶ Sur ce point, v. Norbert ROULAND, « Introduction historique au droit », PUF, Paris, 1998, n° 299 s., p. 604 s. Selon Norbert Roulard, le concept des droits de l'Homme dans des sociétés non occidentales, comme l'Afrique noire traditionnelle, ou les sociétés fondées sur l'hindouisme ou le bouddhisme, constitue un non-sens. À ses yeux, l'organisation pluraliste de ces sociétés ne permet pas d'intégrer la conception individualiste des droits de l'Homme car les règles de partage des droits sont trop différentes. Elles y sont parfaitement étrangères. Comp. Mireille DELMAS-MARTY, La question des droits de l'homme en Chine, D. 2008, chron. p. 2182. L'auteur se place dans la perspective de l'internationalisation des échanges et propose de considérer les droits de l'Homme « davantage comme processus transformateurs que concepts fondateurs » pour dépasser les questions culturelles qui, selon elle, ne sont pas infranchissables.

¹³⁷ « Dictionnaire de la culture juridique », op. cit.

entre libre et non libre, puis, avec la Révolution, entre nobles et roturiers. Enfin, à la fin du XIX^e siècle, grâce à « l'épanouissement de la philosophie individualiste des droits de l'Homme (...) La personne *en elle-même, corps et âme*, prend place petit à petit : elle n'est plus seulement envisagée comme acteur de la vie juridique, mais aussi *dans ce qui fait son être*, son individualité »¹³⁸. Dès lors, la question est de savoir si la philosophie des Lumières a découvert subitement ce qui faisait réellement l'Homme ou si elle a simplement pris acte de ce qui fonde désormais la structure mentale de la pensée occidentale. Auquel cas, elle a remplacé un Homme par un autre Homme, mais certainement pas un Homme par un être humain Réel.

Considérer que ce n'est pas la personne humaine mais la personne socioculturelle qui entre dans la sphère du droit est, par ailleurs, l'occasion d'analyser toutes les fonctions du masque de la personne, *persona*, ce qui permet de mieux comprendre les fonctions du droit conçu comme un index.

Les fonctions du masque, les fonctions de l'index. Selon Marie-Anne Frison-Roche, « on a démontré que c'est la doctrine civiliste qui a inventé dans le droit romain la notion juridique de personne physique, précisément pour se dispenser de penser juridiquement le corps humain. Ainsi, la notion juridique de personne physique est une invention abstraite, destinée à faire écran entre le droit et le corps »¹³⁹. Effectivement, le droit contemporain semble s'être désintéressé du statut du corps humain jusque dans les années 40, au moment où la pratique des transfusions sanguines a posé la question du statut du sang, en tant qu'élément corporel isolé du corps dont il est issu¹⁴⁰. Cependant, il ne faudrait pas en déduire que le corps était absent du droit pendant toutes ces années. L'idée du masque pourrait aider à comprendre comment fonctionne l'index du droit. Le masque a trois fonctions : il donne une apparence (celle de la personne juridique), il sert, dans l'antiquité grecque, de porte-voix (des droits et des obligations reconnus en droit) mais aussi, il *dissimule* les

¹³⁸ Ibid., p. 1152, (nous soulignons). *Rappr.* Pierre MURAT, Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique, dr. fam., 1997, n° 9, chron. n° 9, p. 4 : « L'expression d'être humain, souvent confondue avec celle de personne juridique, prend peu à peu corps dans notre droit au fil des évolutions législatives et jurisprudentielles. La distinction entre ces deux notions, fondamentale dès lors que l'on s'intéresse à l'embryon, permet de construire, en accord avec les mentalités contemporaines, un droit qui concilie assez harmonieusement dimension symbolique et efficacité sociale ».

¹³⁹ Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit), op. cit., n° 29, p. 1051.

¹⁴⁰ Jean-Pierre BAUD, « L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain », op. cit. p. 191 et p. 212 : « Le parcours historique montre que la révélation juridique du corps fut toujours associée à la conscience d'une sacralité mêlée de trivialité, évocation qui entrave naturellement l'élaboration d'un discours juridique rationnel. C'est ce qui explique que la civilité romaine ait permis aux juristes de censurer la "réalité" corporelle en recréant un monde d'être immatériels (...) Lorsque les juristes furent brutalement sommés de voir le sang, puis le sperme, les organes et toute la mise en pièce du corps, ils furent confrontés à l'horreur de la science moderne, composée à la fois de ce dégoût physique (...) et de l'impression de frôler quelque chose de sacré », (l'auteur souligne).

traits jugés non pertinents dans le jeu de l'acteur. À l'image du masque, le droit est un index qui revêt ces trois fonctions et qui les intègre en son sein : il donne des formes, il dégage des traits pertinents qui se transforment en critères de qualification des droits et des obligations, il dissimule, enfin, les traits non pertinents du droit. Néanmoins, ceux-ci existent bel et bien et ont une fonction, qu'ils soient révélés lorsque le besoin s'en fait sentir ou même jamais révélés par le biais d'un statut.

L'index, un porte-voix à visée normative. La sélection des traits pertinents du droit est importante puisque, pour reprendre la théorie de Pierre Bourdieu, ils deviennent significatifs aux yeux des agents qui se situent objectivement dans un cadre donné. La sélection et la manipulation des traits pertinents, regroupés en catégories destinées à leur faire produire des effets juridiques, constituent le travail de base des juristes. Ces traits pertinents sont issus de la réalité socioculturelle, de sorte qu'opposer les traits « réels », c'est-à-dire conformes, soit au Réel, soit à la réalité construite, aux traits « fictifs », c'est-à-dire créés de toutes pièces par les juristes, n'a pas de sens. L'indexation, qui englobe à la fois la sélection et la manipulation des traits pertinents par l'interprétation, est le produit de la confrontation entre la réalité socioculturelle et le corpus juridique existant, constitué d'une série d'index ouverts à visée normative. Cette confrontation implique que les traits pertinents socioculturels subissent nécessairement une acculturation qui se définit rigoureusement comme le processus par lequel un groupe ou un individu assimile une culture différente de la sienne. Cependant, le droit est de la réalité et non une réalité parmi d'autres, ce qui impose une certaine prudence quant à son caractère normatif. Le droit a sans aucun doute une visée normative, mais le considérer comme un objet purement normatif est quelque peu réducteur de son activité fondamentalement axée sur l'intégration de données socioculturelles dans un processus de signification juridique.

De manière générale, sont pertinents les traits qui répondent à des impératifs culturels et sociaux. Ils sont significatifs, alors même que d'autres sociétés, ou d'autres époques, soit ne les jugent pas pertinents, soit n'ont pas même l'idée de les juger ou non comme tels. Les faits, parce qu'ils sont dépendants de la société qui les rend signifiants, sont hors du Réel, (c'est-à-dire de la nature). Le Réel échappe par hypothèse au regard et au jugement de l'Homme. Le droit intervient et réglemente, non ce qui est Réel, mais le fait socioculturel conçu par l'Homme comme fait socioculturel, et il l'éclaire sous un angle particulier : le droit des successions, le droit des biens ou le droit de la responsabilité, par exemple. Dans cette perspective, le droit est par essence ségrégatif. Il a même une propension à être éclaté. Cependant, dans le même temps, la sélection des traits pertinents s'effectue en considération du corpus existant. À titre d'illustration, le foulard islamique est devenu un trait pertinent lorsque les directeurs d'écoles, le Conseil d'Etat, puis le législateur, ont

pris position en s'interrogeant sur sa compatibilité avec les valeurs de la République. Une fois posée, la problématique a conduit les acteurs à cerner la valeur en cause, en l'occurrence, le concept de laïcité, à lui faire produire des effets juridiques en délimitant le champ de l'interdiction à tous les signes religieux ostensibles. Ce qui est un trait pertinent positif dans les sociétés musulmanes est devenu un trait pertinent négatif en droit français. De même, la signification du foulard change dans une même société, en fonction de la définition de la notion de laïcité. Pour la laïcité – neutralité, le foulard est insignifiant, tandis que pour la laïcité – combative, il constitue une atteinte aux fondements mêmes de la République. Le même objet est translaté dans des imaginaires différents et c'est ce qui produit le choc. Cet exemple illustre le cas de deux traits pertinents qui divorcent au contact de deux sociétés différentes. Il témoigne aussi de ce que l'appropriation par le droit d'un fait devenu trait pertinent, puis critère d'un droit ou d'une obligation, se construit par étapes en considération des catégories existantes d'un corpus, dont la nature évolue en retour au contact de l'indexation. Cependant, le droit n'est pas uniquement constitué de catégories et de statuts et c'est ce que nous pourrions désigner comme sa face cachée.

L'index, un voile à visée normative. L'index n'a pas pour fonction de jeter un voile d'ignorance rawlsien¹⁴¹ sur les yeux des destinataires du droit. Il ne s'agit pas de manipuler

¹⁴¹ John RAWLS, « Théorie de la justice », trad. Catherine Audard, Seuil, Paris, 1987. Dans la théorie de John Rawls, le voile d'ignorance (n° 24 s., p. 168 s.) permet de mieux comprendre les principes de la justice qui devraient, dans l'esprit de l'auteur, être rapportés à la société, afin de former le squelette des institutions de base, ainsi que des droits et des obligations qui les accompagnent. Bien qu'elle ne soit pas conçue comme un absolu, la justice est considérée par John Rawls comme le « bien premier » de la société dans la mesure où elle doit aboutir à réduire certaines injustices sociales en les rectifiant, parfois, et en annulant les jugements moraux, toujours (sur ce point, v. Jean-Pierre DUPUY, Les inégalités justes selon John Rawls, *in* Rapport public du Conseil d'État, 1996, « Sur le principe d'égalité », La documentation française, Paris, 1997, p. 181). En effet, John Rawls considère que la clef des injustices sociales réside dans la capacité des institutions à creuser les différences nées des capacités naturelles et, surtout, des capacités nées du milieu social. Bien que les injustices s'avèrent le fruit du hasard, la société ne peut valablement s'en accommoder sans verser dans l'arbitraire. Par exemple, si John Rawls ne remet pas en cause l'attente légitime de chacun à obtenir une part de biens proportionnelle aux efforts déployés, il conteste le crédit porté à ces efforts car les conditions de départ ne sont jamais égales. L'idée du mérite s'en trouve ainsi fortement relativisée.

Dès lors, le contrat social rawlsien vise à rendre certaines inégalités compensatoires acceptables. Pour ce faire, l'auteur imagine une « position originelle », dans laquelle les Hommes seraient détachés des contingences de la vie et où nulle position sociale ne fausserait le jeu de l'égalité. Les Hommes sont mis en situation d'ignorance de leurs atouts naturels et sociaux dans le cadre d'une société dont ils ignorent les règles. Placé dans l'ignorance de son destin, chacun est censé accepter les inégalités compensatoires, puisque tous s'imaginent pouvoir être placés dans la nécessité de bénéficier de telles mesures. L'Autre peut alors en bénéficier présentement sans subir les effets des ambitions particulières ou de « l'envie », le pire des maux pour le bien commun. Soumis au voile d'ignorance, les Hommes sont censés opter pour la justice, ce qui signifie que ses principes devraient véritablement constituer l'armature des institutions sociales. Dans la conception rawlsienne, le bien se définit comme l'acquisition de « biens sociaux premiers ». John Rawls distingue les biens fournis par la Nature, comme la santé, la force physique, l'intelligence ou l'imagination, dont la possession ne dépend, selon lui, que modérément de l'organisation sociale (ce qui est discutable), des biens sociaux, comme les droits et les libertés, les pouvoirs, les revenus et les fortunes, ainsi que « les bases sociales du respect de soi-même », dont la répartition et la quantité dépendent largement des institutions. L'efficacité des principes de justice commande une conception publique de la justice que l'auteur définit en deux temps : « premièrement, chacun accepte et sait que les autres acceptent les mêmes principes de la justice

l'opinion pour la contraindre doucement à un état donné de justice sociale. Le droit participant de la réalité et ne se réduisant pas à un simple outil normatif d'ordonnancement, il comporte des traits pertinents qui n'impliquent pas nécessairement des critères de qualification. Ces traits sont généralement jugés non pertinents par l'observateur car ils ne permettent pas d'aboutir à un statut, à une catégorie. Pourtant, ils sont pertinents dans le sens où ils existent¹⁴² et s'accompagnent parfois d'un ou de plusieurs régimes juridiques.

Quel est le critère de qualification de l'embryon ? Il n'est pas vraiment une chose, il n'est à coup sûr pas une personne juridique, il est « une personne en devenir », « une personne future », « une personne par destination »¹⁴³, « un sujet de droit, conditionnel au regard du droit civil, potentiel au regard du droit pénal »¹⁴⁴ ou, selon la conception la plus récente, « une chose sacrée »¹⁴⁵, ce qui, nous le verrons dans la deuxième partie de cette thèse, peut être discuté d'un point de vue épistémologique. Il n'est pas évident de qualifier¹⁴⁶ l'objet étudié lorsqu'il n'entre dans aucune catégorie connue et lorsque, de surcroît, cette catégorie est issue de la *summa divisio* des choses et des personnes conçue comme une opposition¹⁴⁷. En fait, cela s'avère impossible. Pourtant, les traits pertinents de l'embryon qui conduisent à tort à s'interroger sur son statut le meilleur, sont non seulement normaux mais nécessaires à la réalisation du droit. La figure du masque ne pourrait pas s'animer sans acteur. Le droit se réalise aussi à travers ce qui est caché. Ainsi, c'est parce qu'on a isolé le corps de l'esprit et caché le corps que la responsabilité pénale est ce qu'elle est. Là est le nœud de la distinction – indexation à l'opposé de la distinction – opposition qui ne fait que révéler ce qui est donné. S'agissant de l'embryon, il serait loisible de se demander si d'autres manières de le distinguer et - donc de le protéger - ne seraient pas envisageables en dehors d'un statut qui se

et, deuxièmement, les institutions de base de la société satisfont, en général, et sont reconnues comme satisfaisant ces principes », (n° 1, p. 31).

¹⁴² « Ce qui *peut* être montré *ne* peut pas être dit » ; « ce dont on ne peut parler, il faut le taire ». Ludwig WITTGENSTEIN, « Tractatus logico-philosophicus », Gallimard, Paris, 1961, 4.1212 et 7.

¹⁴³ Xavier LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant "in utero" personne par destination ?, J.-Cl. Code civil, 2007, art. 16 à 16-13, fasc. 54.

¹⁴⁴ V. sur ce point René THÉRY, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D. 1982, chron. n° 35, p. 231.

¹⁴⁵ À propos du corps humain, v. Jean-Pierre BAUD, « L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain », op. cit., spéc. p. 212 s. Xavier LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant "ex utero" chose sacrée ?, J.-Cl. Code civil, 2006, art. 16 à 16-13, fasc. 52.

¹⁴⁶ V. René THÉRY, op. cit., qui pense que la condition juridique de l'embryon, loin d'être uniforme, se transforme : l'embryon passant du statut de « chose » à celui « d'être à protéger » au cours de son évolution fœtale.

¹⁴⁷ « Le non-sujet de droit s'obtenant, semble-t-il, en faisant pivoter sur elle-même une notion déjà reçue dans le vocabulaire juridique, celle du sujet de droit, il serait logique de partir de celle-ci. Seulement elle-même recèle tant de fragilités, d'obscurités : est-il possible de pivoter sur des nuages ? », Jean CARBONNIER, « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 232. Pour une étude plus approfondie de la réflexion menée sur ce sujet par le doyen Carbonnier, v. *infra*, la deuxième partie de cette thèse, titre II, Chap. I.

subsume sous la distinction des choses et des personnes¹⁴⁸. La distinction – opposition présente le grave inconvénient de n’offrir au regard que des statuts : le statut du meuble, le statut de l’immeuble, celui de la personne physique et celui de la personne morale. Pour le reste, les immeubles par destination, les immeubles par attache à perpétuelle demeure, l’embryon... ce sont des objets dont on considère soit qu’ils entrent *de force* dans une catégorie, soit qu’ils sont *indifférenciés*, c’est-à-dire sans réel statut, qui doivent à ce titre être régis à partir, au mieux d’exceptions, au pire de fictions, le tout étant une anomalie du droit, une sorte de hiatus dans sa belle ordonnance. La distinction – indexation remédie à ces écueils en permettant de mieux comprendre les réalités auxquelles les juristes sont confrontés.

Le corpus juridique et ses séries d’index. La notion d’index est issue de la linguistique et fait appel à la notion de corpus. Rigoureusement, le corpus se définit comme « l’ensemble de textes établi selon un principe de documentation exhaustive, un critère thématique ou exemplaire en vue de leur étude »¹⁴⁹. Le droit ne se réduit évidemment pas à un ensemble de textes qui pourraient être compilés à la manière du *corpus juris* de droit romain. Il comprend un ensemble de pratiques, d’interprétations et d’automatismes mais, surtout, il est établi et organisé dans une intention. Cette intention est le propre de l’index conçu, en lexicologie, comme « une liste des formes ou des unités relevées dans un texte »¹⁵⁰. Le droit peut être conçu comme un corpus, c’est-à-dire comme un discours à visée normative d’un ensemble de pratiques. Ce discours est organisé et s’appuie pour cela sur des définitions, des divisions, des catégories, mais aussi sur d’autres procédés destinés à intégrer dans le droit des notions non qualifiées nécessaires à la réalisation de son discours. L’ensemble de ces outils forme les index du droit. Ils sont pluriels et peuvent de ce point de vue être appréhendés en séries. Par ailleurs, ils sont ouverts dans la mesure où ils ne prennent sens que dans l’interprétation, ce que nous étudierons plus précisément dans la deuxième partie de cette thèse. Une donnée socioculturelle ne prend une signification qu’à partir du moment où elle devient un trait pertinent, c’est-à-dire lorsqu’elle est indexée au corpus lui-même signifiant. Dans cette perspective, les exceptions, les fictions et les situations *sui generis* ne devraient servir qu’à vouloir dénoncer leur caractère non pertinent au regard de l’ambiguïté que leur confère une logique de subsomption qui ne se justifie pas nécessairement dans l’optique d’un discours à visée normative.

¹⁴⁸ Cf. *infra*, partie II, tit. II, chap. I, sect. 1.

¹⁴⁹ Le Trésor de la langue française informatisé, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>, v° Corpus.

¹⁵⁰ TLF, v° Index.

32. — CONCLUSION

Au terme de ce chapitre, nous avons tenté de démontrer que toutes les distinctions sans exception sont construites. L'analyse de la systématisation du donné et du construit par François GénY a révélé une première limite de la distinction lorsqu'elle est conçue comme une opposition émanant du donné. Cette limite réside dans la polarisation du raisonnement juridique sur des statuts alors même que les juristes ont conscience de leurs imperfections. L'introduction de la notion d'indexation a permis d'envisager une autre manière de comprendre des réalités généralement conçues comme des exceptions, des fictions et des situations *sui generis*, c'est-à-dire des anomalies qui mériteraient dans l'absolu d'être systématisées. Elle a aussi permis de penser le droit dans sa dimension socioculturelle et de construire des outils épistémologiques d'étude, comme le corpus et l'index. Ceux-ci sont destinés à comprendre comment la réalité qu'est le droit parvient à se réaliser en traitant des situations concrètes, y compris lorsqu'elles sont conçues comme anormales.

La distinction – opposition comporte cependant un second inconvénient. En effet, ne pas avoir conscience que toute distinction est le produit d'une double construction, au niveau socioculturel et au niveau juridique, pose un problème directement lié au processus d'indexation car distinguer est alors confondu avec classifier.

CHAPITRE II

LA REDUCTION DE LA DISTINCTION A UNE CLASSIFICATION

33. — Dès lors que la distinction est considérée comme émanant du donné, seule la classification qui en résulte fait l'objet d'analyses critiques. Il s'agit d'une grave confusion de la distinction et de la classification du point de vue de l'index. L'observateur entre dans une logique exclusivement taxinomique en cherchant, à travers la distinction, à avoir une vue d'ensemble de l'objet étudié.

Après avoir tenté de démontrer que la distinction ne se confond pas avec la classification (section 1), il sera loisible d'envisager l'implication de cette confusion, c'est-à-dire la recherche impossible d'une vue d'ensemble. Pour ce faire, nous nous appuierons sur la distinction du droit privé et du droit public, une *summa divisio* propre à vérifier si la recherche d'une vue d'ensemble se justifie dans une perspective historique (section 2).

Section 1 La confusion de la distinction et de la classification

34. — La croyance en des distinctions fondées sur le Réel empêche logiquement l'observateur de s'interroger sur ses origines socioculturelles. Dans cette perspective, celui-ci ne se réfère pas à l'index dont est issue la distinction et ne peut donc pas la remettre en cause. Seule la classification qui résulte de la distinction fait alors l'objet d'analyses doctrinales, ce qui est problématique puisque l'index de la classification n'est pas nécessairement le même que celui de la distinction originelle. Marie-Laure Mathieu-Izorche¹⁵¹ emploie le terme « d'univers de référence » pour insister sur la nécessité absolue de circonscrire l'univers d'un discours, d'une distinction, d'une classification ou d'un rangement, ce dernier comportant, à ses yeux, une condition de hiérarchisation des objets étudiés. Elle démontre, par une logique mathématique, qu'il est possible de tirer des conséquences radicalement différentes, en fait étrangères, d'une même et unique classification. L'univers de référence traduit une certaine conception du monde et, en ce sens, il est la preuve que le droit est *de* la réalité et non un simple entregent entre l'Etat et les citoyens ou entre une collectivité d'individus.

Les index distincts de la distinction et de la classification. Un premier exemple extra-juridique présente l'avantage de montrer comment les distinctions et les classifications se construisent d'une manière générale. Les deux types d'action ont pour point commun de se construire dans une intention, ce qui implique que tous deux sont nécessairement indexés à un corpus. Cette intention se traduit généralement par une problématique qui se définit comme l'art de poser les problèmes. Le problème peut s'imposer, les critères choisis pour le résoudre dépendent de l'observateur : « Les questions que l'on se pose sont précisément en nombre égal aux choses que nous connaissons (...) Telles sont donc les sortes de questions que nous nous posons, et c'est dans les réponses à ces questions que consiste notre savoir »¹⁵². La problématique implique une manière de concevoir le rapport aux choses et un certain découpage de la réalité. Elle intervient à plusieurs niveaux dans le raisonnement juridique et, spécialement, elle est aussi bien antérieure que postérieure au regroupement catégoriel.

¹⁵¹ « Le raisonnement juridique », PUF, Paris, 2001, spéc. p. 127 s. ; *Adde*, *Réflexions sur la distinction*, Mél. Christian Mouly, t. I, Litec, Paris, 1998, p. 53 ; *L'ordre et le droit*, Mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 731 ; *Propositions méthodologiques pour la comparaison*, R.I.D.C., 2-2001, p. 289.

¹⁵² ARISTOTE, *Les seconds Analytiques*, II, 1, 21 et II, 2.

La problématique est d'abord antérieure au regroupement catégoriel. La classification a une fonction propre, elle est déterminée par une intention qui s'incarne dans le régime juridique. Elle puise son énergie dans la problématique qui justifie son existence et ne découle pas nécessairement de la distinction d'origine. La classification nécessite un niveau d'indexation que ne comporte pas la distinction. Par exemple, la tasse à thé se distingue de la tasse à café, le pot à lait de la vache, le sucrier de la salière (tous ces objets n'ayant que des rapports métonymiques). Un premier regroupement catégoriel consisterait à séparer les objets construits dans une intention de ceux non construits. La vache, productrice de lait, devrait à ce titre être séparée des contenants, les tasses. Le second regroupement catégoriel viserait à construire un service à thé : seront choisis la théière, la tasse à thé, le pot à lait, le sucrier. Seront écartées la tasse à café, la salière. Chaque objet, distingué individuellement, s'insère dans un ensemble qui ne dépend pas nécessairement de la distinction d'origine et cet ensemble forme un index. Le regroupement catégoriel n'a parfois rien à voir avec les distinctions d'origine. Cet espace de regroupement, l'index, a sa fonction propre, il est donc problématisé.

L'index de la distinction des choses et des personnes. Malgré de nombreuses tentatives, et d'un avis quasi-unanime, l'embryon n'a pas de réel statut. Les difficultés d'établissement de ce dernier sont rattachées à la distinction des choses et des personnes, puisque la doctrine tente d'indexer l'embryon à l'une ou l'autre de ces catégories. Mais si les imperfections de la *summa divisio* sont connues, celle-ci n'est en réalité jamais remise en cause en tant que telle. Seules les classifications qui en découlent sont la cible des commentateurs. Les critères de la personnalité juridique, laquelle est la classification par excellence de la personne, sont ainsi régulièrement remis en cause. Ils sont accusés de tous les maux et spécialement d'empêcher la construction d'un statut de l'embryon : « La loi du 29 juillet 1994 revisitée en août 2004 nous parle de l'enfant conçu, entré sur la scène juridique du fait des progrès des sciences de la vie. Le législateur lui a-t-il donné un statut ? Rien n'est moins sûr. Tout en reconnaissant à l'être humain "le droit au respect dès le commencement de sa vie" (C. civ., art. 16) le législateur a délibérément évité d'entrer dans le débat relatif à la *personnalité* de l'enfant conçu. Or peut-on esquiver cette question ? *L'embryon, le fœtus sont-ils oui ou non des personnes pour le juriste ?* Cette question est fondamentale car elle commande toutes les réponses : *si l'enfant conçu est une personne, il sera protégé au titre du droit des civil et pénal des personnes*. S'il ne l'est pas, on ne pourra évidemment pas faire appel au droit des personnes pour le protéger. Il faudra alors recourir à un autre fondement juridique pour comprendre le sens des textes et les appliquer convenablement. C'est parfaitement logique. L'enfant conçu est-il donc une personne ? N'est-il au contraire qu'une fraction du corps de sa mère ?

L'embryon n'est-il qu'une chose lorsqu'il se trouve *in vitro* ? »¹⁵³.

Cette argumentation traditionnelle¹⁵⁴ montre que, quelle que soit la position adoptée *in fine*, le raisonnement doctrinal se concentre sur *les droits* de l'embryon directement ou indirectement (à travers ceux de la mère, voire du père)¹⁵⁵, c'est-à-dire sur les droits reconnus aux êtres qui bénéficient de la personnalité juridique laquelle, s'agissant des personnes physiques, se définit comme « une qualité immatérielle »¹⁵⁶ attribuée par la loi aux êtres humains vivants et viables de la naissance à la mort. Le débat ne peut que tourner court puisque la classification de départ interdit d'emblée l'attribution de la personnalité juridique à l'embryon et donc la reconnaissance de droits subjectifs. Dans la mesure où il n'existe pas de droits en dehors de la personnalité juridique, y compris en présence de certaines anomalies tolérées comme le montre l'exemple de la société en participation, la classification n'offre aucune porte de sortie. La seule possibilité restante consiste à revenir sur la distinction originelle des choses et des personnes car l'index de la distinction et celui de la classification de la personnalité juridique ne sont vraisemblablement pas les mêmes. La classification juridique de la personnalité juridique est, s'agissant des personnes physiques, « une qualité immatérielle »¹⁵⁷ attribuée par la loi aux êtres humains vivants et viables, c'est-à-dire de la naissance à la mort.

La distinction des choses et des personnes est axée sur la possibilité ou non d'une appropriation, laquelle est construite sur le concept socioculturel de la propriété. Elle conduit, par exemple, à s'interroger sur le régime des éléments de la personne devenues choses comme les cheveux, le sang, les organes, selon qu'ils peuvent ou non faire l'objet d'une appropriation, onéreuse ou gratuite. La

¹⁵³ Xavier LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu, J.-Cl. Code civil, 2006, art. 16 à 16-13, fasc. 50, n° 1.

¹⁵⁴ V. par ex. Pierre MURAT, Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'Homme, note sous CEDH, 8 juillet 2004, dr. fam., 2004, n° 10, comm. 194. Pierre Murat commente une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, dans le cadre d'une interruption involontaire de grossesse pratiquée accidentellement par un médecin ayant confondu deux patientes, pose en postulat le caractère indécidable de la reconnaissance ou non de la qualité de personne de l'enfant à naître. L'auteur parle de « magistrale dérobade » et de « gymnastique intellectuelle fort peu convaincante » et tente d'éclairer la polysémie du mot personne pour interpréter « le droit à la vie » protégé par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme : « Toute la question est donc de savoir si le terme "personne", au sens de l'article 2, renvoie à la notion de "personne humaine", d'être humain, ou à la notion plus étroite de "personne juridique", de sujet de droit. Dans ce débat, comme en droit pénal interne où la valeur protégée (...) paraît être celle de la vie humaine elle-même bien plus que l'aptitude à être titulaire de droits et obligations (...), nous pensons que la primauté du droit à la vie (...) milite plutôt en faveur d'une acception large ».

¹⁵⁵ Frédéric SUDRE, Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie, mélanges Christian Mouly, t. I, Litec, Paris, 1998, p. 375.

¹⁵⁶ Xavier LABBÉE, « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », th. Lille, Presses universitaires de Lille, 1990. *Adde*, Respect et protection du corps humain. L'enfant conçu, op. cit., n° 7 : « La personne est donc le sujet de droits, c'est-à-dire l'être à qui la loi accorde des droits subjectifs ayant ou non une valeur pécuniaire réunis en un patrimoine, reflet de la personnalité juridique ».

¹⁵⁷ Xavier LABBÉE, « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », op. cit.

classification résultant de la personnalité juridique est axée sur les droits et les obligations mêmes de la personne. Il est donc exclu que cette classification puisse donner naissance à un statut de l'embryon. Ce ne sont pas les critères de la personnalité juridique qui sont en cause, mais la conception de la propriété qui est à l'origine de la distinction des choses et des personnes. Tant que cette notion ne sera pas repensée¹⁵⁸, l'embryon ne pourra être considéré ni comme une chose, ni comme une personne ; remettre en cause la classification sans faire l'effort d'analyser l'index de la distinction originelle, semble, dans cette perspective, voué à l'échec.

Le fait que la distinction des choses et des personnes soit considérée comme un donné explique les flottements¹⁵⁹ dans l'interprétation de l'article 1128 du Code civil que l'on ne parvient plus à comprendre : les choses « hors du commerce », qui de ce fait ne peuvent faire l'objet de conventions, le sont-elles « par nature » ? Cette thèse, très affirmée au XIX^e siècle¹⁶⁰, suppose

¹⁵⁸ À cet égard, v. Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, « Manuel de droit des personnes », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 2006, n° 260 s., p. 220 s. Les auteurs ont tenté de repenser la notion de propriété à travers le concept de la personne et spécialement des droits de la personnalité. La personnalité est conçue comme un bien, dans la mesure où la personne constitue « l'assiette même des prérogatives considérées », (n° 260, p. 220). Dans cette perspective, la prérogative ayant pour objet la personnalité est un droit subjectif, défini comme « le moyen pour chacun de tirer profit des utilités de sa personne en accordant à autrui, le cas échéant en échange d'une contrepartie, la licence d'en jouir, dans les limites de l'ordre public de la personne et notamment des principes de dignité et d'extra-patrimonialité du corps humain », (n° 261, p. 221). Cette prérogative revêt, dans la conception des auteurs, les caractères du droit de propriété, défini comme l'instrument par lequel une chose confère à la fois un pouvoir d'exclusivité et une liberté de disposer à son détenteur. Selon les auteurs, il est, dans cette perspective, exclu de classer le droit de propriété parmi les biens, puisque le droit leur est extérieur, qu'il traduit seulement un pouvoir. Dès lors, le droit de propriété peut tout aussi bien concerner des biens extra-patrimoniaux et même des attributs personnels. En bonne logique, les auteurs en concluent que la prérogative ayant pour objet la personnalité est un droit de propriété. Pour une explication approfondie de la notion de propriété, v. aussi « Les biens », PUF, 3^e éd., Paris, 2008, n° 163 s., p. 259 s.

¹⁵⁹ Des auteurs évoquent les « tabous » de l'article 1128 du Code civil et considèrent que certaines règles « viennent du fond des âges et sont constantes ; d'autres varient d'une époque à l'autre ». Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2007, n° 601.

¹⁶⁰ V. Charles Bonaventure Marie TOULLIER, « Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil », 1811 – 1831, continué et complété par J.-B. DUVERGIER, vol. 3 (ancien t. V), F. Cotillon et J. Renouard et Cie, Paris, 1845, n° 157 s., p. 194 s., spéc. n° 159 et 162 : « Si l'on se demande quelles sont les choses qui ne peuvent être un objet des conventions, il faut répondre que ce sont celles qui *par leur nature*, ne sont susceptibles d'être un objet de commerce, d'être échangées contre une autre chose, cédées pour un prix, etc., et, pour tout dire en un mot, qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. Le jurisconsulte Paul a fort bien observé qu'il y a des choses hors du commerce par la nature même, qu'il y en a d'autres qui ne le sont que par le droit civil, par les mœurs de chaque cité (...) On peut ranger en trois classes les choses qui, étant par leur nature hors du commerce, ne peuvent être l'objet de conventions, 1° les choses que les jurisconsultes appellent communes ; 2° les droits inhérents à la souveraineté ; 3° les droits contraires à la liberté et à l'indépendance des personnes », (l'auteur souligne).

Rappr. Jean CARBONNIER, « Droit civil », 22^{ème} éd., t. IV, Les obligations, PUF, Paris, 2000, n° 55, p. 121 : « Rationnellement, la nullité impliquée dans l'a. 1128 devrait être réservée aux hypothèses où l'interdit prononcé par la société tient à la *nature même de la chose* qui fait l'objet de son contrat : - soit que cette chose ait un caractère sacré comme religieux (...) ou même, par extension, qu'elle soit intimement liée à la personne (...), - soit que, jugée impure et maléfique, elle doive être retirée de la circulation juridique (drogue, substance polluée, vache atteinte de la maladie de la vache folle), - soit que, faisant partie des attributs (quasi-sacrés) de la souveraineté, elle ne puisse être matière d'un trafic entre les individus (fonction publique, droit de vote) »,

qu'une chose peut par essence être exclue du champ des conventions, ce qui montre que la distinction des choses et des personnes est parfois conçue comme une évidence naturelle. Dans cette perspective, il devient difficile d'expliquer comment certains objets comme les clientèles civiles¹⁶¹ quittent le champ de l'illicéité et comment d'autres, comme les contrefaçons, peuvent l'intégrer. Parallèlement, du point de vue de la classification des objets illicites, il devient ardu de trouver un point commun entre les contrefaçons et les conventions de mères porteuses en dehors du fait que le contrat encourt la nullité en raison de l'illicéité de l'objet¹⁶². Les contrefaçons ont trait à la loyauté des transactions commerciales, les conventions de mères porteuses au respect du corps humain et à son indisponibilité. L'un est anti-commercial¹⁶³, l'autre est pour l'heure a-commercial, de sorte que le rapport de subsomption est impossible en l'état. Au visa de l'article 1128 du Code civil combiné avec l'article 1598 pour les contrefaçons, la jurisprudence considère pourtant que tous deux constituent des choses qui ne sont pas dans le commerce. Une conception doctrinale récente opte pour une voie consensuelle puisqu'elle choisit le *statu quo* et tente d'établir de nouvelles distinctions au sein de la catégorie en cherchant des fondements différents à chaque sous-groupe d'objets illicites¹⁶⁴. Les données du débat ne changent guère, puisqu'il s'agit de tenter d'établir le

(l'auteur souligne).

¹⁶¹ La cession d'une clientèle médicale est licite à condition que la liberté de choix du patient soit préservée, Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, Bull. civ., I, n° 283 ; R. p. 366 ; D. 2001, p. 2400, note Y. AUGUET ; ibid., somm. p. 3081, obs. J. PENNEAU ; ibid., chron. p. 2295, obs. Y. SERRA ; D. 2002, somm. p. 930, obs. O. TOURNAFOND ; JCP 2001, II, 10452, note F. VIALLA ; ibid., I, p. 301, n° 16, obs. J. ROCHEFELD ; JCP E. 2001, p. 419, note G. LOISEAU ; Defrénois 2001, p. 431, note R. LIBCHABER ; cont. conc. cons., 2001, n° 18, note L. LEVENEUR ; ibid. chron. n° 7, obs. M. CHEMTOB ; petit. aff. 14 juin 2001, note M. KOLECK-DESAUTEL ; RTDCiv. 2001, p. 130, obs. J. MESTRE et B. FARGES ; ibid. p. 167, obs. Th. REVET ; Rev. dr. sanit. soc. 2001, p. 317, note G. MÉMETEAU.

¹⁶² Cass. com., 24 septembre 2003, Bull. civ., IV, n° 147 ; D. 2003, p. 2683, note Ch. CARON ; ibid. somm. p. 2762, obs. P. SIRINELLI ; RTDCiv. 2003, p. 703, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTDCiv. 2004, p. 117, obs. Th. REVET ; JCP 2004, I, p. 123, obs. G. LOISEAU ; petit. aff. 28 mai 2004, note M. TRICOIRE et note M. PARANCE ; rev. comm. com. électr., 2004, n° 3, n° 32, p. 36, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; RTDCom. 2004, p. 284, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; JCP E., 2004, p. 114, note C. CASTETS-RENARD ; RDC 2004, p. 337, obs. Ph. BRUN. S'agissant des conventions de mères porteuses, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Bull. civ. n° 4 ; R. p. 247 ; D. 1991, p. 417, rapp. M. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; JCP 1991, II, 21752, comm. J. BERNARD, concl. M. DONTENWILLE, note F. TERRÉ ; RTDCiv. 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER ; Defrénois, 1991, p. 948, obs. J. MASSIP ; RRJ 1991/3, p. 843, note M. BARTHOUIL. *Adde*, Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2003, Bull. civ., I, n° 252 ; D. 2004, p. 1998, note É. POISSON-DROUILL. D. 2005, panor. p. 541, obs. J.-C. GALLOUX ; Defrénois 2004, p. 592, obs. J. MASSIP ; dr. fam. 2004, n° 17, note P. MURAT ; RJPF 2004-4/35, obs. Th. GARÉ ; RTDCiv. 2004, p. 75, obs. J. HAUSER. V. aussi sur la nullité de la convention de prélèvement d'un tatouage, Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1972, JCP 1972, II, 17135.

¹⁶³ La doctrine majoritaire considère que les contrefaçons ne sont pas des objets hors du commerce et que le contrat de vente devrait être annulé sur le seul fondement de l'article 1598 du Code civil qui prohibe les infractions à la législation. V. les notes préc. sous Cass. com. 24 septembre 2003, ainsi que, s'agissant des clientèles civiles, par ex. Christian LARROUMET, « Les obligations. Le contrat », 5^{ème} éd., t. III, Economica, Paris, 2003, n° 399.

¹⁶⁴ V. Distinguant les choses hors marché et les choses hors commerce, ces dernière étant des choses mais qui ne sont pas indifféremment rattachées à telle personne ou à telle autre. Les choses hors commerce se définissent comme « des choses corporelles ou incorporelles (droits notamment) permettant à la personne physique d'avoir et de conserver une qualification juridique par laquelle elle peut être désignée elle-même, et traitée dans les actes du droit, comme humaine », la « personne humaine juridique » étant conçue sous son « double aspect, physique et spirituel » puisqu'elle est « un corps et une âme » qui fait l'unité de l'humain.

statut de différents objets au regard d'une classification sans avoir égard à la distinction originelle de départ.

De ce point de vue, la question consisterait en réalité à se demander à quelle valeur symbolique renvoie l'idée que l'on puisse s'approprier l'enfant qui, selon la conception romaine reprise par la pensée chrétienne, a fait partie des viscères d'une femme, *pars viscerum matris*, donc d'une mère, même si médicalement c'est-à-dire « rationnellement ou scientifiquement », chacun sait que la mère porteuse n'est pas la mère biologique, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une gestation pour autrui et non d'une procréation pour autrui¹⁶⁵. Le fait que sous couvert d'indisponibilité du corps humain, il soit interdit « de vendre son ventre » (en fait, ses viscères au sens Romain) est révélateur de cette donnée socioculturelle et explique aussi pourquoi une partie de ceux qui se montrent favorables à la licéité de ces conventions plaident en faveur de leur gratuité¹⁶⁶. La rationalité ou la scientificité n'est d'aucun secours en ce domaine et seule la question socioculturelle permettrait d'apaiser le débat en optant en conscience soit pour le maintien d'une valeur symbolique, impliquant l'interdiction des conventions de mère porteuse, soit pour son abandon, entraînant leur reconnaissance sous conditions réglementées. Il n'appartient évidemment pas à la doctrine ou au juge de répondre à cette question, mais il est du devoir de la première de la poser.

En attendant, la seule position tenable s'agissant des conventions de mère porteuse semble être purement pragmatique. Elle consiste à rejeter l'interprétation voyant dans l'article 1128 du Code civil le principe d'un interdit absolu et à opter pour sa relecture. Selon une interprétation non littérale, l'article 1128 ne bannirait rien du champ des conventions, pas même ce qui a trait au corps humain. Il se justifierait par l'idée que les conventions ne sont pas nécessairement mercantiles et ne peuvent être encadrées et réglementées (jusqu'à l'interdiction absolue) qu'à condition d'être reconnues comme des conventions et non des objets hors du droit appartenant à l'ordre du Réel. Il est en effet plus aisé de maîtriser des rapports conventionnels qui peuvent évoluer que d'exclure par principe des objets dont on ne connaît pas à l'avance les qualités – politiques, culturelles,

Isabelle MOINE, « Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique », bib. de droit privé, t. 271, LGDJ, Paris, 1997, spéc. n° 186, p. 129 et n° 407, p. 267. V. aussi Grégoire LOISEAU, Typologie des choses hors du commerce, RTDCiv. 2000, p. 47.

¹⁶⁵ Le groupe de travail du Sénat sur la maternité pour autrui, constitué au mois de janvier 2008 et destiné à réfléchir à la levée ou au maintien de l'interdiction des conventions de mères porteuses, a distingué la procréation de la gestation pour autrui et n'a envisagé que la seconde hypothèse. Il a conclu en faveur de son autorisation sous conditions réglementées. V. le rapport d'information de la commission des lois du Sénat, n° 421, du 25 juin 2008 ; Aude MIRKOVIC, La maternité pour autrui, D. 2008, comm. p. 1944 ; Maryline BRUGGEMAN, Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, dr. fam., n° 9, 2008, alerte 77.

¹⁶⁶ Valérie DEPADT-SEBAG, Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par CA Paris, 25 oct. 2007), D. 2008, p. 434. Comp. Isabelle MOINE, qui réfute l'idée que la gratuité serait le signe de l'extra-commercialité, cette dernière étant plus largement rattachée à la notion d'indisponibilité « de nature, de constitution » qui concrétise la relation de la chose à la personne humaine juridique. « Les choses hors commerce », op cit., spéc. n° 148 s., p. 103 s. et n° 409, p. 269.

historiques, sociologiques - qui pourraient les faire entrer ou sortir du commerce. La solution consisterait à conserver toutes choses dans le giron du droit y compris celles dont on pense à un certain moment qu'elles ne pourront jamais faire l'objet de conventions. Les conventions se rapportant à certaines choses (le sang, les médicaments, les stupéfiants, etc.) seraient, ce qui est déjà le cas, soumises à des règles particulières allant de l'interdiction absolue à l'aménagement très directif, règles sanctionnées par la nullité absolue.

Concernant l'embryon lui-même, l'indexation de départ est mise en défaut puisqu'elle dépend de la distinction des choses et des personnes, laquelle est axée sur une conception de l'appropriation faisant obstacle à l'établissement d'un statut. Cela ne signifie pas pour autant que l'embryon n'est soumis à aucun régime ou qu'il n'existe pas pour le droit. En effet, et c'est l'objet de la deuxième partie de cette thèse, l'indexation ne requiert pas nécessairement un haut niveau de généralité et d'abstraction. Le droit est constitué d'une série d'index ouverts et il peut parfaitement se réaliser selon des ordres contextuels restreints aptes à différencier, et donc à donner une identité à des objets non qualifiés. Intellectuellement, cette conception est probablement peu satisfaisante mais elle fonctionne et c'est bien l'objet du droit.

L'index de la distinction des meubles et des immeubles. Le statut des biens montre, quant à lui, que la distinction - opposition ne concerne pas uniquement les « cas limites » comme celui de l'embryon. Le montage par lequel un bien meuble devient immeuble et inversement est considéré comme une fiction ou une exception car il est fonction d'une donnée supposée naturelle. L'immeuble est conçu comme ce qui est ancré dans le sol, le meuble comme ce qui n'est pas ancré dans le sol, alors que cette distinction est aussi fondée sur une construction de la notion de propriété axée sur la richesse. Ainsi, le chien et la chaise se distinguent nettement du point de vue de la perception. Pourtant, en droit des biens, ils ne produisent pas d'effet juridique distinct du point de vue de la possession. Ils sont regroupés autour d'une propriété, la mobilité. En revanche, le chien, à la différence de la chaise, peut faire l'objet de sévices¹⁶⁷ ou de mauvais traitements¹⁶⁸ au sens pénal, car il est un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité. Il peut aussi faire l'objet d'expériences scientifiques¹⁶⁹, sous certaines conditions réglementées. La caractéristique retenue

¹⁶⁷ Article 521-1 du Code pénal. Voir aussi, les articles L 215-11 et L 214-3 du Code rural.

¹⁶⁸ Articles R 654-1 et R 654-2 du Code pénal.

¹⁶⁹ Articles 511-2 du Code pénal, L 914-3 du Code rural. Voir les décrets n° 87-849 du 19 octobre 1987, relatif aux expériences pratiquées sur les animaux ; n° 2001-464 du 29 mai 2001, relatif aux expériences pratiquées sur les animaux ; n° 2005-264 du 22 mars 2005, portant création d'un Comité national de réflexion éthique sur l'expérimentation animale ; Décret n° 2007-409 du 23 mars 2007 portant publication du protocole d'amendement à la Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, fait à Strasbourg le 22 juin 1998.

porte, cette fois, non sur sa mobilité, mais sur le fait que c'est un être vivant dit « sensible »¹⁷⁰. Il ne peut, en revanche, être commercialisé sous forme de produit comestible, ce qui le différencie de la vache (ou plutôt du « bœuf », puisqu'on ne mange pas de « vache » dans l'univers culturel de la consommation) et fait de lui un vivant particulier. L'axe de classement dépend moins d'une caractéristique prétendument naturelle (même si le chien est réellement un vivant mobile), que de la problématique qui se pose à l'occasion de l'objet indexé à une catégorie.

35. — En considérant que certaines distinctions ont un « fonds naturel et immuable », on ne tient pas compte du double niveau d'indexation propre à la distinction et à la classification. La conséquence de cette confusion est que les situations qui ne peuvent être classées sont considérées comme des anomalies alors qu'elles sont le propre de l'indexation issue d'une construction socioculturelle. Si l'on n'a pas conscience des données socioculturelles infiniment subtiles et organisées présidant à la construction du droit, on ne peut plus comprendre les réalités auxquelles on est confronté. L'observateur entre en effet dans une logique taxinomique le conduisant à rechercher une vue d'ensemble idéale de l'objet étudié.

¹⁷⁰ Sur ce point, v. le rapport relatif au régime juridique de l'animal de Mme Suzanne ANTOINE, présidente de la Chambre honoraire de la Cour d'appel de Paris, présenté au Garde des Sceaux le 10 mai 2005 et les observations critiques de Xavier LABBÉE adressées au Garde des Sceaux et au Secrétaire d'état à l'agriculture. Selon ce rapport, la qualité d'être vivant sensible justifierait la création d'une catégorie juridique au titre des « biens protégés ». Ce rapport n'a finalement pas été repris par la Chancellerie. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000297/index.shtml>.

Section 2 La recherche impossible d'une vue d'ensemble : perspectives historiques de la distinction du droit privé et du droit public

36. — Dans la mesure où la distinction du droit public et du droit privé est supposée englober tout le droit selon deux catégories générales, elle apparaît comme la plus propre à illustrer cette tentative d'une vue d'ensemble qui caractérise parfois la science juridique. En confondant les niveaux d'indexation de la distinction et de la classification, l'observateur entre dans une logique taxinomique, c'est-à-dire cherche, à travers la distinction, à avoir une vue d'ensemble de l'objet étudié. La croyance en la possibilité d'une vue d'ensemble idéale est caractéristique de la distinction – opposition qui ne tient pas compte du phénomène d'indexation propre au droit. Dans la mesure où les distinctions sont le résultat d'une confrontation entre des données socioculturelles et le corpus juridique qui est lui-même de la réalité, il est permis de s'interroger sur la valeur et l'utilité scientifiques de la transformation du droit en un outil désincarné d'ordonnancement destiné à saisir une réalité molle et fuyante, qui n'a en fait aucune influence sur le droit. Une approche historique de la construction du droit public et du droit privé témoigne de ce que cette distinction ne s'est pas construite selon une vue d'ensemble, ni de manière simultanée, ni en opposition.

Les études historiques ont retracé la construction du droit public et du droit privé. En tant qu'historiens du droit, Georges Chevrier¹⁷¹ et Albert Rigaudière¹⁷² estiment que les juristes du Moyen-âge avaient conscience de l'existence de la distinction, présente en droit romain, mais qu'ils ne lui accordaient pas de valeur classificatoire. Georges Chevrier prend l'exemple de la tutelle des mineurs et du testament considérés, selon lui, « à certains égards comme de droit public et à d'autres comme de droit privé ». Chacun, écrit-il, était « libre de répartir, dans un seul tableau, selon son optique particulière, les différents sujets groupés d'après leurs interférences naturelles et leurs rapports avec le bien commun de la société ! »¹⁷³. Le droit positif était plus volontiers mis en parallèle avec le droit naturel.

¹⁷¹ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, APD, t. I, « La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique », 1952, p. 5.

¹⁷² Pratique politique et droit public dans la France des XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, APD, t. 41, « Le privé et le public », 1997, p. 83.

¹⁷³ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc., p. 7.

Pourtant, les auteurs ne s'accordent pas à déterminer l'époque et les raisons de la conceptualisation de la distinction aujourd'hui proche du dogme. D'après Georges Chevrier, l'apparition de la distinction du droit public et du droit privé s'explique à la lumière de la conjonction de divers facteurs historiques. Selon lui, la distinction n'a pas pu émerger sous l'Ancien droit en raison de « la survie fragmentaire du régime seigneurial jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, son hostilité au cloisonnement du droit en catégories tranchées, jointe à une conception absolutiste du pouvoir qui ne permettait guère à un particulier de revendiquer des droits vis-à-vis de l'Etat »¹⁷⁴. Ce sont donc essentiellement des raisons politiques qui expliquent que la distinction, présente dès le XIII^e siècle dans la pensée juridique savante, ait connu de grandes difficultés à pénétrer les sources coutumières du droit. Ce n'est qu'aux XVII^e et XVIII^e siècles que les deux droits recouvrent des domaines distincts, bientôt en concurrence, et George Chevrier l'explique ainsi : « le progrès des instruments de la pensée juridique : art de définir, méthode de classification, sens de l'observation, goût du raisonnement, d'où dépendait en fin de compte la réussite d'une division du droit en branches divergentes, se lie étroitement à l'évolution socialo-politique, comme au mouvement intellectuel qui se dessine au milieu du XVII^e siècle pour s'accélérer à partir de 1715 »¹⁷⁵. À ce stade, il est permis d'observer que cette période du début du XVIII^e siècle correspond à un très large mouvement taxinomiste dans les autres domaines de la science, le système raffiné de distinctions et de classifications construit par Linné en constituant le meilleur témoignage. La révolution du droit n'était donc pas isolée et s'est inscrite dans un mouvement général de grande ampleur. La concentration du pouvoir dans la personne du Monarque, tout en étant un obstacle à la revendication individuelle des droits, aurait eu pour effet de stabiliser le droit régal. Cette stabilisation aurait à son tour permis aux auteurs, devenus plus libres, de construire un droit public « général »¹⁷⁶, selon des vues critiques inconcevables auparavant. D'objet d'éducation des Princes et des conseillers, le droit public serait devenu une branche d'éducation « civile », les publicistes cherchant, non plus seulement des principes propres à un Etat, mais aussi des principes universels liés directement à la philosophie du droit naturel, comme, par exemple, les origines du pouvoir. Dès lors, toujours selon Georges Chevrier, les deux droits ont pris des directions différentes, le droit privé ayant pour ambition première de ramener l'unité au sein d'une kyrielle de textes romains et coutumiers : « la rédaction systématique et de plus en plus détaillée des coutumes régionales, l'utilisation de l'immense arsenal des textes romains confinèrent les auteurs dans une tâche plus rigoureuse que celle des publicistes, mais aussi moins dangereuse. La synthèse des droits

¹⁷⁴ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc., p. 9 et 10.

¹⁷⁵ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc., p. 52.

¹⁷⁶ Par opposition au « droit public particulier », qui serait axé sur les règles publiques particulières à un Etat. Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc. p. 54 à 57.

provinciaux emprunta la voie rassurante de la comparaison, ou recourut à la hiérarchie des valeurs reconnues. Les promoteurs ne se lancèrent pas à la découverte d'une chaîne de principes rationnels »¹⁷⁷. Parallèlement à une évolution structurelle du pouvoir, une divergence de méthodes et de fins expliquerait la scission des deux droits. Georges Chevrier conforte l'idée de ceux qui considèrent que les deux droits ont des « esprits » différents¹⁷⁸.

Les conclusions de François-Xavier Testu¹⁷⁹ diffèrent, en partie, de celles de Georges Chevrier. L'auteur attribue l'émergence du droit public à un seul homme : Jean Bodin (1529-1589), père de la notion de souveraineté. Il aurait, selon lui, imaginé une forme de gouvernement destinée à garantir la stabilité du pouvoir étatique, menacé par les factions politiques. L'ambition du juriste et philosophe était de contrôler la souveraineté et de résoudre la « contradiction d'une pensée où se trouvent en même temps l'affirmation novatrice de l'absolutisme monarchique et une mise en lumière des limitations du pouvoir royal »¹⁸⁰. Il aurait, pour cela, procédé en deux temps : concentration de la souveraineté sur la personne du Roi, au lieu du peuple, par nature incontrôlable, puis, soumission de la souveraineté à un corps de règles spécifiques, le droit public. Georges Chevrier considère, au contraire, que la notion de souveraineté a été un frein à l'établissement de deux droits séparés, car la puissance souveraine, caractérisée par son unité, s'accommodait mal d'une « séparation abstraite et souvent factice, qui supposait d'autres modalités institutionnelles »¹⁸¹.

Albert Rigaudière¹⁸² attribue, de son côté, la naissance de la distinction, non pas à la construction théorique d'un homme, ni même d'ailleurs à la doctrine des XVII^e et XVIII^e siècles, mais plutôt à la pratique politique des XIV^e et XV^e siècles, laquelle contribue, selon lui, à la naissance d'un Etat distinct de la personne du Roi. À travers différentes illustrations, il démontre la

¹⁷⁷ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc., p. 55 et 56. L'auteur estime cependant que la scission entre les deux droits ne se réalise pleinement qu'ultérieurement : « la chute des vestiges de la seigneurie et de son système de justices et de tenures, l'apparition dans les institutions de la distinction entre le gouvernement, l'administration et l'ordre judiciaire faciliteront la libération finale du *jus privatum* et permettront l'élaboration décisive d'une division bipartite du droit, bientôt exaltée par la conjonction de l'individualisme et du régime d'Etat. Préparée dans les derniers siècles de l'ancien Régime, la coupure n'atteindra sa profondeur qu'après la disparition de la monarchie », préc., p. 57.

¹⁷⁸ V. Prosper WEIL, qui parle de « l'ambiance du droit public », Le critère du contrat administratif en crise, Mél. Marcel Waline, « Le juge et le droit public », t. 2, LGDJ, Paris, 1974, p. 831.

¹⁷⁹ La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, D., 1998, II, chron., p. 345, spéc. p. 348.

¹⁸⁰ La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, préc., p. 350. V. cepend. Simone GOYARD-FABRE, « Jean Bodin et le droit de la République », PUF, Paris, 1989. L'auteur réfute toute idée d'absolutisme dans la pensée de Jean Bodin.

¹⁸¹ Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, préc., p. 10.

¹⁸² Pratique politique et droit public dans la France des XIV^e et XV^e siècles, préc.

manière dont des institutions d'origine privée, comme la succession ou la propriété acquièrent peu à peu une spécificité lorsqu'elles s'appliquent au pouvoir royal et à ses attributs, souvent grâce à des concepts romains. À titre d'exemple, le sens du terme « couronne » va évoluer dès 1150, lorsqu'il est demandé aux Grands de prêter serment non au Roi, mais « *regno et coronae* ». La couronne, distinguée du règne et du roi, est désormais « une entité composée d'un ensemble de biens, de droits et de prérogatives qui transcendent la personne du Roi »¹⁸³. Objet extra-patrimonial et public, la règle de l'inaliénabilité s'impose rapidement au détriment des règles privées de transmission successorale. Le concept romain d'*universitas* contribue, par ailleurs, à donner une personnalité juridique à des villes, à des communautés d'habitants, ou même à des corps de métiers, qui sont progressivement soumis à un corps de règles spécifiques¹⁸⁴. Selon lui, l'évolution des institutions, du Roi et autour du Roi, a contribué à modifier la conception française de la souveraineté, le droit public s'affirmant peu à peu du XIII^e siècle au XV^e siècle.

Les opinions des auteurs divergent quant à la hiérarchisation et l'importance des raisons de la naissance du droit public. Ils s'accordent néanmoins à penser que la distinction du droit public et du droit privé est liée à l'évolution de la structuration sociale, c'est-à-dire, d'une part, à la disparition progressive du droit intermédiaire composé des droits seigneuriaux et, d'autre part, à l'émancipation du pouvoir vis-à-vis de la personne du Roi. Par ailleurs, tous considèrent le droit public comme affranchi, non du droit privé lui aussi en construction¹⁸⁵, mais des conceptions privées des rapports humains ce qui est tout à fait différent. La notion de personnalité morale, liée à la notion de souveraineté, semble avoir fortement contribué à la naissance du droit public.

Ces études historiques permettent de prendre conscience des limites de la systématisation du droit public et du droit privé, constat qui ne permet pas de résoudre les difficultés pratiques de qualification. L'étude de la distinction du droit public et du droit privé montre qu'aucun critère¹⁸⁶ ne permet à lui seul d'appréhender la réalité et que les qualifications ne sont possibles qu'au prix de sa déformation¹⁸⁷. Loin d'épuiser les possibilités de classement, la distinction est source de difficultés

¹⁸³ Pratique politique et droit public dans la France des XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, préc., p. 88.

¹⁸⁴ Pratique politique et droit public dans la France des XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, préc., p. 102 à 105.

¹⁸⁵ François OLIVIER-MARTIN, Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français, Mél. Sugiyama, Association japonaise des juristes de langue française, Tokyo, 1940, p. 263.

¹⁸⁶ Spécialement, s'agissant du droit public, les critères du service public, de la puissance publique et de l'intérêt général, Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGNET, « Dictionnaire de droit administratif », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008, v^o Droit administratif ; Michaël KÖHLER, Le droit pénal entre public et privé, APD, t. 41, 1997, p. 199 ; Conduisant à une réflexion sur la notion d'Etat : Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », 1953, éd. de La Baconnière, Neuchâtel, 1988, chap. XII, p. 162 s. ; Comp. Laurent RICHER, Service public et intérêt privé, APD, t. 41, 1997, p. 293

¹⁸⁷ À titre indicatif, *Sur les analyses du droit public généralement centrées sur les critères du droit administratif*, v. Léon DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », 3^{ème} éd., t. I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927, § 64 s., p. 680 s. ; George VEDEL, « Droit administratif », Thémis, PUF, Paris,

dans la mesure où elle peut être mobilisée par les plaideurs, la doctrine, voire les juges eux-mêmes afin de poser un problème et de parvenir à une solution, laquelle diffère selon le corps de règles appliqué. Le droit du travail, le droit rural, le droit forestier ou le droit aérien ne peuvent, par exemple, être considérés comme de simples subdivisions de la *summa divisio* dans la mesure où ces classifications dépendent de relations matérielles qui, en tant que telles, impliquent et des règles de droit privé et des règles de droit public¹⁸⁸. Plus précisément, le Tribunal des conflits sait fort bien quelles seront les conséquences de la décision qu'il va rendre sur la compétence et il n'est pas douteux que, dans certains cas, ce paramètre détermine en partie la désignation de tel ou tel ordre de

1961, p. 45 ; Didier TRUCHET, La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? À propos de la catégorie juridique en droit administratif, in « Clefs pour le siècle », Dalloz, Paris, 2000, p. 443 ; Charles DEBBASCH, Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?, Mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127 ;

Sur les analyses du droit privé et spécialement sa « publicisation », v. Charles EISENMANN, droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP, 1952, p. 903 ; Et, à l'inverse, sur la primauté du droit privé, Henri MAZEAUD, Défense du droit privé, D. 1946, chron. V, p. 17 ;

Sur les interactions du droit public et du droit privé, v. Joseph CHARMONT, Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile, RTDCiv. 1906, variétés p. 813 ; René SAVATIER, droit privé et droit public, D. 1946, chron. VII, p. 25 ; Jean RIVERO, droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ?, D. 1947, chron. XVIII, p. 18 ;

Sur les tentatives de dépassement de la distinction autour « des relations publiques » et « des relations privées » nouées dans les "institutions", v. Jean DABIN, « Théorie générale du droit », 1943, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1969, n° 85 s., spéc. n° 89, p. 103 ; François RIGAUX, droit public et droit privé dans l'ordre juridique international, Mél. Jean Dabin, I, Bruylant – Sirey, Bruxelles – Paris, 1963, p. 247 ;

Ou par l'eupéanisation des deux sphères, v. Antoine WINCKLER, Public et privé : l'absence de préjugé, APD, t. 41, 1997, p. 301 ;

Sur la remise en cause de la dualité des juridictions, v. Pierre DRAI, Être juges... et juger..., RFDA, 1990, p. 694 ; Roland DRAGO, Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA, 1990, p. 757 ; Pierre DELVOLVÉ, Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, Mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 135 ; Didier TRUCHET, Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, Justices, 1996, n° 3, p. 53 ; Roland DRAGO et Marie-Anne FRISON-ROCHE, Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative, APD, t. 41, 1997, p. 135 ; Raymond MARTIN, Sur l'unité des ordres de juridictions, RTDCiv. 1996, p. 109 ;

Plus nuancés, v. Jacques ROBERT, Le juge administratif et la liberté individuelle, Mél. Marcel Waline, t. II, LGDJ, Paris, 1974, p. 719 ; Jean RIVERO, Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, Mél. Marcel Waline, op. cit., t. II, p. 701 ; Francis-Paul BENOIT, Les fondements de la justice administrative, Mél. Marcel Waline, op. cit., t. II, p. 283 ; René CHAPUS, Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA, 1990, p. 739 ; Marcel WALINE, À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent, RDP, 1961, p. 8 ; Jacques CHEVALLIER, Du principe de séparation au principe de dualité, RFDA, 1990, p. 712 ; François BURDEAU, Les crises du principe de dualité de juridictions, même revue, p. 724 ; François JULIEN-LAFERRIÈRE, La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ?, Mél. Roland Drago, Economica, Paris, 1996, p. 395 ;

Pour une collaboration parallèle des deux ordres de juridiction, v. André DAMIEN et Jacques BORÉ, Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile, RFDA, 1990, p. 777 ; Marceau LONG, L'état actuel de la dualité de juridictions, même rev., p. 689 ; Bernard STIRN, Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel, Justices, 1996, n° 3, p. 41 ;

Sur l'eupéanisation de la justice, v. George VEDEL, La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?, même revue, p. 698 ;

Ou sa constitutionnalisation dans le cadre d'une eupéanisation, Louis FAVOREU, La constitutionnalisation du droit, Mél. Roland Drago, op. cit., p. 25, *Adde*, L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, Mél. Léo Hamon, Economica, Paris, 1982, p. 235.

¹⁸⁸ V. François RIGAUX, Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international, op. cit., p. 250.

juridictions¹⁸⁹. Sur ce point, Marcel Waline se montre très critique et dénonce, à propos de la responsabilité civile personnelle des agents publics à l'égard des administrés, ainsi que de la notion de voie de fait, « l'illégitimité du processus intellectuel qui consiste à faire précéder le jugement de la question de compétence par le choix des règles de droit que l'on souhaite voir appliquer »¹⁹⁰.

Tout en ayant conscience des défauts de la distinction, aucune voie n'a vraiment permis de la dépasser. Cela montre que les inconvénients de la distinction du droit public et du droit privé ne peuvent et ne doivent pas être résolus sur un plan logique. Ce n'est pas la distinction particulière qu'il faut remettre en cause mais la manière globale de distinguer et d'appréhender les deux pôles du droit public et du droit privé. L'illustration de la distinction du droit public et du droit privé est forte dans la mesure où elle constitue un critère de référence pour beaucoup de juristes. Il en va toutefois de même pour toute distinction qui se présente *a priori* comme logique et systématique¹⁹¹.

¹⁸⁹ En ce sens, v. Marcel WALINE, À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridictions compétent, op. cit., p. 15.

¹⁹⁰ Ibid., p. 17. Marcel Waline nuance cependant ses propos en considérant notamment que qualifier n'est pas juger et que, « dans la plupart des cas, le procès ne se trouve nullement préjugé par la qualification donnée, par exemple, au contrat litigieux ». *Rappr.* Charles EISENMANN qui pose le problème en trois termes : soit la compétence juridictionnelle et le droit applicable sont indépendants l'un de l'autre, soit le règlement de la compétence juridictionnelle commande le droit applicable, soit, enfin, c'est le droit applicable qui se règle ou se décide en premier, et c'est l'application d'un des deux droits qui entraîne ou implique la compétence des deux ordres de juridictions. Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, Mél. Jacques Maury, t. II, Dalloz-Sirey, Paris, 1960, p. 279.

¹⁹¹ Sur la distinction du droit civil et du droit commercial, v. *infra*, tit. II, chap. II, sect. 2.

37. — CONCLUSION

Séparer le droit public et le droit privé en deux sphères autonomes semble vain et le travail doctrinal mené pour trouver un critère satisfaisant de distinction a largement montré les faiblesses de la *summa divisio*. C'est pourquoi, à la lumière de l'expérience historique, ces mêmes auteurs ont proposé non d'abolir la distinction, ancrée dans les institutions et les mentalités, mais de considérer le droit public et le droit privé comme deux faces d'un même tout. Dès lors la question fondamentale est de savoir spécifiquement ce que l'on entend par "tout". C'est l'objet du second titre, si l'on considère que ce tout est nécessairement unitaire. *A priori*, le contexte de la naissance du droit privé et du droit public invalide formellement l'idée que le droit n'est cohérent qu'à l'aune du principe d'unité du droit, principe qui pourrait procéder d'une confusion des index de la distinction et de la classification. Le développement parallèle du droit privé et du droit public n'a abouti ni à l'éclatement, ni au chaos et implique la nécessité de s'interroger sur la validité scientifique d'une approche unifiante du droit.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

38. — Au terme de ce premier titre, plusieurs aspects de la distinction, telle qu'elle est traditionnellement conçue, ont été abordés. Nous avons tenté de démontrer que les distinctions n'émanent pas du donné mais sont toutes construites à partir de données socioculturelles s'inscrivant dans une réalité organisée et différenciée, distincte de l'ordre du Réel. Plusieurs enseignements découlent de ce constat. S'agissant des distinctions et, toujours dans une perspective de construction, il n'est plus évident de considérer que les situations qui ne correspondent pas aux critères de qualification des différents regroupements catégoriels soient des exceptions, des fictions ou des situations *sui generis*. Ces situations perdent leur statut puisqu'elles sont le résultat normal d'une confrontation entre des données socioculturelles et un corpus juridique lui-même organisé dans une intention. Les notions juridiques ne sont pas indépendantes de la réalité et bâties à force d'abstraction. Elles sont le produit de plusieurs niveaux d'indexation, dont le premier, qui ne peut être éludé, relève de la réalité construite. En effet, la distinction – opposition présente le grave inconvénient de soumettre le droit à des paramètres non maîtrisables parce que non identifiés. Dès lors qu'une distinction est conçue comme émanant du Réel, elle ne peut logiquement plus être remise en cause sauf à émettre un jugement de valeur moral, par définition, relatif. C'est pourquoi les notions de corpus juridique et d'index ont été proposés à l'étude. À partir de ces instruments, le droit est conçu comme un corpus constitué d'une série d'index ouverts, ces index ayant la double particularité de mettre en lumière des statuts, d'une part, et de cacher certains traits pertinents au sein d'un corpus signifiant, d'autre part. Leur fonction est de permettre une autre approche de la distinction, pas seulement anthropologique comme cela été le cas jusqu'à présent, mais aussi épistémologique. Ils doivent permettre à terme de comprendre certaines réalités auxquelles les juristes sont confrontés.

Arrivé à ce point du raisonnement, la distinction – opposition a été remise en cause comme mode de pensée, puisqu'il est apparu qu'elle ne se confond pas avec la classification qui relève d'un index distinct de celui de la distinction et qu'elle ne peut pas valablement être idéalisée au travers de la recherche d'une vue d'ensemble de l'objet étudié. La distinction n'a pas seulement une visée taxinomique mais consiste essentiellement en un processus d'indexation par et dans le droit. Cela implique l'abandon d'une vue d'ensemble idéale de l'objet étudié, *a fortiori* lorsque cet objet est le droit lui-même.

TITRE SECOND

L'EXACERBATION

DE LA DISTINCTION – OPPOSITION

PAR LA PENSÉE SYSTEMIQUE

39. — Se réclamant de la systématisation de François Gény, Claude du Pasquier illustre un courant qui pense le droit comme un ensemble dont l'origine est sociétale ou culturelle, mais qui n'en demeure pas moins non-contradictoire. L'auteur écrit que « la volonté incluse dans les règles juridiques est conçue comme *une*. Le pouvoir social qui les consacre ou, si l'on veut, le législateur est *a priori* censé d'accord avec lui-même. Par conséquent un ensemble de règles régissant une communauté ne se comprend que comme un faisceau lié par la logique »¹⁹². La volonté d'accorder le statut de Science au droit, par l'étude de la cohérence logique de son contenu, est manifeste. Aux yeux de Claude du Pasquier, le système constitue une œuvre de généralisation. Les juristes s'attachent à découvrir, par induction, les principes généraux qui se cachent derrière les règles particulières. Les institutions juridiques, définies comme « un ensemble typique de relations organisées par le droit »¹⁹³, forment les noyaux de ces règles, les principes généraux en constituant les piliers. Et d'en déduire que « la systématisation juridique a donc entraîné le droit vers l'abstrait : d'où son caractère technique et plus scientifique »¹⁹⁴.

Il n'existe pas un mais des systèmes juridiques et pratiquement à chaque auteur correspond un

¹⁹² Claude DU PASQUIER, « Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit », 1937, 4^{ème} éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel – Paris, 1988, n° 158, p. 140, (l'auteur souligne).

¹⁹³ Claude DU PASQUIER, op. cit., n° 160, p. 141.

¹⁹⁴ Claude DU PASQUIER, op. cit., n° 162, p. 143.

système. Néanmoins, la notion de système implique une appréhension commune de la distinction dans la mesure où celle-ci vise à organiser la pensée pour comprendre l'objet qu'est le droit, dans sa dimension de traitement de la réalité sociale. La systématisation est proprement « une organisation destinée à créer une habitude linguistique »¹⁹⁵. Elle apparaît donc comme doublement performative puisque toute organisation implique un projet ou une intention de la part de l'observateur et que la langue modifie, en tant que telle, l'objet communiqué qui devient signifiant, ne serait-ce que par l'imagerie culturelle à laquelle renvoie la langue écrite ou parlée¹⁹⁶. L'idée du système est connotée car elle se fonde sur une vision de la distinction conçue en termes de dualité et de non-contradiction. Ces principes correspondent aux caractéristiques de la distinction – opposition bien que ces dernières soient conceptualisées. Il n'est en effet pas question de dire que le système émane du donné puisque, par définition, tout système est construit par son auteur. Cependant, la croyance en la possibilité d'une vue d'ensemble organisée aboutit, non à reconnaître l'existence d'anomalies concrétisées par des exceptions, des fictions et des situations *sui generis*, mais, plus profondément, à exclure par principe la possibilité d'une contradiction de la science du droit et à postuler l'unité comme fin ultime de cette même science. La distinction – opposition participe donc à la construction d'une pensée systémique.

Le raisonnement ne doit cependant pas s'arrêter là car, en retour, la pensée systémique exacerbe les effets de la distinction – opposition. Elle conduit, d'une part, à exclure les antinomies comme mode de raisonnement et, d'autre part, à conférer une vision univoque du savoir juridique. Ce dernier est généralement fondé sur une taxinomie organisée autour du général et du spécialisé, une déclinaison du Genre et de l'espèce sans conscience du processus d'indexation.

Il résulte de ces développements que la distinction - opposition conduit à forger une pensée systémique qui, en retour, exacerbe ses effets. Il convient de prendre acte de ce double mouvement en examinant la manière dont la pensée systémique s'avère guidée par les principes de dualité et de non-contradiction (chapitre I), puis enfermée dans ces principes dont elle exacerbe les effets (chapitre II).

¹⁹⁵ TLF, v° Systématisation.

¹⁹⁶ V. Gérard CORNU, « Linguistique juridique », 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2005, n° 34, p. 173 : « Son propre (la connotation) est de renvoyer à une idée ou à une image qui enrichit la charge du mot de base d'un sens second ou d'un effet de valeur. Par connotation, *interdiction* renvoie à sanction et à répression, non à protection (...) », (nous ajoutons).

CHAPITRE I

LA PENSEE SYSTEMIQUE GUIDEE PAR LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION

40. — Le terme précis de système juridique est apparu au XVIII^e siècle dans les écrits de Bentham et de Rousseau¹⁹⁷. De fait, la notion a une signification philosophique marquée. Elle fait aujourd'hui principalement référence, sous l'influence de Kant, aux courants positivistes de la théorie juridique, - normativistes et sociologiques -, visant à étudier le droit objet de science. François Terré le définit comme « un ensemble d'objets liés par des rapports stables : système solaire, système biologique, système social, système économique, politique, juridique » et ajoute, à la suite de Condillac, que le « système n'est autre chose que la disposition des différentes parties d'un art ou d'une science dans un ordre où elles se soutiennent toutes mutuellement, et où les dernières s'expliquent par les premières. Celles qui rendent raison des autres s'appellent principes ; et le système est d'autant plus parfait que les principes sont en plus petit nombre ; il est même à souhaiter qu'on les réduise à un seul »¹⁹⁸.

La distinction – opposition n'est pas étrangère au concept d'unité puisqu'elle vise essentiellement à aboutir à une vue d'ensemble de l'objet étudié, y compris au prix d'une déformation des critères de qualification et de la reconnaissance de situations *sui generis* dont l'existence est attribuée à la complexité de la réalité, molle, fuyante, évolutive et, en somme, insaisissable. Le système s'inscrit dans la logique de la distinction – opposition puisqu'il se définit

¹⁹⁷ André-Jean ARNAUD, « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », LGDJ, Paris, 1993, v° Système juridique.

¹⁹⁸ François TERRÉ, « Introduction générale au droit », 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 53, p. 50, (l'auteur cite dans le texte le Traité des systèmes de Condillac, 1749).

comme un mode d'organisation autosuffisant, destiné à établir des rapports stables, non-contradictaires, hiérarchisés et complets, donc aptes à expliquer le fonctionnement du droit. Il reflète une croyance fortement ancrée consistant à penser que puisque la réalité est dissimulée, il revient au juriste d'axer tous ses efforts sur un travail de mise en lumière des rapports qui permettront d'isoler les mécanismes qualifiants du droit. Évidemment, cela implique que le droit ne se réalise qu'à travers des statuts, ce que nous réfutons.

Les auteurs ont des conceptions très variées du droit et il n'est pas dans notre intention de prétendre à l'exhaustivité. Nous étudierons successivement les systèmes qui, selon nous, présentent les différences les plus marquées de conception du droit, à savoir : la théorie normativiste de Hans Kelsen qui se traduit par une analyse formelle et structurelle, la théorie analytique à tendance sociologique de Herbert Hart, qui se réfère à des phénomènes sociaux extérieurs au droit (section 1), ainsi que plusieurs voies de transformation du système traduisant une volonté de déconstruction du positivisme, dites systématique, systémale ou autopoïétique (section 2).

Section 1 Les standards des principes de dualité et de non-contradiction

41. — Par standards, nous nous référons aux principes du système auxquels les juristes souscrivent consciemment ou inconsciemment ou qui, à l'inverse, donnent lieu à des tentatives de transformation et de dépassement. Les standards des principes de dualité et de non-contradiction sont ceux du positivisme, spécialement à visée normativiste (§1). La conception analytique de Hart, étudiée dans un second temps, permet d'apporter des réponses aux questions posées par le normativisme. Néanmoins, elle ne se départit pas de la philosophie sous-jacente à la notion de système (§2).

§1 La conception normativiste du système

42. — La conception normativiste du système contient les standards des principes de dualité et de non-contradiction dans la mesure où elle se traduit par un ensemble de principes qui tendent tous vers l'idéal de l'unité du droit. La systématisation du droit par Hans Kelsen en constitue une illustration forte. Elle permet de synthétiser les quatre principes du système normativiste, et d'exposer les limites que nous lui trouvons.

43. — **Le principe de non-contradiction et l'unité du système kelsénien.** Hans Kelsen a construit un système juridique qui se traduit par un ensemble hiérarchisé de normes. L'affirmation selon laquelle « Le droit règle sa propre création »¹⁹⁹ est la plus constante dans son œuvre. C'est elle qui structure le système en le fermant à l'influence extérieure de l'environnement et en réalisant l'unité de l'ensemble. La logique du système, c'est-à-dire celle qui fonde l'intelligence intrinsèque de l'ensemble et qui constitue un principe de classification rendant intelligible le fonctionnement du droit, se situe dans le concept de validité. Est valide, toute norme conditionnée, c'est-à-dire toute norme dont la procédure de création est déterminée par une autre norme qui lui est hiérarchiquement supérieure et qui appartient à un ordre globalement efficace²⁰⁰. En outre, est valide la norme dont la procédure de création est réglée par une autre norme qui contient la

¹⁹⁹ Hans Kelsen, « Théorie générale du droit et de l'Etat », 1945, trad. Béatrice Laroche, Bruylant - LGDJ, Bruxelles - Paris, 1997, p. 178.

²⁰⁰ Hans Kelsen, « Théorie pure du droit », 1962, trad. Charles Eisenmann, Bruylant - LGDJ, Bruxelles - Paris, p. 209 à 217 ; « Théorie générale du droit et de l'Etat », préc., p. 91 à 94.

contrainte suffisante pour la faire appliquer²⁰¹. Chaque norme, y compris la Constitution, a sa propre norme de création et la norme ultime ou première est appelée la *grundnorm* ou Norme fondamentale. Celle-ci est une norme de logique hypothético-déductive, non une norme intégrée dans le système juridique, de sorte que matériellement c'est la Constitution qui ferme la hiérarchie pyramidale. Elle se définit proprement comme la compétence des compétences.

L'ensemble systémique n'est pas susceptible de contradictions logiques et Hans Kelsen s'en explique particulièrement dans la dernière mouture de son oeuvre²⁰². L'auteur revient sur ce qu'il avait écrit dans la « Théorie pure du droit » et admet que le conflit de normes n'est pas forcément résolu par le principe *lex posterior derogat legi priori*. Cependant, s'il modifie sa conception du principe de non-contradiction, il le réaffirme d'une autre manière²⁰³. Il distingue l'énoncé qui est la signification d'un acte de la pensée, de la norme qui est la signification d'un acte de volonté. Si le premier est soumis au principe de non-contradiction, le second ne l'est pas parce qu'il ne peut jamais être affirmé comme vrai ou faux. L'énoncé repose sur un fait et, en tant que tel, est susceptible d'être vrai ou faux. Par exemple, dire que « Socrate est mortel » et que « Socrate n'est pas mortel » suppose que l'un des énoncés est vrai et l'autre faux. Il n'est pas possible d'admettre les deux en même temps. Le principe de non-contradiction joue à plein, car il se base sur des faits conçus comme perpétuellement vrais. Il en va de même de l'énoncé qui consiste à dire que « la norme x est valide » et que « la norme x n'est pas valide ». L'énoncé simultané de la validité et de la non-validité d'une norme est impossible. Affirmer, encore, que « Dieu existe » et que « Dieu n'existe pas » est aussi de l'énoncé, un acte de la pensée, sauf qu'à la différence des exemples précédents, le fait ne peut pas être vérifié. Par conséquent, le principe de non-contradiction, qui doit permettre de juger de la vérité et de l'inexactitude d'une des propositions, n'existe pas. Il s'agit tout au plus d'une bizarrerie.

La norme est la signification d'un acte de la volonté, ce qui, selon Hans Kelsen, est totalement différent. Par exemple, observe-t-il, le principe de contradiction devrait normalement pouvoir être appliqué face aux deux propositions : « les êtres humains ne doivent, en aucune circonstance, tuer d'autres êtres humains » et « la peine de mort est admise en cas de meurtre ». Il s'agit de deux normes valides, dans un ordre moral pour ce qui concerne la première et dans un ordre juridique

²⁰¹ « Théorie générale du droit et de l'Etat », préc., p. 94 et 95.

²⁰² Hans KELSEN, « Théorie générale des normes », trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, Paris, 1979, chap. 57, p. 285 à 303.

²⁰³ *Comp.* Michel Van De KERCHOVE, « L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », à la suite de la « Théorie pure du droit » de Hans Kelsen, 2^{ème} éd., La Baconnière, Neuchâtel, 1988, p. 264. L'auteur estime que dans « La théorie générale des normes », Hans Kelsen battrait en retraite sur ses positions. À ses yeux, ces dernières étaient nettement plus tranchées dans « La théorie pure du droit », écrite antérieurement.

positif pour ce qui concerne la seconde. La même contradiction pourrait d'ailleurs être constatée au sein du même ordre juridique, d'autant plus que Hans Kelsen adopte une vision moniste du droit. Il ne s'agit cependant pas d'un conflit de contradictions puisque aucune proposition n'est vraie ou fausse à moins de porter un jugement de valeur. Il s'agit d'un conflit de validités. Si deux validités peuvent coexister, il n'en va pas de même avec les contradictions. Et de continuer en observant que la procédure d'abrogation d'une norme abroge sa validité. Il n'est pas possible d'en déduire la fausseté de la norme abrogée, pour la simple raison que la norme ne trouve son fondement que dans le fait qu'elle existe. De la même façon, la violation d'une norme, qui est le contraire de son observance, ne fait pas entrer dans l'erreur. La violation concerne la validité, non la vérité. Hans Kelsen n'admet donc pas la contradiction, pas plus qu'il n'admet la non-contradiction du système juridique. Il s'agit, en réalité, d'a-contradiction, car elle n'entre pas dans le champ du droit. Les normes sont issues d'actes de la volonté insusceptibles de véracité et de fausseté.

La conscience des pré-requis socioculturels sacrifiée par l'exclusion du jugement moral. Cette conception du principe de non-contradiction est très importante puisque, en somme, Hans Kelsen estime que la validité est un acte contextuel. Lorsqu'une norme est abrogée, cela n'amène pas de progrès dans le champ de la vérité. Cependant, si Hans Kelsen parvient de cette manière à totalement couper le droit du jugement moral, ce qui est particulièrement utile pour les juges qui doivent tenir compte de la validité et prendre garde à ne pas se laisser emporter par leurs affects, leur ressenti personnel face à une règle, il le coupe aussi de toutes les déterminations socioculturelles inhérentes à chaque règle du droit. Or, celles-ci contrairement à celui-là constituent un moyen efficace de rendre un jugement conforme à une validité, ce qui est bien l'objet du système. En effet, en ayant conscience des données socioculturelles qui gouvernent les divisions de nos codes, le juge est mis en position de mettre en doute sa propre décision. La connaissance de ces données qui le constituent en tant qu'individu et professionnel du droit devrait le rendre apte à éviter une dérive vers un jugement de valeur. Par ailleurs, en éludant cette question, le système kelsénien, parfait d'un point de vue logique, prive le droit de tout un pan de sa réalisation si l'on admet que le droit est *de* la réalité et que les données socioculturelles ne lui sont donc pas extérieures. La primauté qu'Hans Kelsen semble accorder à la hiérarchie dynamique confirme cette volonté de relativiser l'impact du contenu des normes dans le champ de la validité. La structure formelle des normes prime leur structure contextuelle, alors que toutes deux sont d'égale importance dans la détermination de la validité qui s'approfondit par l'interprétation.

44. — **Hiérarchie statique, hiérarchie dynamique ou la dualité du système kelsénien.**

Hans Kelsen²⁰⁴ distingue deux types de systèmes de normes, qui engendrent deux types de hiérarchie coexistant dans le même ordre. Il appelle statique la hiérarchie des normes dont la validité est fondée sur leur contenu : telle norme est valide du point de vue de son contenu parce qu'elle se subsume sous le fond d'une norme plus générale. Est dynamique la hiérarchie des normes dont la validité est fondée sur la procédure de création : telle norme donne compétence à une autre norme pour réglementer un domaine. Par exemple, la Constitution donne pouvoir à la loi de réformer la fiscalité. Dans l'esprit de l'auteur, c'est cette dernière hiérarchie qui est la plus importante du point de vue de la Science car la Norme fondamentale est purement dynamique²⁰⁵. Elle n'a pas de contenu, elle représente le fait originel de création des normes. Or, c'est du pouvoir de donner compétence que découle celui de donner un contenu. Hans Kelsen propose de prendre le cas d'un enfant qui refuse d'aller à l'école et qui remet en cause la validité de l'ordre donné par ses parents. Ceux-ci invoquent, comme fondement de leur pouvoir, la compétence d'éducation qui leur a été octroyée par Dieu. L'ordre de Dieu joue ici le rôle de la Norme fondamentale. Il ne peut pas être démontré, il est le point de départ originel. Et, observe l'auteur, il n'est pas possible de déduire de cet ordre que l'enfant doit aller à l'école. En réalité, la Norme fondamentale ne fait que déléguer à certaines autorités le pouvoir de donner un contenu à la compétence qui leur est attribuée. C'est pourquoi le système est d'essence dynamique.

La validité contextuelle sacrifiée au profit de la validité formelle. Le raisonnement est implacable et peut sans peine être étendu au juge qui se réfère à l'autorité de la loi pour légitimer l'interprétation d'une norme. Néanmoins, on voit mal pourquoi la distribution des rôles devrait être aussi hiérarchisée. Il serait envisageable de considérer que la loi joue le rôle de garant et le juge de premier exécutant, mais c'est bien le comportement de ce dernier qui va déterminer l'adhésion de la société, l'unique destinataire de la justice qui en est en quelque sorte le créancier. La société, au sein de laquelle le juge se situe objectivement en tant que citoyen et professionnel du droit, influence aussi la manière dont les litiges vont se régler *in fine*, de sorte que la manière dont se réalise la loi ne dépend pas entièrement de son propre fait. Dans cette perspective, il paraît difficile de faire primer un type de hiérarchie sur l'autre puisque l'intention mise dans l'exécution de la loi donne son sens et sa portée à l'acte originel d'autorité. La validité contextuelle constitue autant le droit que la validité formelle.

Selon Hans Kelsen, s'il arrive que les deux formes de validité entrent en conflit, c'est-à-dire que le contenu d'une norme est valide car appliqué, alors qu'il est institué en violation d'une norme de

²⁰⁴ « Théorie pure du droit », préc., p. 195 s.

²⁰⁵ V. les objections critiques de Michel TROPER, *Système juridique et Etat*, APD, 1986, t. 31, p. 29.

compétence supérieure²⁰⁶, c'est proprement « une *contradictio in adjecto* ». Hans Kelsen fait valoir que le principe dynamique de la hiérarchie n'en demeure pas moins supérieur, puisqu'il contient les procédures d'abrogation de la norme en conflit : une loi a toujours compétence pour abroger une autre loi et ce en vertu d'une norme constitutionnelle de compétence. L'auteur écrit que l'expression de « loi inconstitutionnelle » doit être entendue « comme signifiant que, selon la Constitution, la loi en question peut être abrogée (ou annulée), non seulement par la procédure habituelle, c'est-à-dire par une autre loi, en vertu du principe *lex posterior derogat priori*, mais également par une procédure particulière, prévue par la Constitution. Mais, aussi longtemps qu'elle n'est pas abrogée (ou annulée), on doit la considérer comme valable ; et aussi longtemps qu'elle est valable, elle ne peut être contraire à la Constitution, inconstitutionnelle »²⁰⁷. Hans Kelsen explique que, lorsque la Constitution refuse le pouvoir de contrôle de constitutionnalité à d'autres organes, seul le législateur détient la compétence nécessaire pour décider du contenu des lois, mais aussi de leur conformité ou non à la Constitution, de sorte que « la décision positive de cette question est incluse dans le fait même de l'édiction d'une loi par l'organe légiférant (...) En d'autres termes, la Constitution donne de ce fait au législateur pouvoir de créer des normes générales, soit par la procédure déterminée directement par les normes de la Constitution, soit par quelque autre procédure, et pouvoir de donner à ces normes soit un contenu conforme aux normes de la Constitution sur le contenu des lois, soit un contenu autre »²⁰⁸. Il a conscience qu'une loi peut bel et bien être inconstitutionnelle « selon les vues de X ou Y »²⁰⁹ mais, en réalité, peu lui importe.

L'essentiel à ses yeux est de démontrer que, quoi qu'il arrive, une norme de création, et son pendant d'abrogation, a toujours le dernier mot et, qu'en somme, le principe dynamique, c'est-à-dire celui qui assure l'unité de l'ensemble, est supérieur au principe statique. Le fait qu'il ne reprenne pas cette argumentation dans « La théorie générale des normes »²¹⁰, qu'il préfère insister sur le rapport de la non-contradiction à la vérité, étranger au concept de validité, le fait encore qu'il admette la possibilité de la coexistence de plusieurs validités, en constitue un indice fort. Cela montre que le principe d'unité, appuyé par l'opposition des hiérarchies statique et dynamique, vise avant tout à rejeter tout jugement moral hors de la sphère du droit. Cette avancée se réalise néanmoins au profit d'une vue d'ensemble à visée universelle et, par contre-coup, au détriment d'une relativisation nécessaire des constructions juridiques empreintes de données socioculturelles.

²⁰⁶ Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », préc., p. 263 s. En ce qui concerne le conflit des contenus de normes de même degré, il nie le conflit de validités en exposant les solutions possibles, soit : par le recours au principe *lex posterior derogat priori*, par la possibilité pour les tribunaux de choisir d'appliquer une des deux normes, par, enfin, le recours à l'interprétation qui permet parfois de ne retenir qu'une contradiction partielle, (p. 206 à 209).

²⁰⁷ Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », préc., p. 267.

²⁰⁸ Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », préc., p. 268 et 269.

²⁰⁹ Hans KELSEN, « Théorie pure du droit », préc., p. 269.

²¹⁰ *Supra*.

45. — **Les quatre principes du système.** L'étude du système kelsénien permet de dégager les principes qui fondent la notion standard de système à laquelle beaucoup de juristes français souscrivent consciemment ou non.

La non-contradiction. Le système juridique traduit un effort vers une unité logique des concepts, ce qui explique que le principe de non-contradiction constitue le premier postulat fondamental de l'analyse systémique. Ce principe veut qu'on ne puisse en même temps affirmer ou nier le même terme ou la même proposition. Cette loi s'applique au système et non, en principe, au droit qui est l'objet du système. Conçu comme une organisation établissant des rapports stables, le système n'est donc pas susceptible de rapports contradictoires, ce qui est l'exact inverse du corpus. En effet, si l'on admet que le corpus est composé d'une série d'index qui se réalisent par la confrontation de données socioculturelles et de données juridiques, alors il est nécessairement contextuel. Cela signifie qu'un même objet peut se réaliser en même temps par des rapports contradictoires. Nous verrons dans la deuxième partie de cette thèse, que le même objet doit être compris à la fois selon une référence et un sens. Le rapport est contradictoire car il implique un renversement de perspectives : la référence a trait aux données socioculturelles extérieures, le sens à la signification subjective entre unités conceptuelles. Par exemple, du point de vue de la référence, le vol est inclus dans le délit. Mais, du point de vue du sens, le délit est inclus dans le vol. Du point de vue de la référence, le droit englobe le délit et, du point de vue du sens, le droit constitue l'aspect objectif du délit. Les deux modes d'analyse se fondent sur deux rapports contradictoires puisque, du point de vue référentiel le tout est plus grand que les parties, alors que du point de vue différentiel les parties sont plus grandes que le tout. Pourtant, les deux axes de lecture sont à la fois exacts et complémentaires.

L'autosuffisance du système. Le système, entendu comme l'armature des objets conceptuels nécessaire à l'étude de la matière empirique, doit constituer un ensemble suffisant. Cette vision traduit une préoccupation kantienne voulant que toute recherche, dogmatique ou empirique, ne devienne scientifique que lorsqu'elle *construit* son objet. C'est ce que Kant appelait la Révolution copernicienne. Elle consiste à ne pas accueillir pêle-mêle tous les phénomènes observables, mais à élaborer les concepts à l'aide desquels elle interroge l'expérience. Comme l'explique René Sève, le système est donc étroitement lié au point de vue de l'observateur. Il est « un ensemble d'éléments dont on peut aboutir à une représentation de leur existence et de leurs rapports mutuels qui soit satisfaisante au regard du but de la recherche »²¹¹. Dès lors, en dehors de la question de la problématique, l'élaboration du système repose aussi sur ce qui constitue l'observateur du système,

²¹¹ René SEVE, Introduction, APD, 1986, t. 31, p. 1.

créateur ou interprète. En effet, si l'on admet que tout concept se réalise à partir de données socioculturelles et se modifie à leur contact, alors tout système est poreux. Il dépend moins des phénomènes observables que de son interprète qui en fait partie.

Le principe de classification. Le système doit en principe être fermé, c'est-à-dire comporter une intelligence intrinsèque et constituer un principe de classification rendant intelligible le donné empirique. S'agissant d'Hans Kelsen, ce principe est celui de la validité et il permet de comprendre le but de sa recherche, à savoir la construction d'une théorie du droit, pure de tout jugement de valeur. Entendu comme un concept destiné à interroger les différentes facettes d'une problématique, le principe de classification ne peut guère être remis en cause, puisqu'il matérialise un projet. Cependant, lorsque ce principe s'appuie sur un impératif d'organisation et de hiérarchisation, les données du problème s'en trouvent modifiées.

L'organisation et la hiérarchisation du système. Le système standard doit constituer un ensemble structurellement organisé et hiérarchisé. Selon René Sève²¹², cet axiome est le plus essentiel, car il englobe toutes les caractéristiques du système juridique :

- Une relation d'ordre par essence asymétrique, les éléments inférieurs ne rétroagissant pas sur les éléments supérieurs ;
- Un élément premier ou plusieurs de même valeur, contrairement aux éléments ultimes qui peuvent être en nombre illimité. René Sève illustre le postulat par l'exemple du système qui comporte « une norme fondamentale et une *infinité* possible de normes individuelles »²¹³ ;
- Une nature arborescente et non linéaire, un objet ne pouvant avoir qu'un seul antécédent mais plusieurs successeurs. Ces derniers forment des strates non nécessairement liées par la même relation d'ordre à un élément tiers quelconque²¹⁴.

Le système normativiste reproduit les caractéristiques de la distinction – opposition puisque les objets étudiés sont tous liés par une relation d'ordre qui leur confère un statut. Ce statut conforte l'idée d'une non-contradiction de ces rapports totalement ordonnés selon un principe d'unité. En excluant la dimension socioculturelle inhérente aux objets étudiés, mais aussi à l'observateur qui fait partie du système, cette conception du droit ne permet d'envisager les différentes facettes de sa réalisation. Cependant, une systématisation axée sur l'étude des phénomènes observables présente

²¹² René SEVE, Introduction, préc., p. 4.

²¹³ Ibid., note 31, p. 5, (l'auteur souligne).

²¹⁴ V. Marie-Laure MATHIEU-IZORCHE, L'ordre et le droit, Mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 732, qui qualifie néanmoins cet ordre de partiel : « un ensemble est *totalement ordonné* s'il est possible de concevoir que tous les éléments de cet ensemble puissent être rangés les uns derrière les autres, sur une *seule* ligne, comme par exemple les mots du dictionnaire : entre deux mots du dictionnaire, il est *toujours possible* de décider lequel précède l'autre dans la liste », (l'auteur souligne).

aussi des inconvénients.

§2 La conception analytique du système

46. — Herbert Hart²¹⁵ a critiqué Hans Kelsen en raison de sa position dogmatique. La philosophie analytique et surtout la pensée de Hart, présentent l'intérêt d'avoir pris comme objet les mouvements d'organisation du droit, en tenant compte de paramètres à la fois structurels et empiristes. Hart est un positiviste, puisque, dans la lignée de Hume, de Hobbes, et de son prédécesseur Austin, il distingue nettement le droit, qui *est*, du devoir-être. Cependant, il introduit une souplesse dans la conception analytique du droit, due aux considérations empiriques qui forment le point de départ de son étude.

Le système, un phénomène social. Le cœur du système juridique de Hart repose sur le croisement de plusieurs critères distincts, qui sont le jugement interne et le jugement externe de la règle de droit, d'un côté, les règles de droit primaires et les règles de droit secondaires, de l'autre. Ces deux séries de distinctions constituent l'armature de sa théorie et sont, selon Hart, les plus aptes à rendre compte de la complexité du système. L'auteur rejette toute espèce de simplification de la pensée, à commencer par la notion de système. Pour lui, dire qu'un système « est » ou « n'est pas » est caricatural. Le système juridique connaît, à l'image de l'être humain, plusieurs étapes : il naît, il peut dépendre dans son existence d'un autre système, être indépendant, décliner et mourir²¹⁶. Le système juridique est le produit de l'activité humaine et par là même il est à l'image des Hommes. Une phrase de Hart permet particulièrement de saisir sa pensée, car elle en contient les principes directeurs : « L'existence d'un système juridique constitue un phénomène social qui présente toujours deux aspects qui doivent retenir notre attention si nous voulons nous en faire une idée réaliste. Ce phénomène comprend les attitudes et le comportement qu'implique l'acceptation volontaire des règles, ainsi que les attitudes et le comportement plus simples qu'implique une pure obéissance ou un pur acquiescement »²¹⁷. Dès lors, une conception tenant compte d'au moins deux types de réaction des individus confrontés à un système, capables d'influencer l'existence même du système, constitue une idée importante puisqu'elle permet de relativiser la valeur universelle ou généralisante de toute approche systémique. En incluant deux modèles de réaction à caractère socioculturel puisqu'ils dépendent, nous le verrons, de la position et de la fonction exercées par ces individus, cette approche intègre des paramètres contextuels dans l'analyse d'un système

²¹⁵ Herbert Lionel Adolphus HART, « Le concept de droit », 1961, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976.

²¹⁶ Ibid., n° 109, p. 141.

²¹⁷ Ibid., n° 197, p. 241.

particulier. Plus profondément, ces paramètres, conçus comme une condition essentielle du système, relativisent la notion même de système dont l'existence et la nature dépendent en partie de l'équilibre entre les deux types d'attitudes, interne et externe, qu'il convient d'examiner.

L'acteur du système, une composante du système. Le jugement interne et le jugement externe représentent le point de vue que tout observateur adopte face à la règle de droit. Le premier suppose un jugement de validité, alors que le second entraîne un jugement de vérité, comme celui de l'efficacité. Cela n'est pas sans rappeler la distinction, kelsenienne²¹⁸ de l'énoncé qui est la signification d'un acte de la pensée/vérité, de la norme qui est la signification d'un acte de volonté/validité. Cependant, l'identité des deux thèses n'est qu'apparente, puisque Hart considère que l'union des visions interne et externe est nécessaire au fonctionnement du système, alors que Kelsen réduit ce dernier à la seule question de la validité dans laquelle, d'ailleurs, il inclut l'effectivité globale de l'ordre. L'énoncé sur la validité relève, dans l'esprit de ce dernier, d'un jugement extérieur au droit, jugement qu'il fait sien en tant que scientifique. Hart distingue, mais ne cloisonne pas. La vision interne²¹⁹ suppose qu'une personne ou un groupe de personnes utilisent des critères acceptés comme valides pour, par exemple, juger du comportement d'une tierce personne ou de la validité d'une autre règle. Elles adoptent une position critique en se conformant à un modèle commun et public, accepté comme tel. C'est ainsi que le fait d'interpréter une règle de droit en vue de l'appliquer équivaut nécessairement pour le juge à adopter une vision interne du droit. De même, toute personne qui déclare qu'une règle est valide se réfère à des critères généraux préalablement acceptés comme, par exemple, les règles de compétence matérielle, temporelle et spatiale. La validité d'une règle s'apprécie donc d'un point de vue interne.

La vision externe²²⁰ relève du domaine du fait, du constat. Un observateur extérieur observe, dans un système juridique donné et sans se référer à ses critères internes, qu'une règle de droit existe et qu'une majorité de la population lui obéit. Le point de vue externe ne permet pas de raisonner en termes de validité puisque, par hypothèse, l'observateur ne connaît pas, ne s'intéresse pas ou n'accepte pas les règles qui déterminent les critères de la validité du comportement observé. En revanche, cette observation ouvre la voie de la prédictibilité : « La description qu'il donnera de leur vie ne peut nullement être formulée en termes de règles, ni non plus, par conséquent, en termes d'obligation ou de devoir, notions qui sont liées à l'existence de règles. Elle le sera, en revanche, en termes de régularités de comportement observables, de prédictions, de probabilités et de signes »²²¹. Si l'observateur constate que la violation d'une règle entraîne, à une fréquence soutenue, une

²¹⁸ *Supra*.

²¹⁹ *Ibid.*, n° 55 s., p. 77 s.

²²⁰ *Ibid.*, spéc. n° 83 à 89, p. 109 à 116.

²²¹ *Ibid.*, n° 87, p. 114.

réaction hostile de la part de la société et des tribunaux, il en déduit qu'à l'avenir une telle réponse devrait se répéter et, en conséquence, que la règle est effective. Ce type de comportement externe est, selon Hart, celui adopté par la population qui, sans être juriste, se conforme généralement aux règles de droit. Elle adopte certaines règles de conduite pour des raisons personnelles ou pour éviter les suites judiciaires d'une transgression, mais ne s'y conforme pas en raison des critères internes de validité.

Pour déterminer les critères internes de validité, Hart distingue les règles de droit primaires des règles de droit secondaires. La dichotomie rend compte respectivement des obligations qu'impose le droit, ainsi que des pouvoirs qu'il confère. Bien que la comparaison soit séduisante, le découpage proposé par Hart ne coïncide pas avec celui de Kelsen. Ce dernier distingue les normes conditionnantes et les normes conditionnées, autrement dit celles qui donnent compétence et celles qui mettent en œuvre le pouvoir de compétence. Cependant, aux yeux de Kelsen, seules les autorités étatiques sont destinataires de la hiérarchisation des normes. C'est là que se situe la différence majeure. Selon Hart, l'ensemble de la population est destinataire du structuralisme qu'il propose, car elle contribue à la dynamique du système du fait de l'acceptation globale des règles de droit.

47. — **Les critères internes de validité.** Le commandement et son corollaire, la sanction législative ou judiciaire, ne constituent pas des critères suffisants de reconnaissance de la règle de droit. De plus, les règles qui confèrent aux individus le pouvoir de conclure des actes les instituent en législateurs privés avant que le juge n'ait la possibilité d'intervenir. La sanction²²², même potentielle, n'est pas essentielle à la règle de droit, même si elle est une « nécessité naturelle » en ce qu'elle maintient l'égalité entre ceux qui acceptent d'obéir aux règles de droit et ceux qui désobéissent. C'est pour cette raison qu'il considère qu'en droit international, un système centralisé de sanctions ne se justifie pas, puisque les destinataires ne sont pas égaux, même de manière approximative, en force et en vulnérabilité. Adopter la sanction comme critère aboutit, selon lui, à déformer la fonction sociale des règles de droit, avant tout régulatrices des rapports sociaux. Il s'oppose aux théories qui réduisent les règles habilitantes :

- À des antécédents ou « hypothèses de règles » ordonnant aux citoyens d'accomplir certains actes sous la menace de sanctions,
- À des hypothèses de directives données aux autorités d'appliquer des sanctions, car, écrit-il, « (...) elles acquièrent à un prix trop élevé l'unité appréciable du modèle auquel elles réduisent toutes les règles de droit : ce prix est celui de la déformation des différentes fonctions sociales que remplissent ces différents types de règles de droit »²²³.

²²² Ibid., n° 191 à 197, p. 234 à 241.

²²³ Ibid., n° 38, p. 57.

Ce sont les règles de droit secondaires avec au sommet la règle ultime de reconnaissance qui déterminent les critères de validité des règles primaires. Les règles de droit secondaires se divisent en trois catégories²²⁴.

- L'office des règles de changement consiste à pallier l'immobilité ou le statisme des régimes juridiques en habilitant les individus à introduire de nouvelles règles de droit primaires et à éliminer les anciennes, par le biais, par exemple, des contrats, des testaments ou des transferts de propriété.

- Elles se différencient des règles de décision, qui offrent des critères de solution lorsque, en des circonstances particulières, une règle primaire a été transgressée. Elles confèrent ainsi à certaines personnes une aptitude à exercer le pouvoir judiciaire et donnent à leurs décisions un statut particulier.

- Enfin, essentielles, sont les règles de reconnaissance qui identifient tant les règles de droit primaires que les autres règles de droit secondaires. Toutes ne dérivent pas des règles de reconnaissance, en revanche, toutes leur sont subordonnées. Bien que généralement non énoncée, une règle de reconnaissance « déterminera un ou plusieurs traits qui peuvent être considérés comme indiquant d'une manière positive et décisive que la règle visée qui les possède, constitue bien une règle du groupe, et qu'elle devra être soutenue par la pression sociale exercée par ce groupe »²²⁵.

L'unité du système et le processus de création des normes. Le système comporte, tout comme dans la théorie de Kelsen, une finitude, une règle à laquelle il est possible de se référer en dernier ressort. Il s'agit de la règle ultime de reconnaissance. Elle n'est pas énoncée, tout comme la Norme fondamentale de Kelsen, avec laquelle pourtant elle ne se confond pas. Kelsen présuppose l'existence et la validité de la Norme fondamentale pour que son système théorique et pyramidal, fondé sur un processus de normes conditionnantes et de normes conditionnées, comporte une finitude. Hart adopte une démarche empirique qui rend inutile la question de l'origine de la validité de la première Constitution : on la reconnaît ou non. L'existence de la règle de reconnaissance relève d'un jugement externe de fait et ne peut pas découler d'un jugement de validité, puisqu'elle consiste dans le constat que les autorités et la population identifient le droit en se référant à certains critères. Il n'existe aucun critère qui permette d'apprécier sa validité. Elle est, de manière ultime, le critère du critère : « Son existence est de fait »²²⁶, même si d'un point de vue interne elle revêt un caractère juridique²²⁷.

Les règles de reconnaissance sont décisives pour asseoir l'idée de système juridique : « (...) les

²²⁴ Ibid., n° 92 à 96, p. 119 à 125.

²²⁵ Ibid., n° 92, p. 120.

²²⁶ Ibid., n° 107, p. 138.

²²⁷ Ibid., n° 108, p. 140.

règles ne constituent plus seulement une série discontinue et sans relation les unes avec les autres, mais, d'une manière élémentaire, elles se trouvent unifiées »²²⁸. Deux conditions²²⁹ traduisent l'existence d'un système juridique. Il est nécessaire, d'une part, que les règles de droit primaires, valides selon les critères d'un système juridique donné (vision interne) soient généralement obéies par la population, les mobiles de cette dernière important peu à ce stade (vision externe). Il faut, d'autre part, que les autorités qui ont la charge d'appliquer le droit, législateur, juge ou conseiller juridique, se conforment aux règles de droit secondaires, de reconnaissance, de changement et de décision, avec l'intention précise de se conformer à un modèle commun et public de conduite (vision interne). Cette articulation met en lumière la part d'humanité que Hart introduit dans la philosophie analytique. Il prend en compte tous les facteurs de perturbation possibles, y compris les possibilités de conflits d'interprétation des règles de droit secondaires, comme des règles de droit primaires. C'est ce que l'auteur désigne par le vocable de « texture ouverte du droit »²³⁰. Elle fait partie intégrante de la règle de droit. Elle ne se surajoute pas et est due, en partie, au caractère performatif du langage, en partie, à la variété des cas individuels, la société étant le premier et finalement, l'unique destinataire de l'outil juridique.

Les enseignements de Hart permettent en partie de déconstruire le principe de non-contradiction puisque plusieurs facteurs de perturbation participent à la vie du système et que, d'une certaine manière, les jugements internes et externes sont contradictoires. Tous ces éléments sont subtilement agencés et aboutissent à relativiser la notion de système. Cependant, l'unité du tout demeure un impératif et se traduit par la résurgence du principe du non-contradictoire dans la mesure où la validité relève *in fine* du domaine exclusif du jugement interne. La validité n'est donc que partiellement contextualisée. Il serait pourtant permis de se demander dans quelle mesure un regard extérieur venu d'une culture étrangère influence à plus ou moins long terme le contenu des normes primaires et même secondaires. À notre sens, il l'influence, ne serait-ce qu'en faisant prendre conscience aux acteurs par nature soumis à un impératif de jugement interne des limites de leurs propres constructions juridiques.

48. — En dépit de leurs fortes divergences, ces deux visions du droit ont permis d'exposer les premières caractéristiques fondamentales de la notion de système, ainsi que les limites que nous lui trouvons du point de vue de la distinction – opposition. Le système est conçu comme capable d'unifier un ensemble de mécanismes du droit en se fondant sur une ou plusieurs dualités concrétisant en fait l'impératif de non-contradiction. Pourtant, plusieurs auteurs ont tenté de

²²⁸ Ibid., n° 93, p. 121.

²²⁹ Ibid., spéc. n° 113, p. 145 et 146.

²³⁰ Ibid., n° 121 s., p. 155 s.

déconstruire le positivisme, ce qui a transformé les principes de dualité et de non-contradiction.

Section 2 Les voies de transformation des principes de dualité et de non-contradiction

49. — Trois voies ont permis de transformer les principes de dualité et de non-contradiction tout en restant dans le cadre de la notion de système. Seront successivement examinées, la systématique et spécialement celle issue de la sociologie de Jean Dabin et de Léon Husson (§1), l'analyse systémale construite par Gérard Timsit (§2) et, enfin, la conception autopoïétique du droit de Gunther Teubner et de Niklas Luhmann (§3).

§1 L'analyse systématique privilégiée à la pensée systémique

50. — Deux voies systémiques seront brièvement présentées, l'une d'inspiration sociologique visant à déconstruire le système basé sur la logique ; l'autre étant à l'inverse construite sur la logique et ayant une visée faussement déconstructrice du système.

51. — 1.1. La conception sociologique du système de Jean Dabin et de Léon Husson

Face à la conception normativiste du droit, certains auteurs ont cherché à conserver le principe du système, qui consiste à faire du droit un objet de connaissance et à en systématiser le contenu en ayant égard à l'influence des réalités socioculturelles dans le processus de création du droit. L'objet de la science du droit est alors systématisé et c'est ce qu'il est possible de rassembler dans un sens large sous l'étiquette du positivisme sociologique. Telle est, par exemple, la position adoptée par Jean Dabin²³¹ qui met en lumière différents plans ou niveaux de systématisation, selon leur degré d'abstraction.

- Le premier niveau est celui de la création de catégories et de concepts et de leur classification, qui permettent une mise en ordre de la matière complexe du droit.

- Le deuxième est celui du groupement des règles en institutions et en branches du droit, en fonction du fait social ou du secteur social régi.

- Le troisième est celui des constructions qui visent à dégager des règles très générales et des notions abstraites.

- Le quatrième, enfin, est celui des principes fondamentaux dont la fonction est de donner un cadre objectif à l'interprétation.

²³¹ « Théorie générale du droit », Dalloz, Paris, 1969, n° 59 s., p. 73 s.

Léon Husson²³² observe une dualité de la systématisation et remarque que le premier et le troisième degré visent à obtenir une unité logique, alors que le deuxième et le quatrième degré tendent vers une unité fonctionnelle et téléologique. Il considère que cette dualité de la systématisation tient à « la nature même de l'ordre juridique positif, qui a une fonction organisatrice mais qui se réfère à des valeurs »²³³. Jean Dabin comme Léon Husson estiment qu'étudier le droit sous le rapport de l'influence des valeurs suppose d'admettre que le résultat de la systématisation n'est jamais ni complet, ni définitif. Léon Husson pousse même le raisonnement jusqu'à abandonner toute idée kantienne de construction *a priori* des objets de la connaissance : « Beaucoup plus importante que la frappe qui leur donne cours est la substance des règles, dont l'autorité qui les pose est fort loin d'être pleinement maîtresse. Pour introduire un ordre et une unité dans cette matière, il n'est nullement nécessaire de poser *a priori* des principes, auxquels on prétendrait exiger que ces règles se conforment (...) Il existe pour lui (le philosophe du droit) une toute autre méthode. C'est d'abord de considérer les sources réelles du droit, c'est-à-dire les facteurs de son apparition et de son évolution, en faisant converger sur lui les lumières de la psychologie, de la sociologie et de l'histoire ; et c'est ensuite d'analyser les institutions auxquelles il aboutit et leurs transformations successives, de peser leurs ressemblances et leurs différences, de comparer leurs destins et aussi leurs effets (...) Ce faisant, il peut espérer aboutir, non plus à une *systématisation* de type logique ou géométrique, mais à une *systématique*, du type de celle de l'anatomie comparée établie dans le monde vivant et que la paléontologie retrouve dans son histoire »²³⁴. Il en résulte que, tel l'anatomiste ou le paléontologue, le juriste accepte l'incomplétude comme un fait. Il se soumet au principe de réalité.

Jean Dabin et encore plus Léon Husson abandonnent en réalité toute prétention à la construction d'un système. Ils n'en conservent qu'une caractéristique, dont de surcroît nous avons vu qu'elle n'est pas propre au système : celle de la nécessité d'un principe de classification rendant intelligibles les phénomènes observables. Léon Husson l'appelle systématique, mais celle-ci n'équivaut nullement à une pensée systémique dans la mesure où la contradiction des rapports n'est pas exclue *a priori*. L'auteur laisse penser, même s'il l'évoque, que l'ordonnement du droit auquel il lie, dans la logique de la distinction – opposition, l'impératif d'unité du droit, est important mais pas essentiel.

²³² V. Le compte-rendu du colloque international réuni à Louvain du 5 au 9 septembre 1953, sur « La définition et la systématisation », par Léon HUSSON, « Nouvelles études sur la pensée juridique », Dalloz, Paris, 1974, p. 263 s.

²³³ Léon HUSSON, « Nouvelles études sur la pensée juridique », op. cit., p. 264.

²³⁴ Ibid., p. 267 (nous ajoutons et l'auteur souligne).

52. — **1.2. L'hypothèse du non-système dans le système de Raymond Gassin**

Conscient de ce que l'étude du contenu du droit conduit parfois à observer des incohérences, des contradictions, voire des lacunes, Raymond Gassin propose d'introduire la notion de « non-système ». Il définit le système comme « un ensemble d'éléments en interaction les uns avec les autres, c'est-à-dire entretenant entre eux des relations spécifiques »²³⁵. À ses yeux, la tâche du système consiste à « dénombrer les éléments qui composent le système et à en préciser la nature (...) (et à) rechercher les relations qui existent entre les divers éléments du système, car un système est aussi une combinaison »²³⁶. Pour ce faire, il propose d'inverser la démarche habituelle qui consiste à partir d'un ensemble de règles éparées pour y déceler un système. Il considère plutôt que le système *est* et que seule sa mécanique permet de déceler une lacune de manière rationnelle, et non plus fortuitement. La part de non-système dans le système est le produit de la logique systémique et, à ses yeux, ne détruit pas le postulat de départ. Au contraire, elle le conforte, voire l'enrichit.

Cette théorie se propose de légitimer le système avant d'en envisager l'utilité. À notre connaissance, il s'agit de la seule proposition doctrinale tendant à voir dans le système une émanation du donné et, dans cette logique, à tenter de justifier ses anomalies, c'est-à-dire la part de non-système dans le système, en les érigeant en principes directeurs du système. Les standards du système sont bien transformés, mais au prix d'une logique abstraite qui ne rend pas compte des phénomènes perturbateurs du droit.

§2 L'analyse systémale substituée à la pensée systémique

53. — **La relation normative, une relation de signification.** La théorie de Gérard Timsit²³⁷ vise à dépasser les visions normativistes et réalistes qui, selon lui, trouvent leurs limites dans le cloisonnement intrinsèque des hypothèses de départ. Il n'est, à ses yeux, pas satisfaisant pour l'esprit d'opter pour une démarche « théorico-systémique » qui transporte les théories empruntées aux autres sciences humaines sans tenir compte des spécificités du droit, comme il est insuffisant de s'en tenir à des considérations factuelles, dites réalistes ou « empirico-pragmatiques », qui se méfient des idées, assimilées à la métaphysique²³⁸. Le positivisme est réducteur de ce qu'est le droit car chaque courant tend à centrer la construction systémique sur un

²³⁵ Système et droit, RRJ, 1981, p. 353.

²³⁶ Raymond GASSIN, Système et droit, op. cit., p. 356 et 357 (nous ajoutons).

²³⁷ « Thèmes et systèmes de droit », PUF, Les voies du droit, 1986 ; « Les noms de la loi », PUF, Les voies du droit, Paris, 1991 ; « Archipel de la norme », PUF, Les voies du droit, Paris, 1997, spéc. p. 3 à 42.

²³⁸ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 234.

seul axe. Ce peut être la Loi, derrière laquelle se cache le plus souvent l'État, perçue comme la source des normes. Ce peut être la Jurisprudence, qui englobe soit la totalité des décisions²³⁹, soit celles issues des Hautes juridictions, qui imprime sa marque et sa sanction et confère la juridicité. Gérard Timsit estime que les deux théories sont lacunaires car elles ne prennent en compte qu'une partie des phénomènes du droit. En outre, elles présentent le défaut de considérer la norme définie comme une obligation assortie d'une sanction comme un objet en soi, alors que *le système est constitué de relations différenciées et interdépendantes entre objets, inscrites dans un contexte* : « Un système – le système juridique comme les autres – n'est fait que des différences établies entre les unités interdépendantes – les normes – qui le constituent et ne prennent de signification que par référence au contexte dans lequel elles sont insérées »²⁴⁰. L'auteur appelle cette analyse « systémale », par opposition à la systémique, définie comme l'étude des relations du système normatif à l'environnement et au structuralisme centré sur la structure interne du système normatif. « Se préoccupant fondamentalement de la fonction, de la visée de la norme – qui est de signifier à *l'intention de* (à l'intention de ceux auxquels elle s'adresse) un droit, une obligation, une habilitation, une permission... –, l'analyse systémale fait de la relation normative une relation de signification »²⁴¹.

L'analyse systémale ainsi définie est primordiale pour comprendre les limites de la pensée systémique. En introduisant la nécessité de rechercher le sens contenu dans les rapports établis entre objets, en fait dans les mises en rapport inhérentes à toute distinction, Gérard Timsit permet à l'observateur de prendre conscience de deux aspects fondamentaux du droit, qui seront largement repris dans la deuxième partie de cette thèse et qui donneront l'occasion d'approfondir la pensée à la fois subtile et complexe de cet auteur. Le premier est celui de sa relativité. Le sens est le résultat de l'interprétation, son origine – législative, jurisprudentielle, doctrinale, individuelle - important peu à ce stade. L'interprétation qui fait sens est relative en ce qu'elle dépend étroitement du contexte dans lequel les objets se réalisent. La réalisation traduit un effort d'accomplissement : de la conception, du projet, on passe à l'action. L'interprétation est donc à la fois le fruit d'une

²³⁹ V. par ex. Alvaro d'ORS, « Une introduction à l'étude du droit », Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1991. L'auteur définit le droit comme « ce qu'approuve le juge » (n° 10). Il appuie son argumentation sur la distinction de l'*actoritas*, qui traduit l'activité de création juridique, de la *potestas*, qui s'applique au niveau de l'exécution de la sentence (n° 24). L'*actoritas* est, à ses yeux, la condition essentielle de création du droit. Seul le juge réunit les conditions nécessaires pour l'incarner car il détient les connaissances nécessaires pour déterminer, dans chaque cas, ce qu'est le droit, ainsi que l'autorité suffisante pour les faire appliquer. Il jouit d'un « savoir socialement reconnu », condition nécessaire et suffisante, et c'est pourquoi il importe peu de savoir si telle ou telle solution va faire ou non jurisprudence. Toutes les décisions créent le droit en le reconnaissant comme tel. Tout ce qui n'entre pas dans le cadre d'un litige n'est pas du droit. Le droit n'existe que dans et à travers le juge et la loi ne devient droit que lorsque le juge fait sien les critères et les concepts proposés par le législateur.

²⁴⁰ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 5.

²⁴¹ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 236 (l'auteur souligne).

problématisation préalable contextualisée : il n'est possible de distinguer des objets qu'en fonction d'un index, c'est-à-dire un recueil organisé en fonction d'un projet qui fait lui-même partie d'un corpus signifiant et d'une recontextualisation : il n'est possible d'appliquer une distinction originelle qu'en fonction du sens qu'elle prend avec d'autres distinctions, lesquelles ne s'inscrivent pas nécessairement dans la même problématique. Le second aspect important du droit réside dans sa dynamique, dans la mesure où le droit ne se réalise pas uniquement à travers les objets conçus comme des unités transformées en statuts, mais aussi à travers les relations entre ces unités, lesquelles sont évolutives, ouvertes et possiblement contradictoires. Ce faisant, la signification découlant des mises en rapport de la distinction révèle la signification cachée des objets, qualifiés ou non qualifiés. Gérard Timsit explique que la juridicité du droit est fonction de signes ou d'indices permettant aux destinataires du droit de comprendre et de mettre en oeuvre un texte juridique (ce qui permet d'approfondir son sens en le modifiant).

Le concept de juridicité, vecteur du sens de la norme. Selon Gérard Timsit, l'objet de la science juridique doit être recentré sur le concept de juridicité, défini comme « la propriété d'une norme qui fait que cette norme a la qualité de norme juridique »²⁴². Ce n'est pas la norme elle-même, mais bien la qualité de cette norme, c'est-à-dire sa juridicité, qui forme l'objet de son étude. Celle-ci doit refléter les caractères particuliers du droit. Le droit est, selon lui, une « immanence » de la société car il est le produit de l'activité humaine. Cependant, l'auteur est convaincu que les méthodes applicables aux autres sciences humaines ne sont pas complètement transposables à l'étude du droit en raison de son objet particulier. Le droit régule les comportements sociaux, il agit directement sur eux, en un mot, il traite la réalité sociale. Cela implique que, tout en étant une émanation de la société, le droit constitue une entité qui la « transcende ». C'est ce double caractère d'immanence et de transcendance que l'auteur souhaite mettre en lumière à travers le concept de juridicité.

Le texte, une unité signifiante. En conséquence, Gérard Timsit a résolument opté pour une approche du droit fondée sur le sens des normes. Il axe son étude sur les moyens de construire ce sens et sur ses structures de contrôle. À ses yeux, la normativité se distingue de la « juridicité », car l'une concerne la validité des normes et l'autre, le sens imprimé aux normes au terme d'un processus « d'encodage » et de « décodage » du sens. Un texte est porteur d'une norme, ce n'est pas pour autant que cette norme est porteuse d'un sens.

Le texte constitue la clef de voûte de son analyse. Il est l'ensemble signifiant pris comme objet d'étude. Le point fort réside dans l'idée que tout texte, y compris juridique, acquiert une autonomie

²⁴² Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 4.

par rapport à son auteur. De parole, il devient écriture. Dans l'écriture se niche le silence, qui contient une palette protéiforme de réalisations. Aucun texte n'a de sens absolu mais, au contraire, plusieurs sens possibles. Le sens initial du texte correspond à celui voulu par l'auteur. Il est plus ou moins précis et rigoureux, mais, même précis et rigoureux, le lecteur, deuxième acteur de la signification, se joue de la part d'indétermination contenue dans les mots. Le lecteur donne au texte un sens différent, décalé, voire franchement autre. Gérard Timsit montre que la signification des normes dépend de l'intention que les acteurs du droit mettent dans le texte, ce qui montre que toute distinction définitionnelle, catégorielle, classificatoire est le résultat d'un projet indexé à un corpus.

La juridicité ou le répertoire des possibles. La juridicité est définie comme la propriété normative de l'univers juridique dont la fonction est de signifier un droit, une obligation, une habilitation ou une permission, à l'intention des destinataires du droit. Elle est une propriété interne au système juridique qui rend compte de la fonction externe de signification des normes. Gérard Timsit étudie cette propriété, non par l'étude singulière du contenu des normes, mais en systématisant les mécanismes qui président à la formation des normes, c'est-à-dire, dans son esprit, qui concourent à lui donner une signification intelligible. Cette dernière se définit « au sens linguistique du terme, comme le répertoire des possibles » qui s'applique à la norme, en conséquence de quoi, « c'est donc dans les conditions du décodage de la norme que réside la juridicité de la norme et c'est cette propriété ainsi définie qui constitue l'objet exact de la science juridique »²⁴³.

L'analyse de Gérard Timsit, axée sur le sens des normes, équivaut à adopter une approche différentielle du droit. Celle-ci sera abordée plus précisément dans la deuxième partie de cette thèse, ce qui offrira l'occasion de revenir sur les mécanismes mis en place par Gérard Timsit pour saisir les conditions de décodage du sens des normes. À ce stade, ces dernières ne seront que brièvement définies, afin de comprendre les différents aspects de la juridicité et, ce faisant, de discerner les aspects généraux du système créé par l'auteur.

Typologie des conditions de décodage de la norme : la pré-détermination, la co-détermination et la sur-détermination. Pour Gérard Timsit, l'important n'est pas de savoir qui est à l'origine du sens d'un texte, puisque tout lecteur, y compris les particuliers, y concourent, mais comment s'opèrent les processus d'encodage et de décodage du sens d'un texte²⁴⁴. L'auteur distingue trois plans de détermination du sens d'un texte : la pré-détermination, la co-détermination et la sur-détermination.

²⁴³ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 5.

²⁴⁴ « Les noms de la loi », op. cit., p. 180.

Il est nécessaire au préalable de préciser que la sur-détermination est transversale, dans la mesure où elle correspond au code socioculturel qui préside à la lecture de la norme. Elle est présente à la fois au niveau de l'encodage du sens d'un texte, qui correspond à sa pré-détermination, et au niveau du décodage du texte, qui correspond à sa co-détermination.

Les deux compétences de contrôle du sens d'un texte juridique sont constituées de l'instance d'émission de la norme, par exemple le législateur, qui encode sa volonté²⁴⁵ dans la norme, et de l'instance de réception de la norme, comme le juge. La loi, définie comme « l'inscription du sujet dans le texte »²⁴⁶ par l'auteur, pré-détermine la signification de la norme. Elle se caractérise par l'écriture et par la généralité²⁴⁷. Le caractère écrit de la loi est important car il a une incidence sur la part de surdétermination dans la norme. Tout texte, y compris législatif, échappe à son auteur au fil de son développement. Lorsqu'elle n'est que parole, la volonté du législateur est, selon Gérard Timsit, très présente et décelable. Quand il est écrit, le texte acquiert une autonomie par rapport à son auteur et lui échappe à double titre : par la marge d'imprécision, et même d'imagination, que toute écriture porte en elle et par le silence qu'elle induit et qui est naturellement comblé par la surdétermination du code socioculturel. Selon Gérard Timsit, c'est l'articulation de la parole, de l'écriture et du silence et la manière dont prédomine l'un des éléments significatifs de pré-, co- et sur-détermination qui permet et explique l'engendrement du droit.

Le juge est quant à lui dans une logique de la parole. Il est « la bouche de la loi »²⁴⁸ et a pour mission de rendre la loi intelligible à tous. En cela, il détient la clef de la juridicité. Il décode la norme dans un double mouvement descendant et ascendant²⁴⁹. Descendant du général au singulier, il procède à une opération de « spécification », c'est-à-dire à « une exécution de la loi qui permette de retrouver dans le cas singulier qui lui est soumis la généralité de la loi qu'il applique »²⁵⁰. Il lie le général au singulier en évitant une individualisation dont le danger réside dans la dispersion et le désordre. Par un mouvement ascendant, il remédie aux indéterminations des conditions posées par la loi en procédant à une opération de « certification ». C'est le mécanisme de « transdiction » qui permet au juge de retrouver, dans le silence ou l'indétermination de la loi, ce que le code culturel et social dominant lui dicte : « (...) l'"invention" par le juge – invention, au sens de ce mot en droit – permet au juge de suppléer objectivement à l'absence de détermination de la loi, ou de faire le tri

²⁴⁵ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 35.

²⁴⁶ « Les noms de la loi », préc., p. 73 s.

²⁴⁷ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 28 et 29.

²⁴⁸ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 32.

²⁴⁹ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 37 à 42.

²⁵⁰ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 38 (l'auteur souligne).

entre les conditions légalement pertinentes concurrentes ou contradictoires qui y sont inscrites »²⁵¹. Les principes généraux du droit constituent, aux yeux de Gérard Timsit, un bon exemple car, selon lui, ils ne sont pas créés au sens strict du terme par le juge, mais inventés au regard des principes communs à l'ensemble de la société, au moment où le juge statue. Le juge invente le droit comme on invente un trésor.

La sur-détermination englobe les « principes, valeurs, croyances, idées, pratiques ou usages des membres d'une collectivité »²⁵². Cependant, Gérard Timsit ne cherche pas à déterminer le contenu ou la nature des valeurs socioculturelles car dans son esprit cela correspond à une démarche sociologique qui ne relève pas de la science juridique²⁵³. Dans cette logique, l'auteur tente de cerner la part de surdétermination dans les textes en l'objectivant par des procédés formels. La surdétermination tient une place éminemment textuelle dans son œuvre et c'est dans cette perspective qu'elle est objectivée. Gérard Timsit considère, par exemple, que l'analogie fait nécessairement intervenir un élément de surdétermination. Le lecteur part d'une situation de prédétermination dans laquelle une règle s'applique à une situation déterminée. Il l'applique à une situation qu'il considère comme proche, autrement dit une situation analogique. Dans l'esprit de Gérard Timsit, c'est la surdétermination qui permet de la considérer *comme effectivement proche*. Le lecteur se fonde sur un code socioculturel qui peut être soit commun à celui de l'auteur, c'est ce qu'il appelle « l'effet de gravitation du sens », soit différent de celui de l'auteur, et c'est ce qu'il dénomme « l'effet d'expansion du sens »²⁵⁴.

54. — L'objectivation de la surdétermination permet à Gérard Timsit de se conformer à son postulat de départ voulant que la science juridique ne puisse se construire que d'un point de vue interne. Elle permet de comprendre les modalités générales du système construit par l'auteur.

Les modalités du système. Gérard Timsit a conscience que le juge ne se contente pas toujours d'un acte de « transcription », qui consiste en l'application mécanique d'un texte de loi, ni même de « transdiction ». Il arrive qu'il procède à une « transgression »²⁵⁵, c'est-à-dire à un acte de création du droit. Tel est le cas lorsque, s'affranchissant du texte, il l'interprète à la lumière d'un code culturel et social minoritaire, voire purement personnel. Selon Gérard Timsit, il s'agit d'une création du droit normalement réservée au législateur en tant que souverain, bien qu'il précise à de maintes reprises que les limites entre l'interprétation du législateur et celle du juge ne soient pas

²⁵¹ Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 40.

²⁵² Gérard TIMSIT, « Archipel de la norme », préc., p. 29 et p. 256.

²⁵³ Sur ce point, v. la deuxième partie de cette thèse, titre 1, chap. I.

²⁵⁴ « Les noms de la loi », op. cit., op. cit., p. 172 à 178.

²⁵⁵ « Archipel de la norme », spéc. note 3, p. 139 à 141.

tranchées dans l'absolu. Il revient en effet au juge de combler les indéterminations de la loi et c'est dans cette optique que l'auteur construit les outils épistémologiques de transcription et de transdiction, destinés à contrôler l'exercice de ce pouvoir. En réalité, il y a acte de transgression de la part du juge, lorsque ce dernier passe du plan de la juridicité à celui de la normativité, de l'acte de subsomption sous un texte (même contradictoire, indéterminé et incomplet) à la création pure et simple du texte porteur de la norme. Le concept de création repose donc sur la distinction de l'ordre normatif et de l'espace normatif²⁵⁶. Le premier représente le système d'engendrement des normes, le second, les normes elles-mêmes. Il adopte ainsi, sous une dénomination différente, la distinction des règles de droit secondaires et des règles de droit primaires. La modification de l'espace n'aboutit pas nécessairement au changement de structure de l'ordre. L'auteur insiste sur les degrés de modification des normes, degrés dont la propriété est d'avoir des incidences radicalement différentes sur l'ordre juridique. C'est ainsi que la transdiction modifie l'espace et, en ce sens, est normative. Cependant, elle n'a pas d'incidence sur l'ordre, puisqu'elle ne crée pas de règle. Elle les réécrit, les invente, en se fondant sur une norme et des codes pré-existants. En revanche, la transgression, que Gérard Timsit dénonce sous la forme du gouvernement des juges, crée le droit et, par là, modifie l'ordre. En légiférant, le juge viole en conséquence la souveraineté du législateur. De ce point de vue, le mode de réception des valeurs socioculturelles dans l'espace juridique constitue une clef de la théorie de la juridicité qu'il propose, mais cette réception est envisagée au travers de ce que le législateur et le juge peuvent en faire pour traiter la réalité sociale. De ce point de vue, la part de transcendance du droit prime nettement sur sa part d'immanence, alors que les deux sont profondément liées. Les conditions du décodage du sens de la norme sont internes au système juridique et c'est ce qui permet de penser que sa construction constitue bien une théorie du système. À l'instar de Hans Kelsen, Gérard Timsit centre son étude sur la signification de la norme, bien qu'à la différence de ce dernier, il ne pense pas que l'essentiel réside dans l'élément de volonté mais dans un savant dosage entre les modes d'interprétation.

La pré-, co- et sur-détermination, curseurs du système. Gérard Timsit ne prétend pas poser les conditions d'existence de la norme. Il propose une description du mécanisme général de formation de la norme. Le système est centré sur les notions d'ordre et d'espace, de juridicité et de normativité, mais la prééminence des éléments qui forment le contenu de ces notions n'est pas fixe. C'est au contraire, leur hiérarchie, la prééminence, par exemple, de la surdétermination sur la prédétermination qui permet de comprendre, de manière empirique, le fonctionnement d'un système. Selon lui, cette hiérarchie varie dans le système, ainsi que d'un système juridique à un autre, notamment lorsqu'il s'agit de systèmes de droit écrit et de systèmes de *case law*. Son travail aboutit à redéfinir les concepts de création et de production du droit, dans un sens restreint et à

²⁵⁶ « Thèmes et systèmes de droit », préc.

assigner des limites à la fonction de juge. Les conséquences politiques qui en résultent expliquent qu'il n'envisage le droit dans ses relations à la société que d'un point de vue strictement interne.

L'ambiguïté de la surdétermination : propriété ou prédétermination de l'Homme socioculturel ? Cette vision interne résulte aussi de l'hypothèse du droit considéré en un système. La théorie du système permet de mettre en place des outils méthodologiques d'observation et d'explication des phénomènes du droit. Cependant, elle trouve ses limites lorsque les auteurs se fixent pour objectif d'expliquer par une vision strictement interne la réception de phénomènes, au moins en partie externes, comme le code socioculturel. La place de la surdétermination dans le système de Gérard Timsit est quelque peu ambiguë. Pour pouvoir prendre place dans le système, elle doit nécessairement être intégrée dans le processus normatif. Le problème est qu'elle échappe à la détermination. Elle est, pour reprendre les termes de l'auteur, le champ dans lequel s'inscrivent le législateur et le juge au moment où ils créent et appliquent la norme. Gérard Timsit donne ainsi l'impression que le législateur et le juge reçoivent ces données de l'extérieur (et leur analyse relève de la sociologie) et les transforment en une propriété signifiante de la juridicité qui en tant que telle est identifiable et consciente. Dans une certaine mesure, l'auteur réhabilite l'élément de volonté dans le champ de la signification et c'est bien tout le problème du postulat du jugement interne. En réalité, il paraît difficile de faire du contexte socioculturel une propriété du droit. Beaucoup plus largement, il englobe le contexte dans lequel s'inscrit toute activité humaine. Ce contexte n'est, à notre sens, pas différent de celui du médecin qui prescrit en fonction des certitudes de son époque, de son pays et de sa culture. La loi et l'acte juridictionnel sont certes des actes contextuels, mais il est difficile de faire de ce contexte une propriété normative dès lors que cette propriété est le propre de toute activité humaine, pas seulement normative.

En voulant établir les mécanismes de la transcendance du droit destinés à traiter une réalité sociale, Gérard Timsit méconnaît quelque peu sa part d'immanence. Pour cela, il axe son analyse sur les mécanismes de prédétermination fondés sur le texte initial et les traces laissées par l'auteur, d'une part, et sur « les stratégies » de prédétermination du sens, au nombre desquelles figure par exemple la catégorisation, d'autre part²⁵⁷. Lorsque le juge se trouve dans une situation de transdiction, il a pour tâche de rechercher l'esprit de la loi, c'est-à-dire la volonté du législateur, la signification autonome du texte et, en dernier ressort, le code socioculturel dominant qui s'insinue dans le silence du texte. Gérard Timsit évite ainsi de tomber dans le travers des jus-naturalistes qui, ne parvenant pas à expliquer le droit positif, le justifient par une propriété externe, la Loi naturelle. Néanmoins, la contextualisation ne peut être réduite à une propriété. Le législateur est lui-même une personne contextuelle, influencée par son environnement culturel. Placé devant les avancées de la

²⁵⁷ « Les noms de la loi », op. cit. p. 78.

jurisprudence, il se trouve bien obligé de les consacrer. Il serait hasardeux de considérer que le législateur consacre une jurisprudence, lorsqu'elle a su déceler le code socioculturel dominant et, à l'inverse, l'invalidé lorsqu'elle a transgressé ce code. Le législateur n'est pas transcendant, il est immanent. Il en va de même pour la loi. Gérard Timsit n'aboutit pas à de telles conclusions, mais sa théorie pourrait les induire indirectement, d'autant qu'elle vise *in fine* à redéfinir le concept de souveraineté du législateur.

§3 Le système autopoïétique comme nouveau paradigme systémique

55. — L'idée du système autopoïétique a été particulièrement étudiée par Gunther Teubner et Niklas Luhmann. Ils se sont inspirés du modèle autopoïétique développé, dans le domaine de la biologie, notamment par Humberto Maturana, Heinz von Foerster²⁵⁸ et Francisco Varela²⁵⁹. En biologie, l'autopoïèse relativise l'idée, issue de la théorie de l'évolution, selon laquelle l'évolution des espèces est provoquée par la nécessité de survivre face à un environnement hostile et qu'elle constitue une optimisation des capacités naturelles dans l'environnement²⁶⁰. L'autopoïèse institue un système de clôture opérationnelle : « l'idée centrale et décisive, c'est que les éléments présupposent une extraordinaire complexité quant à leur base d'énergie et de matière, mais fonctionnent néanmoins dans les systèmes comme des unités indissolubles pour chacun d'eux, par exemple en tant que molécules, cellules, idées ou actions »²⁶¹. Chaque élément qui compose le système forme une unité, qui se constitue par le système, c'est-à-dire par les capacités de liaison que ce dernier met en place. « Un système auto-créateur constitue les éléments dont il se compose, et par là il établit des limites qui n'existent pas dans la complexité de l'infrastructure formant l'environnement du système »²⁶². L'évolution des espèces est dès lors liée à « (...) la diversification ou complexification des formes de comportements propres autorisés par la cohérence et la clôture opérationnelle du système qui parvient ainsi à maintenir son identité au travers de ses transformations »²⁶³. L'influence de l'environnement est contrôlée, maîtrisée par le système. Il reçoit les informations extérieures au moyen d'un code qui lui est propre et si, d'aventure, les chocs exogènes dépassent un certain seuil de tolérance, alors le système risque de se désintégrer.

La clôture normative du système. La théorie de l'autopoïèse, synonyme en droit d'auto-

²⁵⁸ Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », trad. Gaby Maier et Nathalie Boucquey, PUF, Les voies du droit, Paris, 1993, p. 3.

²⁵⁹ Niklas LUHMANN, L'unité du système juridique, APD, 1986, t. 31, p. 165.

²⁶⁰ Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », préc., p. 88 s.

²⁶¹ Niklas LUHMANN, L'unité du système juridique, préc., p. 166.

²⁶² Ibidem, p. 166.

²⁶³ François OST, Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit, APD, 1986, t. 31, p. 136 et 137.

production, se définit comme « un système qui produit ses composantes à partir de son réseau d'éléments propres »²⁶⁴. Elle présente l'avantage de dépasser la distinction de l'ouverture et de la fermeture du système. « Le droit est un système "de clôture normative", mais "d'ouverture cognitive" »²⁶⁵. Le normatif permet au système de se différencier par rapport à son environnement et ainsi de produire des unités stables²⁶⁶. C'est le mécanisme de l'auto-référentialité, défini comme « toute circularité ou récursivité par laquelle une unité entre en relation avec elle-même »²⁶⁷. Le système, qui est fondamentalement un système d'action, contient en lui les éléments et les procédures qui permettent de reconnaître les éléments qui appartiennent au système, ainsi que ceux qui lui sont étrangers. Le normatif est nécessaire du point de vue de l'identité du système, ainsi que du point de vue du contrôle de l'auto-crédation. La clef réside dans le code de la différence entre le oui et le non que tout système possède et transforme en un principe directeur spécifique. En droit, ce code est celui de la validité et de la non-validité. Il permet d'éliminer toutes les contradictions et toutes les « négations qui lui sont constamment concomitantes et constamment inhérentes »²⁶⁸. La fonction de la normativité réside donc dans l'auto-crédation continue, qui s'inscrit dans le cadre et dans la limite des corrélations établies entre éléments. Il y a une circularité des composantes du droit et non une hiérarchie. L'observateur extérieur, l'analyste, n'a aucune influence sur le système autopoïétique qui procède lui-même à la sélection de ses composantes et à leur articulation. La part d'indétermination du droit résulte, de ce point de vue, de ce que s'il est synthétiquement déterminé, puisqu'il dépend de son passé et analytiquement, c'est-à-dire extérieurement, imprévisible²⁶⁹. Le droit n'a de signification qu'interne.

L'ouverture cognitive du système. Cependant, si le normatif est important pour assurer le processus dynamique d'auto-crédation du droit, le cognitif, c'est-à-dire l'ouverture vers les informations extérieures, l'est tout autant. Le système juridique n'est, en effet, qu'un sous-système du système social global qui se définit, lui-même, comme un système autopoïétique clos du point de vue normatif et ouvert du point de vue de la communication. Il est certes essentiel pour le système de reconnaître les unités pareilles que soi et c'est la tâche du normatif. Mais il est tout aussi crucial, pour se développer et s'étendre, d'avoir la capacité d'intégrer de la matière. C'est le rôle du cognitif, qui assure la liaison entre le normatif et les informations extérieures. Selon Gunther Teubner, le système juridique connaît plusieurs phases de développement et n'accède que peu à peu à son autopoïèse complète. Il est d'abord un droit « socialement diffus », puis il est partiellement autonome et enfin les processus d'auto-référentialité allant en s'amplifiant, il est autopoïétique à

²⁶⁴ Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », préc., p. 43.

²⁶⁵ Niklas LUHMANN, L'unité du système juridique, préc., p. 173.

²⁶⁶ Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », préc., p. 29.

²⁶⁷ Gunther TEUBNER, op. cit., p. 32.

²⁶⁸ Niklas LUHMANN, L'unité du système juridique, préc., p. 168.

²⁶⁹ Gunther TEUBNER, « Le droit, un système autopoïétique », préc., p. 9.

part entière²⁷⁰. L'autonomie réside essentiellement dans la faculté du système à construire une auto-description. Elle est, à ses yeux, totale lorsque l'auto-observation, définie comme « l'aptitude d'un système à opérer dans les faits la jonction de ses éléments, et à récapituler un enchaînement d'opérations qui lui sont spécifiques », accède au rang de « valeur structurelle, c'est-à-dire quand elle perdure et favorise la cristallisation d'un ordre à l'intérieur d'un système »²⁷¹. La meilleure illustration d'une auto-description en est, selon lui, celle des règles de droit secondaires de Hart qui « décrivent l'opération par laquelle le système juridique observe de manière communicationnelle ses propres composantes, et les transforme en artéfacts sémantiques »²⁷².

Si l'environnement modifie le système par le biais du cognitif, il n'a aucune influence directe au sein du système autopoïétique²⁷³. L'influence réciproque des systèmes s'effectue d'après une logique de co-évolution, perçue dans une dimension mutuelle et réciproque de perturbations concrètes. Le système juridique n'intervient que dans une perspective de régulation de la société, ce que Gunther Teubner résume par un paradoxe : « Le droit régule la société en se régulant lui-même »²⁷⁴. Dans son esprit, dans l'hypothèse et seulement dans l'hypothèse où le droit se conçoit lui-même comme un système autopoïétique et admet ainsi l'autopoïèse des autres sous-systèmes sociaux, il est nécessaire, pour le législateur, « d'échapper à la circularité close du droit et de s'insinuer dans la circularité des différentes sphères sociales (...) », ce qui comme l'observe l'auteur « n'est pas un mince projet »²⁷⁵. Gunther Teubner estime, qu'en réalité, il existe une impossibilité systémique d'une régulation directe de la société par le droit et c'est pourquoi il propose des stratégies²⁷⁶ de régulation non invasives, en raison de la clôture normative de chaque sous-système. Ces stratégies sont au nombre de trois. L'observation réciproque des systèmes impliqués permet d'abord à chaque système, par exemple les systèmes économique et juridique, d'enregistrer les informations réciproques et de les traiter selon leurs propres procédures. C'est ainsi que le droit reconstruit sa propre conception de l'économie et produit des normes en conséquence et qu'en retour, le monde économique traduit les normes juridiques selon ses propres codes. Les applications qui en résultent sont imparfaites et incomplètes malgré les remèdes que le droit peut développer, par exemple, en prévoyant des actions en justice adaptées au milieu qu'elle souhaite réguler. La connexion communicationnelle de l'interférence systémique constitue la deuxième stratégie de régulation. Il s'agit pour les systèmes d'interconnecter les faisceaux d'informations communs, ce qui en définitive conduit à communiquer à travers la recherche du plus petit

²⁷⁰ Gunther TEUBNER, op.cit., p. 58 s.

²⁷¹ Ibid., p. 34.

²⁷² Ibid., p. 62 et 63.

²⁷³ Ibid., p. 97.

²⁷⁴ Ibid., p. 103.

²⁷⁵ Ibid., p. 113.

²⁷⁶ Ibid., p. 114 à 157.

dénominateur commun. La connexion systémique par le biais de l'organisation constitue, enfin, l'ultime stratégie régulatrice. Le droit produit des formes, des procédures et des compétences organisationnelles permettant de faire le lien, du point de vue de la communication, entre les systèmes. Le droit collectif du travail et la législation cogestionnaire en constituent un bon exemple selon Gunther Teubner.

56. — **Le caractère contextuel du droit sacrifié au profit de l'auto-régulation du système.** La théorie du système autopoïétique permet de mettre en évidence l'importance égale des systèmes sociaux et creuse la voie d'un droit qui s'imagine autrement que réglementaire. Le droit n'est pas perçu comme transcendant. Cependant, et c'est sans doute sa limite, il n'est pas perçu non plus comme véritablement immanent. Il constitue une entité auto-régulée et à ce point autonome qu'il devient paradoxalement ardu de justifier les raisons de son existence au sein de la société. François Ost²⁷⁷ réfute à juste titre le caractère mécaniciste de l'autopoïèse. Il explique que les règles de changement perçues comme un modèle d'auto-description par les tenants de l'autopoïèse sont en réalité elles-mêmes déterminées. À ses yeux, les informations extérieures, non seulement laissent place au hasard et c'est le paradigme du jeu²⁷⁸, mais font sens dès lors qu'elles déterminent une modification de la structure, par exemple sous forme d'une réponse adaptée. Par ailleurs, on voit mal comment il est possible de couper le cognitif du normatif. Autant la théorie de Gérard Timsit consistant à faire de la norme le support du sens qui construit la juridicité nous semble parfaitement justifiée, autant il paraît curieux de penser que le normatif est à la fois le support et le réceptacle du cognitif défini comme une sorte d'agent de liaison entre systèmes sociaux, de surcroît peu efficace puisqu'il déforme systématiquement les informations juridiques à visée normative au contact des autres systèmes. Le système autopoïétique opérationnel d'un point de vue normatif exclut de la sorte l'idée même que le droit puisse être *de* la réalité et non une réalité parmi d'autres. La logique unitaire fondée sur une dualité des systèmes sociaux est véritablement exacerbée et reflète un idéal d'autonomie détaché des autres réalités. Selon la théorie de l'autopoïèse, ces dernières sont certes enrichissantes et nécessaires d'un certain point de vue, mais aussi fondamentalement perturbatrices et potentiellement dangereuses, ce qui est un comble si l'on admet que le droit est de la réalité.

²⁷⁷ Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit, préc.

²⁷⁸ Michel Van De KERCHOVE et François OST, « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Les voies du droit, Paris, 1992.

57. — CONCLUSION

Au terme de ce chapitre, plusieurs arguments confortent l'idée que la pensée systémique est soumise aux principes de la distinction – opposition. Ces arguments militent *in fine* en faveur de la notion de corpus juridique pour étudier le phénomène de la distinction en droit.

Les incidences de la distinction – opposition sur la pensée systémique. Bien qu'aucun système ne puisse être réduit aux principes qui vont suivre, il résulte de cette étude que les auteurs conceptualisent le droit en fonction de croyances qui s'apparentent aux caractéristiques de la distinction – opposition. Au nombre de cinq, ces caractéristiques sont reliées entre elles :

La généralisation des principes de classification du système. Bien que le système soit par définition construit, il est rare que les auteurs se départissent de l'idée qu'il est possible de trouver des mécanismes généraux applicables universellement et capables de s'adapter aux particularités de chaque droit dans le monde – et donc de les justifier : au fond, dit-on, les différences entre systèmes juridiques sont normales puisqu'elles sont liées à des différences socioculturelles ; il n'empêche que les structures mentales des Hommes sont les mêmes *puisque'il est possible de retrouver* dans d'autres systèmes les mécanismes systémiques dégagés pour un système donné. Le système reproduit en quelque sorte la croyance qu'il existerait une idée du droit originel commun à l'humanité, sans voir que l'on applique un découpage de la réalité, qui est propre aux auteurs de tradition européenne, à des sociétés étrangères socioculturellement et ayant leurs propres découpages de l'espace et du temps. Par le biais de divisions, on applique un principe de vision qui peut expliquer des systèmes étrangers mais qui jamais ne les justifieront. Le point de vue invalide en tant que tel la visée universelle du modèle.

Dans cette perspective, le système ne fait ni plus ni moins que reproduire les préceptes du jusnaturalisme, à ceci près que pour celui-ci le modèle est fourni par la nature, alors que pour celui-là il est fourni par l'Homme. Mais l'Homme Réel n'existe pas en tant que tel et c'est bien sa richesse. À ce propos, l'analyse de René Sève²⁷⁹ offre une piste de réflexion intéressante. L'auteur se montre très critique de l'idée de système en relevant à juste titre que la généralité de la règle ne peut se départir d'une idée directrice propre au sujet connaissant. Selon lui, c'est à partir de l'époque moderne et surtout du XVI^{ème} siècle que la généralité de la règle s'impose comme élément essentiel du droit et que la construction de ce dernier en un édifice systématique devient

²⁷⁹ Introduction, op. cit.

« obsessionnelle »²⁸⁰. Or, le XVI^{ème} siècle correspond à la période de la Renaissance, baptisée comme telle vers 1860 pour désigner la naissance de l'humanisme : d'un modèle où l'Homme est pensé en fonction de Dieu, la pensée occidentale est passée à un modèle où l'Homme devient le centre, où l'Homme est pensé en fonction de l'Homme²⁸¹. La notion de système s'inscrit, à notre sens, dans cette rupture épistémologique. L'obsession de la systématisation traduit une volonté de remplacer un droit idéal inscrit dans la nature transcendante par un droit idéal produit par l'Homme. La perfection est en quelque sorte accessible du vivant de l'Homme grâce à sa seule intelligence²⁸².

En introduisant la notion de raison, René Descartes²⁸³ a contribué à accentuer le phénomène de la systématisation. Son œuvre est à l'origine d'une véritable rupture épistémologique²⁸⁴ puisque elle a permis de réfuter l'idée que le monde se laisse voir et penser par l'intelligence, laquelle était conçue depuis l'Antiquité comme un donné direct de l'expérience des sens. Sens et intelligence fournissent pour ainsi dire le matériau de base, mais c'est la raison qui l'organise selon une méthode axée sur la révocation en doute²⁸⁵. Le doute méthodique est « d'abord l'affirmation, par l'homme et pour lui, de sa propre limite »²⁸⁶, mais il constitue aussi une certitude initiale, un postulat dont procède toute connaissance, de sorte que le *cogito*, la pensée, est *in fine* « soustraite à l'exigence universelle du doute ; par là, elle devient la mesure de toute chose »²⁸⁷. En érigeant ce principe en fondement des sciences, le philosophe achève de rompre avec la pensée antique : « consciente

²⁸⁰ René SEVE, Introduction, op. cit., p. 6.

²⁸¹ V. Michel VILLEY, La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD, t. IX, Sirey, Paris, 1964, p. 97, spéc., p. 119.

²⁸² *Rappr.* Daniel GUTMANN, L'objectif de simplification du langage législatif, in « Les mots de la loi », œuv. coll. sous la dir. de Nicolas Molfessis, Economica, Paris, 1999, p. 73. L'auteur commence sa démonstration par une référence à Jérémy Bentham qui distinguait « les perfections essentielles » des « perfections secondaires » dans le style des lois : « les premières consistent à éviter les défauts qui les corrompent. Les secondes à saisir les beautés qui lui conviennent ». Daniel Gutmann s'interroge alors : « La simplicité est-elle une vertu technique (essentielle) ou une vertu esthétique (secondaire) ? Il faut, semble-t-il refuser de trancher. La simplicité est d'abord une vertu technique, par devoir ». L'auteur poursuit en recensant divers avantages de la simplification comme la volonté d'éviter l'arbitraire, la sobriété, la concision, mais il ne perd jamais de vue un fait essentiel. Selon lui, l'idée même de la simplicité relève d'un idéal jamais atteint : « ce qu'il faut dévoiler dans l'objectif de simplification, c'est son *hybris*, cette croyance folle qu'il serait possible de maîtriser l'avenir, autant que de se passer du passé » (p. 86).

Dans le prolongement de cette analyse, il est possible d'ajouter que ce qu'il faut dévoiler est cette impossibilité de maîtriser ce qui ne nous est pas extérieur : le présent, le passé et le futur ne représentent rien d'autre qu'une distinction socioculturelle qui détermine l'Homme, qui lui permet de se penser comme tel et qui, enfin, explique en partie pourquoi cet Homme envisage la réalité comme un fait extérieur qu'il serait possible de maîtriser en le découpant, en le simplifiant jusqu'à aboutir à un idéal d'unité.

²⁸³ « Discours de la méthode », 1637, Librairie A. Hatier, Paris, 1936.

²⁸⁴ V. Christian ATIAS, « Philosophie du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004, n° 10 à 12, p. 29 à 40.

²⁸⁵ Il y a déjà quelque temps que je me suis aperçu que, dès mes premières années, j'avais reçu quantité de fausses opinions pour véritables, et que ce que j'ai depuis fondé sur des principes si mal assurés, ne pouvait être que fort douteux et incertain ; de façon qu'il me fallait entreprendre sérieusement une fois en ma vie de me défaire de toutes les opinions que j'avais reçues jusques alors en ma créance, et commencer tout de nouveau dès les fondements, si je voulais établir quelque chose de ferme et de constant dans les sciences ». « Méditations métaphysiques », 1641, Hatier, Paris, 2007, méditation première.

²⁸⁶ Christian ATIAS, op. cit., n° 11, p. 32.

²⁸⁷ Ibid, p. 33.

d'elle-même, la pensée permet au sujet pensant d'affirmer son existence ; elle "s'émancipe de plus en plus des conduites émotionnelles et du schéma organique" »²⁸⁸. La révocation en doute ouvre ainsi la voie à la production de systèmes conçus comme raisonnables et scientifiques, fondés sur des principes premiers clairs et distincts²⁸⁹. Peu à peu, la raison de l'Homme justifie non seulement de son essence, mais aussi de son existence, sans égard à la culture qui le modifie et le structure. La *ratio* nourrit l'intelligence du monde et assure le passage du subjectif à l'objectif. Le sujet connaissant s'élimine de la connaissance du fait de la certitude du *cogito ergo sum*, rendant ainsi la connaissance objective²⁹⁰.

Pourtant, si l'on admet que l'Homme ne peut se concevoir qu'à travers les activités et les constructions socioculturelles qui le constituent et qui ne lui sont pas extérieures, dans la mesure où il ne se pense qu'à travers elles, l'observateur ne peut en bonne logique s'éliminer lui-même de l'objet étudié. Lui-même devient alors sujet au doute, rendant discutable toute visée universalisante d'un modèle descriptif. Il faudrait pousser la logique de construction plus loin en admettant que ce qui permet de traiter ou de comprendre n'est pas nécessairement une cause justificatrice. Ce n'est pas parce que la dichotomie des règles de droit primaires et des règles de droit secondaires fonctionne qu'elle justifie l'unité du droit axée sur une règle de reconnaissance finale.

L'unité par la non-contradiction. L'unité découle de la recherche d'une vue d'ensemble du droit et s'appuie sur le principe de non-contradiction. Il semble que pour pouvoir traiter le droit comme de la réalité issue de données socioculturelles et ne plus le considérer comme un système fermé, il faille abandonner toute prétention à une unité logique du droit. Les propositions doctrinales tendant à transformer la notion de système montrent la difficulté à se détacher de ce précepte, associé à l'impératif de sécurité juridique. Nous ne savons pas si l'unité concourt à la sécurité, mais elle aboutit sans nul doute à privilégier une vue taxinomique du droit qui, contrairement à l'idée d'indexation, aboutit à caricaturer la réalité.

La volonté de maîtriser une réalité molle et fuyante²⁹¹. Les clivages sur lesquels s'appuient les auteurs posent tous le problème du rapport du droit au fait et la manière d'articuler les trois

²⁸⁸ Ibid., n° 11, p. 30, (l'auteur cite Max Scheler, 1926, dans le texte).

²⁸⁹ V. Jean-Louis SURIOT, La science du droit durant la période classique française, RTDCiv. 2008, chron. p. 387. L'auteur retrace et tente de discerner les implications historiques du Discours de la méthode et, plus généralement, de la logique de Port-Royal, sur les systèmes élaborés par les juristes durant la période classique du XVII^e et du XVIII^e siècles français.

²⁹⁰ Christian ATIAS, op. cit., n° 11, p. 34.

²⁹¹ V. par ex. René SAVATIER, Réalisme et idéalisme en droit civil, Mél. Georges Ripert, t. I, LGDJ, Paris, 1950, p. 82. L'auteur écrit que le devoir du législateur n'est pas de tenter toujours et plus de copier la réalité, mais « d'apporter une simplification volontaire aux caprices spontanés et divers de la réalité », (nous soulignons).

objets que sont la réalité sociale, comme objet du droit, le droit comme objet de réflexion et la réflexion comme science du droit c'est-à-dire comme système. Ce dernier est perçu comme transcendant dans la mesure où en ordonnant un ensemble de principes classificatoires, il doit permettre de saisir la réalité qu'est le droit. Cela est exact dans la mesure où chaque système éclaire les phénomènes du droit sous un jour nouveau. Cependant, en inscrivant le système au bout de la chaîne linéaire que forme la réalité socioculturelle – le droit – le système, il n'est pas possible de prendre conscience des limites de ce dernier. Dans cette perspective et, sans adopter un point de vue jusnaturaliste, il serait loisible d'envisager que le système s'inscrit plutôt dans un cercle, ce qui permettrait de relativiser sa portée en faisant de la réalité une condition préalable.

La recherche d'une création au sens philosophique du terme. Le point de vue linéaire, caractéristique de la notion de système, conduit plus largement à aborder l'idée de la création au sens philosophique du terme. Tout système comporte une finitude qui conduit idéalement à l'unité. Cette caractéristique est issue du concept de la distinction – opposition, laquelle est axée sur un processus d'abstraction et vise à établir des statuts définis s'emboîtant telles des poupées russes jusqu'à se subsumer sous une *summa divisio*. La création est l'exact inverse de l'indexation. Celle-ci consiste fondamentalement en un procès, c'est-à-dire en une déclinaison de rapports possiblement contradictoires qui font sens au sein d'un corpus signifiant.

L'exclusion ou au minimum l'objectivation de l'observateur comme composante du système. L'objectivation des composantes du système, et spécialement de son observateur, constitue enfin la dernière caractéristique de la notion de système. Cette objectivation est liée à la dichotomie du jugement interne et du jugement externe qui s'explique par la nécessité de tenir compte des particularités du droit. En réalité, l'adoption d'un jugement interne est inévitable dans le cadre de l'étude épistémologique du droit, ce que nous aurons l'occasion d'approfondir dans la deuxième partie de cette thèse. Cependant, sauf à vouloir risquer de fausser le jugement interne, il est tout aussi impérieux de déterminer l'origine socioculturelle des outils mis en place pour observer les phénomènes du droit. Cette origine ne peut être analysée que d'un point de vue externe, ce qui relativise le caractère objectif de ces outils, ainsi que la place de l'observateur dans le système. Ce dernier modifie son système en le créant et en l'interprétant, au même titre que les outils qu'il emploie.

L'influence de la distinction - opposition sur la pensée systémique trouve un autre argument, car la pensée systémique exacerbe concrètement les effets de la distinction – opposition. Celle-ci commande la construction du raisonnement juridique qui se doit d'éviter toute antinomie juridique et qui se détermine en fonction d'un savoir unitaire fondé sur la division du Genre et de l'espèce

sans conscience du processus d'indexation.

CHAPITRE II

LA PENSEE SYSTEMIQUE ENFERMEE DANS LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION

58. — La pensée systémique conduit à concevoir le droit comme un et sous-tendu par un principe de non-contradiction. Le processus d'unification du droit est une conséquence directe de la philosophie de la distinction-opposition qui implique la nécessité d'une vue d'ensemble logique et ordonnée. La diversification des règles et des interprétations est inhérente au droit confronté à des différences de situation. Si, pour des raisons de justice, le droit ne peut pas être simple, il est permis de s'interroger sur la valeur scientifique d'une approche du droit à visée unifiante. La pensée unifiante consiste à considérer la distinction comme une opposition selon un même point de vue sans avoir conscience du processus d'indexation. Cette pensée pollue *de facto* les principes de la distinction soumise à ce joug.

Dans une logique de système, les antinomies sont généralement niées en tant que mode de raisonnement. Or, l'incompatibilité de deux interprétations constitue une réalité du droit non saisie par le concept de système. En prendre conscience est nécessaire à la compréhension du rôle de l'interprétation dans la réalisation des distinctions et des classifications, de sorte que l'exclusion des antinomies comme mode de raisonnement s'avère discutable (section 1). Par ailleurs, les savoirs du droit reflètent la division du Genre et de l'espèce sans considération du processus d'indexation. Le clivage du savoir général et des savoirs spécialisés fige le droit par la recherche d'une taxinomie idéale et peut, de ce point de vue, être considéré comme une approche mutilante du savoir juridique (section 2).

Section 1 L'exclusion discutable des antinomies comme mode de raisonnement

59. — Lorsque la pensée systémique n'exclut pas intellectuellement les antinomies en droit et admet la possibilité d'une incompatibilité d'interprétations, elles sont généralement conçues selon les modes possibles de leur résolution. L'antinomie est fondamentalement considérée comme un élément perturbateur du système juridique. Elle est une anomalie (§1) et, dans une logique de distinction – opposition, cette anomalie est logiquement traitée par la classification (§2). Cette appréhension de l'antinomie est réductrice si l'on admet qu'elle est constituée une forme d'interprétation, laquelle participe au processus d'indexation.

§1 Les antinomies conçues comme une anomalie du droit

60. — Que faire si deux règles également applicables à une situation impliquent des solutions absolument inconciliables ? La réponse paraît évidente : résoudre l'antinomie par l'interprétation. Pourtant, cette évidence doit être nuancée. Elle est à la fois vraie et fausse dans la mesure où une antinomie ne se réduit pas à une opposition entre deux règles. Elle résulte de l'opposition incompatible de deux ou plusieurs significations prêtées à une ou plusieurs règles dans le cadre de l'interprétation. Cela signifie non seulement qu'une même règle peut être sujette à une interprétation antinomique, mais que cette interprétation n'aboutira pas nécessairement à une « résolution », tout au moins au sens absolu et définitif que ce terme revêt habituellement.

Les études publiées par Charles Perelman sur « Les antinomies en droit »²⁹² constituent à ce jour l'ouvrage le plus complet sur le sujet. Les auteurs s'interrogent sur le postulat de la non-contradiction du droit et sur les suites qu'il convient de donner aux antinomies juridiques. Cet ouvrage marque une rupture avec la pensée d'Hans Kelsen qui, aux termes de la « Théorie pure du droit » ou de la « Théorie générale des normes », n'admet pas la possibilité d'une contradiction²⁹³. Hans Kelsen admet la possibilité de contradictions d'énoncés, lesquels sont constitutifs d'actes de signification et peuvent être appréciés à l'aune du vrai et du faux et il les oppose aux normes, issues d'un acte de volonté. Les normes ne peuvent être appréciées que sur le plan de la validité, laquelle est étrangère à la vérité à moins d'émettre un jugement de valeur. La vérité étant le critère de la

²⁹² « Les Antinomies en droit », *oeuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965.

²⁹³ *Supra*, tit. II, chap. I, sect. 1.

contradiction, cette dernière est conceptuellement exclue du système de la hiérarchie des normes.

Le Centre national de recherches de logique belge admet unanimement la possibilité de contradictions au sein du droit. Charles Perelman²⁹⁴ se sépare donc fondamentalement d'Hans Kelsen en ne situant pas le droit selon les deux plans séparés de validité et de vérité. Selon l'auteur, le droit est justice et, en tant que tel, il fonctionne sur le mode de l'argumentation dialectique. Lorsqu'une antinomie entre deux règles positives se pose au juge, il ne peut s'agir que d'une antinomie de textes interprétés et non de textes formels. L'antinomie vise alors le cas où le juge ne dispose d'aucune règle générale lui permettant de choisir entre les directives incompatibles qui découlent de l'interprétation d'une règle ou de plusieurs règles. Selon Charles Perelman, l'antinomie est directement liée au problème des lacunes du droit, puisqu'elle renvoie à une absence de règle générale capable de guider le juge confronté à une telle opposition. Elle ne se situe pas sur le plan de la vérité, étrangère au droit, ni sur celui de la validité au sens formel d'Hans Kelsen.

Afin de circonscrire l'antinomie, les membres du Centre de logique ont suivi la définition d'Emile Littré pour qui elle consiste en « une contradiction réelle ou apparente entre deux lois »²⁹⁵. Les antinomies seraient « réelles » lorsque deux normes sont résolument et objectivement incompatibles au vu d'une situation donnée. Elles ne seraient « qu'apparentes » lorsque l'incompatibilité peut être surmontée par un effort de pénétration et d'analyse. Dans leur ensemble, les auteurs sont en accord sur la nécessaire résolution des antinomies et ils raisonnent majoritairement sur un mode synchronique, c'est-à-dire lorsque deux règles de même extension, rang et actualité sont applicables à une même situation et aboutissent à des solutions inconciliables. Les auteurs apprécient néanmoins diversement la distinction des antinomies réelles et apparentes.

61. — **Les antinomies, une émanation du donné.** La distinction des antinomies réelles et apparentes pose immédiatement la question de savoir ce qu'il faut entendre par « réelles » : émanent-elles du donné ou sont-elles construites ? L'examen attentif des études belges laisse en fait apparaître deux sortes de réponses subtiles, bien qu'ayant trait à la dichotomie du donné et du construit. Dans son exposé, Léopold Morgenthau introduit d'emblée un postulat en écrivant que « Les lois sont toutes parfaites et supposées cohérentes, et c'est uniquement le trouble résultant de l'impossibilité logique d'une commune application à une situation de fait donnée qui fait naître l'antinomie. Disons immédiatement qu'en droit les antinomies ne peuvent être que préalables à un jugement, c'est-à-dire provisoires »²⁹⁶. Aux yeux de Léopold Morgenthau, une antinomie juridique

²⁹⁴ Les antinomies en droit, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 392.

²⁹⁵ Emile Littré, *v*° Antinomie.

²⁹⁶ Léopold MORGENTHAU, Les antinomies en droit social, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 39.

est par essence apparente. Grâce à son office d'interprétation, le juge corrige la loi mise en défaut, ce qui conduit d'ailleurs l'auteur à conclure à l'impossibilité logique de la lacune en droit. Selon Léopold Morgenthau, le juge a deux possibilités non alternatives. Il doit d'abord tenter de résoudre l'antinomie « par la logique » en constatant que les règles n'ont pas la même extension dans le temps, dans l'idée ou dans la hiérarchie. À défaut, il dispose du pouvoir de trancher et d'appliquer une des deux règles en conflit, « sans disposer d'un critère logique ». Walter Malgaud, qui sur ce point rejoint Léopold Morgenthau, écrit en ce sens que « C'est le moment, pour le juge, de comprendre l'appel qui s'adresse à son intelligence »²⁹⁷. Le raisonnement s'appuie sur l'idée que, puisque l'antinomie est *in fine* toujours résolue par l'interprétation, c'est qu'il ne s'agit pas d'une antinomie réelle mais d'une antinomie apparente, en somme, d'une fausse antinomie.

Cette conception de l'antinomie signifie que Léopold Morgenthau a forgé une loi de résolution au sens strict, c'est-à-dire qui s'appuie sur un jugement fondé sur le vrai et le faux. Il est permis d'observer que c'est précisément le piège qu'Hans Kelsen s'était employé à éviter, puisque la résolution ainsi conçue ne peut concerner que des énoncés, non des actes de la signification. Léopold Morgenthau ne se contente pas de dire qu'il faut résoudre l'antinomie pour des raisons de sécurité juridique. Il affirme que l'antinomie juridique *se résout par essence* grâce à l'interprétation. Ce n'est pas tant l'interprétation qui pose problème, mais bien la manière dont est conçue l'antinomie. L'auteur considère que l'antinomie est un donné, émanant d'une réalité si complexe qu'elle parvient à mettre en défaut deux règles générales qui deviennent contradictoires à l'occasion de telle ou telle situation singulière. Pour cette raison et par principe, dans un tel système, l'antinomie ne pouvait qu'être exclue de l'univers juridique qui par nature se réalise grâce à l'interprétation construite. Il serait pourtant loisible d'envisager que l'antinomie constitue elle-même un acte signifiant, un procédé d'interprétation utile dans un corpus constitué de séries d'index ouverts. C'est ce que nous envisagerons dans la deuxième partie de cette thèse, lorsque les principes de la pensée complexe seront abordés.

Paul Foriers²⁹⁸ a une autre lecture de la distinction des antinomies réelles et apparentes. Selon lui, adopter cette distinction équivaut à confondre le problème et sa solution. Ce n'est pas parce qu'un problème trouve une solution qu'il n'existe pas et, à ses yeux, la résolution d'une antinomie démontre bien au contraire son existence²⁹⁹. Si les juges recourent effectivement à divers procédés comme la chronologie, la spécialité de la loi ou la hiérarchisation des normes, ils ont malgré tout

²⁹⁷ Les antinomies en droit, A propos de l'étude de G. Gavazzi, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 18 et 19.

²⁹⁸ Les antinomies en droit, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 24.

²⁹⁹ Dans le même sens, Norberto BOBBIO distingue les critères destinés à reconnaître les antinomies de ceux dont l'office consiste à les résoudre. Des critères pour résoudre les antinomies, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 237.

ressenti « *en soi* » l'antinomie : « Ceux-ci ont pris conscience de la collision des normes (...) mais placés devant cette nécessité logique de sauvegarder la cohérence du système, ils ont *ensuite* argumenté en matière telle qu'un glissement s'est opéré et qu'un choix s'est fait au profit d'une des normes »³⁰⁰. De ce point de vue, la notion d'antinomie apparente, axée sur la plus ou moins grande facilité à se débarrasser du problème posé par l'incompatibilité de deux normes, perd beaucoup de sa pertinence. Cela explique que Paul Foriers ne déduise finalement aucune conséquence conceptuelle de la distinction et opte plutôt pour une analyse des étapes argumentatives du juge.

Les antinomies, une anomalie passagère du système. Selon Paul Foriers, le juge éradiquerait l'antinomie en suivant une logique argumentative différenciée. En premier lieu, il chercherait si l'antinomie n'est pas seulement « apparente », autrement dit si les deux règles recouvrent effectivement les mêmes matières sous le même aspect. Si tel est effectivement le cas, il écarterait l'une des deux règles en recourant à un procédé interprétatif comme, par exemple, celui de la spécialité de la loi. Lorsqu'en second lieu, cet effort échoue et qu'il doit se résoudre à reconnaître une antinomie « réelle », le juge aurait à sa disposition une large palette d'arguments pour la résoudre. Il recourrait à des arguments rationnels ou non, historiques, sociologiques, moraux, logiques, philosophiques, empruntés à la technique, à l'esprit du droit, au système, et ainsi de suite. Paul Foriers explique qu'« Ainsi s'établit l'effort jurisprudentiel, constant, opiniâtre, indispensable aussi car *comme l'assertion au sein d'un même système d'une proposition et de sa négation, rendant manifeste une contradiction qu'il contient, le prive de toute utilité, l'assertion au sein d'un système juridique de deux normes contradictoires entraînerait nécessairement l'incohérence de ce système et partant sa disparition* »³⁰¹.

En mettant le juge au cœur du dispositif, Paul Foriers prétend analyser les moyens de résoudre une antinomie sur le plan pratique. Cependant, il en tire dans le même temps des conséquences discutables au plan du système. En affirmant que l'assertion de deux normes contradictoires prive le système de sa cohérence et, partant, son existence, l'auteur opère une réduction des frontières du droit. Lui-même reconnaît que la collision des normes est ressentie en tant que telle par le juge, validant ainsi la notion d'antinomie. Cependant, il refuse d'y voir autre chose qu'un état du juge présenté comme un simple sentiment, presque un ressenti, passager et transitoire. Ce caractère exceptionnel et momentané de l'antinomie apparaît encore plus nettement dans les écrits de Luc Silance : « Les antinomies ne sont, et ne peuvent être que des exceptions, des cas exceptionnels. En effet, deux ou plusieurs règles de droit en vigueur au même moment dans un même pays ne devraient pas entrer en contradiction. Un système juridique devrait, théoriquement, former un tout

³⁰⁰ Paul FORIERS, Les antinomies en droit, op. cit., p. 29, (l'auteur souligne).

³⁰¹ Paul FORIERS, Les antinomies en droit, op. cit., p. 38, (nous soulignons).

cohérent, ce qui serait de nature à exclure toute contrariété de dispositions »³⁰². L'antinomie est donc considérée, en premier lieu, comme une anomalie, ce qui est discutable au regard du processus d'indexation qui, par nature, est le résultat d'une confrontation entre des données socioculturelles et un corpus signifiant. Elle est, en second lieu, rabattue au rang d'épiphénomène. Curieusement, après avoir expliqué que l'interprétation/solution ne permet pas en bonne logique de nier l'existence du « problème », Paul Foriers justifie le statut d'ultra-exception de l'antinomie par le postulat de l'unité et de la cohérence du système, ce qui n'en est pas moins dogmatique.

Ne pas voir l'antinomie comme une trace normale du processus d'indexation des notions au corpus juridique, explique, enfin, le classement discutable que ces auteurs opèrent entre les différents procédés interprétatifs dont le juge dispose. Luc Silance et Paul Foriers divisent les antinomies selon deux catégories interprétatives : d'un côté, celles résolues par le juge au moyen « des méthodes classiques du raisonnement », c'est-à-dire « les solutions techniques ou logiques » et, d'un autre côté, celles nécessitant du juge qu'il recoure à « des solutions philosophiques ou morales » extérieures à la loi proprement dite. Le fait d'instituer une dualité entre les procédés internes ou externes à la loi, montre que le droit est conçu comme une entité autonome qui reçoit des influences extérieures mais peut parfois tout aussi bien s'en passer. L'indexation vise au contraire à souligner que le droit est d'abord le produit d'une confrontation, qu'il se réalise à travers elle, qu'il n'est pas extérieur à la réalité puisqu'il en est constitué.

62. — Les conséquences de l'antinomie sont moins liées à sa définition qu'au fait de la considérer résolument comme un problème avec des solutions. Ce n'est évidemment pas faux, mais le fait que l'antinomie entre dans le cadre de l'interprétation constitue un trait tout aussi pertinent de la notion. *L'antinomie n'est pas uniquement résolue par l'interprétation : elle est purement et simplement de l'interprétation.* En tant que telle, elle ne peut plus être considérée comme un accident de la pensée ou un sentiment momentané. Elle constitue une étape de l'interprétation et partant, de l'opération d'indexation.

§2 Les antinomies résolues par une classification instrumentale

63. — La réduction de l'antinomie à une anomalie passagère du système conduit à exacerber les effets de la distinction – opposition, qui tend à nouveau à se confondre avec la classification³⁰³.

³⁰² Luc SILANCE, Quelques exemples d'antinomies et essai de classement, in « Les antinomies en droit », op. cit., p. 63.

³⁰³ *Supra*, tit. I, chap. II.

Une règle revêt souvent plusieurs fonctions qui sont soit complémentaires, soit alternatives, plus rarement incompatibles. Ces fonctions ne sont généralement pas expressément énumérées par la loi et ont été dégagées par la pratique qui les a peu à peu isolées. Paradoxalement, plus ces fonctions deviennent nettes et plus la règle, elle-même, paraît obscure. Cette dernière devient secondaire par rapport à la jurisprudence et aux manuels doctrinaux interprétatifs, de sorte qu'un besoin de codification voit le jour. La difficulté est que la codification fige les fonctions de la règle en leur conférant une autorité, jusqu'alors implicite et donc sujette au doute. Cette difficulté est palpable en présence d'une règle revêtant des fonctions complémentaires ou alternatives, elle l'est plus encore lorsqu'une règle ou un ensemble indivisible de règles revêt des fonctions antinomiques. En réalité, elle permet de prendre conscience des limites, voire des dangers des classifications fondées sur l'intérêt, plutôt que sur l'objet.

64. — **Les limites de la classification instrumentale des fonctions alternatives d'une règle.** L'article 1146 du Code civil illustre le mécanisme de classification empirique des fonctions d'une règle. Cette disposition subordonne l'allocation de dommages et intérêts à une mise en demeure préalable du débiteur. Elle est écartée par l'article 1145 du Code civil pour les obligations de ne pas faire où elle présente moins d'utilité³⁰⁴ et sa portée a été circonscrite par la jurisprudence aux dommages et intérêts contractuels. Elle n'est pas non plus requise dans le cadre d'une résolution judiciaire³⁰⁵, l'assignation valant mise en demeure, et elle peut valablement être écartée par une clause contractuelle. Malgré ces restrictions, ses effets ne sont pas négligeables. Elle permet de constater officiellement l'inexécution, de marquer le point de départ des dommages et intérêts moratoires³⁰⁶ et de transférer les risques de la chose sur le débiteur.

Selon la doctrine³⁰⁷, cette formalité a deux offices. Le premier est préventif. Le cocontractant victime du retard incite le débiteur à exécuter lorsqu'il n'est pas trop tard et l'informe du risque de

³⁰⁴ Obs. critiques de Mustapha MEKKI, L'inexécution du contrat lui étant acquise et préjudiciable, le créancier a droit à des dommages et intérêts compensatoires, note sous Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, P+B+R+I, JCP éd. G., 2004, II, 10175. V. aussi Rémi LIBCHABER, Demeure et mise en demeure en droit français, in « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », Bibliothèques de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXII, p. 113.

³⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1992, cont. conc. cons., 1992, n° 219, note L. LEVENEUR, Cass. civ. 1^{ère}, 23 janvier 2001, cont. conc. cons., 2001, n° 69, note L. LEVENEUR.

³⁰⁶ Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, P+B+R+I, D. 2007, p. 1956, obs. I. GALLMEISTER, et p. 2642, note G. VINEY, JCP éd. G. 2007, act. 339, obs. M. ROUSILLE, et, II, 10175, note M. MEKKI. Par cet arrêt et malgré les incertitudes relevées par la doctrine, la Cour de cassation écarte résolument la nécessité d'une mise en demeure pour l'obtention des dommages et intérêts compensatoires.

³⁰⁷ Xavier LAGARDE, Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, JCP, 1996, I, 3974 ; Rémi LIBCHABER, Demeure et mise en demeure en droit français, op. cit., p. 113 ; Geneviève VINEY, Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires, note sous Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, D. 2007, p. 2642.

sanctions judiciaires ou conventionnelles lorsque le contrat comporte une clause pénale ou résolutoire. Du point de vue de l'économie du contrat, la mise en demeure a donc un caractère comminatoire pour le débiteur et constitue, dans le même temps, une garantie de la bonne foi du créancier. Elle représente l'ultime chance de mener à bien un contrat, même partiellement mis en échec par le retard dans l'exécution. Le créancier est incité à communiquer avant de faire usage de sanctions unilatérales. La seconde fonction de la formalité est probatoire. Geneviève Viney³⁰⁸ observe que la mise en demeure est utile lorsque la convention ne précise pas la date ou le lieu de l'exécution, la nature exacte de l'obligation ou la survenance de l'événement qui rend nécessaire l'exécution de l'obligation. La mise en demeure a alors pour but de constater soit le retard, soit l'inexécution elle-même. Nous ajouterons que la mise en demeure permet au créancier de démontrer sa bonne foi, vérifiée *a posteriori* par le juge en présence d'une résolution conventionnelle³⁰⁹.

L'ensemble de ces interprétations a conduit une partie de la doctrine à œuvrer en faveur d'un remaniement de l'article 1146 du Code civil sur la base d'une dualité de ses fonctions. L'avant-projet Catala portant réforme du droit des obligations³¹⁰ illustre cette tendance. L'article 1365 du droit des obligations réformé serait ainsi conçu : « La réparation du préjudice résultant du retard suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution ». Il s'agit de tirer parti de la pluralité des fonctions de la mise en demeure en instaurant une hiérarchie entre elles, sur le mode d'une alternance ou d'une dualité, apte à les rendre plus lisibles. La mise en demeure serait ainsi requise dans tous les cas de préjudices liés au seul retard, c'est-à-dire dans les situations où ce retard ne s'est pas encore transformé en inexécution et où le caractère comminatoire de la mise en demeure peut être efficace. Elle serait, par ailleurs, maintenue dans son emploi probatoire, lorsqu'au moment de l'exécution, il pourrait subsister un doute objectif sur la portée ou l'exigibilité de l'obligation³¹¹.

Ces deux fonctions non antinomiques ont l'avantage d'instrumentaliser une formalité perçue comme une faveur faite au débiteur et une anomalie au regard des conditions, théoriquement, nécessaires et suffisantes de la responsabilité contractuelle. Elles permettent de cibler les situations dans lesquelles elles se révèlent vraiment utiles. L'inconvénient, relevé par une frange de la

³⁰⁸ Note préc., p. 2645.

³⁰⁹ Par un arrêt du 8 octobre 2003, la Cour de cassation a ainsi retenu la mauvaise foi du créancier qui a résilié un contrat de concession exclusive pour la distribution d'automobiles en raison de la condamnation pénale de son gérant, sans accorder de préavis conforme aux usages de la profession et sans engager de dialogue. Cass. com., 8 octobre 2003, *inéd.*

³¹⁰ Livre III, titre III, ss-titre III, sect. III.

³¹¹ V. Geneviève VINEY, op. cit., p. 2645.

doctrine³¹², est qu'en s'appuyant sur la dichotomie des dommages et intérêts compensatoires et moratoires, la nature du préjudice se radicalise alors qu'elle est censée être purement fonctionnelle. Même si la Cour de cassation ne mentionne pas la distinction et évoque seulement le fait consommé de l'inexécution pour rejeter la nécessité de la mise en demeure, elle est sous-jacente dans la mesure où les bases de calcul ne sont pas les mêmes pour les deux types de dommages et intérêts. Les dommages et intérêts compensatoires sont calculés en fonction du préjudice prévisible et réellement subi, alors que les dommages et intérêts moratoires sont forfaitaires. Or, la frontière entre les deux catégories n'est pas étanche, notamment lorsqu'un préjudice indépendant du retard se produit dans une situation de retard à l'exécution et a ainsi une nature compensatoire³¹³. Ce risque de radicalisation est inhérent aux classifications instrumentales fondées sur une dualité de fonctions. Elles se révèlent appropriées à la mise en œuvre d'une formalité, mais ne reflètent pas la complexité du parcours contractuel qui ne se scinde pas en étapes exclusives les unes des autres. Dans la deuxième partie de cette thèse, nous verrons que le contrat s'inscrit dans un ordre temporel qui se prête mal à des classifications hiérarchisées sur un mode sériel.

Les classifications instrumentales, c'est-à-dire fondées sur des intérêts ou des fonctions plutôt que sur l'objet, trouvent leurs limites lorsqu'elles aboutissent à un déplacement du sens de la distinction originelle. En l'occurrence, la classification consacre une distinction fondée sur le caractère contractuel ou moratoire des dommages et intérêts qui n'a plus rien à voir avec la distinction originelle des obligations de faire, de ne pas faire et de donner. Ces limites sont exacerbées lorsque la classification instrumentale met en échec les fonctions incompatibles inhérentes à une règle ou à un ensemble de règles.

65. — Les dangers de la classification instrumentale neutralisant les fonctions volontairement incompatibles d'une règle ou d'un ensemble indivisible de règles. Il s'agit ici d'envisager le cas où une même règle ou un groupe de règles indivisibles comportent des directives volontairement incompatibles dans une même extension. Dans l'ordre international, les traités en constituent un exemple frappant. Les règles qui les composent reflètent l'ambiguïté des rapports entre États et se répercutent au niveau individuel. Par exemple, la clause de réserve relative à l'ordre public vise à sauvegarder les principes généraux de l'État requis lorsque les règles de conflit l'obligent soit à appliquer une loi étrangère, soit à reconnaître une décision étrangère. Dans ce dernier cas, l'ordre public permet de mettre en échec des règles pourtant précises de reconnaissance des jugements de l'État d'origine, règles dont l'objectif clairement affiché en préambule est de

³¹² Mustapha MEKKI, note préc. ; Alex WEILL, Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure, *rev. crit. légis. et jurispr.* 1939, p. 203 ; René MEURISSE, Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, *JCP éd. G.*, 1947, I, 667.

³¹³ Rémi LIBCHABER, *op. cit.*, n° 19, p. 131.

refléter la confiance mutuelle des systèmes juridiques et de renforcer la coopération judiciaire.

Les Conventions franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, et du 5 octobre 1957, d'aide mutuelle, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc, en constituent la meilleure illustration en raison de leur élaboration sophistiquée. Par contrecoup, et spécialement en raison de l'influence désormais très profonde du droit européen, la jurisprudence française opère une interprétation de plus en plus restrictive de ces Conventions³¹⁴. Celles-ci prévoient le détail des conditions et des pièces à fournir en cas de demande de reconnaissance d'un jugement de divorce ou de répudiation (assimilé au divorce), sur le territoire français. Pourtant, la Cour de cassation tend, sous le visa des principes fondamentaux européens, à réduire la portée de ces Conventions à une peau de chagrin. Par cinq arrêts du 17 février 2004³¹⁵, elle décide que dès lors que l'épouse est domiciliée en France, le principe de l'égalité entre époux consacré par l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, fait obstacle à la validité d'une répudiation prononcée à l'étranger, « même si elle résulte d'une procédure loyale et contradictoire ». Nonobstant le respect des droits de la défense et l'assurance de garanties pécuniaires³¹⁶, un jugement de répudiation n'est pas opposable si la requérante est domiciliée en France au moment de la répudiation. Mis à part quelques voix discordantes³¹⁷, la doctrine s'est montrée favorable³¹⁸ à

³¹⁴ Michel FARGE, La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 comporte-t-elle des règles de compétence directe ?, *dr. fam.*, 2005, comm. n° 232 ; *adde* Constat de faillite de la coopération franco-marocaine : le droit à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est invoqué pour consolider un enlèvement illicite !, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, FS-P+B, *dr. fam.*, 2007, comm. n° 155 ; Alain DEVERS, Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains, les conventions franco-marocaines face aux droits européens et communautaires, *dr. fam.*, 2006, étude n° 15 ; Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Convention franco-marocaine et compétence du juge français : réaffirmation du caractère indirect des règles de compétence posées par l'article 24 de la Convention et conséquences, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, *dr. fam.*, 2007, comm. n° 188.

³¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, FS-P+B+R+I, *Bull. civ.* 2004, I, n° 46 à 50, p. 37 à 40, F. CAVARROC, Le rejet des répudiations musulmanes, *D.* 2004, p. 824

³¹⁶ Deux exigences auparavant suffisantes au regard du respect du principe d'égalité entre époux, en application d'un ordre public relatif dont la sanction est fonction des circonstances d'espèce, Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2001, *Bull. civ.* 2001, I, n° 217, p. 316, *Juris-Data* 2001-010611 et Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 2001, *JurisData* 2001-010453.

³¹⁷ Pour une conception de l'ordre public relatif fondé sur les circonstances d'espèce, voir Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL, Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, « Droit international privé », *Précis Dalloz*, 9^{ème} éd., Paris, 2007, n° 329 s., p. 442 s. ; Hugues FULCHIRON, L'abandon de tout rejet de principe de la répudiation musulmane, obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 14 mars 2002, *JCP éd. G.*, 2002, II, 10095, p. 1138 ; *adde* Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation unilatérale, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, *JCP éd. G.*, 2004, II, 10128, p. 1481.

³¹⁸ Pour une application de principe de l'égalité entre époux, conditionnée par la seule domiciliation en France de la femme, Marie-Laure NIBOYET, note sous Cass. civ. 3 juillet 2001, *JCP éd. G.*, 2001, II, 2162 ; *adde* D. 2001, *jurisp.* p. 3378 ; Patrick COURBE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 et 26 juin 1990, *RCDIP*, 1991, *jurisp.* p. 593 - Obs. sous les arrêts du 17 février 2004 : Stéphane DAVID, Les répudiations de nouveau dans le collimateur de la Cour de cassation !, *AJF*, 2004, n° 4, *jurisp.* p. 140 ; Stéphane PRIGENT, Répudiations musulmanes : effets des jugements étrangers en France, *rev. dr. fam.*, 2004, n° 4, *chron.* n° 9, p. 4 ; Patrick COURBE, Le rejet des répudiations musulmanes, *D.* 2004, *chron.* p. 815.

l'orientation de la jurisprudence.

Pourtant, suite à cette jurisprudence, la Cour d'appel de Lyon³¹⁹ s'est trouvée embarrassée lorsque confrontée à une demande d'inopposabilité d'un jugement de répudiation, il est apparu que la fraude était l'œuvre de l'épouse. Les requérants étaient de nationalité marocaine et le mari avait visiblement agi dans le respect de la Convention franco-marocaine³²⁰ : ni fraude au jugement, ni fraude à l'ordre public procédural n'ont été constatées par l'arrêt, soigneusement motivé. L'épouse, présente et représentée à toutes les étapes de la procédure, a bénéficié d'une compensation financière non dérisoire au regard des ressources des parties consistant en une indemnité de 36 250 DH (3 254 euros) et en une donation aumônière d'une maison située à Casablanca, appartenant au demandeur en propre, d'une valeur de 600 000 DH (54 000 euros). Néanmoins, elle sollicite devant les tribunaux français l'octroi d'une contribution aux charges du mariage en arguant de l'atteinte à l'ordre public que représente, par principe, une répudiation. Combative devant les juridictions marocaines, elle l'était tout autant devant les juridictions françaises. Le principe d'égalité des époux, tel qu'il a été interprété par la Cour de cassation et qui a conduit la juridiction à condamner toute forme de répudiation, a eu pour effet de créer une deuxième forme d'inégalité au niveau du procès. L'épouse résidant en France peut obtenir des subsides de la part à la fois des juridictions marocaines et françaises, sous forme d'une indemnisation et d'une contribution aux charges du mariage. Ce n'est ni plus ni moins qu'un *forum shopping* condamnable au titre de la fraude au jugement. En définitive, la Cour d'appel de Lyon a rejeté la requête de la dame et déclaré le jugement de répudiation opposable sur le territoire français. Un doute subsistait sur la véritable domiciliation de la requérante, chacune des parties ayant versé des attestations contradictoires. Le jugement a tranché en faveur de la thèse du défendeur, qui soutenait que son ex-épouse vivait au Maroc depuis de longues années et ne venait qu'occasionnellement en France. Il a considéré que les attestations produites par Monsieur étaient « moins évasives » que celles de Madame et corroboraient la mention du domicile marocain porté sur le jugement litigieux de répudiation.

L'ordre public de proximité, qui s'ajoute à l'ordre public procédural et alimentaire, instaure une véritable condition résolutoire des procédures de reconnaissance stipulées par le traité. Les individus n'ont aucun pouvoir puisque la notion de proximité territoriale repose sur la condamnation *a priori* d'une institution juridique³²¹. Ce n'est, en effet, pas la rupture unilatérale qui

³¹⁹ Lyon, 15 décembre 2005, RG 05/03114, JurisData n° 2005-295996. À notre connaissance, la question de la fraude de l'épouse, rendue possible par la jurisprudence de 2004, n'a pour l'heure pas fait l'objet de recours devant la Cour de cassation.

³²⁰ Convention du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire.

³²¹ *Contra*, Patrick COURBE, L'ordre public de proximité, Mél. Paul Lagarde, Dalloz, Paris, 2005, p. 227, spéc. p. 234. L'auteur estime que « ce n'est pas une condamnation de la répudiation en tant que telle qui est prononcée par la Cour de cassation. Elle rejette les répudiations étrangères parce que "la femme, sinon même

est jugée contraire à l'ordre public. Le droit français connaît au moins une forme unilatérale de divorce, fondée sur l'altération définitive du lien conjugal conditionnée par la cessation de la vie commune depuis deux ans lors de l'assignation en divorce³²². La contravention à l'ordre public repose sur l'idée que la répudiation est réservée aux hommes au détriment des femmes, elles-mêmes devant recourir à des cas de divorce spécifiques. L'antinomie n'est pas niable, puisque le contenu donné à l'ordre public annule la quasi-totalité des possibilités de reconnaissance en France des jugements de répudiation marocains, en contradiction de l'article 13 de la Convention de 1981 qui assimile au divorce, la répudiation prononcée par un juge entre époux de nationalité marocaine et les soumet aux mêmes conditions de reconnaissance. À la lumière de l'exemple précédent, le recours au principe d'égalité entre époux peut, par manque de distinctions, aboutir à des iniquités. Hugues Fulchiron³²³ pose la question de savoir quelle serait la réaction du juge si le requérant, domicilié en France et intéressé par l'exécution en France du jugement de répudiation, se révélait être la femme. En lui enjoignant de divorcer dans les formes prévues par le droit français ne serait-elle pas victime de son statut dogmatique de victime ?

Cet exemple montre que les fonctions antinomiques d'un ensemble de règles n'ont pas nécessairement vocation à être résolues au moyen de classifications qui peuvent évoluer vers une certaine rigidité lorsque leur caractère instrumental n'est pas clairement identifié et restreint. Le critère territorial offre l'avantage de la prévisibilité : aujourd'hui, la résidence stable et continue en France constitue une garantie contre toute répudiation quelle que soit sa nationalité, bien que, comme le montre l'exemple de la jurisprudence lyonnaise, cette résidence ne soit pas objective au sens où elle ne nécessite aucune appréciation. Le critère du domicile constitue un critère suffisamment précis pour résoudre le conflit, créé par la jurisprudence, entre le principe de la répudiation et celui de l'égalité entre époux, mais il le fait au prix de la rigidité et d'un certain dogmatisme. Trop radicale, la solution simplifie à l'extrême une situation qui ne l'est pas et l'indexation des fonctions devrait empêcher leur radicalisation.

66. — **La relativisation des classifications et de l'objectivité des critères de résolution.**

Dans le domaine du droit, la prévisibilité est désirable, mais elle ne se confond ni avec la certitude, ni avec une prétendue objectivité des critères. Toute appréciation relève forcément de l'argumentation et donc d'une certaine subjectivité, sans qu'elle soit pour autant arbitraire. La distinction entre appréciations objectives et appréciations subjectives est récurrente et Norberto

les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français". Le domicile sur le territoire français traduit, en effet, un contact suffisant avec l'ordre juridique français pour que les valeurs dominantes soient défendues à l'encontre des normes étrangères qui y sont contraires ».

³²² Articles 237 et 238 du Code civil.

³²³ Non-reconnaissance d'un jugement de divorce assimilable à une répudiation unilatérale, préc., p. 1494.

Bobbio³²⁴ apporte, à ce propos, des éclaircissements.

La distinction des appréciations objectives, subjectives et arbitraires. Tout en expliquant que les critères objectifs de résolution des antinomies doivent être privilégiés, Norberto Bobbio s'emploie à souligner leurs limites en analysant les implications de la hiérarchisation des critères destinés à résoudre les antinomies, soit principalement : le critère chronologique, le critère de la spécialité de la loi et le critère de la hiérarchie des normes. Norberto Bobbio pense en effet que ces trois critères peuvent être considérés comme objectifs à l'échelle d'une science humaine. Il estime à juste titre que toute méthodologie doit être adaptée à son objet, lequel est, en droit, axé sur la recherche d'une meilleure justice, non de la vérité. Dans cette perspective, le juriste et particulièrement le juge, recourent à des évaluations qui doivent permettre de justifier la solution choisie, non de permettre de la vérifier comme dans les sciences exactes. Les critères, quels qu'ils soient, ont pour fonction de se substituer à une appréciation purement personnelle. Ils justifient l'application d'une règle par rapport à une autre sans prétendre au vrai ou au faux, mais seulement au juste. L'interprétation d'une règle peut toujours être discutée et ses inconvénients mis en lumière à l'occasion d'une espèce particulière. Seule une pesée globale des avantages et des inconvénients de l'interprétation au regard des effets attendus de la règle, de ses répercussions au niveau du système, de sa praticabilité, de son effectivité, etc. permet de dire si l'interprétation se justifie ou non. Une interprétation peut ne pas être exacte. En revanche, elle doit être méthodique, c'est-à-dire non arbitraire. C'est pourquoi Norberto Bobbio estime qu'aucune justification ne peut s'appuyer sur des appréciations purement personnelles et qu'il est nécessaire de recourir à des critères qui, après avoir été soumis à l'argumentation, constituent un réseau de « présomptions de justice », selon son expression.

L'échelle d'objectivité et de validité des trois critères. Les critères fondés sur la hiérarchie des normes, la chronologie et la spécialité sont objectifs dans la mesure où ils ne relèvent pas de la discrétion de qui l'emploie. Cependant, aux yeux de Norberto Bobbio, tous n'ont pas une égale objectivité. Par exemple, l'auteur considère que le critère chronologique se rapporte « à un fait naturel », le temps, alors que le critère hiérarchique, se rapporte « à un fait juridique », c'est-à-dire « un fait qualifié par la règle »³²⁵. Il estime, en conséquence, que le critère chronologique est plus objectif car il ne nécessite pas d'interprétation : « une simple vérification est suffisante pour pouvoir l'employer »³²⁶, alors que le critère hiérarchique suppose une réflexion plus poussée et peut fournir matière à controverse. La supériorité de la loi sur la coutume ou celle de la Constitution sur les

³²⁴ Des critères pour résoudre les antinomies, *in* « Les Antinomies en droit », op. cit., p. 237.

³²⁵ Ibid., p. 243.

³²⁶ Ibid., p. 243.

traités européens a effectivement donné lieu à des débats devenus classiques dans le domaine de la hiérarchie des normes.

Le critère hiérarchique serait donc moins objectif que le critère chronologique, ce qui ne signifie pas, dans l'esprit de Norberto Bobbio, qu'il soit plus valide. L'auteur explique que le critère hiérarchique peut en effet être regardé comme plus valide pour la recherche du juste et de l'injuste, dans la mesure où la subjectivité s'inscrit dans une économie du système. Selon lui, plus l'appréciation prend en compte des paramètres qualifiés juridiquement, plus elle a de chances d'aboutir à une solution juste, équitable et d'en déduire que : « leur validité (des critères) est inversement proportionnelle à leur objectivité »³²⁷. Le critère chronologique serait, en conséquence, moins valide que le critère hiérarchique qui le serait moins que le critère de spécialité. La spécialité suppose, en effet, que l'on se rapporte à la matière réglée : pour savoir si une règle est plus spéciale qu'une autre, il est nécessaire de déterminer l'objet de chacune et de les comparer. En comparaison du critère hiérarchique, l'interprétation franchit un pas supplémentaire, d'autant, remarque Norberto Bobbio, que le critère hiérarchique fait généralement appel à des règles de structure alors que le critère de spécialité nécessite la pesée de règles de conduite³²⁸.

L'analyse de Norberto Bobbio permet de fortement relativiser le sens du mot « objectivité » dans le domaine du droit, en départageant les appréciations conformes au corpus juridique et les appréciations arbitraires, qui ne se réfèrent à aucun index à visée normative. Pour creuser cette logique de construction, il serait même loisible d'envisager que le temps qui, contrairement à ce qu'affirme l'auteur, n'a rien d'une évidence naturelle dans la mesure où il est sujet à des découpages propres³²⁹, est moins valide ou moins juste, précisément en raison de son statut d'évidence partagée. Dans le domaine juridique, il suffit que le juge postule que le champ d'application des lois en conflit n'est pas le même, le premier étant spécial et l'autre général, pour que la règle selon laquelle la loi nouvelle abroge la loi ancienne soit écartée. Par ailleurs, il est des notions juridiques dont la portée et l'efficacité reposent pour beaucoup sur le découpage du temps. À cet égard, la jurisprudence et la coutume font parfois preuve d'une grande audace au regard des termes de la loi. Le régime de l'anatocisme en constitue une bonne illustration. Alors que selon les dispositions de l'article 1154 du Code civil, seuls les « intérêts échus » donnent lieu à une capitalisation, la jurisprudence admet que les accords de capitalisation des intérêts puissent

³²⁷ Ibid., p. 250.

³²⁸ Ibid., p. 244.

³²⁹ Le temps n'est pas naturel mais culturel, puisqu'il résulte d'un comput fondé sur un calendrier politique, économique, lunaire, solaire, saisonnier, etc.

intervenir au jour du contrat qui donne naissance à la créance³³⁰ ou au jour de la demande judiciaire, quand bien même les intérêts ne seraient pas échus³³¹. Il suffit que les intérêts soient dus pour une année entière. Conscient des risques encourus par le débiteur en cas d'anatocisme, le législateur n'avait sans doute pas souhaité que l'accord contractuel ou la décision judiciaire interviennent au moment même de la naissance de la créance, alors que l'emprunteur a un besoin – peut-être urgent – de liquidités. De surcroît, l'article 1154 du Code civil ne devrait logiquement pas s'appliquer dans le cas où le débiteur a versé le principal de la dette, obligeant ainsi le créancier à solliciter le versement des intérêts par une demande distincte. En effet, cette disposition limite la capitalisation des intérêts échus au cours de la période pendant laquelle le principal de la créance n'ayant pas encore été payé, les intérêts continuent à courir. Pourtant, la Cour de cassation³³² admet que la capitalisation des intérêts puisse être demandée après le paiement du principal de la dette, lorsque ces intérêts n'ont pas été versés. Enfin, bien que l'anatocisme ne puisse en principe intervenir que par la voie contractuelle ou judiciaire, certains usages, spécialement bancaires, autorisent une capitalisation automatique des intérêts³³³. La reconnaissance, l'acquisition, l'extinction, la prescription et la forclusion des droits et des obligations dépendent de découpages du temps dont l'appréciation peut largement varier d'une instance à l'autre.

En dépit des apparences, le temps n'a rien d'objectif et donne lieu à des appréciations. Dans le prolongement de la théorie de Norberto Bobbio, ce n'est donc pas la nature de l'appréciation qui déterminerait la validité des critères, - puisque tous sont subjectifs -, mais leur statut d'évidence naturelle plus ou moins ancré dans les discours. Autrement dit, plus une donnée perdrait son statut d'évidence naturelle (la hiérarchie paraissant, par exemple, moins évidente que le temps qui induit automatiquement l'idée du progrès dans le champ de la vérité), plus elle serait sujette au doute et plus elle aurait, dans cette perspective, une chance de conduire vers la solution juste, cette dernière étant le résultat d'une dialectique de plusieurs valeurs partagées par une société.

L'articulation des trois critères en fonction de l'échelle de validité. À partir de la loi de la

³³⁰ Cass. civ., 19 mai 1938, D.H. 1938, p. 561.

³³¹ Cass. civ. 3^e, 26 février 1974, Bull. civ. III, n° 91 ; Cass. civ. 3^e, 8 mars 1995, Bull. civ., III, n° 77, D. 1996, somm. 121, obs. R. LIBCHABER. *Contra* subordonnant implicitement la capitalisation des intérêts à leur échéance au moment de la demande tendant à la capitalisation des intérêts, CE 6 octobre 1976, *Min. agriculture c. Epoux Guinard*, Gaz. Pal. 1977, 2, p. 622, note A. LACHAUD.

³³² Cass. com., 23 janv. 1990, Bull. civ. IV, n° 19 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1997, Bull. civ. I, n° 165 ; D. 1998, somm. p. 114, obs. R. LIBCHABER. *Contra*, CE, 30 avril 1982, Gaz. Pal. 1982, 2, somm. p. 419 ; CE, 16 janvier 1987, D. 1987, IR. p. 23. Le Conseil d'État estime que dès lors qu'une nouvelle demande est introduite, les intérêts dus au jour du paiement du principal de la dette et non payés forment eux-mêmes une créance productive d'intérêts.

³³³ S'agissant des conventions de comptes courants, Cass. com., 22 mai 1991, JCP éd. E., 1991, II, p. 190, note J. STOUFFLET ; D. 1991, jurispr. p. 428, note C.-H. GAVALDA ; RTDCiv. 1991, p. 736, obs. J. MESTRE.

validité, inversement proportionnelle à l'objectivité, Norberto Bobbio dresse un panorama des critères de résolution des antinomies selon la manière dont ils s'articulent. En effet, les trois critères ne peuvent pas être appliqués simultanément, ils sont exclusifs les uns des autres et peuvent entrer en conflit. Par exemple, un décret récent ne prévaut pas sur une loi plus ancienne, car le critère hiérarchique prime en principe sur le critère chronologique. Mais, et c'est le point important, cette hiérarchie n'a rien d'absolu. Le critère hiérarchique prévaut dans la plupart des cas, mais s'efface parfois devant le critère de spécialité : « l'exigence de la justice concrète, qui s'exprime dans la supériorité de la loi spéciale, correctif équitable de la généralité de la loi, est parfois si forte qu'elle s'impose à l'ordre abstrait exprimé au moyen de la supériorité du critère hiérarchique ». Norberto Bobbio estime que le critère de spécialité est le plus incertain car le plus proche de la pesée des intérêts singuliers et de l'équité : « En d'autres mots, tandis que dans le rapport entre le critère chronologique et le hiérarchique, le premier est toujours le critère faible et le second toujours le fort, le critère de spécialité, par contre, peut être, selon l'interprétation qu'on en donne, plus faible que le faible – car en certains cas il cède au chronologique – et plus fort que le fort – car, parfois, il est supérieur au hiérarchique »³³⁴. L'auteur aboutit *in fine* à la conclusion que lorsque la hiérarchisation formelle des critères n'est pas pertinente au regard d'une situation, il convient de l'abandonner sans regret, puisqu'elle n'est pas véridique et qu'elle constitue seulement un vecteur présumé de justice. L'interprétation est alors « livrée à elle-même », « sans règles », « face à face avec la recherche de la justice, c'est-à-dire face à face avec la règle d'après laquelle ce qui est égal doit être traité de façon égale, ce qui est différent de façon différente »³³⁵. Et, ajoute Norberto Bobbio, « Sans doute, en ce cas extrême – manque d'un critère pour résoudre le conflit des critères – le critère des critères est le principe suprême de la justice »³³⁶.

67. — À l'issue de ces développements, il apparaît que la dogmatisation de l'antinomie et des critères de résolution de l'antinomie doit être relativisée sinon rejetée. En désacralisant la hiérarchie des critères de résolution des antinomies, Norberto Bobbio a laissé envisagé d'autres voies permettant de traiter des réalités sans nécessairement avoir à opter dans l'abstrait et *a priori* pour le régime adéquat. Si l'on admettait que l'antinomie n'est pas nécessairement une faiblesse du droit ou des acteurs du droit, qu'elle constitue une étape de la dialectique des faits dans la règle, alors elle deviendrait partie prenante du processus d'indexation. Ainsi conçue, l'antinomie n'apparaîtrait plus comme un phénomène marginal. Le recours à des classifications instrumentales peut être utile à condition qu'elles ne soient pas considérées comme perpétuellement et définitivement vraies. Vraisemblablement, cela vaut aussi pour les découpages du droit lui-même.

³³⁴ Ibid., p. 257.

³³⁵ Ibid., p. 257.

³³⁶ Ibid., p. 258.

Section 2 Le genre et l'espèce : une construction mutilante du savoir juridique

68. — Selon René Bary³³⁷, polygraphe du XVII^{ème} siècle, « le nombre diffère de la multitude, car tout nombre est ordonné, comme un, deux, trois, le premier, le second, le troisième, et ainsi des autres ; mais toute multitude est confuse, comme un tas de bled ». À ses yeux, envisager le nombre, c'est envisager une multiplicité ordonnée. Cette dernière n'est, selon Alain Faudemay³³⁸, « pas mauvaise en soi » dans la mesure où « il suffit que la multiplicité soit orientée vers un sommet ou un centre » pour qu'il y ait ordre. Cette brève incursion dans le domaine des Lettres françaises indique que les juristes ne sont pas les seuls à indexer la multiplicité au chaos et, en conséquence, à chercher à l'ordonner par le biais du centre (le droit étant alors conçu comme un arbre qui se décompose en branches juridiques) ou du sommet (le droit étant aussi considéré comme une pyramide de compétences). Ces images sont fortes car elles traduisent un désir de sécurité tourné vers un processus d'unification du droit. La prédétermination du droit à être unifié pose pourtant question dans la mesure où son statut de science sociale devrait plutôt le porter vers une adaptation pragmatique de ses catégories et que l'indexation constitue, en elle-même, une garantie de cohérence du corpus, même si elle peut emprunter la voie de l'antinomie et même si le corpus traite du droit, fondamentalement sujet au doute.

Le fait d'appréhender le droit sous forme de spécialisations n'est pas anodin dans la mesure où la distinction du général et du spécialisé a trait à celle du Genre et de l'espèce³³⁹. Depuis Aristote, ce type de découpage structure la pensée occidentale et, dans cette perspective, il est intéressant de s'interroger sur la manière dont certains clivages, comme celui du droit civil et du droit commercial, agissent sur l'appréhension du droit et donc sur le droit lui-même. La distinction du droit civil et du droit commercial ne constitue toutefois qu'un exemple parmi d'autres. Il est destiné à montrer les inconvénients d'un tel découpage, en sachant que, dans la deuxième partie de cette thèse, nous verrons qu'en réalité la distinction aristotélicienne implique un processus d'indexation qui n'est pas pris en compte par la simple opposition du général et du spécialisé. À ce stade, après avoir envisagé les propriétés générales du clivage du général et du spécialisé (§1), nous étudierons successivement les implications de la réduction du droit commercial à un droit qualifiant, d'une part (§2), et à un

³³⁷ « La logique » (1669), cité par Alain FAUDEMAY, « La distinction à l'âge classique », thèse de Lettres, Genève, 1988, 2^{ème} éd., Librairie Honoré Champion, Paris, 1992, p. 68.

³³⁸ « La distinction à l'âge classique », op. cit., p. 68.

³³⁹ L'idée d'appliquer cette distinction aristotélicienne à la matière juridique est à porter au crédit de CICERON, *De Oratore*, I, 186 s.

droit organisateur et fédérateur, d'autre part (§3). Il sera alors possible de tenter de comprendre les mécanismes propres à la réduction du droit commercial à une espèce (§4). Enfin, dans un cinquième temps, nous nous demanderons si la spécification, dont la visée est essentiellement pragmatique, constitue une véritable alternative ou un simple correctif à la spécialisation (§5).

§1 Les propriétés du clivage général/spécialisé

69. — Le substantif « spécialisé » se définit de manière générale comme celui « Qui répond à un type, à une fonction, à un usage bien déterminés »³⁴⁰. Cette définition permet de mettre en lumière les diverses caractéristiques du savoir général et du savoir spécialisé.

Le savoir général composé d'attributs essentiels. Le savoir spécialisé, un type, dérive du savoir général, un Genre, ce qui implique que ce dernier doit comporter un ou plusieurs attributs essentiels contenus dans des choses multiples et différant spécifiquement entre elles. Le savoir général exprimerait donc des déterminations réelles du droit, susceptibles de se développer, de se décliner en des types c'est-à-dire en divers droits spécialisés. Le savoir général se trouverait en puissance dans les diverses disciplines du droit qui, condition du type, diffèreraient spécifiquement entre elles³⁴¹.

Cela signifie qu'en théorie le savoir spécialisé ne retranche rien au savoir général. Tant que le savoir général s'inscrit dans un système, son contenu ne peut être remis en cause par les savoirs spécialisés. Ces derniers l'approfondissent et peuvent modifier la compréhension jusque-là admise du savoir général. Certains éléments du savoir général considérés comme insignifiants peuvent prendre une importance nouvelle au regard de l'utilisation qui en est faite par un savoir spécialisé. Mais si le point de vue change, la substance du savoir général demeure. Par exemple, la médecine est dotée d'un savoir général composé de toutes les connaissances sur l'anatomie générale du corps humain et de savoirs spécialisés, structurés et comportant leur propre mode d'approche. Bien qu'ayant considérablement varié selon les époques et les théories, l'anatomie générale constitue la base de la formation des praticiens qui ne se spécialisent que subséquentement dans une partie du corps, l'œil, le pied, le foie, etc. Quel que soit le résultat des recherches spécialisées, le cœur ou le cerveau restent anatomiquement à la même place. En revanche, la découverte des cellules-souches, c'est-à-dire de la possibilité de régénérer une partie malade du corps humain à partir de cellules indifférenciées, c'est-à-dire qui n'ont pas encore de fonction, a apporté un éclairage nouveau sur la

³⁴⁰ TLF, v° Spécialisé.

³⁴¹ Sur la distinction du Genre et de l'espèce, cf. *infra*, le mode référentiel d'indexation, deuxième partie, tit. I, chap. I.

compréhension de l'Homme. On peut dès lors parler d'un savoir général, puisque les règles anatomiques ne sont pas modifiées par les savoirs spécialisés et que seule leur compréhension est renouvelée.

L'autonomie doublée d'une interaction des savoirs spécialisés. Les savoirs spécialisés répondent à une ou plusieurs utilités déterminées, moins abstraites que celles englobées dans le savoir général. Elles n'en dérivent pas moins toutes du savoir général de sorte que les savoirs spécialisés sont autonomes les uns par rapport aux autres sans pour autant être indépendants. Ils appartiennent à un groupe et ne peuvent exister sans lui et sans la matrice appelée savoir général, qui peut se réduire à un petit nombre de principes. S'agissant de différences spécifiques, ils devraient même logiquement interagir les uns avec les autres. Pour reprendre l'illustration de la médecine, aucune spécialité n'est véritablement indépendante : une maladie peut affecter plusieurs organes et provoquer des réactions en chaîne ; un médicament peut être bénéfique pour un type de pathologie, mais contre-indiqué en raison d'une autre. Les règles de traitement propres à une spécialité affectent sensiblement celles d'une autre et le devoir du médecin est d'en tenir compte autant que possible. Cette illustration permet de prendre conscience de la véritable dimension organique du savoir. Pour qu'il y ait savoir spécialisé, il faut que puisse être constitué un savoir général dynamique autour duquel gravitent des savoirs spécialisés. Ces derniers sont indépendants grâce à la problématique propre qui les gouverne ; ils sont dans le même temps dépendants des interrelations qui les lient et qui d'une certaine façon les fondent moralement. L'intrusion de la médecine dans le corps humain ne se justifie que dans la perspective globale d'un mieux-être, d'un mieux-vivre ou d'un vivre tout court et, par exemple, une amputation ne s'envisage qu'au prix d'une réflexion à la fois éthique et médicale.

70. — Ainsi conçu, le clivage du général et du spécialisé paraît séduisant. Intellectuellement, un premier obstacle doit cependant être surmonté, puisque le droit ne comporte *a priori* pas de théorie générale constitutive du savoir de base de tous les juristes et dont dérivent toutes les spécialités du droit : droit constitutionnel, droit des obligations, droit administratif et droit communautaire, pour n'en citer que quelques unes. Il est d'ailleurs remarquable que, pour diverses raisons, chacune des spécialités citées se prévale à tour de rôle du statut de droit commun ou de droit matriciel. Pour beaucoup d'auteurs, le droit civil joue le rôle de droit commun³⁴². La difficulté est essentiellement pratique. Certains attributs du clivage tendent à être exacerbés sous la pression de la pensée systémique : la nécessité d'une vue d'ensemble, la référence commune à un petit nombre de principes, conçus comme supérieurs, ou encore l'autonomie des savoirs spécialisés. Il en

³⁴² Réfutant cette thèse, v. Jean-Pascal CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, Etudes Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279.

résulte une certaine rigidité des spécialités du droit. La nécessité d'une interaction entre savoirs spécialisés est en revanche peu exploitée ou l'est, paradoxalement, pour argumenter en faveur d'une fusion des branches. Cette interaction n'est pourtant guère douteuse dans la mesure où certains corps de règles recèlent la capacité de renforcer ou de déséquilibrer d'autres corps de règles. Par exemple, en sanctionnant le comportement abusif de certains professionnels, le droit de la consommation protège indirectement les concurrents ne recourant pas à des méthodes de vente ou de service illicites. En concourant indirectement à instaurer une loyauté du marché, le droit de la consommation renforce l'action du droit de la concurrence. À l'inverse, l'extension du droit de la consommation aux professionnels économiquement faibles, en surplus des consommateurs traditionnels utilisant des biens ou des services pour un usage particulier, peut s'expliquer par la faiblesse du droit des obligations qui ne gère qu'imparfaitement les déséquilibres manifestes de puissance économique des contrats³⁴³. Selon Jean-Pascal Chazal³⁴⁴, l'absence de développement de ce paramètre économique au sein du droit des obligations amoindrit l'efficacité du droit de la consommation qui oscille entre une définition trop abstraite du consommateur ou, à l'inverse, trop restrictive.

Le maintien des branches du droit depuis plusieurs décennies, voire dizaines de décennies, présente donc un intérêt épistémologique. Celles-ci permettent de mieux comprendre les implications de la distinction – opposition au sein de la pensée systémique et la fonction probablement performative des branches juridiques. S'agissant du droit commercial, deux qualités lui sont généralement reconnues : il est un droit qualifiant et il est, de surcroît, organisateur et fédérateur. Ces qualités présentent l'intérêt d'être en tous points conformes à une logique de statut. La question de la qualification mérite un développement à part car elle constitue, probablement à tort, un argument fort de l'autonomie du droit commercial. L'argument tiré de la qualité organisatrice et fédératrice du droit commercial révèle, quant à lui, une volonté bien ancrée de parvenir à une unité du droit.

³⁴³ En ce sens, Jean-Pascal CHAZAL, *Le consommateur existe-t-il ?*, D. 1997, chron. p. 260. Selon l'auteur, les mécanismes de contrôle développés par la jurisprudence par le biais du consentement, de la cause, de l'objet ou de la bonne foi présentent l'inconvénient de sonder exclusivement l'intention des contractants. Le critère subjectif ne satisfait pas à la nature objective du déséquilibre de puissance économique dont pâtissent certains professionnels. À ses yeux, cette situation pourrait être saisie avantageusement par le mécanisme de la lésion dite « qualifiée ». La révision serait ouverte sur ce fondement lorsque serait constaté un déséquilibre préalable de puissance économique « manifeste » et « systématique », suivi de la réalisation d'un abus de puissance.

³⁴⁴ Ibid.

§2 Le commercial, un droit qualifiant – et indépendant

71. — Malgré la codification³⁴⁵ de la matière commerciale opérée par l'ordonnance du 18 septembre 2000, la question reste posée du statut du droit commercial et de ses rapports avec le droit civil, débattue depuis près de deux siècles.

La commercialité constitue un critère de qualification et permet par exemple de déterminer les moyens de preuve dont peuvent se prévaloir les parties selon la nature civile, commerciale ou mixte du litige, le taux d'intérêt légal, le régime des sociétés, la compétence des tribunaux ou encore la valeur légale des clauses, attributive de juridiction ou compromissaire. Ce caractère propre au droit commercial est mis en avant par la doctrine pour exclure un remaniement du droit commercial en faveur d'autres notions comme « le droit des affaires » ou « le droit économique », notions qui constitueraient un appauvrissement de ce point de vue. Bien que Michel Cabrillac pense que la disparition du droit commercial soit inévitable³⁴⁶, il conteste qu'une notion comme le droit des affaires, une « étiquette qui a fait fortune par sa commodité », puisse valablement remplacer le droit commercial. De même, la notion d'entreprise ne trouve pas grâce à ses yeux. Selon Michel Cabrillac, la raison d'être d'une branche du droit ne se justifie réellement que par son utilité pratique et celle-ci se réalise essentiellement à travers la qualification. Le droit commercial, écrit-il, est « un droit de qualification au sens technique du terme », contrairement au droit des affaires et à l'entreprise.

72. — **La qualification, un argument d'ordre justifiant l'indépendance.** La qualification constitue le raisonnement par excellence du juriste qui fait son miel des institutions et des règles de droit laissant *a priori* peu de place à l'interprétation. Des institutions parallèles³⁴⁷, des interprétations créatrices³⁴⁸ sont adoptées et parfois validées par la jurisprudence. D'outil, la qualification est devenue une quasi-institution et une littérature abondante en témoigne³⁴⁹. Celle-ci a

³⁴⁵ François TERRÉ et Anne OUTIN-ADAM, Codifier est un art difficile (à propos d'un... Code de commerce), D. 1994, chron. p. 99.

³⁴⁶ « Il est permis de penser que le droit commercial se meurt, sinon qu'il est mort ou qu'il doit fatalement mourir et toute la difficulté est dans cette réserve », Vers la disparition du droit commercial ?, Etudes Jean Foyer, PUF, Paris, 1997, p. 329 ; V. aussi Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mél. Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.

³⁴⁷ Laurent LEVENEUR, « Situations de fait et droit privé », th. Paris, 1988, LGDJ, Paris, 1990.

³⁴⁸ François TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », th. Paris, 1955, LGDJ, Paris, 1957.

³⁴⁹ Pour ne citer que quelques unes des thèses récentes, v. celles de Stéphane ASECIO, « la disqualification en droit privé interne », th. Bordeaux, s.n., 1999 ; Thomas JANVILLE, « La qualification juridique des faits », th. Paris, s.n., 2002 ; Josée ISRAËL, « Les qualifications multiples en droit pénal », th. Paris, s.n., 2003 ; Patricia PARTYKA, « Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé

mis en lumière la créativité des juges et des particuliers qui, loin d'être en opposition, s'enrichissent de leurs expériences et de leurs connaissances. Pour reprendre une expression de François Terré, le droit est une « respiration permanente », « nous ne cessons d'inspirer du fait et d'expirer du droit »³⁵⁰. Cette maxime admirable résume le droit dans son entier. Pour le dire autrement, nous ne cessons d'inspirer de la matière et d'expirer de la fonction. La qualification cristallise cette physiologie particulière et c'est sans doute pour cette raison que les juristes accordent une telle importance à sa conceptualisation. Pourtant, il paraît curieux, au vu du caractère si dynamique de la qualification, de s'en servir aussi pour justifier une organisation structurelle du droit divisée en branches. De fait, la qualification perd son dynamisme pour endosser le rôle d'une légitimation du découpage du droit en branches globalement définies. Dans cette perspective, la qualification n'est plus un processus, elle devient aussi un argument d'ordre qui tend à confondre la qualification avec la catégorie sous laquelle elle est censée subsumer l'objet qualifié.

Michel Cabrillac compare habilement le droit commercial à un empire éclaté qui, comme l'Empire romain, est victime à la fois de ses conquêtes et des invasions barbares (les Barbares en question étant en réalité des « concepts ou des archétypes séduisants et raffinés »³⁵¹). Il évoque l'attrait pour les professionnels non-commerçants des procédures spécifiquement commerciales comme l'inscription au registre du commerce et des sociétés ou les procédures collectives et l'assimile à une colonisation du droit civil par le droit commercial : « colonisation certes, mais colonisation qui a réalisé une dilution du droit commercial dans un droit commun de l'activité lucrative et *qui a gommé sa nature de droit de qualification* »³⁵². D'un autre côté, le droit commercial subit l'influence de concepts « générateurs de clivages nouveaux » comme l'entreprise et la profession, d'une part, et le consommateur et le particulier, d'autre part. Selon lui, l'entreprise a contribué à brouiller les frontières parce qu'elle n'est pas nécessairement commerciale, qu'elle a engendré des règles nouvelles et, qu'enfin, elle a banalisé les règles et les institutions originellement commerciales. L'opposition du professionnel et du consommateur n'en est, quant à elle, pas moins corrosive pour le droit commercial car, à ses yeux, elle s'appuie sur « le militantisme »³⁵³.

Pour reprendre l'image de François Terré, la qualification n'est pas ici perçue comme une respiration, mais bien comme l'organisme respirant en lui-même. Le droit commercial, attaqué par des institutions extérieures, « perd sa nature de droit qualifiant ». Il a beau produire des anticorps, son statut qui devrait, dans la logique de la pensée systémique, l'empêcher d'indexer des notions ne

français », th. Montpellier, s.n., 2004.

³⁵⁰ Un itinéraire intellectuel permettant de comprendre le droit vu du dehors, JCP éd. G., 2008, I, doct. n° 105, p. 11.

³⁵¹ Michel CABRILLAC, Vers la disparition du droit commercial ?, op. cit., p. 333.

³⁵² Ibid, (nous soulignons).

³⁵³ Ibid., p. 334.

correspondant pas à ses critères *a priori*, est en danger car il n'est pas construit pour assimiler de nouvelles réalités. Ce constat tend à indiquer qu'en réalité le droit commercial n'est originellement pas perçu comme autonome, puisque cela impliquerait qu'il doive autant que possible tenir compte des interactions avec d'autres savoirs spécialisés pour modifier sa propre compréhension. En réalité, il est plutôt conçu comme indépendant.

L'autonomie justifie, en retour, les qualifications dérogatoires. Légitimer l'existence d'un statut autonome par l'utilité pratique du critère de la commercialité alors que, dans le même temps, l'autonomie du statut justifie la création de régimes d'exception, apparaît quelque peu fallacieux. Les deux prémisses se renforcent l'une l'autre sans que l'on comprenne réellement en quoi le critère de qualification, même spécialisé, justifie la reconnaissance d'une branche indépendante.

L'aspect persuasif de l'argument tiré de l'autonomie a fort bien été mis en évidence en matière fiscale par Frédéric Douet³⁵⁴. L'incohérence et l'iniquité de certaines qualifications fiscales qu'il expose sont, selon lui, dues en grande partie au succès de la théorie de l'autonomie du droit fiscal, élaborée dans les années 20 par le doyen Trotabas³⁵⁵. Frédéric Douet explique que l'augmentation des charges au XX^e siècle a rendu nécessaire une rénovation globale du système. Au fil des lois, le traitement fiscal d'une opération a acquis une indépendance par rapport à la qualification reçue en droit civil pour la même opération, ce qui, selon lui, ne se justifie pas dans la mesure où le droit fiscal constitue « un droit de superposition » : il frappe des situations juridiques et non des situations de fait. Par exemple, pour imposer un couple, le droit fiscal se réfère à une situation juridique, celle du couple marié, concubin ou pacsé au sens du droit civil, non à une quelconque réalité économique ou sociologique. Frédéric Douet fait en ce sens valoir qu'il serait pour le moins incongru que le droit fiscal modifie les conditions du mariage, du concubinage ou du PACS au nom de la logique fiscale. Et de continuer en disant qu'il n'en va pas différemment des autres situations juridiques, de sorte « qu'à défaut de volonté contraire du législateur aucune raison ne justifie donc qu'une même situation soit qualifiée différemment au regard des différentes branches du droit (...) Cette théorie (de l'autonomie) n'est, en réalité, qu'une solution de facilité qui permet de justifier à bon compte des qualifications qui – sans qu'il y paraisse – sont incohérentes ou erronées »³⁵⁶.

S'agissant du critère de la commercialité, la situation est différente car ce droit utilise des notions existantes en d'autres matières, mais produit aussi ses propres notions reprises ailleurs. La lettre de change, qualifiée d'acte de commerce par nature, en constitue une illustration. Il ne s'agit

³⁵⁴ L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides, Defrénois, 2005, n° 19, article 38240, p. 1479.

³⁵⁵ Ibid., p. 1479.

³⁵⁶ Ibid., p. 1480, (nous ajoutons).

donc pas d'un droit de superposition. Cependant, en ce domaine aussi l'autonomie du droit commercial a des incidences sur les contours de la qualification. Au regret de bon nombre d'observateurs, le critère de la commercialité, qui englobe les notions d'actes de commerce et de commerçants, est extensible en ce qu'il bénéficie à une liste étendue d'actes et à des catégories de personnes qui ne sont pas *stricto sensu* des commerçants : artisans, agriculteurs, membres des professions libérales, chefs d'entreprise et ainsi de suite. Les avantages du régime font perdre de la certitude au critère dont la dénomination, c'est-à-dire le sens apparent, est en décalage avec le contenu. La liberté d'entreprise accordée aux commerçants comporte des atouts attractifs attirant des professions dans le champ du droit commercial. En somme, le critère de la commercialité constitue à la fois un moyen d'uniformiser le régime de différentes activités économiques et, sous prétexte de pragmatisme, un rempart pour l'autonomie du droit commercial, qui n'a plus qu'un rapport lointain avec le droit des marchands mais qui se démarque au nombre de ses régimes dérogatoires.

73. — **L'ambiguïté de la qualification : une nature empirique ou essentielle ?** À la lumière de la dimension rhétorique de l'autonomie des branches justifiant la création de qualifications dérogatoires, la force de persuasion propre à la qualification devient évidente. D'objet manipulé par l'argument tiré de l'autonomie de la branche, la qualification devient une voie de manipulation utilisée pour justifier soit le statut d'autonomie du droit commercial, soit à l'inverse le principe de l'unité du droit privé et la nécessaire fusion des branches.

En devenant l'argument phare de la recherche du meilleur statut, la qualification entre dans une logique taxinomique. Se pose alors la question de la nature de la qualification : a-t-elle une fonction essentielle, visant à conforter l'exigence de la meilleure catégorie ou a-t-elle plus pragmatiquement une fonction empirique, c'est-à-dire visant à donner un sens à des situations prédéterminées par un contexte en les confrontant à une logique juridique elle-même contextuelle ? Il est frappant que les contempteurs de la distinction du droit civil et du droit commercial axent pour la plupart leur argumentation en faveur d'une fusion du droit civil et du droit commercial sur des questions de qualification. Après avoir indiqué les rapprochements³⁵⁷ qui se sont opérés entre les deux branches

³⁵⁷ Selon les auteurs, ces rapprochements s'opèrent plutôt en faveur du droit civil : Edmond THALLER, De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, in « Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire », t. I, Arthur Rousseau, Paris, 1904, p. 225 ; Ou plutôt en faveur du droit commercial : Charles LYON-CAEN, L'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804, in « Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire », t. I, préc., p. 205, Georges RIPERT, La commercialisation du droit civil, Mél. Maurovic, s.n., Belgrade, 1934, p. 269 ; L'attraction peut aussi être considérée comme réciproque : Joseph HAMEL, droit civil et droit commercial en 1950, Mél. Ripert, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 271 et L'unification interne du droit privé, RTDCom. 1954, p. 577, réciproque au point que Joseph Hamel se montre en définitive plutôt favorable à une redéfinition des frontières du droit civil et du droit commercial, mais non à une fusion.

du droit, ces auteurs cherchent les cas où les différences de régime pourraient être abolies soit qu'elles sont inutiles, soit qu'elles sont tombées en désuétude. Dans un second temps, la fusion des deux branches doit, selon cette thèse, se réaliser en démontrant que les différences résiduelles sont trop insignifiantes pour donner naissance à une branche et qu'il suffit de les traiter par le recours à une notion comme l'entreprise³⁵⁸ ou plus largement le professionnel³⁵⁹, voire le droit des affaires et le droit économique³⁶⁰. À l'aune de ce raisonnement, le droit commercial ne se justifie en tant que branche qu'en raison du caractère dérogatoire de son régime, donc d'une qualification spécialisée par rapport au droit civil. Cela revient à dire que l'existence de la branche est fonction du nombre de qualifications dérogatoires construites en opposition du droit civil, ce qui correspond bien à une logique taxinomique.

Le caractère contextuel de la qualification. La qualification est d'ordre dynamique plutôt que d'ordre logico-déductif. Pour prendre un exemple, le défaut de consentement qui entraîne la nullité de l'acte vicié s'appliquera différemment selon que le contrat en cause est un contrat de mariage, un contrat d'adhésion soumis au droit de la consommation ou un contrat de vente classique conclu entre deux particuliers. Pour chaque contrat, le cadre diffère du point de vue des intérêts protégés de sorte que le régime légal ou jurisprudentiel est plus ou moins protecteur. S'agissant du contrat de mariage, il est traditionnellement admis que la nullité sera fonction de deux critères cumulatifs : un critère psychologique (dit subjectif) et un critère sociologique (dit objectif). Le critère psychologique consiste à rechercher ce qui, dans l'esprit des contractants, constituait au moment de la conclusion du contrat une qualité déterminante du consentement. Le juge confronté à une demande de nullité recherche, comme dans tout contrat, les qualités essentielles qui ont déterminé les contractants à conclure une union matrimoniale³⁶¹. Certaines qualités, comme l'identité de la personne physique ou civile, sont plus évidentes que d'autres et une partie de la doctrine avait préconisé au début du XX^e siècle de restreindre les cas de nullité à ces deux types d'erreurs correspondant à « l'erreur dans la personne » spécifiquement visée par l'article 180 du Code civil.

³⁵⁸ Simon FRÉDÉRICQ, L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique, RTDCom. 1962, p. 205.

³⁵⁹ Jean-Pierre MARTY, La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTDCom. 1981, p. 621.

³⁶⁰ Antoine PIROVANO, Introduction critique au droit commercial contemporain, RTDCom. 1985, p. 219 ; Georges VEDEL, Le droit économique existe-t-il ?, Mél. Pierre Vigneux, t. II, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 767 ; *Comp.* en faveur du droit économique comme branche autonome du droit : Gérard FARJAT, La notion de droit économique, APD, t. 37, 1992, p. 27, voire comme ordre juridique nouveau, Claude CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. XXIV, p. 215.

³⁶¹ Sur les hésitations doctrinales quant à la détermination de la nature des qualités essentielles, v. l'ancien débat doctrinal et spéc. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, « Traité théorique et pratique de droit civil », 2^{ème} éd., t. II, « Des personnes », par H. Houques-Fourcade, Sirey, Paris, 1900, n° 1718 à 1744, p. 304 à 336, qui préconisait de réduire les cas de nullité à l'erreur dans la personne physique (identité physique) et civile (individualité, identité ou personnalité civile).

La jurisprudence a néanmoins adopté la conception extensive des qualités substantielles en acceptant d'apprécier la psychologie des époux. Afin de limiter les cas de nullité et prendre en compte la dimension institutionnelle du mariage, un critère sociologique a cependant été ajouté. La cause de nullité doit être acceptable³⁶² pour la société (au moment où le juge statue), elle ne doit pas troubler l'ordre public. Le mariage est conçu comme un élément structurant de la société et c'est pourquoi l'erreur sur la fortune³⁶³ du conjoint est systématiquement rejetée comme cause de nullité, en dépit de son caractère déterminant de certaines unions.

La nullité du mariage est donc conditionnée par deux critères cumulatifs alors que, dans un contrat de vente classique, ils sont alternatifs. Le contractant doit démontrer que la qualité qui fait défaut était essentielle à ses yeux. L'erreur est appréciée *in concreto*, ce qui signifie que la qualité n'a pas nécessairement à être substantielle aux yeux de l'opinion commune. Néanmoins, depuis l'arrêt Nicolas Poussin³⁶⁴, le critère sociologique est pris en compte au titre du contenu de la preuve. Lorsqu'une qualité est substantielle dans l'opinion commune, les juridictions ont tendance à présumer ce caractère pour l'*errans*. Il s'agit en quelque sorte d'une application particulière de l'adage « qui peut le plus peut le moins » : ce qui est vrai pour l'opinion commune devrait *a priori* l'être pour le particulier. Il est par exemple probable que l'authenticité d'un tableau constitue pour la victime de l'erreur, comme dans l'opinion commune, une qualité substantielle déterminante de l'achat ou de la vente. En ce cas, la charge de la preuve est inversée et il revient à l'autre partie de démontrer, en fonction du contexte de l'achat, qu'en réalité la victime avait accepté de contracter en connaissance d'un doute sur l'authenticité du tableau, qu'elle avait en quelque sorte renoncé à l'authenticité comme qualité substantielle en acceptant l'aléa. Lorsqu'en revanche, la qualité n'est

³⁶² V. récemment, Pascal LABBÉE, La mariée n'était pas vierge, note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, D. 2008, p. 1389 ; Jean HAUSER, 146 ans après la vengeance ratée de Mme Berton : nullité pour erreur sur les qualités essentielles, note très critique sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, RTDCiv. 2008, chron. n° 10, p. 455.

³⁶³ Pour un jugement peu commun, appréciant scrupuleusement l'état des conventions sociales de la société française dans les années 60 et représentatif de la volonté de restreindre les cas de nullité par le biais du critère sociologique, TGI Le Mans, 18 mars 1965, Gaz. Pal., 1965, 2^{ème} semestre, jurispr. p. 12, note s.n. Après avoir rappelé la formule de Loysel, « En mariage trompe qui peut », le jugement dispose que « le mariage est un acte solennel dont la stabilité est essentielle à la société ; qu'il faut fermer autant que faire se peut la porte au repentir tardif des époux (doctrine) (...) l'erreur "dans la personne" peut porter : sur la personne physique (substitution d'une personne à une autre), sur l'identité civile de la personne (état civil usurpé, prise de faux titres pour faire croire à une ascendance illustre ayant conduit l'autre époux à donner son consentement) ; au cas d'usurpation du nom ; au cas où l'on s'est marié comme célibataire alors qu'on a caché à l'autre époux être déjà engagé dans les liens d'un mariage non dissous ; au cas où l'on a caché être divorcé ; au cas où l'on a caché être revêtu du sacerdoce ; au cas où l'on a caché sa nationalité (en temps de guerre) ; au cas de condamnation infamante (...) si le dol ne constitue pas une cause de nullité de mariage, la jurisprudence récente étend la notion d'erreur sur la personne ; que toutefois l'erreur sur la fortune, l'intelligence, le caractère, la race, la religion, la virginité ou la grossesse de la femme, la santé d'un époux, ne paraissent pas devoir être retenus comme causes de nullité ».

³⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1978, GAJC, 11^e éd., n° 148-149 (I), D. 1978, jurispr. p. 601, note Ph. MALINVAUD, JCP éd. G. 1978, II, 18925, RTDCiv. 1979, p. 126, obs. Y. LOUSSOUARN, (Cassation de Paris, 2 février 1976, D. 1976, p. 325, concl. J. CABANNES, JCP éd. G. 1976, II, 18358, note R. LINDON).

objectivement pas substantielle, il revient à l'*errans* de prouver qu'il en avait fait la condition de son engagement et que le cocontractant en avait connaissance. Cette qualité doit être « entrée dans le champ contractuel » selon une expression consacrée.

Ce faisant, le régime des contrats classiques de vente ou de prestation de service est moins rigoureux que celui du contrat de mariage. La nullité du mariage est conditionnée par deux critères, alors que, pour la vente, le vice du consentement subjectif suffit à entraîner son anéantissement, le critère sociologique n'intervenant qu'au titre de la charge de la preuve. Il ne s'agit pas là d'une simple différence de régime mais bien d'une spécialisation des critères de qualification. Le critère sociologique est une véritable composante du droit de la famille qui n'est qu'accessoire en droit des contrats classiques. Le régime de la filiation en constitue l'illustration topique. Le critère sociologique, matérialisé par un titre et une possession d'état conformes, agit au niveau de la recevabilité même de l'action en contestation ou en recherche de paternité. Il institue une présomption irréfragable. Tout le droit est traversé par des notions socioculturelles, mais rares sont les domaines comme le droit de la famille où l'opinion commune mêlée d'une volonté de garantir la paix sociale, est considérée comme une condition de recevabilité de l'action ou comme une condition de fond d'acquisition d'un droit. Il n'y a guère que le droit des biens qui puisse lui faire concurrence notamment en matière d'usucapion à la différence qu'il s'agit cette fois d'acquérir un droit, non de revendiquer un état préexistant.

La qualification permet fondamentalement d'arbitrer des intérêts contextuels, ici la protection de la personne du débiteur, d'une part, et le maintien du contrat conçu comme un instrument de régulation et de structuration sociale, d'autre part. Là réside sa dynamique créatrice. S'agissant du contrat de consommation, le législateur a opté pour une méthode moins équilibrée en multipliant les causes de déchéance ou de nullité fondées sur les délais de réflexion, les mentions informatives, la forme écrite des contrats, en sus des vices du consentement issus du droit des obligations. Par déduction, il peut être soutenu que les différences de régime fondées sur des critères spécialisés de qualification n'aboutissent pas automatiquement à asseoir l'autonomie d'une branche, le droit de la famille étant largement affilié au droit des obligations. À l'inverse, la question de l'autonomie du droit de la consommation est posée en raison des régimes spéciaux qui le caractérisent, même s'il reste soumis au régime général des contrats. Cela montre que la spécificité d'un critère de qualification n'engendre pas nécessairement un savoir spécialisé. Isolément, il n'est pas déterminant puisque la qualification varie davantage en fonction d'intérêts contextuels que d'un ordre établi de savoirs.

Le critère de la commercialité rend très difficile l'abandon du droit commercial en tant que branche car elle lui confère une certaine légitimité alors qu'en réalité les deux ne dépendent pas vraiment l'un de l'autre. La possibilité de qualifier certaines situations, c'est-à-dire de déduire des règles matérielles ou de compétence grâce au critère du commercial, devrait traduire d'autres préoccupations : celles de s'adapter aux nécessités de la vie économique, différentes de celles qui régissent les relations entre particuliers. Dans cette optique, la question de l'unité ou d'une prétendue unification du droit privé n'est pas première, non plus que celle de l'indépendance d'un savoir par rapport à un autre. La qualification dérogatoire constitue au mieux un indice du savoir spécialisé. Il est, certes, légitime de discuter l'utilité de maintenir des régimes distincts en matière de preuve ou encore de constater que les régimes du droit civil et du droit commercial s'uniformisent. La réforme³⁶⁵ récente des délais de prescription en constitue une illustration éclatante puisque les deux droits ont été traités sur le même plan. Cependant, le fait qu'en certains domaines, le droit commercial est régi par les mêmes règles que le droit civil ne peut légitimer ni la fusion, ni la distinction de deux branches. Justifier l'autonomie de la branche commerciale par l'idée qu'elle est un droit de qualification laisse, enfin, un sentiment d'insatisfaction car les différences de régime entre le droit civil et le droit commercial demeurent au stade du constat et la doctrine avoue son impuissance à en cerner l'essence³⁶⁶. Le double rôle de la qualification apparaît clairement à ce stade, elle entre dans une logique de statut et renforce l'impression d'un droit commercial dont l'existence repose sur des notions empiriques et en attente de conceptualisation. Cela explique d'ailleurs qu'il soit parfois perçu négativement comme un droit empiriste, existentialiste³⁶⁷, voire opportuniste, bien que, dans les faits, le droit commercial ait peu à peu adopté une rigueur comparable à celle du droit civil³⁶⁸. Reste à examiner le caractère organisateur et fédérateur du droit commercial, justifiant son statut de branche du droit.

³⁶⁵ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 141 du 18 juin 2008, p. 9856. Le délai de droit commun de la prescription extinctive est désormais de cinq ans, y compris en matière commerciale (article 9 de la loi modifiant l'article L. 321-17 du Code de commerce).

³⁶⁶ V. dans cette perspective, Yves REINHARD et Jean-Pascal CHAZAL, « Droit commercial », 6^{ème} éd., Litec, Paris, 2001, p. 22. Concernant la codification récente du droit commercial, les auteurs écrivent que « Le Code de commerce ne contient pas que du droit commercial et ne contient pas tout le droit commercial. L'objectif de rendre cohérente une matière en quête de son identité est donc loin d'être atteint ». Plus fondamentalement, les auteurs étayaient l'idée que le droit commercial est épistémologiquement artificiel, indépendamment de l'existence d'un Code.

³⁶⁷ Yves GUYON, « Droit des affaires », t. I, 12^{ème} éd., Economica, Paris, 2003, n° 2, p. 2 et 3 : « Ces activités de production, de distribution et de services obéissent à des règles qui ne sont pas toujours celles du droit civil. On appelle ces règles droit commercial ou encore droit des affaires. Le juriste constate leur existence, sans percevoir leur essence. On se demande notamment si le droit commercial est le droit des opérations commerciales ou au contraire le droit des commerçants. La réponse importe finalement assez peu. mais le seul fait que l'on se pose la question montre que les fondements logiques et philosophiques de ce droit font actuellement défaut. C'est un droit existentialiste », (l'auteur souligne).

³⁶⁸ V. Edmond THALLER qui y voit l'influence du droit civil : « le droit civil a pris son ascendant sur le commerce, en lui communiquant sa chaîne logique, sa méthode, ses cadres de démonstration : on est arrivé par là à donner plus de sécurité aux relations d'affaires, à mettre davantage les procès à l'abri de l'arbitraire », De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, op. cit., p. 226.

§3 Le droit commercial, organisateur, fédérateur – et unifiant

74. — Le caractère organisateur et fédérateur du droit commercial relève *a priori* d'une argumentation plus probante que celle axée sur la nature qualifiante du droit commercial car il a trait à la structure des savoirs juridiques et s'inscrit davantage dans une logique formelle d'ordre, adéquate à celle du découpage du droit en savoirs spécialisés. La structure, l'organisation et les principes du droit commercial apparaissent comme les conditions de l'existence d'un savoir spécialisé en ce qu'ils recèlent une capacité d'ordre propice à l'établissement d'interrelations avec les autres savoirs.

La question se pose de savoir à quels principes, structures ou domaines, il serait possible d'attribuer ce caractère d'organisation et de fédération, au demeurant fort contesté. Le droit commercial ne se réduit plus au droit des marchands, c'est-à-dire au négoce, à la distribution dans son sens le plus strict. Il s'accompagne d'activités d'industrie, auxquelles s'ajoutent les opérations financières de banque et de crédit. Indubitablement, les cessions de créance professionnelles ou le régime des chèques intéressent directement les commerçants. C'est pourquoi il a finalement été proposé d'abandonner cette expression surannée³⁶⁹ au profit d'autres comme droit des affaires³⁷⁰ ou droit économique³⁷¹. Bien plus que de commodités étiquettes, ces expressions traduisent un malaise : le droit commercial n'apparaît plus comme un droit fédérateur et ne permet plus d'expliquer à lui seul l'organisation des régimes économiques. Ce constat mérite une attention particulière et c'est pourquoi nous tenterons d'analyser les principales clefs du droit commercial, défini dans son sens le plus restreint. Quatre piliers de cette discipline seront successivement examinés : le statut du commerçant, les règles dérogatoires du droit commercial, la notion de fonds de commerce et, enfin, l'existence des tribunaux de commerce, en tant que juridiction spéciale. Ils ne seront pas examinés dans le détail mais seulement en ce qu'ils permettent d'éclairer le droit commercial dans sa fonction d'organisation et de fédération, qu'elle soit reconnue ou contestée.

75. — **Le statut du commerçant : premier pilier.** Le statut du commerçant contribue à donner au droit commercial une apparence de solidité. Cependant, à de nombreux égards, il apparaît dépassé par des institutions plus larges que lui. À titre d'illustration, le rôle des dirigeants sociaux, dont le régime est en partie calqué sur celui des commerçants, amoindrit la portée du statut de ces

³⁶⁹ Jean VAN RYN, Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial, RTDCom. 1953, p. 565.

³⁷⁰ Yves GUYON, « Droit des affaires », t. I, op. cit., n° 3 à 16.

³⁷¹ Gérard FARJAT, La notion de droit économique, op. cit. ; Claude CHAMPAUD, Contribution à la définition du droit économique, op. cit.

derniers et fait douter de sa pérennité. Cette impression est renforcée par la possibilité pour les commerçants de créer des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée. Par ailleurs, le rôle central des associations complexifie un peu plus le réseau des acteurs de la vie économique. En sollicitant régulièrement l'accès à des droits originellement commerciaux comme la possibilité de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés, elles contribuent à relativiser la particularité du statut de commerçant et à déstructurer le droit commercial. Le développement du droit de la consommation donne aux associations une importance inégalée et rend nécessaire la création de nouveaux droits. Ces derniers impliquent des rapports multilatéraux comprenant les professionnels au sens large, les particuliers mais aussi la puissance publique.

Le professionnel, le particulier et la question de la *class action*. La distinction du professionnel et du particulier pose par exemple régulièrement la question de la reconnaissance des *class action* sur le modèle américain. De fait, les actions de groupe contribueraient à rendre les associations au moins aussi redoutables que les traditionnels concurrents des entreprises, ce qui signifie que les rapports de force se déclinaient aussi en fonction du clivage particulier/professionnel. La *class action* se définit comme l'action par laquelle une ou plusieurs personnes habilitées agissent au nom d'un groupe d'individus potentiellement indéterminés et dont l'accord exprès n'est donc pas nécessairement requis³⁷², ayant subi un préjudice personnel causé par le fait d'un même professionnel à l'occasion d'un même type de contrat relatif à une vente ou une prestation de service. Dans le droit des Etats-Unis d'Amérique, la décision rendue pour un groupe de consommateurs a valeur de précédent et peut par la suite être efficacement invoquée si de nouvelles victimes engagent une action sur le même fondement. Les plaideurs agissent pour les individus qui composent le groupe, ce qui, outre la relativité de la chose jugée, heurte le principe « nul ne plaide par procureur ». La *class action* se distingue d'un certain nombre d'autres actions consacrées en droit français comme l'action *ut singuli*³⁷³ ou l'action en représentation conjointe³⁷⁴. La première permet aux associés d'une société d'exercer l'action sociale en responsabilité, parallèlement à l'action individuelle ouverte en cas de préjudice personnel. Les associés agissent, sous certaines conditions, au nom et au profit de la société en lieu et place des représentants sociaux défaillants, ce qui ne correspond pas à l'esprit de la *class action*. En effet, cette dernière est exercée à la demande des victimes par un tiers qui exerce l'action à ce titre et de manière non supplétive. L'action *ut singuli* constitue un simple correctif à la défaillance des dirigeants de la société. L'action en représentation conjointe est plus proche de la *class action* puisqu'il s'agit pour au moins

³⁷² Louis BORÉ, L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ?, D. 1995, chron. p. 267.

³⁷³ Articles L.223-22 du Code de commerce et 1843-5 du Code civil.

³⁷⁴ Article L.422-1 s. du Code de la consommation. V. Louis BORÉ, op. cit., qui expose le régime de l'action en représentation conjointe de manière exhaustive et détaille ce qui la différencie radicalement de la *class action*, de sorte qu'il conclut pour l'heure à son échec en terme d'efficacité.

deux consommateurs de mandater une association agréée reconnue représentative sur le plan national, afin d’agir en réparation de leurs préjudices individuels. Néanmoins, à la différence de la *class action*, l’association agit au nom d’un groupe déterminé dans le respect de la relativité de la chose jugée³⁷⁵.

L’action de groupe existe pourtant sous une forme modifiée en droit français et elle met particulièrement en évidence l’inadaptation de la distinction traditionnelle du civil et du commercial, l’amoindrissement du statut de commerçant et le déficit de sens du droit commercial conçu comme un savoir spécialisé. Le régime des pratiques restrictives de concurrence, axé sur les rapports entre partenaires économiques et impliquant l’intervention de la puissance publique, en constitue une bonne illustration. Il vise à moraliser et à sanctionner le comportement des opérateurs qui seraient enclins à profiter de leur position de force pour obtenir des avantages commerciaux injustifiés qualifiés de discriminatoires par la loi. Tout d’abord, les personnes concernées par ces pratiques ne correspondent en aucun cas à la distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial, le critère de sélection ciblant les acteurs du marché concurrentiel. Les auteurs de pratiques restrictives de concurrence peuvent être tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au Répertoire de métiers. La seule réminiscence de la distinction du droit civil et du droit commercial consiste dans l’exclusion des professionnels libéraux. Les activités lucratives de ces derniers ne doivent pas dans l’esprit du droit français se confondre avec le commerce en raison de leur réglementation déontologique particulière. Leur régime tantôt civil, tantôt assimilé à celui des commerçants notamment sur le plan fiscal, ne permet cependant pas de rétablir la légitimité de la *summa divisio*. La notion de victime englobe aussi une large catégorie de personnes, puisque est visé « tout partenaire économique » en dehors des consommateurs pour lesquels des mesures spéciales sont tout de même prévues³⁷⁶. Les pratiques restrictives de concurrence relèvent du droit de la concurrence qui ne s’inscrit pas dans la logique des clivages découlant de la distinction du droit civil et du droit commercial. Surtout, la loi du 15 mai 2001 portant sur les nouvelles régulations économiques³⁷⁷ prévoit la possibilité pour le Ministère public et le Ministre de l’Economie d’agir au nom d’un groupe de victimes de pratiques restrictives de concurrence, y compris contre leur volonté et sans même les en informer³⁷⁸. Ils peuvent solliciter la

³⁷⁵ Guy RAYMOND, *cont. conc. cons.* 1992, p. 1, *adde*, Commentaires de la loi 92-60 du 18 janvier 1992, JCP éd. E. 1992, chron. 144.

³⁷⁶ Articles L121-35 et L122-1 du Code de la consommation et L442-1 à L442-5 du Code de commerce.

³⁷⁷ Loi n° 2001-420 modifiée par les lois n° 2003-7 du 3 janvier 2003 ; n° 2005-882 du 2 août 2005 ; n° 2008-3 du 3 janvier 2008. V. Christophe LACHIÈZE, La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence, JCP éd. E., 2004, 1815 ; et les obs. très critiques de Daniel MAINGUY, Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies, JCP éd. E., 2003, 1792.

³⁷⁸ Cass. com., 8 juillet 2008, n° 07-16.761, FS P+B+R+I, *min. éco. c. SA Sté coopérative GALEC*, JCP éd. G. 2008, act. 507, note A.-M. LUCIANI ; *cont. conc. cons.* n°10, 2008, comm. 237, obs. critiques de M. MALAURIE-VIGNAL. Cette décision consacre l’autonomie de l’action du ministre chargé de l’économie,

nullité des clauses contractuelles litigieuses, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile n'excédant pas deux millions d'euros et la réparation des préjudices subis³⁷⁹.

La possibilité pour le Ministère public et le Ministre de l'Economie d'agir au profit d'un groupe de victimes rappelle fortement la logique de la *class action*³⁸⁰. Celle-ci se concilie difficilement avec l'opposition binaire du particulier et du commerçant car elle ne se réduit pas à des intérêts particuliers privés au sens classique, puisqu'ils justifient l'intervention de l'Etat. Dans le même temps, elle ne se confond pas avec l'ordre public qui permettrait de légitimer cette action par le droit public, en référence de la *summa divisio* non moins contestée du droit privé et du droit public. Il s'agit de défendre des intérêts collectifs considérés comme vitaux pour assainir un marché. Le droit de la concurrence sort de la logique du droit commercial proprement dit et l'on comprend que l'émancipation de ce domaine soit envisagée, à l'image du droit de la consommation par rapport au droit civil. La distinction du droit civil et du droit commercial est desservie par une logique binaire que la théorie alternative des actes mixtes ne parvient pas à corriger. La distinction du droit civil et du droit commercial ne permet pas de prendre en compte l'impact global des actes commerciaux sur la société. En ne faisant pas intervenir la notion de consommateur, cet exemple permet de mettre en évidence des clivages au sein du droit commercial : entre professionnels, d'une part, entre opérateurs économiques et autorités publiques, d'autre part. Cette forme restreinte et très adaptée de la *class action* indique, par ailleurs, que la question de la nature publique ou privée du droit commercial, objet de débat, reste d'actualité.

Les pratiques restrictives de concurrence et la question de la nature publique ou privée du droit commercial. L'action engagée par le Ministère public ou le Ministre de l'économie au titre des pratiques restrictives de concurrence vise à suppléer la carence de la victime ou d'un groupe de

exercée en application de l'article L. 442-6 III du Code de commerce. Cette action destinée à protéger le fonctionnement du marché et de la concurrence n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs.

Cette décision invalide l'interprétation de certains juges du fond qui avaient estimé que l'absence d'information et d'intervention des fournisseurs victimes des pratiques illicites, contrevenaient aux exigences de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, relatives au droit à un procès équitable. V. Versailles, 3 mai 2007 et Angers, 29 mai 2007 et les obs. très critiques du dispositif de la loi de Denys de BECHILLON et Christophe JAMIN, La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché, D. 2007, chron. p. 2313 ; Martine BEHAR-TOUCHAIS, Chronique d'une mort annoncée, Lamy concurrence, 2007, n° 2, p. 33 ; Anne PENNEAU, L'article L. 442-6 III du Code de commerce en question, D. 2007, chron. p. 2630 ; Camille KØERING, Pratiques restrictives de concurrence : autre regard sur l'irrecevabilité de l'action propre au ministre de l'Économie, JCP éd. E., 2007, 2429. Critiquant néanmoins la décision d'irrecevabilité des Cours d'appel et favorable au préalable de l'intervention forcée des fournisseurs, v. Georges DECOCQ, L'action exercée par le ministre (C. com., art. L. 442- III) est-elle conforme à l'article 6 §1 de la Convention EDH ?, JCP éd. E., 2007, 2303.

³⁷⁹ Article L. 442-6 III du Code de commerce.

³⁸⁰ Pierre ARHEL, Nouvelles règles relatives aux comportements restrictifs de concurrence, cont. conc. cons. 2001, chron. 17.

victimes qui n'agit pas en justice par crainte de représailles commerciales. Elle permet de moraliser le marché sans avoir à recourir à l'incrimination pénale. Lutter contre les pratiques restrictives de concurrence en confiant l'action civile aux autorités publiques, exécutive ou judiciaire, rend compte de l'interaction entre l'intérêt général, l'intérêt du marché, l'intérêt des entreprises et les intérêts individuels. Chacun de ces intérêts a partie liée, ce dont il n'est pas possible de prendre conscience par le seul biais des droits spécialisés. Dès lors, la question de la validité, non des dispositions légales, mais de la manière de les recevoir par le biais de droits spécialisés devient essentielle. À la lumière de ces derniers, l'exercice d'une action civile par le Ministère public ou le Ministre de l'économie apparaît pour le moins aberrante. En réalité, l'ensemble de ces intérêts sont indexés à la distinction du droit public et du droit privé, autant sinon plus critiquée que celle du droit civil et du droit commercial. La distinction du droit public et du droit privé apparaît à de nombreux égards comme inutilement compliquée notamment pour les justiciables à qui l'on ne saurait reprocher de ne pas savoir à quel ordre de juridictions s'adresser dans des domaines, chacun étant littéralement coupé en deux en fonction de l'objet du droit, comme en matière de droit des étrangers, ou en fonction du statut public ou privé du débiteur, comme en matière de responsabilité médicale. Le statut du droit commercial constitue l'un des arguments forts de la mise en cause de la pertinence de la distinction du droit public et du droit privé car, à la réflexion et à la lumière de l'exemple des pratiques restrictives de concurrence, il n'est pas si évident de classer le droit commercial parmi les branches du droit privé³⁸¹. Le droit commercial semble, dans cette perspective, plus déstructurant que réellement organisateur et fédérateur. Il ne s'inscrit pas dans l'idéal d'unité que traduit la distinction du droit public et du droit privé.

La nature du droit commercial et le devenir de la distinction du droit privé et du droit public. Certains auteurs pensent ainsi qu'il existerait un droit économique public face à un droit économique privé³⁸². D'autres, comme Claude Champaud³⁸³, estiment qu'il serait possible de redessiner les contours des différents intérêts en jeu en matière économique. L'auteur est favorable à l'abandon de la distinction du droit civil et du droit commercial et conçoit le droit économique comme « le droit de l'organisation et du développement économique que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée, ou du concert de l'un et de l'autre »³⁸⁴. Il est « le droit du développement et de

³⁸¹ V. par ex. Jean-Jacques ISRAEL, *Contentieux administratif et contentieux de la concurrence*, Mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 315 ; François LLORENS et Pierre SOLER-COUTEAUX, *La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence*, D. 1989, chron. p. 67 ; Roger HOUIN, *La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial*, APD, t. I, « La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique », 1952, p. 79.

³⁸² V. Antoine PIROVANO, *Justice étatique, support de l'activité économique*, Justices, 1995, n° 1, p. 15 ; Jean HÉMARD, *L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence*, Etudes Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, Paris, 1964, p. 203 ; Gérard FARJAT, préc.

³⁸³ Contribution à la définition de droit économique, op. cit.

³⁸⁴ Ibid., p. 217.

l'organisation de l'économie industrielle (entendu comme un système de production et de distribution de masse) »³⁸⁵.

Conscient de la difficulté d'attribuer une nature publique ou privée au droit commercial, Claude Champaud prend le parti de ne pas choisir : il pense que le droit économique n'est pas une simple branche³⁸⁶ mais un « ordre juridique » à part entière, « un droit nouveau qui coexiste avec le corps de règles juridiques traditionnelles »³⁸⁷. Le droit économique coexisterait à côté de l'ordre traditionnel constitué du droit privé et du droit public précisément en raison de sa double nature privée et publique. Claude Champaud utilise donc la théorie des savoirs spécialisés pour démontrer qu'à côté du corpus juridique traditionnel composé d'un droit public et d'un droit privé, chacun décliné en disciplines juridiques, il existe un droit économique auquel il convient de rattacher certaines règles issues des branches traditionnelles comme le droit administratif, le droit civil, le droit pénal, le droit commercial, etc. Selon lui, « les techniques de production et de distribution de masse » caractérisent l'économie actuelle et justifient la création d'un droit économique. Si l'on devait le classer, dit-il, le droit économique devrait plutôt relever du droit public lorsque « l'Etat joue un rôle primordial dans la constitution et dans la vie des grandes unités de production et de distribution de masse » car alors « le droit Economique est essentiellement composé de règles régissant les rapports de l'Etat et de ces unités ou les rapports de l'Etat et des consommateurs ou utilisateurs des biens ou services produits par ces unités »³⁸⁸. À l'inverse, il entrerait plutôt dans la catégorie du droit privé si la création et l'animation de ces unités « sont pour l'essentiel laissées à l'initiative privée », le droit économique régissant les relations entre particuliers. Selon Claude Champaud, le droit économique français se situe à mi-chemin du droit public et du droit privé et c'est pourquoi il constitue un droit à part entière.

La conception du droit économique de Claude Champaud comporte à la fois un aspect novateur et traditionnel. Elle est novatrice dans la mesure où elle constitue une tentative d'unification du droit, non par la réduction du droit public et du droit privé en un seul domaine distribué différemment, mais par l'expansion à une troisième sphère de règles. Dans le même temps, la perspective adoptée par Claude Champaud est traditionnelle, car elle déplace plutôt qu'elle ne fait disparaître les difficultés liées à la distribution des matières du droit public et du droit privé. Bien que les ordres soient au nombre de trois et non de deux, ils sont conçus en termes de dualité ce qui tend à accentuer les oppositions de statuts. À ce titre, Claude Champaud tente de décrire les

³⁸⁵ Ibid., p. 219.

³⁸⁶ « L'erreur est probablement de le définir (le droit économique) comme un corps de règles particulières et homogènes dont l'étude et l'enseignement constitueraient une spécialité ». Ibid., p. 217, (nous ajoutons).

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid.

principes organisateurs et fédérateurs du droit économique. Selon lui, le critère du droit économique se confond avec son objet : l'entreprise. À ses yeux, elle est la principale cause et le vecteur de l'évolution vers une économie de masse³⁸⁹. L'entreprise constitue donc à la fois « le critère du droit Economique, la pierre de touche de son esprit et le révélateur de sa substance »³⁹⁰. Claude Champaud distingue trois secteurs propres au droit économique : les structures et le fonctionnement interne de l'entreprise comprenant l'élément capital et l'élément travail ; les relations inter-entreprises, englobant les rapports de concurrence et de concentration ; les relations des entreprises avec la puissance publique, intervenant au titre de gardien ou de directeur de l'économie pour réglementer la concurrence, les monopoles et abus de puissance économique, les prix, le crédit, les règles fiscales d'incitation économique, et ainsi de suite.

En réponse à la théorie de Claude Champaud, il a été observé que la notion d'entreprise était précisément réductrice du droit économique. Spécialement, l'absorption des salariés par le concept d'entreprise au titre de l'élément « travail » n'a pas convaincu dans la mesure où « le pouvoir de décision économique leur échappe à peu près totalement »³⁹¹. De fait, la division du droit en branches, parce qu'elle vise un idéal d'unité par la recherche d'une vue d'ensemble, souffre de l'univocité de son objet guère compatible avec ces droits. La définition du droit public a oscillé, avec les théories modernes, entre le critère de la puissance publique et celui du service public, postulant respectivement « la fin » ou « les moyens » du droit public. Or, il est apparu qu'en réalité chacun se complétait et le dernier critère a perdu de sa vigueur, lorsqu'il est apparu que les personnes privées étaient en mesure de prendre en charge le service public, que le service public pouvait avoir un objet industriel et commercial, être soumis aux règles privées et, enfin, relever de la compétence du juge judiciaire.

Le problème de la nature du droit commercial reste donc entier et le statut du commerçant n'apparaît ni fédérateur, ni organisateur.

76. — **Les règles dérogatoires du droit commercial : deuxième pilier.** Les règles dérogatoires applicables aux obligations commerciales constituent une particularité forte du droit commercial. Elles ont trait à la qualification dont nous avons vu qu'elle ne constitue pas un argument convaincant pour justifier la création d'un droit spécialisé. À ce stade, nous ajouterons qu'elles sont fort éparses et, qu'en l'absence de théorie générale, elles permettent seulement

³⁸⁹ V. aussi la thèse de Michel DESPAX, « L'entreprise et le droit », LGDJ, Paris, 1957.

³⁹⁰ Ibid., n° 5, p. 217.

³⁹¹ En ce sens, Antoine PIROVANO, Introduction critique au droit commercial contemporain, préc., p. 236. *Rappr.* Examinant les interactions entre « la justice économique » et « la justice du travail », Antoine JEAMMAUD, Justice et économie : et le social ?, Justices, 1995, n° 1, p. 107.

d'observer que le droit commercial comporte des « spécificités » qui, par définition³⁹², n'ont d'autres visées que téléologiques³⁹³.

Les spécificités du droit commercial. Les finalités des règles du droit commercial sont traditionnellement au nombre de deux : la sécurité et la rapidité³⁹⁴. Les transactions sont sécurisées par des mécanismes encadrant la profession et intervenant, en amont, pour informer et prévenir les transactions douteuses ou, en aval, pour régler les difficultés des entreprises. L'obligation de tenir une comptabilité ou de s'inscrire sur le registre du commerce et des sociétés illustre une volonté de transparence propice aux échanges. La présomption de solidarité renforce le crédit des commerçants. De même, s'agissant des créanciers, l'existence des procédures collectives constitue autant que possible, et dans la mesure où leurs intérêts ne sont pas sacrifiés au sauvetage de l'entreprise et au maintien de l'emploi, une sécurité car le paiement est organisé collectivement selon une discipline établie par la loi. En limitant les pouvoirs de gestion des dirigeants sociaux, on espère de surcroît redresser l'entreprise, ce qui constitue une bonne chose pour les créanciers partenaires et spécialement les fournisseurs et les distributeurs³⁹⁵. En garantissant du mieux possible le sérieux, l'honnêteté et le crédit des commerçants, ces mécanismes permettent de satisfaire la seconde exigence du commerce : la célérité. Celle-ci se traduit notamment par un formalisme allégé appuyé par la liberté des moyens de preuve.

L'absence de théorie générale. Ces règles dérogatoires sont éparpillées et ne permettent pas de forger un régime des obligations commerciales autonome par rapport au droit des obligations, sans doute parce que leur justification originelle est d'abord conçue comme téléologique³⁹⁶. Par ailleurs,

³⁹² *Infra*, n° 5, vers une spécification des savoirs ?

³⁹³ *Comp.* Christian ATIAS, *Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898 – 1947 – 1975)*, Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 29. L'auteur axe son étude sur les mérites d'une doctrine commerciale consciente de ses objectifs, attentive aux résultats pratiques de ses propositions, sûre de son influence et, au résultat, plus libre que la doctrine civiliste enfermée dans une tentation de systématisation *a priori*.

³⁹⁴ Dominique LEFEBVRE, *La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil*, RTDCom. 1976, p. 285.

³⁹⁵ *Comp.* Yves REINHARD et Jean-Pascal CHAZAL, *préc.*, n° 33, p. 28, qui observent que l'ancienne procédure de faillite traduisait un objectif de sécurité des transactions plus évident parce que plus ciblé. Selon eux, la faillite, conçue comme « une procédure d'élimination des commerçants qui ne respectent pas leurs engagements », est née de l'observation qu'une négociation rapide et peu formaliste est conditionnée par le respect scrupuleux et ponctuel des engagements commerciaux. Cette explication n'est à leurs yeux « plus satisfaisante aujourd'hui, puisque la fonction des procédures collectives est davantage de traiter que d'éliminer et puisque leur ouverture apparaît plus comme une faveur que comme une sanction ».

³⁹⁶ V. François TERRÉ, *Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité*, Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 11. L'auteur écrit « qu'une esquisse de la sociologie juridique de la commercialité atteste l'importance des rapports et des interférences : puissance significative des actes mixtes, rôle spécifiques des groupements, dépassement d'une distinction – pourtant fort révélatrice – des relations de concurrence, de coopération et de conflit..., tout cela semble propre à faciliter la compréhension du droit commercial (... et même) de l'essence du juridique, du droit et, finalement de la justice des hommes. Ce n'est

l'importance du formalisme en droit de la consommation, ainsi que dans certains domaines traditionnels du droit commercial comme la lettre de change, le contrat de vente ou de nantissement du fonds de commerce, le développement général des contrats types, la recrudescence des mentions écrites exigées par la loi ou par la jurisprudence³⁹⁷, font reculer le principe de célérité et rapprochent le droit commercial des techniques de droit civil. Dans le même temps, le droit civil se commercialise. Le droit de la preuve prend désormais en compte la dématérialisation des supports et reconnaît la valeur de la signature électronique sous certaines conditions³⁹⁸. Face au nombre croissant de prêts contractés par les particuliers, une procédure de surendettement a été créée. Elle s'apparentait au départ à une simple procédure de rééchelonnement des dettes non comparable à la subtilité des procédures collectives mais, au fil des lois, elle se complexifie et se divise en étapes allant du plan conventionnel à la procédure de rétablissement personnel, tout en prévoyant des sanctions en cas de mauvaise foi ou de fraude³⁹⁹. Le droit civil et le droit commercial se nourrissent mutuellement et ce qui apparaît au départ comme un danger ou un inconvénient pour l'autre droit peut à l'usage se révéler utile. C'est ainsi que la loi du 4 août 2008⁴⁰⁰ a ajouté une disposition à l'article L. 442-6 du Code commerce sanctionnant les déséquilibres « significatifs » entre les obligations réciproques des parties, dont la rédaction est très proche de celle de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, relatif aux clauses abusives. Aucun des deux droits ne peut donc être

pas surprenant, surtout si l'on écoute encore Claudel, "Car le commerce tient/ Une balance aussi, comme la justice" », (p. 28, nous ajoutons).

³⁹⁷ Par exemple, l'étendue de la mention écrite du montant du cautionnement a fait l'objet d'une évolution prétorienne qui montre la réticence, même passagère, de la jurisprudence à protéger différemment une catégorie de débiteurs, spécialement lorsqu'elle est considérée comme économiquement faible. Pendant un temps, la Cour de cassation a tenté de protéger l'ensemble des cautions, y compris commerciales, en exigeant que la mention manuscrite d'un cautionnement d'un montant déterminé comporte l'indication de la nature et du sort des accessoires de la dette, soit les intérêts, commission, frais et accessoires, sans que les clauses imprimées de l'acte puissent avoir pour effet d'étendre le montant de l'obligation en cas de silence (Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1983, Bull. civ., I, n° 182 ; et Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, Bull. civ., I, n° 133, Rapp. c. cass. 1988, p. 208, RTDCom. 1989, p. 103, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, RTD civ. 1989, p. 115, obs. M. BANDRAC, D. 1989, jurispr. p. 442, note I. URBAIN-PARLÉANI).

La Chambre commerciale a adopté un temps la même position (Cass. com., 28 mai 1991, Bull. civ., IV, n° 181, JCP éd. G., 1991, I.R. p. 288) avant d'abandonner purement et simplement l'obligation de faire figurer les accessoires de la dette dans la mention manuscrite (Cass. com., 16 mars 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 59).

La Chambre civile a finalement adopté la même interprétation au visa des articles 2293 et 1326 du Code civil (Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, 3 arrêts, Bull. civ. 2002, I, n° 247, 248 et 249).

V. enfin Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, n° 06-14.534, FS P+B+R+I, Dr. banc. fin., n° 3, 2008, comm. 86, et Comm. comm. élect. n° 7, 2008, comm. 97, notes É. A. CAPRIOLI ; D. 2008, jurispr. p. 1956, note I. MARIA ; JCP éd. G., 2008, II, 10081, comm. E. PUTMAN. Jugeant, au visa de l'article 1326 du Code civil, qu'un acte entièrement dactylographié, à l'exception de la seule signature manuscrite, vaut reconnaissance de dette et non simple commencement de preuve par écrit. Cependant, comme l'observe Emmanuel Putman (note préc.), il est tout à fait envisageable que cette signature ne soit qu'électronique, puisque c'est cette circonstance qui est à l'origine de la modification de l'article 1326 du Code civil prévoyant que la mention de la dette de celui qui s'oblige soit « écrite par lui-même » et non plus nécessairement « de sa main ».

³⁹⁸ Articles 1316-1 s. du Code civil issus de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

³⁹⁹ Articles L.330-1 s. du Code de la consommation.

⁴⁰⁰ Loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, art. 93.

considéré comme la matrice de l'autre mais chacun contribue à renouveler la compréhension de l'autre. L'exemple du formalisme écrit en témoigne puisqu'il est apparu, à l'aune du droit de la consommation, qu'il pouvait constituer un facteur de rapidité des transactions. Le recours aux contrats d'adhésion, aux formulaires préétablis ou aux clauses types ne favorise pas la recherche d'un équilibre des obligations, ce qui explique le développement du régime des clauses abusives, mais évite de longues négociations⁴⁰¹.

Les règles dérogatoires ou spécifiques du droit commercial ne permettent pas de fonder un savoir spécialisé dans la mesure où elles ne constituent pas une théorie générale. Elles permettent d'enrichir d'autres domaines du droit, de renouveler leur compréhension, ce qui les fait ressembler à un savoir spécialisé. Mais leur caractère épars constitue un obstacle majeur à cette reconnaissance.

77. — **Le fonds de commerce : troisième pilier.** Le fonds de commerce, institution proprement commerciale, constitue une autre particularité importante du droit commercial en raison de sa stabilité extraordinaire. Il est constitué de « l'ensemble des biens mobiliers affectés à l'exercice des activités commerciales »⁴⁰² et peut se transmettre globalement. Les éléments qui le composent forment une unité : les marchandises, l'enseigne, le savoir-faire, sont autant d'éléments nécessaires à la constitution et au développement d'une clientèle conçue à la fois comme son principal élément et son but. Les immeubles étant exclus des activités commerciales⁴⁰³, le régime du fonds de commerce est complété par des dispositions particulières en matière de bail. Le bail commercial est favorable au locataire commerçant à plusieurs titres. Il est plus souple que son homologue civil quant au choix de la destination des lieux puisque le commerçant a la possibilité d'adjoindre de son propre chef des activités connexes ou complémentaires à son activité principale, voire de modifier radicalement son activité en fonction de la conjoncture économique⁴⁰⁴. En principe, le particulier n'a pas le droit de modifier unilatéralement la destination des lieux spécialement s'il s'agit de locaux d'habitation. Par ailleurs, les modalités d'expiration du bail commercial sont très avantageuses pour le locataire commerçant puisque le bailleur n'aura d'autre choix que de renouveler le contrat pour une durée minimale de neuf ans⁴⁰⁵ ou de payer une indemnité d'éviction réparant la perte de clientèle causée par la nécessité de déplacer le fonds et comprenant la valeur marchande du fonds de commerce, les frais de déménagement et de

⁴⁰¹ En ce sens, Yves GUYON, préc., n° 11.

⁴⁰² Yves GUYON, préc., n° 643.

⁴⁰³ J.-B. BLAISE, Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité, RTDCom. 1966, p. 827.

⁴⁰⁴ Articles L145-47 s. du Code de commerce.

⁴⁰⁵ Article L145-12 du Code de commerce.

réinstallation, les frais et droits de mutation à payer pour un fonds de même valeur⁴⁰⁶. L'expression de « propriété commerciale » met en évidence l'importance des droits du locataire commerçant.

Le fonds de commerce, un mode d'organisation probant. Le fonds de commerce définit la commercialité au sens strict mieux que n'importe quel critère car sans être subjectif et se confondre avec la personne même du commerçant, il n'est pas non plus objectif et détaché de la personne du négociant puisqu'il a vocation à traduire l'état de ses activités. À cet égard, la notion de fonds de commerce dépasse la fameuse querelle entre la conception objective et la conception subjective du droit commercial, qui semble aujourd'hui s'être quelque peu épuisée. La conception subjective, ardemment défendue par Georges Ripert⁴⁰⁷, consiste à définir le droit commercial comme un droit professionnel réservé aux personnes exerçant les professions dites commerciales. Les opérations proprement commerciales seraient réservées aux commerçants, c'est-à-dire aux personnes immatriculées au registre du commerce et des sociétés. Selon la conception objective, il est nécessaire de définir le commerce avant d'envisager les caractéristiques du commerçant. Tout acte répondant aux critères intrinsèques du commerce doit être considéré comme commercial qu'il soit ou non accompli par un commerçant⁴⁰⁸. La difficulté réside dans la définition de ce critère général de l'acte de commerce⁴⁰⁹, alors que le législateur n'a opté pour aucune définition⁴¹⁰. Il se contente d'énumérer une liste d'actes de commerce dans un premier titre, avant d'envisager le commerçant dans un deuxième titre et conçu, aux termes de l'article L 121-1, comme « celui qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle ».

Le fonds de commerce, un élément insuffisamment fédérateur. Le fonds de commerce ne peut néanmoins définir le droit commercial en tant que catégorie fédératrice puisqu'il ne constitue qu'un élément de ce droit, important mais insuffisant. Il est concurrencé par la notion d'entreprise qui « perce sous la boutique »⁴¹¹, plus large et plus fédératrice. Par ailleurs, les formes sociétaires tendent à l'absorber ou à s'y substituer dans la mesure où elles présentent des intérêts non

⁴⁰⁶ Article L145-14 du Code de commerce.

⁴⁰⁷ « Traité élémentaire de droit commercial », 4^{ème} éd., t. I, avec le concours de Paul DURAND et René ROBLOT, LGDJ, Paris, 1959, n° 5 s., p. 3 s.

⁴⁰⁸ Michel PÉDAMON, « Droit commercial », 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2000, n° 45 s., p. 41 s.

⁴⁰⁹ V. La critique d'Antoine PIROVANO, Introduction critique au droit commercial contemporain, préc., p. 226 à 230.

⁴¹⁰ Denis TALLON attribue ainsi le déclin du droit commercial à son incapacité à s'asseoir sur un fondement indiscutable qu'il soit objectif, subjectif ou mixte comme en droit français. C'est pourquoi il pense que le seul moyen pour le droit commercial de conserver sa spécificité réside dans la limitation de ses ambitions en le ramenant à « quelques règles de discipline professionnelle axées sur l'entreprise ». Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial, Mél. Alfred Jauffret, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 649, spéc. p. 659 et 660.

⁴¹¹ Jean HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, APD, t. 41, 1997, p. 351.

négligeables : celui de prendre en compte les éléments immobiliers du patrimoine, celui surtout de transformer le fonds en parts sociales ce qui permet de les céder.

78. — **Les tribunaux de commerce : quatrième pilier.** Les juridictions consulaires⁴¹² constituent la dernière grande particularité du droit commercial. Considérées comme encombrantes⁴¹³, sinon résolument inutiles, elles contribuent à la pérennité du droit commercial qui, en retour, assure la stabilité de l'institution. Cependant, la juridiction spécialisée ne saurait à elle seule fonder l'existence d'un savoir spécialisé et c'est bien l'inverse qui devrait être envisagé⁴¹⁴.

L'enchevêtrement des compétences. La question de la légitimité⁴¹⁵ des tribunaux de commerce comporte ses défenseurs mais surtout ses détracteurs. Parmi les principaux arguments en faveur des juridictions consulaires, on a fait valoir que les juges élus ont naturellement plus d'autorité que les juges civils en raison de leur expérience pratique, que leur justice est moins coûteuse et plus rapide, qu'enfin, l'existence d'un recours devant les magistrats professionnels permet de réparer leurs éventuelles erreurs. Ces arguments ne justifient ni ne découlent vraiment de l'existence autonome d'un droit spécialisé mais contribuent à assurer la pérennité de ces juridictions. Pourtant, la dualité instaurée entre les juridictions civiles et commerciales comporte des inconvénients liés à l'expansion et à l'éparpillement du contentieux économique. L'exemple précité des pratiques restrictives de concurrence éclaire le débat puisqu'en dépit du caractère secondaire du statut de commerçant, la compétence des tribunaux civils ou commerciaux dépend des règles classiques d'attribution. La distorsion est patente entre l'esprit de l'action réservée aux professionnels en vue d'établir un équilibre du marché concurrentiel et les règles de compétence attributives, axées sur la dichotomie du commerçant et du particulier.

Cette distribution est d'autant moins adaptée que l'action peut avoir plusieurs objets et porter aussi sur des pratiques anti-concurrentielles ou sur des actes de concurrence déloyale. S'agissant des premières, un effort de concentration a été mené mais seulement au niveau territorial puisque depuis 2005⁴¹⁶ la compétence est réservée à huit tribunaux de commerce et de grande instance. S'agissant des secondes, le contexte du litige change dans la mesure où la concurrence déloyale est avant tout

⁴¹² Pour une rétrospective historique des tribunaux de commerce retraçant leur longue montée en puissance de la renaissance jusqu'au XIX^e siècle où va s'amorcer leur déclin, v. Romuald SZRAMKIEWICZ, *Les tribunaux de commerce, Une longue histoire dans la justice économique*, Rev. Justices, 1995, n° 1, p. 7.

⁴¹³ Michel CABRILLAC, *Vers la disparition du droit commercial ?*, op. cit., p. 336.

⁴¹⁴ V. cependant Dominique LEFEBVRE, *Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial*, Mél. Roger Percerou, Librairie Vuibert, Paris, 1993, p. 192.

⁴¹⁵ Pour l'historique de cette compétence, ainsi que les problèmes qu'elle pose, v. Yves REINHARD et Jean-Pascal CHAZAL, « Droit commercial », op. cit. n° 84 s.

⁴¹⁶ Décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005, J.O. du 31 décembre 2005, pris en application de l'article L420-7 du Code de commerce.

destinée à protéger la clientèle du défendeur⁴¹⁷. Les règles de distribution des litiges sont alors assez floues et il est nécessaire de recourir à la théorie de la commercialité par accessoire pour attribuer une compétence de principe aux tribunaux de commerce. Les exceptions, considérées comme des anomalies, font alors leur réapparition. Les défendeurs non commerçants peuvent être attirés devant la juridiction commerciale dès lors que les agissements reprochés ont « un caractère objectivement commercial » et comportent un lien direct avec la société dont ils sont les gérants⁴¹⁸. Tel est, par exemple, le cas d'actes de débauchage de salariés, de détournement de contrats et de clientèle⁴¹⁹ « en lien étroit avec la gestion de la société »⁴²⁰. Cette théorie est cependant amendée au profit du tribunal de grande instance dans l'hypothèse courante d'une connexité des comportements déloyaux et d'une contrefaçon de marque ou de brevet... De même, les conseils de prud'hommes redeviennent compétents lorsque les comportements déloyaux sont le fait d'un salarié ayant violé une obligation contractuelle comme une clause de fidélité ou de non-concurrence. Ce seul exemple montre que l'actuelle distribution des compétences entre les tribunaux gomme les visées de chaque action et aboutit à un enchevêtrement de compétences qui ne favorise ni la transparence de la justice, ni la prévisibilité des décisions. Dès lors, le découpage du droit en spécialisations apparaît contraire à l'impératif de sécurité juridique.

Le déplacement du débat vers la question de la politique économique de la justice. Il est remarquable que le débat tende aujourd'hui à se déplacer vers une analyse de la politique économique de la justice⁴²¹. La problématique liée au rôle, aux pouvoirs et à l'impact de la politique juridictionnelle sur le marché, montre que la question des tribunaux de commerce est non seulement en perte de vitesse, mais est en passe de devenir désuet. Loin d'être traités par les seuls tribunaux de commerce, les litiges économiques dépendent à la fois d'organes judiciaires internes et européens, et spécialement de la Cour de justice des communautés européennes et du Tribunal de première instance des communautés européennes⁴²². La politique est aussi largement surdéterminée par les instances de régulation comme le Conseil de la concurrence, la Commission des opérations de bourse, le Conseil des marchés financiers, par exemple, qui disposent des moyens juridiques et techniques nécessaires pour contrôler et sanctionner administrativement les comportements illicites et qui exercent une véritable « magistrature d'influence »⁴²³. La question de la professionnalisation

⁴¹⁷ Paul PIGASSOU, Les restrictions de concurrence, D. 1982, chron. XIX, p. 111, spéc., p. 113.

⁴¹⁸ Toulouse, 3 novembre 1992, JurisData n° 1992-047877.

⁴¹⁹ Paris, 27 octobre 1999, JurisData n° 1999-101126.

⁴²⁰ Paris, 10 octobre 1990, JurisData n° 1990-023759.

⁴²¹ V. la revue Justices, 1995, n° 1, num. spéc. « Justice et économie ».

⁴²² Berthold GOLDMAN, Antoine LYON-CAEN et Louis VOGEL, « Droit commercial européen », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1994, n° 57 à 61, p. 66 à 82 ; V. aussi Gérard SOULIER pour qui la CJCE est « la plus puissante institution communautaire » : Union européenne et Communauté(s) européenne(s), D. 1994, chron. p. 180.

⁴²³ V. par ex. Jacques CHEVALLIER, Les autorités administratives indépendantes et la régulation des

des tribunaux de commerce devient accessoire par rapport à celle de la refondation du contentieux dans une « magistrature économique »⁴²⁴ orientée vers une direction et une régulation du marché, équilibrant la logique judiciaire et la logique économique. Antoine Pirovano écrit à cet égard que le juge est soumis à un dilemme : « l'articulation de la rationalité juridique, qui a pour mission de procéder à une "limitation mutuelle des activités et des intérêts en présence" et de la rationalité économique qui n'est autre que la rationalité de la concurrence et de la concentration, c'est-à-dire de l'optimum économique, déterminé unilatéralement par les forces dominantes »⁴²⁵. Il s'agit en somme de protéger les intérêts particuliers sans verser dans un dirigisme paralysant pour l'activité économique tout en veillant à ne pas transformer la justice en servante d'une économie de domination⁴²⁶.

À défaut de pouvoir réunir tous les contentieux économiques en un droit commercial spécialisé, le débat se recentre peu à peu sur la volonté de dégager un nombre limité de principes directeurs qui auraient vocation à s'appliquer à tous les milieux : juridictionnel, administratif, mais aussi en entreprise. L'idée est ambitieuse dans la mesure où elle a vocation à dépasser le cadre d'un droit spécialisé fondé sur des règles et des institutions adossées à des juridictions spécialisées. Alors que certains s'interrogent sur la signification de l'essor d'une éthique des affaires qui « vise à conjurer les excès de l'individualisme du *self interest*, qui menacent l'avenir, et tend à définir un compromis entre la morale du sacrifice et l'amoralisme individualiste »⁴²⁷, d'autres⁴²⁸ se prononcent en faveur de l'émergence d'un « droit processuel économique ». L'idée paraît particulièrement ambitieuse puisqu'il s'agit ni plus ni moins de constituer un droit commun propre au droit économique dont on imagine qu'à terme, il constitue un corps de règles autonomes, « un sous-système dans le droit », selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche⁴²⁹. En réalité, il s'agit pour l'heure d'adapter les principes traditionnels de la procédure constitués autour « des notions d'action en justice, d'impartialité du tribunal, de droits de la défense, d'acte juridictionnel, de motivation de voies de recours, etc. »⁴³⁰ et d'étendre ce modèle processuel à l'entreprise. Très profitable sur le plan pratique, cette refondation n'apparaît néanmoins pas de nature à créer un droit spécialisé autonome recentré sur les activités économiques dont il apparaît au final qu'elle ne pourrait résulter que d'une

marchés, *Justices*, 1995, n° 1, p. 81. Selon lui, « L'apparition des AAI (...) marque le passage d'un "État producteur", prenant en charge le développement et assurant directement la gestion d'unités économiques, à un *État régulateur*, qui ne se substitue plus aux agents économiques mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s'efforce d'harmoniser leurs actions », (p. 85, l'auteur souligne).

⁴²⁴ Claude CHAMPAUD, L'idée d'une magistrature économique, *Justices*, 1995, n° 1, p. 61.

⁴²⁵ Justice étatique, support de l'activité économique, *préc.*, p. 18.

⁴²⁶ Alex JACQUEMIN, Le droit, serviteur de l'économie ?, *RTDCom.* 1972, p. 283 ; Didier DANET, La science juridique servante ou maîtresse de la science économique, *RID éco.* 1993, p. 5.

⁴²⁷ Bruno OPPETIT, Éthique et vie des affaires, *Mél. André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 319.

⁴²⁸ Marie-Anne FRISON-ROCHE, Vers le droit processuel économique, *Justices*, 1995, n° 1, p. 91.

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 92.

volonté politique de dépasser sur le fond les distinctions du droit civil et du droit commercial, d'une part, du droit privé et du droit public, d'autre part.

79. — Le droit commercial *stricto sensu* repose sur quelques fragiles piliers qui ne sont pas vraiment fédérateurs, ni totalement structurants parce que dépassés par l'ampleur des changements de rapports de force économiques. Néanmoins, le droit commercial a contribué et contribue probablement encore à modifier la conception des rapports patrimoniaux entre acteurs économiques, particuliers, professionnels ou représentants de l'Etat détenteurs d'une parcelle de puissance publique. De ce point de vue, il constitue bien un droit spécialisé puisque aucun savoir spécialisé n'est indépendant. Il se développe et se justifie d'abord par les interrelations entretenues avec les autres droits qui l'entourent. Paradoxalement, le principal défaut du droit commercial réside donc dans son absence d'indépendance. C'est pourquoi il est permis de se demander si l'analyse du droit en termes de savoirs spécialisés est réellement adéquate. La précédente analyse rend l'affirmative douteuse d'autant que si l'on estime que le droit commercial est réduit à une espèce, c'est principalement pour conforter le principe d'unité du droit.

§4 La réduction du droit commercial à une espèce

80. — « Lorsqu'en 1807 fut promulgué un Code de commerce, l'un des premiers commentateurs, Locré, tint à souligner qu'il ne s'agissait là que d'une "loi d'exception, destinée à régler les affaires d'une nature particulière", venant "s'enter sur le droit commun" et laissant "sous l'empire de ce droit tout ce qu'il n'excepte pas" ». C'est par cette citation que débute l'importante étude d'Antoine Pirovano consacrée à une introduction critique au droit commercial. À la suite de Locré, l'auteur s'interroge immédiatement : « Le droit commercial est-il toujours un droit d'exception et le droit civil un droit commun ? »⁴³¹.

Le droit civil ou parfois le droit des obligations, ainsi que le droit des biens sont conçus comme le droit commun du droit commercial. Ils tiennent le rôle d'une matrice recelant des principes et des méthodes aptes à combler les lacunes du droit, à permettre d'anticiper des règles dont la connaissance fait défaut et à servir de principes directeurs. La notion de droit commun est cependant source d'ambiguïtés, ce qui a pour effet d'entretenir la confusion des rapports du droit civil et du droit commercial, ce dernier étant réduit à une espèce non indexée dans la mesure où le droit commun ne constitue qu'un mirage.

⁴³¹ Antoine PIROVANO, Introduction critique au droit commercial contemporain, op. cit., p. 220.

81. — **4.1. L’ambiguïté de la notion de droit commun**

La nécessité d’une spécialisation des disciplines du droit, de même que son pendant, l’existence d’un droit commun, ont été récemment remis en cause. Ces réflexions permettent de s’interroger sur la véritable utilité du principe d’unité du droit.

82. — **4.1.1. L’analyse du concept de droit commun par François Grua**

François Grua⁴³² a fourni une importante contribution critique à la notion de droit commun en examinant le droit sous le rapport du tout et de ses parties. Pour ce faire, il a distingué la « division-séparation » de la « division-composition ». La division-séparation implique que le tout procède d’un fonds commun et se divise par essence comme l’arbre se divise en branches ou le parti politique en courants. La division-composition se différencie de la division-séparation car le tout se divise lui-même en éléments. Il est composé de l’ensemble de ces éléments ce qui implique que « le tout procède de l’union des parties » alors que, dans le cadre d’une division-séparation, « les parties procèdent à une désunion du tout »⁴³³. François Grua considère que le droit ne peut pas être comparé à un arbre composé de disciplines qui procéderaient d’un tronc commun, car « cette représentation imposante prétend saisir le phénomène juridique à la fois dans sa structure et son évolution, dans l’espace et dans le temps. Elle porte à croire que plus on descendrait dans le passé, plus l’unité du droit réapparaîtrait (...) Image forte, simple, harmonieuse, que l’esprit est invité à substituer à celle que lui renvoie l’apparence des choses : un amas de règles, informe et gigantesque »⁴³⁴. François Grua remet donc en cause le rapport à la réalité juridique reconstruite selon une vue d’ensemble idéale et se propose de le déconstruire par une analyse empirique axée sur la division-composition. Celle-ci consiste à envisager le droit selon une division à la fois par domaines et par couches.

Les divisions par domaines et la propension du droit à l’éclatement. Les divisions par domaines sont illimitées et peuvent se fonder sur divers critères comme l’objet des règles : famille, propriété industrielle, sûretés, etc. ou la fonction des règles : infliger une peine pour le droit pénal, régir les rapports d’extranéité pour le droit international privé, organiser la confrontation des parties pour le droit judiciaire privé, etc. De ce point de vue, François Grua observe que les fonctions du droit civil sont très hétéroclites. De surcroît, les divisions fondées soit sur l’objet, soit sur la fonction, se combinent, puisqu’une même fonction peut s’appliquer à des objets différents. Ainsi,

⁴³² Les divisions du droit, RTDCiv., 1992, p. 59.

⁴³³ Ibid., p. 59.

⁴³⁴ Ibid., p. 59.

s'agissant du droit judiciaire, il existe une procédure civile et une procédure pénale. François Grua en conclut que « de quelques germes de divisions, on parvient à un droit complètement éclaté dont chaque partie, à la limite, ne contient plus qu'une seule règle. Les divisions du droit finissent donc par se nier elles-mêmes »⁴³⁵. Il ajoute que cette division s'apparente à une composition et que rien ne permet d'évoquer un tronc commun et des branches, puisque si les différents domaines du droit s'entrecroisent au gré des circonstances, rien de commun ne permet de les rassembler. Il écrit que « ce qui demeure invariable, d'une discipline à l'autre, c'est la nature des sources (lois, coutumes), une certaine logique (syllogisme, dialectique) et certaines valeurs (*suum cuique tribuere*). Mais ces sources, cette logique et ces valeurs ne sont pas un tronc de règles qui produit des branches. Ce sont des ingrédients qui produisent une chimie différente suivant la matière à laquelle on les applique (filiation, concurrence, etc.) »⁴³⁶. Dans ces conditions d'arborescence sans tronc où chaque élément peut ou non se connecter aux autres, le droit s'apparente à un réseau.

Les divisions par couches et la propension du droit à l'interrelation. Les divisions par couches correspondent à la formation du droit « à des niveaux différents de généralité et d'abstraction »⁴³⁷. Alors que certaines règles sont créées spécialement pour régir un domaine particulier du droit, d'autres ne sont pas circonscrites à une matière ou à une fonction. Ainsi en va-t-il, à ses yeux, de « certaines dispositions du Code civil et surtout des principes généraux du droit »⁴³⁸. Cependant, François Grua considère que rétablir, de ce point de vue, la distinction du droit commun et des droits spéciaux est par trop schématique en raison de la très grande gradation des règles : « il n'y a pas d'un côté les règles du droit commun, de la plus grande généralité et de la plus grande abstraction possible, et d'un autre côté, des droits spéciaux pointillistes »⁴³⁹. Nous ajoutons que la séparation du général et du spécial est toujours relative puisque le général de quelque chose est toujours le spécial d'autre chose. S'agissant des principes généraux du droit, ils peuvent s'appliquer de manière si particulière que le contenu du principe devient une espèce singulière. Ainsi, le principe général selon lequel « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » se confond avec l'action de *in rem verso*. Le principe, d'abord consacré par la Cour de cassation au nom de l'équité⁴⁴⁰, puis par le Conseil d'Etat au titre d'un principe général du droit⁴⁴¹, est

⁴³⁵ Ibid., p. 60.

⁴³⁶ Ibid., p. 61. V. *infra* les réflexions critiques de Jean-Pascal Chazal sur les conséquences conceptuelles, en terme de « droit commun », déduites, par certains auteurs, de l'observation de l'alchimie différente produite par une même règle dans plusieurs domaines du droit.

⁴³⁷ Ibid., p. 61.

⁴³⁸ Ibid., p. 61.

⁴³⁹ Ibid., p. 61.

⁴⁴⁰ S'agissant de l'arrêt de principe, Cass. req., 15 juin 1892, D. 1892, 1, p. 596 ; S. 1893, 1, p. 281, note Labbé.

⁴⁴¹ CE sect. 14 avril 1961, Société Sud-Aviation, concl. Heumann, RDP, 1961, p. 655, note J. de Lanversin ; JCP 1961, II, 12255.

spécialement mis en œuvre lorsque le droit positif se révèle dans l'incapacité de sanctionner un enrichissement manifestement injuste. L'action de *in rem verso* relève du domaine particulier des quasi-contrats et est circonscrite par le principe de subsidiarité qui la gouverne. Cette action prend sens dans la confrontation au singulier et seule l'équité qui justifie la mise en œuvre de l'action d'enrichissement sans cause peut encore à ce niveau être considérée comme abstraite et générale. Mais ce n'est pas l'équité qui a valeur de principe général du droit, c'est bien la notion d'enrichissement injuste.

François Grua conclut que pour conférer une assise à la distinction, il faudrait pouvoir établir une filiation entre les règles spéciales et le droit commun composé des principes généraux du droit. Or, ces règles générales constituent plutôt « un droit de superposition » destiné à combler les lacunes et les vides laissés par les règles spécifiques en toute matière : « si le droit commun conserve un certain empire dans les domaines particuliers, quelque originaux qu'ils soient, ce n'est pas à cause d'un lien de filiation, mais pour une raison technique : le besoin de combler les vides en se raccrochant à des règles plus hautes ». Et d'en déduire que « plutôt que de tronc, le droit commun fait figure de deuxième jambe dont chaque domaine du droit a besoin pour tenir debout »⁴⁴². En effet, pour reprendre l'exemple de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, son caractère de subsidiarité maintes fois affirmé et affiné au long des espèces⁴⁴³ ne constitue rien d'autre qu'un correctif à l'absence d'action ouverte au profit de l'appauvri. L'hypothèse d'un droit commun originaire, apte à structurer un ensemble, est ainsi invalidée.

La distinction du droit commun et des droits spéciaux ne franchit pas l'épreuve d'une analyse empirique. Philosophiquement, quelles sont les implications sémantiques de ces notions ?

83. — 4.1.2. L'analyse du concept de droit commun par Jean-Pascal Chazal

Dans le prolongement de cette réflexion, Jean-Pascal Chazal⁴⁴⁴ met en lumière l'équivoque du

⁴⁴² François GRUA, Les divisions du droit, préc., p. 62.

⁴⁴³ Le principe de subsidiarité suppose de n'envisager l'application de l'action de *in rem verso* qu'en l'absence d'autre action ouverte au profit de l'appauvri, sous réserve cependant qu'un obstacle de fait ne rende pas cette action inefficace. Cass. Req., 11 septembre 1940, D.H. 1940, 150 ; S. 1941 I, 121, note P. ESMEIN ; v. aussi par ex. Cass. Civ. 1^{ère}, 14 janvier 2003, Bull. civ., I, n° 11, Defrénois, 2003, art. 376763, n° 15, obs. J.-L. AUBERT. Et concernant les obstacles de droit, v. Cass. civ., 14 mars 1995, JCP éd. G., 1995, II, 22516, p. 419, note F. ROUSSEL ; JCP éd. G., 1995, IV, 1201, 147 ; JCP éd. N., 1995, jurispr. p. 416 ; Gaz. Pal., 9 décembre 1995, 342, panor. 210 ; D. 1996, jurispr. p. 137, note V. BARABE-BOUCHARD ; D. 1996, somm. comm. p. 127, obs. E.-N. MARTINE ; Gaz. Pal., 4 avril 1997, 94-95, somm. 21 ; Defrénois, 1996, n° 7, p. 468, note J.-L. FILLETTE ; RTDCiv. 1996, n° 2, p. 215, obs. J. PATARIN ; même revue, p. 160, obs. J. MESTRE.

⁴⁴⁴ Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux, Etudes Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279.

concept de droit commun et l'artificialité de celui de droit spécial en se fondant sur une analyse historique et sémantique de ces notions. Les mutations sémantiques au cours des siècles permettent d'éclairer le rôle de la notion de droit commun qui a connu un glissement de sens important entre le XVIII^e et le XIX^e siècle. Jean-Pascal Chazal constate, qu'au Moyen-âge français, la diversité des sources du droit rendait son application incertaine et que la notion de droit commun pouvait désigner, au gré des arrière-pensées politiques, le droit des gens au sens du droit romain, le droit romain réinterprété par les romanistes, les coutumes, voire la seule coutume de Paris enrichie d'emprunts au droit romain. Le concept servait en réalité à déterminer le corps de règles applicables à un territoire donné et s'expliquait par l'absolue nécessité de combiner les sources très hétérogènes du droit. Bien plus tard, en 1804, le concept est devenu plus abstrait car les fonctions d'unification ou de complément jusque-là attribuées au droit commun sont devenues inutiles, sinon impossibles, face à un Code civil conçu comme une matrice unitaire et centralisatrice. À la question de savoir quel corps de règles appliquer sur un territoire donné s'est substituée celle de savoir comment diviser, dans un même système, le droit en matières, tout en réservant au Code civil ce statut de matrice.

Le droit commun et le mirage de l'unité. Jean-Pascal Chazal considère que ce glissement de sens est tout sauf indifférent : « Dans le premier questionnement, on est en présence de plusieurs systèmes juridiques, plus ou moins incomplets, ayant vocation à s'appliquer alternativement, concurremment ou subsidiairement sur un même territoire ; dans le second, le droit, érigé en ordre de règles centralisé, est unifié sur le territoire et les divisions correspondent à des domaines intellectuels, disciplinaires. Le droit commun, dans le premier cas, joue un rôle de complément ou d'unification (...) ; dans le second cas, il est l'affirmation d'une philosophie et d'une politique dominante aspirant à régir toutes les situations et relations juridiques, mais inadaptée à certaines d'entre elles »⁴⁴⁵. Pour Jean-Pascal Chazal, le Code civil, comme les principes généraux qu'il contient, ne sont pas seulement considérés comme un droit premier et directeur, mais comme le creuset véritable du droit dans sa totalité : « Les principes et règles communs ne sont donc plus extraits par un processus de synthèse de plusieurs droits distincts, ils sont déduits d'un droit civil imposé (...) Ce n'est alors plus un droit commun, produit de la diversité, mais un droit comme un, c'est-à-dire un droit qui cède au mirage de l'unité »⁴⁴⁶.

À partir de ces constatations, il devient évident que la propension à systématiser le droit n'est pas seulement mue par une volonté de clarté ou d'efficacité. La distinction – opposition est profondément ancrée dans la croyance en un donné qui, une fois maîtrisé par un effort

⁴⁴⁵ Ibid., p. 284.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 285.

d'abstraction, peut atteindre la forme idéale de l'unité. Le droit commun représente en quelque sorte le cercle parfait, la seule forme vraiment idéale que la pensée occidentale reconnaisse.

L'instrumentalisation des droits spéciaux. Les impasses logiques de la fonction de droit commun, attribuée à tort au droit civil, sont indéniables aux yeux de Jean-Pascal Chazal. D'un côté, le droit commun, souvent assimilé aux principes généraux du droit, déborde largement les frontières du Code jusqu'à englober tout le droit privé. D'un autre côté et par un effet miroir, la difficulté à déterminer les principes suffisamment généraux pour accéder au rang de droit commun aboutit paradoxalement à le réduire à « une peau de chagrin »⁴⁴⁷. Parallèlement pourtant, d'autres droits spéciaux prennent forme, ce qui pose la question de leur utilité. L'émergence au XXe siècle d'une revendication d'autonomie des droits spéciaux, comme le droit de la consommation, est intéressante selon Jean-Pascal Chazal, car la volonté de rupture avec le droit civil et la rivalité ainsi restaurée entre des corps de règles concurrents renouent d'une certaine manière avec l'ancienne logique du concept de droit commun⁴⁴⁸. En réalité, la notion d'autonomie des droits n'est satisfaisante à aucun point de vue et au contraire permet de rendre compte de l'artificialité du concept de droit spécial. Entre autres arguments, l'auteur fait valoir que même lorsque la notion d'autonomie est définie dans un sens modéré, c'est-à-dire qu'elle n'est « ni assimilée à un vase clos et étanche », « ni déduite d'une simple particularité »⁴⁴⁹, mais qu'elle est conçue à travers le prisme des manifestations d'indépendance du droit spécial, elle reste sujette à caution. L'indépendance des droits spéciaux s'apprécie, selon l'auteur, « en fonction de son objet et de sa logique intrinsèque »⁴⁵⁰. De ce point de vue, le droit spécial ne se coupe pas mais, au contraire, se réfère au droit commun tout en se l'appropriant soit que les principes généraux ou les méthodes de raisonnement empruntés conduisent à des inexactitudes, soit qu'ils ne correspondent pas exactement aux buts recherchés. Jean-Pascal Chazal écrit ainsi que « ce qui distingue l'autonomie de la dépendance ou de l'assujettissement, ce n'est pas tant la référence à des règles externes que le caractère volontaire, ou au contraire forcé, de ce renvoi (...) La meilleure preuve que le droit de la consommation ne se soumet pas au droit civil réside dans les règles et les solutions contraires au droit commun qu'il adopte lorsque la protection des consommateurs l'exige »⁴⁵¹. Jean-Pascal Chazal objecte néanmoins à cette conception tempérée de l'autonomie que le même phénomène se produit au sein du droit commun des contrats, puisque la jurisprudence sollicite le même principe, comme par exemple l'article 1134 du Code civil, pour satisfaire des logiques et des intérêts qui varient d'un type de contrat à l'autre et dans le temps. L'auteur explique donc ces velléités d'autonomie par la nature

⁴⁴⁷ Ibid., p. 286.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 287.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 291.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 292.

⁴⁵¹ Ibid., p. 292.

même de la science juridique qui résiste à la méthode purement déductive et qui conduit à considérer les lois comme « des guides pour le juge dans la recherche de la solution juste à un cas concret »⁴⁵².

La construction « d'un système a-centré et non hiérarchisé ». Après avoir examiné divers critères permettant en vain d'individualiser les droits spéciaux par rapport au droit commun, Jean-Pascal Chazal considère que l'argument tiré de l'autonomie constitue un moyen d'instrumentaliser les droits spéciaux en permettant de justifier la création d'une règle spéciale, d'une juridiction d'exception, voire d'une discipline universitaire, sans nécessairement recourir à des considérations fortes : l'autonomie est présentée comme un fait, un donné. Elle va de soi. Très critique envers le cloisonnement des disciplines qu'engendre l'image de l'arbre, l'auteur considère qu'il serait plus juste et plus utile de privilégier « la complexité des relations multiples et multidirectionnelles entre les disciplines juridiques »⁴⁵³. Jean-Pascal Chazal pense qu'en dépit de son caractère métaphorique comparable à celui de l'arbre, la figure végétale du rhizome, définie « comme le réseau de tiges ou de canaux hétérogènes aux multiples connexions produisant un système a-centré et non hiérarchique »⁴⁵⁴ contribuerait à mettre en lumière l'influence réciproque des disciplines.

Un tel système devrait nécessairement abandonner toute velléité à l'unité et à la non-contradiction. En fait, il ne s'agirait pas d'un système proprement dit, mais de véritables savoirs spécialisés dont nous avons vu que leur condition essentielle réside dans l'analyse des interrelations qui seules sont véritablement utiles à la réalisation du droit. Ce faisant, et puisque le savoir général ne reçoit aucune définition satisfaisante, ces savoirs spécialisés consisteraient en une recherche empirique des rapports qui commandent des ensembles de règles non figés, prenant sens dans un contexte d'application. Les divisions par domaines et par couches construites par François Grua constituent, de ce point de vue, une bonne piste d'étude. Il s'agit de rechercher des séries d'index au sein du droit, qui ne se départissent pas de l'idée d'une interprétation faisant sens.

84. — **4.2. Le principe de l'unité sous-jacent à la division du droit en branches spécialisées**

Voir le droit commercial comme un moyen de rassembler des domaines disparates du droit, de le rendre cohérent et ainsi plus harmonieux et efficace induit l'idée que le droit privé, même s'il n'est pas unitaire, s'inscrit au minimum dans un processus d'unification grâce à la complémentarité

⁴⁵² Ibid., p. 294.

⁴⁵³ Ibid., p. 307.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 307, (l'auteur cite G. Deleuze et F. Guattari, « Rhizome », 1976).

antagoniste de ses catégories. Selon Jean-Pierre Marty⁴⁵⁵ la problématique sous-jacente à la distinction du droit civil et du droit commercial a pourtant fait l'objet d'une évolution notable marquée par deux périodes. La première, axée sur le problème de l'articulation du droit civil et du droit commercial, aurait débuté à la fin du XIX^e siècle et pris fin au sortir de la deuxième guerre mondiale. Selon l'auteur, seules des nuances relatives aux influences réciproques, au rapprochement ou au maintien de l'autonomie auraient alors opposé les auteurs. La seconde s'en serait différenciée en interrogeant les raisons mêmes de la spécificité du droit commercial et de son inaptitude à rapprocher les diverses activités économiques en dépit des réalités économiques. Elle aurait, dès lors, naturellement débouché à la construction de nouvelles notions comme celle d'entreprise. Dès lors, la perspective classique privilégiée au XIX^e siècle aurait appréhendé le droit commercial comme un droit dérogatoire au droit commun, alors que la perspective moderne du XX^e siècle aurait plutôt consisté à rechercher soit l'autonomie du droit commercial notamment par l'affirmation de sa suprématie, soit plus radicalement la fusion des deux branches⁴⁵⁶.

Quelle que soit la vision privilégiée, l'unité réelle ou l'unification recherchée du droit détermine en priorité les auteurs car elle constitue une garantie apparemment légitime de cohérence et de prévisibilité du droit. Toute la question est de savoir si cette unification ne comporte pas une part d'artificialité et si elle ne constitue pas un obstacle à d'autres formes de raisonnement axées sur les interactions. De ce point de vue, les variantes dans la manière d'appréhender l'articulation du droit civil et du droit commercial ne sont pas fondamentales. Même lorsque la distinction du droit civil et du droit commercial est remaniée, voire dépassée par la notion de droit professionnel ou celle d'entreprise, le rapport antagoniste opposant le spécialisé au commun demeure au fondement de la démarche. Dans cette optique, l'invocation de « l'esprit du droit privé » est significative⁴⁵⁷ car ce n'est plus d'unification qu'il s'agit mais bien d'unité du droit privé. Fervent partisan de la fusion du droit civil et du droit commercial, Simon Frédéricq⁴⁵⁸ s'appuie, par exemple, sur l'exemple hollandais et prône « l'élimination des taudis juridiques », c'est-à-dire « l'adoption dans chaque matière où une règle différente était appliquée en droit civil et en droit commercial, de la solution la

⁴⁵⁵ Jean-Pierre MARTY, *La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine*, op. cit., p. 681.

⁴⁵⁶ V. la perspective historique de Yves REINHARD et Jean-Pascal CHAZAL, « Droit commercial », op. cit., n° 28, p. 23 à 25.

⁴⁵⁷ V. les remarques critiques de Léon DUGUIT : « On dit souvent : l'esprit qui doit présider à l'étude du droit public n'est pas le même que celui qui doit inspirer l'étude du droit privé. En vérité, je ne comprends pas ce que cela veut dire. Je croyais que l'esprit qu'on doit apporter à l'étude du droit, c'est l'esprit de justice » (...) « Ce qui importe c'est qu'on reconnaisse que tous les actes juridiques, qu'ils émanent des gouvernants, de leurs agents ou de simples particuliers, ont le même caractère, parce qu'ils émanent toujours d'une volonté humaine et que l'effet de droit qui leur est consécutif est une création du droit objectif ». « *Traité de droit constitutionnel* », 3^{ème} éd., t. I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Paris, 1927, § 64, p. 686 et § 65, p. 697.

⁴⁵⁸ L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique, op. cit., p. 205.

plus satisfaisante en pratique »⁴⁵⁹. C'est affirmer que la systématisation apparaît comme une garantie fondamentale du droit. Cette démarche semble pourtant vouée à une certaine artificialité car elle conduit à voir les distinctions juridiques comme un facteur systémique de théorie générale et, dans ce prolongement, à identifier la théorie générale à des valeurs de cohérence et d'unité du droit.

85. — **Les distinctions facteurs systémiques d'une théorie générale.** Les vertus d'une théorie générale comme celle des obligations ne sont pas niables. Celle-ci se traduit essentiellement par des distinctions comme, par exemple, celle de la dette et du pouvoir de contrainte, de l'obligation civile et de l'obligation naturelle, de l'acte et du fait juridique ou encore des obligations de faire, de ne pas faire et de donner. Certains groupes de contrats⁴⁶⁰, le crédit-bail ou l'affacturage fonctionnent relativement bien grâce à la théorie générale. Dans le cas des groupes de contrats et du crédit-bail, le débiteur a intérêt à mettre directement en relation l'utilisateur et le fabricant en cas de difficulté dans l'exécution, ce qui permet d'approfondir le sens de l'effet relatif. De même, l'affacturage consiste à transférer la charge et les risques du recouvrement de créances à un *factor*, ce qui implique le double mécanisme de la subrogation et la création d'un compte courant entre le *factor* et le fournisseur. Ce deuxième contrat valide la subrogation qui doit intervenir simultanément au paiement, dans la mesure où l'entrée en compte du montant de la facture équivaut à un paiement et permet au *factor* de se voir concéder une subrogation. Comme observé précédemment⁴⁶¹, la théorie générale sert de deuxième jambe aux disciplines spécialisées en permettant à l'interprétation de combler des vides, des lacunes. La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure le principe d'une théorie générale est surdéterminé dans son importance et se transforme en logique systémique. À notre sens, confondre la distinction avec la classification comporte un tel risque.

Selon Thierry Tauran⁴⁶², chaque branche du droit comporterait des distinctions qui seraient le reflet de sa spécificité. Elles seraient, par voie de conséquence, susceptibles de donner naissance à « une théorie générale » spécifique à chaque branche que, dans l'esprit de l'auteur, les juristes auraient avantage à construire. Cette thèse n'implique pas un, mais des droits communs, bien que l'auteur fasse référence au droit civil comme source commune du droit privé⁴⁶³. Il y aurait donc un droit commun, représenté par le droit civil et faisant office de savoir général du droit privé et un

⁴⁵⁹ Ibid., n° 7, p. 208.

⁴⁶⁰ Bernard TEYSSIÉ, « Les groupes de contrats », th. Montpellier, LGDJ, Paris, 1975.

⁴⁶¹ *Supra*, les développements de François Grua.

⁴⁶² Les distinctions en droit commercial, petit. aff. 12 septembre 2000, n° 182, p. 5. V. aussi Les distinctions en droit civil, petit. aff. 7 avril 2000, n° 70, p. 5 ; Les distinctions en droit pénal, petit. aff. 25 juillet 2000, n° 147, p. 10 ; Les distinctions en droit privé, RRJ 2000-2, p. 489.

⁴⁶³ « Le droit commercial a toujours été opposé au droit civil dans la mesure où il désigne un droit "d'exception", alors que le droit civil constitue selon la doctrine "le droit commun" du droit privé », Thierry TAURAN, Les distinctions en droit commercial, op. cit., p. 6.

droit commun propre à chaque branche du droit, le droit des obligations constituant de toute évidence le droit commun du droit civil. Pourtant, il n'est ni évident que le droit des obligations constitue le droit commun de la procédure civile par exemple, ni certain qu'en retour la procédure civile permette de renouveler la conception des contrats, de la responsabilité délictuelle ou du paiement, conformément aux attributs de tout savoir spécialisé. De même, se pose la question du droit commun du droit commercial surtout si ce dernier inclut des domaines ayant des velléités d'indépendance comme la propriété industrielle, la propriété intellectuelle, le droit boursier, le droit des assurances ou le droit bancaire pour n'en citer que quelques uns.

Thierry Tauran écrit « qu'il n'existe aucune théorie générale des distinctions en vigueur dans des branches comme le droit civil, le droit pénal ou le droit social. Il faudra du temps pour parvenir à élaborer de telles constructions théoriques compte tenu notamment du nombre considérable de distinctions à analyser »⁴⁶⁴. L'auteur semble intégrer toutes les distinctions sans discrimination, ce qui signifie que, dans son esprit, toute distinction serait vecteur d'une théorie générale unificatrice et serait de nature à valider le statut de chaque branche du droit. Une telle assertion n'est pourtant pas évidente et il serait loisible d'envisager que certains groupes de règles dévoilent et approfondissent le sens d'autres groupes de règles sans que le tout s'insère forcément dans une logique d'ensemble. Il est en outre à craindre que l'ensemble des distinctions réunies manque de lisibilité puisque le sens d'un concept ne se détermine pas uniquement à l'échelle de la catégorie mais aussi au niveau de son interprétation avec les faits. Or, ce qui prend sens dans le singulier ne justifie pas automatiquement une généralisation de l'interprétation au niveau de la branche toute entière laquelle est toujours appréhendée dans une logique d'opposition. À cet égard, il est remarquable qu'à partir des exigences de sécurité et de célérité du droit commercial, il soit traditionnellement admis que le droit civil dans son entier est marqué par un certain conservatisme à l'opposé du modernisme progressiste du droit commercial⁴⁶⁵. Rien ne démontre que les catégories et les notions n'évoluent pas indépendamment de la branche du droit auxquelles elles appartiennent car, pour qu'il y ait un lien de dépendance, il faudrait démontrer que toutes ont une essence commune. Or, partir du postulat de l'existence d'une théorie générale propre à chaque branche, mais dissimulée et en attente d'une systématisation, équivaut à introduire les prémisses du raisonnement dans la conclusion. Les branches du droit sont assimilées à un donné et constituent le

⁴⁶⁴ Les distinctions en droit commercial, op. cit., p. 5.

⁴⁶⁵ S'agissant par exemple du « droit des affaires », du « droit économique » ou du « droit professionnel » pourtant susceptibles de remettre en cause la distinction traditionnelle, Thierry Tauran considère qu'il s'agit d'un « renouvellement des distinctions en droit commercial » en « conséquence des évolutions qui se sont produites dans le monde des affaires », Les distinctions en droit commercial, op. cit., p. 9 et 11. Selon Thierry Tauran, la spécificité du droit commercial réside dans l'indispensable prise en compte « de l'évolution rapide que nécessite la vie des affaires, de la nécessaire souplesse des transactions commerciales, et des garanties que les commerçants doivent se ménager », le droit civil se caractérisant, à ses yeux, par « une certaine stabilité des distinctions », Ibid., p. 5.

postulat de départ de l'existence de savoirs spécialisés alors que ces derniers devraient logiquement en être le point d'aboutissement.

Pour tenter d'expliquer pourquoi le droit civil est systématiquement assuré d'une stabilité de ses distinctions alors que le droit commercial est censé être plus évolutif, nous allons tenter d'exposer une hypothèse avec force précaution. Cette évidence souvent partagée pourrait, selon nous, être liée au rapport que l'Homme entretient avec son patrimoine. Il est très significatif que, dans leur entreprise de conceptualisation, Aubry et Rau aient fait du patrimoine un prolongement de la personne : « axé sur la personne humaine, qui est une et indivisible, le patrimoine a logiquement le même caractère »⁴⁶⁶. La personne humaine évolue dans le temps, comme son patrimoine se modifie et se transforme, mais l'une et l'autre possèdent une même caractéristique d'indivisibilité qui se traduit par « l'état indivisible des personnes »⁴⁶⁷, très proche de ce point de vue du caractère « d'universalité » du patrimoine. Si l'on admet qu'un lien indéfectible rattache la personne à son patrimoine, ce qui culturellement concrétise ce lien, ce ne sont pas les éléments mobiliers du patrimoine qui, comme leur nom l'indiquent, sont par nature mobiles, volatiles. Ce qui ancre la personne dans la réalité, c'est d'abord l'immeuble et son prolongement dans le patrimoine. Les personnes s'identifient à un lieu, à un espace qui ensemble confèrent juridiquement cet élément essentiel de son état qu'est la nationalité. Au niveau de chaque individu, ce lieu ou cette identité se traduisent par l'immeuble et spécialement la terre et le logis. Or, depuis la célèbre formule de Portalis⁴⁶⁸ qui rattache le droit civil aux immeubles et le droit commercial aux richesses mobilières, le droit civil est considéré à tort comme le véritable droit de la personne et de son miroir, l'immeuble. C'est à cet égard que la valeur symbolique de l'Homme et de la terre pourrait être gravée dans la pierre depuis 1789 : l'Homme est un propriétaire terrien et sa propriété est sacrée, il est un être digne, ce qui signifie que tous les Hommes sont égaux en droits et que les distinctions sont l'exception : elles doivent être fondées sur l'utilité commune. Partant de ce constat historique, notre hypothèse est donc que le droit civil est ancré dans l'inconscient collectif à ce qui est conçu comme stable, alors que le droit commercial est indexé à la culture comme si les activités

⁴⁶⁶ Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, « Droit civil français », t. IX, 6^e éd., refondue par Paul ESMEIN, Librairies Techniques, Paris, 1953, p. 310, § 575. A leurs yeux, le patrimoine constitue une émanation de la personnalité : « Le patrimoine est l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire une masse de biens qui, de nature et d'origines diverses, et matériellement séparés, ne sont réunis par la pensée qu'en considération du fait qu'ils appartiennent à une même personne. L'idée de patrimoine est le corollaire de l'idée de personnalité », *ibid.*, p. 305 et 306, § 573.

⁴⁶⁷ V. par ex. Henri ROLAND et Laurent BOYER, « Introduction au droit », Litec, Paris, 2003, n° 1160, p. 402 : « En dépit de la multiplicité de ses aspects (national, familial, social), l'état est indivisible, en ce sens que ces éléments composants *n'ont pas d'individualité et se fusionnent en un tout absolument indissociable* », (nous soulignons).

⁴⁶⁸ « La distinction des immeubles et des richesses mobilières nous donne l'idée des choses purement civiles et des choses commerciales. Les richesses mobilières sont le partage du commerce ; les immeubles sont particulièrement du ressort de la loi civile », « Discours préliminaire au premier projet de Code civil », collection *voix de la Cité*, éd. confluences, Paris, 1999, p. 50. V. *supra*, tit. I, chap. 1, n° 11.

marchandes étaient une pure création qui ne constituaient pas de manière fondamentale l'Homme socioculturel. Il est d'ailleurs remarquable que les termes de « commerçant », de « négociant » ou encore de « marchand » désignent tous une action par le suffixe « ant ». Les autres métiers : juriste, médecin, professeur, pâtissier, etc. ne sont pas des actions et se définissent tous comme des statuts. De là à dire que le métier de commerçant est conçu comme une activité sociale inapte à définir le statut de l'Homme qui l'exerce, il n'y a qu'un pas que nous serions enclins à franchir. De fait, le terme de « boutiquier » est péjoratif.

Tout ceci relève d'une construction et, en réalité, aucune raison ne justifie la stabilité *a priori* des distinctions en droit civil. Thierry Tauran illustre l'évolution du droit commercial par le recul de la distinction du commerçant et du non commerçant. Celle-ci a été relativisée à l'occasion de l'apparition de catégories intermédiaires comme celles des agriculteurs ou des membres de professions libérales soumises aux mêmes règles que les commerçants en matière de sociétés. Malgré cette indiscutable réalité, un tel phénomène se produit de manière au moins aussi fréquente en droit civil où, par exemple, le statut matrimonial ne peut plus être opposé au non matrimonial en raison des catégories intermédiaires du PACS ou du concubinage soumises en certains domaines à des règles identiques à celles des personnes mariées.

Il est exact que certaines distinctions se démarquent par leur pérennité. L'adage « Ce qui est temporaire quand on agit est perpétuel quand on se défend » en constitue une bonne illustration. La vigueur du principe est largement favorisée par l'opposition marquée dont il procède, propice à la pensée antinomique et donc à l'interprétation, encore que cet adage ait été vidé d'une grande partie de sa portée par la jurisprudence⁴⁶⁹ qui refuse de l'appliquer aux contrats partiellement exécutés. Cet exemple n'est cependant pas représentatif et même lorsqu'une distinction semble *a priori* bien établie, qu'elle procède apparemment d'une vision d'ensemble, le point de vue adopté varie sensiblement selon l'intérêt protégé. En témoignent les décisions qui, en matière contractuelle, font primer la sauvegarde de l'entreprise en redressement judiciaire sur le devoir de loyauté lors de la formation des contrats, la réticence dolosive n'étant, selon la jurisprudence, pas constituée dans le cas où l'entreprise n'informe pas son cocontractant de sa situation⁴⁷⁰. Dans la même logique, la portée de l'obligation de bonne foi est fortement atténuée dans la mesure où, par exception,

⁴⁶⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1998, *époux Maggiani c. Crédit lyonnais*, Bull. civ. I, n° 338, JCP éd. G., 1999, I, 171, n° 3, obs. Muriel FABRE-MAGNAN. V. *cepend.* s'agissant de l'exception de nullité invoquée par la caution, à laquelle l'exécution du contrat principal de prêt ne peut être opposée, Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, FS P+B, Dr. banc. fin. 2007, n° 1, comm. 8, obs. D. LEGAIS et comm. 10, obs. A. CERLES.

⁴⁷⁰ Cass. com., 24 septembre 2003, *inéd.*, RTDCiv. 2004, p. 86, obs. J. MESTRE et B. FARGES ; RDC 2004, p. 260, obs. D. MAZEAUD.

l'acheteur n'est pas contraint d'informer le vendeur du prix réel de la chose⁴⁷¹. Il est dès lors légitime de s'interroger sur l'opportunité de rechercher un ou plusieurs droits communs à partir de distinctions dont la signification est par essence plurielle et qui n'ont pas vocation à aboutir à une théorie générale. Cette dernière a dans cette perspective vraisemblablement pour mission de concrétiser l'unité du droit.

86. — **La théorie générale identifiée à des valeurs de cohérence et d'unité du droit.** La théorie générale des obligations semble déterminante pour trouver les moyens d'améliorer l'efficacité du droit commercial tout en conservant l'esprit de justice du droit civil qui, dans l'idéal, réalise un équilibre entre la liberté du consentement et l'égalité des armes des contractants. L'idée est de traiter avec justice et égalité tous les contractants y compris les professionnels soumis en toutes circonstances aux principes généraux du droit civil comme la bonne foi, l'obligation de négociation ou même de renégociation. Selon Michel Cabrillac⁴⁷², les lacunes de la distinction du droit civil et du droit commercial sont essentiellement dues aux insuffisances de la théorie générale des contrats face aux créations récentes de la pratique commerciale. L'auteur constate que « certains des contrats récents sont de véritables "produits nouveaux" dont le contenu, généralement simple, n'emprunte pas à des moules préexistants »⁴⁷³. Et de citer la convention d'hébergement dans un café d'un appareil automatique à musique, « irréductible à la location ou au dépôt », les contrats ressortissant de procédés nouveaux pour arriver à des résultats connus comme « la convention passée entre une entreprise et des démonstratrices "home party" », les contrats enfin constituant « des applications nouvelles de procédés connus, tel le contrat de communication Know-How »⁴⁷⁴ portant sur le secret de fabrication en matière industrielle. Cette démarche tendrait *a priori* à démontrer que le droit commercial constitue bien un savoir spécialisé puisqu'il ne retrancherait rien au droit civil mais l'utiliserait comme un savoir général de base destiné à atteindre certaines

⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Arrêt Baldus*, Bull. civ., I, n° 131 ; D. 2002, somm. p. 928, obs. O. TOURNAFOND ; JCP 2000, I, 272, n° 1, obs. G. LOISEAU ; JCP 2001, II, 10510, note Ch. JAMIN ; JCP E. 2001, p. 1578, note P. CHAUVEL ; Defrénois 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 1114, obs. Ph. DELEBECQUE ; cont. conc. cons. 2000, n° 140, note L. LEVENEUR ; petit. aff. 5 décembre 2000, note B. FROMION-HÉBRAD ; RTDCiv. 2000, p. 566, obs. J. MESTRE et B. FARGES. V. *cepend.* Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, Bull. civ., III, n° 108, D. 1992, somm. p. 196, obs. G. PAISANT ; RTDCiv. 1992, p. 81, obs. J. MESTRE (réticence à informer le vendeur d'un terrain du déclenchement de la révision du plan d'occupation des sols, de nature à conférer une plus-value au bien vendu) et Cass. com., 27 février 1996, Bull. civ., IV, n° 65 ; R. p. 312 ; JCP, 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; D. 1996, p. 518, note Ph. MALAURIE ; *ibid.* p. 591, note J. GHESTIN ; D. 1996, somm. p. 342, obs. J.-C. HALLOUIN ; Defrénois 1996, p. 1205, note Y. DAGORNE-LABBE ; RTDCiv. 1997, p. 114, obs. J. MESTRE ; petit. aff. 17 février 1997, note D.R. MARTIN (non révélation au cédant, par le président d'une société, d'informations privilégiées relatives à la cession d'actions non cotées). Dans le même sens, v. Cass. civ. 3^{ème}, 17 janvier 2007, FS P+B, JCP éd. G., 2007, II, 10042, obs. Ch. JAMIN, D. 2007, p. 1051, note D. MAZEAUD, et p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK (réticence de l'acquéreur, marchand de biens, sur le bien vendu).

⁴⁷² Michel CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mél. Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235.

⁴⁷³ *Ibid.*, n° 3, p. 236.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

finalités propres à la vie des affaires. Aux dires de Michel Cabrillac, ces créations « amènent à reconnaître l'existence de nombreux contrats *sui generis* qui vivent de la seule sève de la théorie générale à l'abri des réglementations parcellaires et étouffantes ».

Pourtant, à l'instar d'autres auteurs⁴⁷⁵, Michel Cabrillac pense que la théorie générale du contrat connaît une « crise » car « véhicule de l'innovation commerciale, la théorie générale ne répond qu'imparfaitement à l'interpellation de la pratique qui met en cause les deux pierres angulaires sur lesquelles elle repose : la liberté contractuelle et l'effet relatif »⁴⁷⁶. Cette observation montre que la théorie générale⁴⁷⁷ repose avant tout sur des notions qui, *a minima*, constituent bien une source du droit commercial mais qui, une fois définies et appliquées aux situations pratiques, varient dans leur sens et leur étendue et rendent leur statut de théorie générale douteux. Pour preuve, Michel Cabrillac écrit de manière assez subjective que la liberté contractuelle constitue avant tout un moyen d'oppression du plus fort et que le besoin de sécurité peut la rendre inacceptable : « menacée de l'extérieur par les exigences de l'ordre public économique, elle l'est toujours de l'intérieur par ses propres démons »⁴⁷⁸. Il est effectivement des déséquilibres inhérents à certaines formes de contrats ou de clauses types qui se sont traduits par une intervention législative et prétorienne croissante. Le démarchage⁴⁷⁹ illustre le phénomène de codification de pratiques internes ou alors venues d'outre-atlantique. De même, les clauses pénales font, au terme des articles 1152 et 1231 du Code civil, l'objet d'un pouvoir de révision du juge d'ordre public⁴⁸⁰. L'exemple du cautionnement peut aussi être utilement cité car, outre l'ordonnance codificatrice de 2006⁴⁸¹, ce domaine a subi un nombre record de codifications législatives sans grande cohérence, visant des catégories particulières de cautions⁴⁸² plutôt que la sûreté personnelle dans sa globalité⁴⁸³. Cependant, il est

⁴⁷⁵ Par ex. Philippe MALAURIE, droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, JCP éd. G., 2000, I, p. 246. Comp. Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, « Les obligations », 2^{ème} éd., t. II, vol. 1, Sirey, Paris, 1988, n° 53 : « Il est permis de penser que la crise du contrat a été souvent exagérée et qu'en particulier le recul du contrat sur certains terrains est compensé sur d'autres par la naissance et le développement de types nouveaux de contrats (...) Il est donc probable que, quel que soit l'avenir de nos institutions politiques et sociales, le contrat survivra, quitte à se transformer pour s'adapter ».

⁴⁷⁶ Ibid., n° 4, p. 237.

⁴⁷⁷ V. Éric SAVAUX, « La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? », th. Angers, LGDJ, Paris, 1997. L'auteur distingue le droit commun, qui rassemble les règles positives applicables à toutes les conventions, de la théorie générale, définie comme une œuvre de science du droit prenant le contrat pour objet d'étude. L'auteur insiste sur la nécessité de ne pas confondre les vues sur le droit et le droit lui-même et dénonce « une tendance irrésistible de la science du droit, qui livre la définition, à projeter ses créations et ses vues dans les normes produites par les sources institutionnelles du droit », (n° 95, p. 71).

⁴⁷⁸ Ibid., n° 5, p. 237.

⁴⁷⁹ Articles L 121-21 s. du Code de la consommation et articles L 341-1 s. du Code monétaire et financier.

⁴⁸⁰ Lois n° 75-597 du 9 juillet 1975 et n° 85-1097 du 11 octobre 1985.

⁴⁸¹ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, art. 2288 s. du Code civil.

⁴⁸² On compte pêle-mêle la loi du 1^{er} mars 1984 instituant une obligation d'information à la charge des établissements de crédit et prohibant la renonciation au bénéfice de cession d'actions, la loi du 23 juin 1989 étendant au cautionnement des opérations de crédit les dispositions protectrices de la loi du 10 janvier 1978,

permis de se demander si la protection de la partie la plus faible constitue l'unique enjeu de ces réformes ou bien si elles ne visent pas aussi à long terme à favoriser une négociation indispensable à la circulation des biens et aux échanges économiques. L'encadrement ou les mesures incitatives à la négociation sont profitables à tout le monde et c'est bien le but des conventions que d'assurer une circulation des biens. Pourquoi sinon consacrer d'autres instruments de gestion comme la fiducie⁴⁸⁴ dont on a pu dire qu'elle remettait en cause la notion même de patrimoine ?

La réglementation n'est pas nécessairement antinomique de la liberté contractuelle. La théorie générale quant à elle dépend étroitement des conceptions du contrat, mais aussi des contrats, variables selon leur domaine d'application. Dans cette perspective, la théorie générale peut être considérée comme nécessaire mais elle n'est pas une garantie fondamentale d'unité et de cohérence puisqu'elle dépend pour beaucoup du contenu donné aux principes qui la composent⁴⁸⁵. Lorsque Michel Cabrillac propose de combattre les clauses « léonines » par la promotion de l'idée « que l'incident dans l'exécution ou l'existence d'un contrat ne doit pas procurer à l'une des parties une situation plus favorable que l'exécution normale »⁴⁸⁶, cela revient en réalité non seulement à généraliser le pouvoir de révision des juges, mais aussi à l'augmenter de manière non négligeable. S'agissant par exemple de la clause pénale, il ne revient pas au même de la réviser en raison de son caractère « manifestement excessif », que de calculer (sur quelles bases ?) le bénéfice qu'aurait « normalement » retiré le créancier en cas d'exécution, alors que le débiteur de cette clause a tout de même commis une faute, notion précise qui peut difficilement être traitée comme n'importe quel

la loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, la loi du 11 février 1994, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, la loi du 21 juillet 1994 soumettant le cautionnement en matière de bail d'habitation à un formalisme rigoureux sanctionné par la nullité, la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, la loi du 25 juin 1999, renforçant la sanction du défaut d'information annuelle, la loi du 1er août 2003 de sécurité financière, étendant à toute caution personne physique plusieurs dispositions jusque-là réservées aux cautions en matière de crédit à la consommation.

⁴⁸³ Jacques TERRAY, *Le cautionnement, une institution en danger*, JCP éd. G., 1987, I, 3295 ; Philippe SIMLER, *Les solutions de substitution au cautionnement*, JCP éd. G., 1990, I, 3427.

⁴⁸⁴ Articles 2011 s. du Code civil, introduits par la loi 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. V. par ex., Madeleine CANTIN CUMYN, *L'avant-projet de la loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique*, D. 1992, chron. p. 117 ; Christian LARROUMET, *Loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques*, D. 2007, p. 1350 ; Frédéric DOUET, *Présentation de la loi instituant la fiducie*, dr. fam., 2007, n° 6, étude 26 ; Jean-Pierre LE GALL, *De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale*, JCP éd. E., 2007, p. 2058 ; Pierre SERVAN-SCHREIBER, *La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? Comparatif fiducie-Stitching*, JCP éd. E., 2007, p. 2055 ; Alain CERLES, *La fiducie, nouvelle reine des sûretés ?*, rev. dr. banc. fin., 2007, n° 5, étude 18. V. la réforme issue de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, Reinhard DAMMANN et Gilles PODEUR, *Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, D. 2008, chron. p. 2300.

⁴⁸⁵ V. Éric SAVAUX, op. cit., n° 420 s., p. 288 s., qui considère que, même dans sa dimension de science appliquée, la théorie générale demeure avant tout un instrument de connaissance du contrat et, plus largement, du phénomène contractuel, lequel ne se conçoit qu'à partir des « outils mentaux » forgés par la doctrine, (n° 459, p. 311).

⁴⁸⁶ Ibid., n° 18, p. 247.

« incident d'exécution ». La théorie générale permet de repenser les logiques installées dans une discipline du droit. À ce titre, Michel Cabrillac explique fort bien que, grâce au droit commercial, les juristes ont pu prendre conscience des limites de la notion d'effet relatif. Conçu comme « un tête-à-tête contractuel », l'effet relatif est selon lui mis à mal pour la raison que « l'une des constantes de la vie commerciale est de ressentir le besoin de liens d'obligations multilatéraux (...) La pratique est ainsi amenée à éluder les contraintes de l'effet relatif par des combinaisons ingénieuses mais dont la complication, la validité parfois douteuse et les conséquences souvent incertaines sont la rançon »⁴⁸⁷ (...) « La théorie classique a traité le contrat comme un continent superbement isolé alors qu'il peut n'être que l'île d'un archipel animé d'une vie collective »⁴⁸⁸. Il s'agit ici non de rechercher une unité mais de raisonner au cas par cas selon une logique contextuelle. C'est essentiellement sur ce plan qu'apparaissent les limites de la théorie générale.

87. — **Les faiblesses de la division du droit en savoirs spécialisés.** Les développements précédents permettent de dresser le bilan des limites du droit appréhendé sous forme de droits spécialisés. Comme l'explique François Terré⁴⁸⁹, pour comprendre et relativiser les branches du droit, il est nécessaire de distinguer « les ordres (ou corps) de règles » du caractère impératif ou non des règles, puisque « les deux perspectives ne coïncident aucunement ». Il est possible d'affirmer que, dans la perspective de la contrainte, l'opposition des branches est nulle car inexistante, mais que dans la perspective d'une problématique particulière, les notions théorisées comme la notion de bonne foi ou de négociation, par exemple, en font partie intégrante⁴⁹⁰. Les *summae divisiones* sont valides en tant qu'hypothèses savantes utilisées pour cerner une problématique. Elles en font partie intégrante mais cela n'implique pas qu'elles soient déterminantes dans leurs lignes directrices ou dans leur résolution. De ce point de vue, la faiblesse de la pensée systémique organisée autour d'un savoir général et de savoirs spécialisés est double. Elle est à la fois méthodologique et matérielle.

Méthodologiquement, le concept de savoirs spécialisés conduit à un enfermement de la pensée puisqu'il est impossible de raisonner autrement qu'en termes d'unité du droit. Or, l'unité suppose par définition une différenciation ordonnée. Elle n'a de sens que dans la distinction, toutes choses étant par ailleurs soit égales, soit hiérarchisées. Le savoir fondé sur la distinction du général et du spécialisé se coupe des autres formes de réalisation du droit, spécialement analogiques et antinomiques, et se prive ainsi d'un potentiel créatif du droit qui peut se nicher dans les cas les plus anecdotiques. En témoigne l'exemple de la donation de biens à venir entre époux durant le mariage

⁴⁸⁷ Ibid., n° 6, p. 237.

⁴⁸⁸ Ibid., n° 19, p. 248.

⁴⁸⁹ « Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 1991, n° 81 à 94, spéc. n° 91, p. 71 et 72.

⁴⁹⁰ V. dans la perspective du droit public, du droit privé, de l'intérêt général et particulier, Dominique BUREAU, La réglementation de l'économie, APD, t. 41, 1997, p. 317, spéc., p. 319.

dont le régime a fait débat au moment de la publication de la loi portant réforme du divorce⁴⁹¹. La loi du 26 mai 2004 a abrogé la libre révocation des donations de biens présents pendant le mariage et posé le principe de la révocation des donations de biens à venir⁴⁹², mais n'a pas prévu de droit transitoire. Certains auteurs⁴⁹³ ont estimé que les donations antérieures au 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi, restaient soumises à la loi ancienne en raison du caractère contractuel de la donation. Dans leur esprit, le droit des libéralités devait s'appliquer, ainsi que la nécessaire prévisibilité contractuelle justifiant habituellement la survie de la loi ancienne. D'autres⁴⁹⁴, moins nombreux, ont argumenté en faveur de l'effet immédiat de la loi nouvelle en contestant le caractère contractuel des dispositions régissant la révocation des donations entre époux. Ils ont fait valoir⁴⁹⁵ que le mariage constitue un statut légal et que rien, en conséquence, ne justifie que l'on applique la méthode dérogatoire de résolution des conflits de lois réservée aux contrats. La loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, a finalement tranché en faveur de la révocation des donations de biens à venir quelle que soit la date à laquelle elles ont été consenties⁴⁹⁶ et, s'agissant des donations de biens présents, a opté pour la première solution⁴⁹⁷. Cela indique que les institutions, dès lors qu'elles sont indexées à un domaine du droit, sont susceptibles de plusieurs interprétations également valables et qu'un raisonnement ne peut être centré sur un savoir spécialisé sans s'amputer d'une part de réflexion. La révocabilité des donations constituait une exception au droit des libéralités et elle était, dans le même temps, le principe dans le contexte particulier du divorce. Comme l'avait depuis longtemps observé le doyen Carbonnier, la nature de la donation revêt un caractère particulier puisqu'elle est un contrat qui, par son caractère de révocabilité, la fait ressembler au testament⁴⁹⁸. Indexée au mariage, elle prend aussi ses caractères. La crainte d'une captation par un époux des biens de l'autre, qui pouvait expliquer le principe de la libre révocation

⁴⁹¹ Loi n° 2004-426 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁴⁹² Stéphane PIEDELIÈVRE, L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004, D. 2004, chron. p. 2512.

⁴⁹³ Virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Gracieuse LACOSTE, Les dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004 sur le divorce, dr. fam., 2005, études 1, p. 8 ; Jean HAUSER et Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?, Defrénois, 2005, art. 38115, p. 357 ; Daniel VIGNEAU, Donations entre époux : quel droit ?, D. 2005, point de vue, p. 980 ; Christelle RIEUBERNET, Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, Petit. aff. 21 juillet 2004, n° 145, p. 10 ; François SAUVAGE, Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux, Defrénois, 2004, art. 38038, p. 1425 ; Jérôme CASEY, Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille, RJPF, 2004, n° 10, p. 6.

⁴⁹⁴ Bernard BEIGNIER et Marc NICOD, Donations entre époux : d'un droit à l'autre, Defrénois, 2005, art. 38104, p. 265.

⁴⁹⁵ Donations entre époux : d'un droit à l'autre, préc. p. 267.

⁴⁹⁶ V. Jérôme CASEY, Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles données ? À propos de la loi du 23 juin 2006, dr. fam. 2006, n° 11, étude 49.

⁴⁹⁷ Loi n° 2006-728, art. 47 III : « les donations de biens présents faites entre époux avant le 1er janvier 2005 demeurent révocables dans les conditions prévues par l'article 1096 du Code civil dans sa rédaction antérieure à cette date. Ces dispositions présentent un caractère interprétatif pour l'application de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce ».

⁴⁹⁸ « Droit civil », vol. 1, 1^{ère} éd., PUF, Quadrige, Paris, 2004, n° 156, p. 301.

des biens présents⁴⁹⁹, n'est désormais plus de mise, le régime des donations ayant évolué dans le sillage de l'institution matrimoniale et successorale. Par ailleurs, les donations de biens présents conservent leur particularisme puisque la loi prévoit expressément des causes légales de révocation⁵⁰⁰ et exclut⁵⁰¹ la révocation par la survenance d'enfants contrairement aux prévisions de l'article 960 du Code civil.

Sur le fond, la faiblesse des concepts de « savoir général » et de « savoirs spécialisés » constitue le revers de sa force, c'est-à-dire de sa volonté de donner un sens global et systémique à toutes les différenciations qui s'opèrent au sein du droit. Il n'est pas niable que les règles du droit constituent des ensembles qui interagissent. Certains mécanismes du droit des obligations comme la représentation, la subrogation ou la cession de créances sont absolument nécessaires à la compréhension du droit commercial et à son développement. Cependant, une règle peut n'entrer dans aucune logique particulière d'ordonnancement. Elle est de fait rattachée à un domaine du droit en raison de son objet mais ne contribue en rien à le particulariser et n'aura pas d'aptitude à s'insérer dans un système apte à renouveler la conception d'un autre savoir. En fait, il se pourrait que cela concerne la majorité des règles du corpus juridique. La faiblesse de la conception du droit fondée sur le savoir général et les savoirs spécialisés réside dans la croyance erronée en des ensembles logiques et cohérents portés par des règles dont la signification particulière joue un rôle second sur le plan du système unitaire. Le risque consiste à surdéterminer le sens de règles particulières en se référant à un système de pensée qui devrait, en tant que tel, être traité comme une vision partielle, temporaire et parfois mutilante du droit.

Ce constat conduit à s'interroger sur la possibilité de recourir à des savoirs spécifiques, c'est-à-dire axés sur la finalité immédiate des règles de droit.

§5 Vers une spécification des savoirs ?

88. — Envisager une spécificité plutôt qu'une spécialisation signifie que l'on envisage le sens particulier de plusieurs ensembles de règles les uns par rapport aux autres sans chercher à reconnaître ou à aboutir à une unité du droit. Après avoir brièvement exposé ce qu'il faut entendre par spécification, nous nous demanderons si elle constitue une véritable alternative à la spécialisation du droit.

⁴⁹⁹ Stéphane PIEDELIÈVRE, op. cit., p. 2512.

⁵⁰⁰ Articles 953 à 958 du Code civil (inexécution des charges et ingratitude du donataire).

⁵⁰¹ Article 1096 al. 3 du Code civil.

89. — **5.1. Définition de la spécification**

Contrairement aux savoirs spécialisés, les savoirs spécifiques ne dérivent pas d'un tronc commun. Il n'y a pas spécialisation en fonction « de » mais spécification « car ». L'optique est téléologique.

L'avantage de la notion de spécifique réside dans son caractère pragmatique. Elle n'est pas surdéterminée par l'idée d'un tout composé d'une matrice centrale prolongée par des branches spécialisées. L'établissement de corrélations entre ensembles n'est cependant pas exclu puisqu'il est possible d'établir des rapports entre des solutions sans nécessairement tirer des conséquences sur le plan systémique. L'analyse d'un même domaine diffère d'une manière essentielle selon qu'il est envisagé comme spécialisé ou spécifique. Dans le premier cas, les règles et les ensembles visent à maintenir ou à tenter de rétablir une unité du droit dont on pense qu'elle constitue la condition *a priori* d'une bonne cohérence des régimes et, en conséquence, de leur équité. Dans le second cas, cet objectif d'égalité dans le traitement de situations identiques ou pareilles, et corrélativement de différenciation des situations différentes, n'a pas disparu, mais sa réalisation découle d'une approche plutôt externe, d'un regard éloigné. Il ne s'agit pas de parer un pragmatisme échevelé des atours de la vertu, mais de reconnaître la nécessité de dépasser les clivages traditionnels enserrés dans la vision disjonctive de l'unité et d'admettre que certaines notions considérées comme hybrides - parce que spécifiques – enrichissent le droit même si elles n'entrent pas dans les canons de dichotomies préétablies. Selon nous, la prise en considération des rapports antinomiques à laquelle s'ajouterait une dose de pragmatisme contribuerait à relativiser le principe de l'unité du droit tel qu'il est actuellement conçu.

Pour reprendre l'exemple précédemment évoqué des *class action*, celles-ci seraient en mesure de réaliser un véritable dépassement des distinctions fondées sur la logique du droit civil et du droit commercial, d'une part, du droit public et du droit privé, d'autre part. En matière de pratiques restrictives de concurrence, il paraît périlleux d'avoir privatisé l'action publique en confiant la défense d'intérêts individuels à l'Etat. Véritable compromis et non dépassement du droit privé et du droit public, cette action démontre la pauvreté de l'opposition brutale des deux pôles du droit incarnés par des idéaux : l'égalité et la liberté individuelles d'un côté, l'intérêt général, l'ordre et le service publics, de l'autre. Il ne s'agit pas de transiger avec le principe « nul ne plaide par procureur », mais d'admettre qu'il existe des intérêts collectifs qui dépassent les intérêts individuels sans pour autant se confondre avec l'intérêt général. Dans cette perspective, seules les associations apparaissent à même de les représenter d'autant que leur action pourrait être renforcée dans

plusieurs domaines comme le marché concurrentiel des professionnels, le marché de la consommation ou encore la défense de l'environnement⁵⁰².

La spécification permet de sortir de la distinction - opposition à laquelle conduit irrémédiablement le raisonnement fondé sur l'alternative des savoirs généraux et spécialisés. Elle ne constitue pas une alternative à la spécialisation, mais peut être regardée comme une condition préalable.

90. — **5.2. La spécification, une condition préalable à la spécialisation**

La spécification est pragmatique en ce sens qu'elle utilise la logique de branches comme un simple paramètre destiné à résoudre une problématique particulière. Cette logique permet de trouver une solution juste, ce en quoi elle peut être regardée comme un correctif utile. Cependant, il ne faut pas entendre par « juste » une valeur ultime et idéale. Il s'agit seulement de gérer une injustice réelle ou ressentie en spécifiant les intérêts immédiats en jeu dans un contexte particulier. Deux exemples permettront d'éclairer ce propos, l'un issu du droit du travail et relatif aux contrats dits de nouvelles embauches, l'autre issu du droit patrimonial et relatif à l'image des biens.

91. — **Les contrats « nouvelles embauches » et la spécification d'une catégorie de travailleurs contraire à l'égalité.** Le législateur a été récemment contraint d'abroger⁵⁰³ les dispositions relatives aux contrats nouvelles embauches, en conclusion d'un long parcours judiciaire au cours duquel les deux ordres de juridictions ont adopté des interprétations diamétralement opposées. La Cour de cassation a accueilli une exception d'inconventionnalité relativement à la validité des contrats nouvelles embauches, alors que le Conseil d'État avait auparavant rejeté une telle argumentation. La Chambre sociale⁵⁰⁴ a constaté l'incompatibilité des contrats nouvelles embauches avec les dispositions directement applicables de la Convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail. Elle a estimé que ce type de contrat ne satisfaisait pas aux exigences de ladite Convention « en ce qu'il écarte les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, et prive le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture ». Malgré des réserves d'interprétation,

⁵⁰² V. François OST, Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé, in « Public/Privé », *œuv. coll.* sous la dir. de Jacques Chevallier, CURAPP, PUF, Paris, 1995, p. 97.

⁵⁰³ Article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 janvier 2008 portant modernisation du marché du travail, JCP éd. S. 24 juin 2008, numéro spécial.

⁵⁰⁴ Cass. soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, F-P+B+R+I. *Précéd.*, Paris, 18^{ème} ch., 6 juillet 2007, JurisData n° 2007-336602, Europe, 2007, n° 8, alerte n° 57, obs. D. SIMON.

le Conseil d'État⁵⁰⁵ avait quant à lui estimé que les contrats nouvelles embauches ne dérogeaient pas à la Convention internationale de l'OIT, ni à la Charte sociale européenne dans la mesure où les salariés conservaient le droit de recourir au juge pour contester leur licenciement abusif ou intervenu en méconnaissance des procédures disciplinaires et des dispositions prohibant les mesures discriminatoires. La juridiction administrative a considéré que la période d'essai de deux ans pouvait être regardée comme raisonnable eu égard au but poursuivi par la loi édictée pour favoriser l'embauche et de la nature indéterminée du contrat litigieux.

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont donc tour à tour procédé à un contrôle de proportionnalité de la loi avec les principes internes et internationaux de droit du travail en se référant de ce point de vue à la logique d'une branche. Par ailleurs, la solution a été déterminée par l'interprétation des dérogations prévues par la Convention internationale de l'OIT, supposant la mise en œuvre de principes généraux du droit comme les droits de la défense, la notion de délai raisonnable et celle de discrimination. Aux termes des articles 2, §2, b. et 2, § 5. de la Convention, il est prévu qu'un pays membre peut exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines des dispositions de la Convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable, ainsi que d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature, pour autant qu'il soit nécessaire. Pour rejeter le grief tiré de la méconnaissance des droits de la défense du salarié, le Conseil d'État avait observé que, dans le cadre de la procédure disciplinaire, l'employeur reste tenu de respecter une procédure contradictoire. Ce faisant, il a assimilé les droits de la défense au principe du contradictoire, ce qui est réducteur dans la mesure où la motivation du licenciement en constitue un aspect non négligeable. Forte de cette conception de la procédure civile, la Cour de cassation n'a pas suivi sur ce point le raisonnement du Conseil d'État. De même, en cantonnant le respect du contradictoire aux seules procédures disciplinaires au motif « qu'il ne résulte pas de ce principe qu'une telle procédure devrait être respectée par l'employeur dans les autres cas de licenciements fondés sur des motifs inhérents à la personne du salarié », le Conseil d'État a choisi une interprétation qui ne va pas de soi. Le principe du contradictoire dépasse largement le cadre des contrats de travail et même les limites du procès pour « innover, de proche en proche, l'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des conflits (...) et,

⁵⁰⁵ CE, 19 octobre 2005, CGT &a., JurisData n° 2005-069074, JCP éd. S. 2005, p. 1317, concl. comm. gouv. Ch. DEVYS, note R. VATINET. *Rappr.*, CE, 23 novembre 2005, CGT &a., JurisData n° 286440, JCP éd. S., 2005, p. 1403, comm. B. GAURIAU. V. aussi, donnant compétence aux autorités judiciaires pour juger de la conventionnalité des lois, T. confl., 19 mars 2007, n° 3622, Samzun, JurisData n° 2007-329075, D. SIMON, Séparation des autorités administratives et judiciaires et primauté : le pouvoir de contrôle de conventionnalité du juge judiciaire menacé ?, Europe, 2006, alerte n° 47 ; JCP éd. S., 2006, p. 1876, comm. P. MORVAN.

plus généralement encore, la vie des institutions dans leur fonctionnement disciplinaire, ou non »⁵⁰⁶. La Cour de cassation revient à une solution orthodoxe en estimant que rien ne justifie que les salariés soumis au contrat litigieux ne bénéficient pas des droits reconnus par la Convention alors surtout que « la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui ne vise pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise qui les emploie, ne distingue pas selon les fonctions pour lesquelles ils ont été engagés ». Elle refuse ainsi de déduire de la seule création d'un contrat particulier celle d'une catégorie particulière de travailleurs, ce qui d'une certaine façon constitue l'exacte application de la doctrine du Conseil d'État selon laquelle « seule une différence de situation justifie une différence de traitement »⁵⁰⁷.

Il peut être tiré plusieurs enseignements de cet exemple. La logique des branches est présente dans le raisonnement juridique et n'a donc pas seulement qu'une valeur pédagogique. Elle constitue un paramètre des problématiques. Soucieux de respecter la séparation des pouvoirs, l'ordre administratif restreint son contrôle lorsqu'il examine la légalité des lois, ce qui constitue sa mission originelle. Il prend acte du but que le législateur a entendu poursuivre en évitant autant que possible de porter un jugement de valeur et procède à un examen de proportionnalité des mesures dérogatoires de la loi par rapport à ce but. Dans cette perspective, la logique de branches constitue un paramètre parmi d'autres, mais ne permet aucunement de l'élever au rang de principe. Comme l'a observé le Commissaire du gouvernement dans ses conclusions⁵⁰⁸ « à mesure que le droit du travail se publicise, le rôle du Conseil d'État s'accroît dans son élaboration et son application (...) En même temps, la présente affaire montrera à quel point, lorsque vous êtes amenés à trancher de telles questions, la prise en compte de la jurisprudence judiciaire doit être présente, voire dominante, dans vos analyses, sauf à risquer des divergences d'interprétation des textes entre les deux ordres de juridiction ». Dans cette affaire, les hautes juridictions se sont référées aux mêmes principes contractuels et de procédure civile pour rejeter ou constater la violation de la Convention de l'OIT, sans parvenir à la même interprétation. Le principe même du raisonnement logico-déductif est ainsi invalidé. La légitimité ou non des différenciations qui s'opèrent dans le traitement des situations repose sur la spécification d'une catégorie de travailleurs et celle-ci est purement contextuelle. D'un côté, il a été considéré que le but de la loi justifiait la discrimination de droits à partir du moment où celle-ci était pondérée par des garanties de recours. D'un autre côté, il a été jugé que la loi conduisait à discriminer une catégorie de travailleurs *a posteriori*, c'est-à-dire au

⁵⁰⁶ Loïc CADIET, Dictionnaire de la culture juridique, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy-PUF, Paris, 2003, v° Contradictoire.

⁵⁰⁷ V. Le Rapport public du Conseil d'Etat, 1996, « Sur le principe d'égalité », La documentation française, Paris, 1997, p. 19 à 114, spéc. p. 41.

⁵⁰⁸ op. cit.

moment de l'embauche du fait même de l'existence du contrat litigieux, ce qui rompait l'égalité entre salariés de manière injustifiée.

Les catégories formelles antérieures aux catégories réelles. Cet exemple étaye l'idée que la spécialisation n'a *in fine* de sens que dans la spécification qui l'englobe et que ce n'est pas l'inverse qui se produit. Le contrat de travail est bien plus qu'une catégorie rigide et, de ce point de vue, il paraît intéressant de renverser les perspectives traditionnelles. François Gény a introduit une distinction devenue célèbre entre les catégories réelles et les catégories formelles. Les premières sont celles « dont les contours se tirent des éléments intrinsèques des situations reconnues, de telle sorte que celles-ci se trouvent juridiquement spécifiées par certains traits de fond, les distinguant, les mettant à part des autres circonstances, pour leur attacher la sanction, positive et efficace, de la contrainte »⁵⁰⁹. Les catégories formelles sont motivées par un but, un besoin, un intérêt particulier. Elles ne tirent leur utilité que des circonstances d'espèce et sont « toujours rigides de contours et de reliefs »⁵¹⁰. Selon François Gény, « le contrat » est la catégorie réelle par excellence et se distingue « des contrats » dits spéciaux, constitutifs de catégories formelles. Du point de vue de la référence, la catégorie réelle est en bonne logique antérieure à la catégorie formelle : le contrat contient des principes généraux relatifs à l'objet, à la cause ou au consentement qui déterminent formellement la validité de la catégorie réelle, représentée par le contrat de travail par exemple. Mais du point de vue du sens⁵¹¹, cette hiérarchie est beaucoup moins évidente. La validité contextuelle approfondit la validité formelle. Elle est dite contextuelle car elle n'est pas que matérielle dans la mesure où elle s'appuie sur des principes comme l'égalité et qu'elle est guidée par un impératif de prévisibilité juridique.

La spécification est précieuse lorsqu'elle permet de dépasser l'appréhension du droit en savoirs spécialisés. Néanmoins, il arrive que le pragmatisme prévale et s'ancre à nouveau dans une logique de branches qui s'accompagne irrémédiablement de statuts. Confrontée à des intérêts divergents dans une situation conflictuelle qui requiert l'urgence d'une décision, les juges tranchent parfois au risque de modifier le sens profond et non statutaire de certaines notions.

92. — **L'image des biens et la spécification d'intérêts sans indexation à la notion de propriété.** L'exemple fameux du traitement de l'image des choses corporelles permet d'éclairer une distorsion entre la validité formelle et la validité contextuelle. Il a donné lieu à un vif débat doctrinal

⁵⁰⁹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif. Elaboration technique du droit positif », t. 3, Sirey, Paris, 1921, n° 207, p. 123.

⁵¹⁰ François GENY, « Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique », t. 1, LGDJ, Paris, 1932, n° 77, p. 173.

⁵¹¹ Sur la distinction du sens et de la référence, v. la deuxième partie de cette thèse, tit. I, chap. I.

pour l'heure conclu par une décision rendue en assemblée plénière le 7 mai 2004⁵¹². Il s'agissait dans ces affaires de déterminer l'étendue du pouvoir du propriétaire relativement à l'exploitation de l'image de son bien. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait estimé que le propriétaire possédait un droit exclusif d'exploitation de son bien, sous peine de porter atteinte à son droit de jouissance⁵¹³. Les termes très généraux de la décision laissent augurer une application large du droit de propriété sur l'image, l'article 544 du Code civil permettant de s'opposer à une exploitation « sous quelque forme que ce soit » ce qui incluait essentiellement les photographies⁵¹⁴ mais aussi les reproductions picturales.

Deux thèses se sont affrontées, principalement défendues l'une par les spécialistes du droit des biens et l'autre par ceux du droit de la propriété intellectuelle. Les premiers ont fait valoir que l'image constitue la matière de l'immeuble. Elle est la corporéité du bien et séparer l'image du bien constituerait un artifice discutable. Selon cette conception, l'image entre dans le pouvoir exclusif du propriétaire sur sa chose⁵¹⁵. Les seconds ont rétorqué que cette solution n'est pas conciliable avec le droit d'auteur puisque, dans l'hypothèse où le bien est une œuvre de l'esprit, l'auteur qui souhaite exploiter son œuvre se trouve dans une situation de concurrence avec le propriétaire récalcitrant. La proposition de faire prévaloir la législation spéciale, autrement dit le droit de la propriété intellectuelle, sur le droit général n'a pas emporté la conviction, en dépit de l'idée selon laquelle cette jurisprudence porterait atteinte à la liberté d'expression, à la liberté du commerce et de

⁵¹² Cass. ass. plé., 7 mai 2004, Bull. civ. n° 10 ; R. p. 201 et 344 ; BICC, 15 juillet 2004, rapp. COLLOMP, concl. J. SAINTE-ROSE ; D. 2004, p. 1545 (1445), note J-M BRUGUIERE et E. DREYER ; D. 2004, p. 1459, note Ch. ATIAS ; D. 2004, jurispr. p. 2406, obs N. REBOUL-MAUPIN ; JCP éd. G., 2004, II, 10085 et JCP éd. E., 2004, 1021, notes Ch. CARON ; JCP éd. G. 2004, I, 147, n° 12, obs. E. TRICOIRE ; *ibid.*, I, 163, n° 24, obs. G. VINEY ; *ibid.*, I, 171, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET ; Cah. dr. entrepr. 2004, n° 6, doctr. p. 7, obs. B. ROMAN ; Defrénois, 2004, 1554, note S. PIEDELIEVRE et A. TENENBAUM ; *comm. com. électr.*, 2004, étude 35, p. 22, obs. F. SIIRIAINEN ; Dr. et patr., juill.-août 2004, p. 34, étude Th. REVET ; RTDCiv. 2004, p. 528, obs. Th. REVET ; petit. aff. 10 janvier 2005, n° 6, p. 8, note J. SAINTE-ROSE ; Petit. aff. 7 juillet 2005, n° 134, p. 19, note K. SAHLI ; Gaz. Pal. 17 avril 2005, p. 51, note L. TELLIER-LONIEWSKY et F. REVEL DE LAMBERT. Confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 5 juillet 2005, *comm. com. électr.*, 2005, n° 10, *comm.* 148, Ch. CARON ; Gaz. Pal. 16 octobre 2005, p. 14, note B. ROMAN ; Gaz. Pal., 16 octobre 2005, p. 14, note B. DAUSSY-ROMAN ; Gaz. Pal., 24 novembre 2006, p. 20, note V. STAEFFEN ; Gaz. Pal., 31 mai-1^{er} juin 2006, jurispr. p. 20, note H. VRAY.

⁵¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, « *Café Gondrée* », JCP éd. G., 1999, II, 10078, note P.-Y. GAUTIER ; N. MALLET-POUJOL et J-M. BRUGUIERE, Quand la Cour de cassation abuse du droit de propriété sur l'immatériel, Dr. et Patrimoine, n° 300, 13 juill. 1999 ; Ch. CARON, Les virtualités dangereuses du droit de propriété, Defrénois, 1999, p. 897 ; JCP éd. E., 1999, p. 819, note M. SERNA ; D. 1999, jurispr. p. 319, note E. AGOSTINI ; RIDA, 1999, p. 149, note M. CORNU ; D. 1999, *somm.* p. 247, obs. S. DURRANDE ; RTDCom. 1999, p. 397, obs. A. FRANÇON ; RTDCiv. 1999, p. 859, obs. F. ZENATI-CASTAING ; J. RAVANAS, L'image d'un bien saisi par le droit, D. 2000, *chron.* p. 19.

⁵¹⁴ A condition que l'image de la chose ne soit pas reproduite à titre accessoire : Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2000, Bull. civ., I, n° 24 ; D. 2000, I.R., p. 61 ; petit. aff. 24 novembre 2000, n° 235, p. 13, note Th. LE BARS ; *com. comm. électr.*, 2000, *comm.* n° 30, p. 19, note Ch. CARON ; Gaz. Pal., 26 octobre 2000, p. 33, note S. BENIOLEL-CLAUX ; JCP éd. G. 2001, II, 10554, note A. TENENBAUM ; RTDCiv. 2001, p. 618, obs. Th. REVET.

⁵¹⁵ Frédéric ZENATI-CASTAING, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTDCiv. 1993, p. 317.

l'industrie et, surtout, au domaine public. Il apparaît en effet paradoxal d'accorder aux créateurs un monopole provisoire sur leurs œuvres en arguant du domaine public pour finalement interdire toute exploitation en raison du monopole perpétuel du propriétaire.

L'opposition des deux pôles apparaît irréductible si l'on persévère dans la voie consistant à mettre les deux droits sur un même plan. En réalité, ils sont d'une nature différente puisque dans un cas c'est l'exercice même du droit de propriété qui est en cause et non un droit autonome sur l'image de la chose. Dans l'autre, c'est l'exploitation de l'œuvre ou de l'image en tant qu'œuvre constitutive d'un bien à part entière et susceptible de faire l'objet d'une propriété intellectuelle, qui fait l'objet d'une protection. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une véritable œuvre, hypothèse somme toute assez marginale. Pour justifier l'exploitation de l'image d'une chose sans l'autorisation du propriétaire, il a été envisagé de traiter différemment la forme et la matière, c'est-à-dire de considérer que le droit de propriété qui porte sur la matière de la chose ne peut être invoqué pour faire échec à l'exploitation de sa forme dès lors que celle-ci fait l'objet d'un droit d'auteur indépendant. Néanmoins, comme l'observe Emmanuel Dreyer⁵¹⁶, le droit du propriétaire est autre que celui du tiers qui réalise une image : il est antérieur et « c'est le droit sur la chose qui lui permet d'en contrôler l'usage et d'en percevoir les fruits ». Dissocier la forme de la matière revient donc à contourner la question fondamentale : le droit de propriété permet-il de faire échec à l'exploitation de l'image d'un bien et, si oui, dans quelles limites ?

Dès 2001⁵¹⁷, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles le propriétaire pouvait s'opposer à la reproduction de l'image de son bien. S'inspirant des nombreuses propositions doctrinales qui ont suivi l'arrêt dit du *Café Gondrée*, elle a considéré que le propriétaire devait démontrer en quoi la reproduction d'une photographie par les titulaires du droit incorporel de son auteur portait « un trouble certain à son droit d'usage ou de jouissance ». La Cour de cassation a donc entériné certaines nuances de bon sens interdisant, par exemple, au propriétaire de s'opposer à ce que des badauds, des touristes, des peintres ou des journalistes reproduisent une façade d'immeuble. En l'absence d'intrusion sur une propriété ou d'atteinte à la vie privée⁵¹⁸, le propriétaire se rendrait coupable d'un abus. Cette proposition était déjà contenue dans les conclusions rendues ensuite de l'affaire du Café Gondrée : « l'utilisation de l'image à des fins

⁵¹⁶ Image des choses, J-Cl. Communication, fasc. 3760, 2006, n° 19.

⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, Bull. civ., I, n° 114 ; R. p. 419 ; D. 2001, jurispr. p. 1973, note J.-P. GRIDEL ; JCP éd. G. 2001, II, 10553, note Ch. CARON ; JCP éd. E., 2001, p. 1386, note M. SERNA ; Defrénois 2002, art. 37497, p. 329, note S. PIEDELIÈVRE ; petit. aff. 21 juin 2001, note C. CHARBONNEAU ; ibid. 20 juillet 2001, note E. DERIEUX ; ibid. 22 août 2001, note J.-M. BRUGUIERE ; Gaz. Pal. 2001, p. 778, note F.-J. PANSIER ; ibid. somm. p. 2079, obs. H. VRAY et alii ; RD. imm., 2001, p. 358, M. BRUSCHI ; Légipresse 2001, n° 183, III, p. 115, note G. LOISEAU ; RTDCiv. 2001, p. 618, obs. Th. REVET.

⁵¹⁸ V. Frédéric ZENATI-CASTAING, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, op. cit., p. 862.

purement artistiques, culturelles ou d'information du public, dans le cadre de la liberté d'expression et de communication, ne nécessite pas l'autorisation du propriétaire qui abuserait de son droit en y mettant obstacle »⁵¹⁹. Pourtant, la preuve d'un « trouble certain » va au-delà du simple abus d'usage ou de jouissance. De fait, cette preuve interdit au propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image d'une chose lorsque l'auteur ne perçoit pas de bénéfice direct et lors même qu'elle revêtirait un caractère promotionnel. La distinction entre l'exploitation directe et indirecte de l'image d'une chose a suscité des réserves⁵²⁰ puisqu'il est douteux qu'un ensemble patrimonial, une curiosité architecturale, un panorama avantageux ne profitent pas aux sociétés commerciales qui les reproduisent - en toute innocence - sur un dépliant publicitaire. Par ailleurs, l'exigence d'un trouble certain porté à l'usage ou à la jouissance restreint considérablement les possibilités d'action du propriétaire qui n'agit plus en défense de son droit de propriété, mais des utilités concrètes de ce droit qu'il est en quelque sorte mis en demeure d'exercer. L'usage de la chose doit être troublé au point que l'utilisation de son image mette en cause la sécurité, la tranquillité des propriétaires, ce qui n'est pas évident à démontrer tant du point de vue matériel que causal⁵²¹. Le trouble porté à la jouissance du propriétaire revient quant à lui à exiger de la part du propriétaire la preuve d'une concurrence rivale, d'une exploitation commerciale de l'image de son bien.

Cette jurisprudence pose donc la question de la conception du droit de propriété et marque un tournant en reléguant l'image du bien parmi les attributs du droit de propriété, discutables dans leur propension à définir le droit de propriété. La Cour de cassation a paru revenir sur cette position au détour d'une décision rendue par la deuxième Chambre civile le 5 juin 2003 précisant qu'« abstraction faite du motif, erroné mais surabondant, selon lequel "le droit à l'image" serait un attribut du droit de propriété (...) »⁵²². Dans cette affaire, la société défenderesse avait publié la photographie d'une résidence accompagnée du nom de ses habitants célèbres, à des fins publicitaires, et avait été condamnée sur le fondement de l'article 9 du Code civil en violation de l'intimité de la vie privée. En dépit du caractère surabondant de la motivation, la deuxième Chambre civile a entendu rappeler que parler de « droit à l'image » d'une chose est impropre car il ne constitue pas un droit subjectif indépendant du droit de propriété lui-même. Elle a ainsi réaffirmé la compétence exclusive du législateur en matière de création de droits réels et le *numerus clausus*

⁵¹⁹ Concl. Jerry SAINTE-ROSE, préc., p. 319.

⁵²⁰ Emmanuel DREYER, préc., n° 40 ; V.-L. BENABOU, La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, Dr. et patr., 3/2001, p. 84. *Contra*, Christophe CARON, obs. sous Paris, 31 mars 2000, comm. com. électr. 2000, comm. n° 52.

⁵²¹ TGI Clermont-Ferrand, 23 janvier 2002, D. 2002, jurispr. p. 1226, note J.-M. BRUGUIERE.

⁵²² Cass. civ. 2^{ème}, 5 juin 2003, Bull. civ., II, n° 175, D. 2003, jurispr. p. 2461, note E. DREYER ; Comm. com. électr. 2003, comm. n° 91, obs. Ch. CARON ; Defrénois 2003, p. 1577, obs. J.-L. AUBERT ; Gaz. Pal. 2004, somm. p. 1387, obs. H. VRAY ; Dr. et patr., octobre 2003, p. 83, obs. G. LOISEAU ; RJPF 2003, 11/13, note E. PUTMAN ; Petit. aff. 25-26 décembre 2003, note E. DERIEUX ; RTDCiv. 2003, p. 681, obs. J. HAUSER.

que les juges sont tenus de respecter. La Cour de cassation a ajouté que l'opposition du propriétaire à l'exploitation de l'image de son bien ne constitue pas un attribut du droit de propriété. En mettant en défaut la jurisprudence de la première Chambre civile qui sanctionnait de son côté le trouble certain porté à l'administration ou à la jouissance du propriétaire et qui protégeait donc l'image du bien par le biais des attributs du droit de propriété, elle a suscité la réunion de la Cour en assemblée plénière le 7 mai 2004⁵²³.

Dans cette affaire, le propriétaire de l'hôtel de Girancourt, un immeuble historique de Rouen, s'opposait à sa reproduction dans un dépliant publicitaire faisant la promotion d'un site destiné à l'implantation de futures résidences. Il arguait de son droit à l'image, ainsi que du préjudice résultant de l'absence de contrepartie financière à l'utilisation d'une photographie qui n'a pu être réalisée que grâce à de considérables travaux de rénovation. D'autre part, il faisait valoir la violation de l'exclusivité de l'exploitation de cette image, pourtant clairement indiquée sur les cartes postales commercialisées par le propriétaire, ainsi que l'absence de concession d'exploitation. La formation plénière a donné gain de cause à la société immobilière et porté un coup définitif au droit du propriétaire de s'opposer à l'exploitation de l'image de son bien. Elle décide que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure. Sur le plan pratique, l'exigence d'un trouble certain rendait déjà difficile l'action du propriétaire et il n'est pas évident que ce nouvel arrêt change la situation issue de l'arrêt de 2001⁵²⁴. Sur le plan théorique, le propriétaire est dépossédé de son droit exclusif de jouissance ce qui est difficilement justifiable au regard de la définition du droit de propriété.

Christian Atias observe avec raison que les attributs du droit de propriété ne révèlent pas son essence. À la suite de Frédéric Zenati-Castaing⁵²⁵, il estime que « le droit n'a pas peut être pas besoin d'une définition de la propriété, qui déterminerait son contenu ; il lui suffit d'en connaître les caractères »⁵²⁶. Autrement dit, *le droit de propriété n'aurait pas à proprement parler un statut en ce sens que ce droit donnerait seulement à voir des attributions*. Il s'agirait d'une notion contextuelle définie comme « une qualité de la chose d'être propre à quelqu'un »⁵²⁷ et qui se déclinerait selon un caractère d'exclusivité. Du point de vue du droit de propriété et uniquement de ce point de vue, la décision de 2004 fait perdre au propriétaire la maîtrise de son bien dont l'image

⁵²³ Préc.

⁵²⁴ Christophe CARON, note préc.

⁵²⁵ Pour une rénovation de la théorie de la propriété, op. cit.

⁵²⁶ Christian ATIAS, Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété, D. 2004, doct. p. 1459.

⁵²⁷ Frédéric ZENATI-CASTAING, Pour une rénovation de la théorie de la propriété, op. cit., p. 313.

ne peut être raisonnablement dissociée à partir du moment où elle devient un enjeu de la maîtrise d'une chose. Comme l'écrit Frédéric Zenati-Castaing, « l'image n'est pas un bien. Tant qu'aucun droit n'a été créé sur elle par la loi ou par la convention, elle n'est qu'une dimension ou une utilité de la chose. Il faut se garder ici de toute métaphysique : tant qu'elle n'est pas érigée en droit, l'image fait partie de la matière »⁵²⁸. Que l'image fasse partie de la matière importe peu à notre sens. En revanche, il n'est guère niable que la privation de cette utilité remet en cause le droit de propriété qui s'inscrit fondamentalement dans une logique d'appropriation de toutes les facettes d'une richesse conçue comme telle, que ces facettes soient réelles au sein de la société, ressenties par une minorité d'individus ou provisoirement en sommeil comme ce fut le cas pour l'exploitation de l'image des biens⁵²⁹.

Les mots ayant un sens, la manière dont sont ordonnées les notes de jurisprudence sous l'article 544 du Code civil, édités par Dalloz ou Litec, est révélatrice de la dissociation qui s'opère entre les caractères et les attributs du droit de propriété. Dans le Code civil, l'abus du droit de propriété et les troubles du voisinage sont présentés comme « une exception au caractère absolu » du droit de propriété, alors que l'image du bien et son régime figurent dans ses « attributs » aux côtés de l'*usus* et du *fructus*. Nulle place n'est accordée à cette question sous l'article 1382 du Code civil, alors que bon nombre d'auteurs considèrent à juste titre que la nécessité pour le propriétaire de rapporter la preuve d'un trouble anormal relève du mécanisme de la responsabilité civile⁵³⁰. La distinction du caractère et de l'attribut dénote une prise de position : le caractère est employé dans le sens de ce qui caractérise le droit de propriété, ce qui signifie que les attributs doivent être entendus comme les attributions de ce droit autres que celles qui la caractérisent. En classant l'abus de droit et les troubles du voisinage parmi les exceptions au caractère absolu du droit de propriété, les auteurs indiquent que ces deux constructions prétoriennes touchent au trait juridique le plus essentiel de la propriété, ce qui incite évidemment à la prudence. En écartant ce statut d'exception pour l'atteinte à l'image du bien et en classant l'image parmi les attributions du droit de propriété, aux côtés de l'*usus* et du *fructus*, les auteurs dissocient l'image du droit de propriété proprement dit, ce qui confère davantage de liberté pour réglementer son régime. La possibilité pour le propriétaire de s'opposer à l'exploitation de l'image de son bien en raison d'un trouble anormal témoigne de ce renversement de principe puisque ce n'est plus le tiers qui se défend contre un abus de propriété,

⁵²⁸ Frédéric ZENATI-CASTAING, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, op. cit., p. 866.

⁵²⁹ Frédéric ZENATI-CASTAING explique que la question de « la reproduction des biens » avait déjà donné lieu à un vif débat, tranché en faveur des propriétaires à la fin du XIX^e siècle et entériné par la jurisprudence au XX^e siècle avec l'apparition de la photographie. V. Du droit de reproduire les biens, D. 2004, chron. p. 962 s.

⁵³⁰ En ce sens, v. par ex. Christian ATIAS, op. cit., p. 1460 ; Hugues PÉRINET-MARQUET, note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, op. cit. ; Geneviève VINEY, note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, op. cit. *Contra*, Thierry REVET, note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, op. cit., spéc. p. 533. Et, évoquant « une indépendance conceptuelle » du trouble anormal, Christophe CARON, note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, op. cit., n° 6.

mais bien le propriétaire qui doit faire la preuve d'un abus de la part du tiers. Dans ces conditions, l'article 544 du Code civil n'apparaît pas comme un fondement approprié aux prétentions du propriétaire ; il n'est d'ailleurs pas explicitement visé par la Cour de cassation.

L'ordonnancement des jurisprudences au sein des Codes n'a rien d'officiel et est le fait des éditeurs privés, ainsi que de la doctrine. La sélection des jurisprudences supposées représenter le plus exactement possible l'interprétation des dispositions textuelles n'est évidemment pas anodine. Le choix de placer telle ou telle jurisprudence sous un article plutôt qu'un autre puis de les regrouper sous des intitulés précis l'est encore moins. Il serait loisible de se demander dans quelle mesure cette doctrine prend acte mais aussi influence le raisonnement des juges dans leur ensemble. En l'occurrence, l'image des biens a été rangée parmi les attributs du droit de propriété sous l'article 544 du Code civil. La doctrine a mis en forme et en mots une solution qui réalise un compromis peu satisfaisant entre plusieurs intérêts car il ne prend pas en compte la signification du droit de propriété qui ne se réduit pas à un ensemble d'attributions. Dans cette optique, la jurisprudence a choisi « contre la nature de la propriété et contre l'article 544 du Code civil »⁵³¹. Les images, vecteur d'information, de culture, de communication et objet de commercialisation sont devenues des valeurs économiques à part entière⁵³². Très critique de cette décision, Nicolas Bouche a écrit « qu'avec sa condamnation par l'arrêt d'Assemblée plénière, ce sont les intérêts des sociétés éditrices les moins conciliantes, trop souvent parées de la toge prétexte de la liberté de l'information et ne recherchant en réalité qu'à exploiter au moindre coût voire gratuitement le marché de l'image, qui triomphent. La nouvelle décision dépouille les propriétaires d'une valeur patrimoniale non négligeable et sur laquelle ils ont plus de légitimité que les professionnels de l'information, qui tiennent à obtenir pour rien ce qu'ils revendent à bon prix »⁵³³.

Les catégories réelles mises en défaut par le processus de spécification. Cette décision est pragmatique dans la mesure où elle tente un compromis en favorisant la liberté de communication tout en ménageant « une riposte juridique »⁵³⁴ pour le propriétaire. Elle introduit la notion nouvelle de trouble anormal dont il faudra attendre que la jurisprudence précise les contours ainsi que le fondement sur lequel elle s'appuie. Certaines notions existantes auraient pu permettre de concilier ces intérêts mais il est vrai qu'elles auraient pris en compte le droit du propriétaire de maîtriser l'image de son bien. Il serait, en premier lieu, nécessaire de réintégrer l'image du bien dans le giron du droit de propriété caractérisé par l'exclusivité de la maîtrise du propriétaire sur la chose. Une

⁵³¹ Christian ATIAS, op. cit., p. 1460.

⁵³² V. Bernard EDELMAN, De la propriété - personne à la valeur désir, D. 2004, chron. p. 155.

⁵³³ Nicolas BOUCHE, Le droit de propriété et l'image des biens, RJDA, 2004, n° 10, p. 978. *Contra*, v. par ex. Christophe CARON, op. cit.

⁵³⁴ Selon l'expression de l'avocat général, Jerry SAINTE-ROSE, concl. préc.

spécification des intérêts permettrait d'échapper à une solution univoque, l'image du bien pouvant être diffusée sans l'accord du propriétaire lorsqu'elle est liée à un événement d'actualité ou lorsqu'elle n'a qu'un caractère accessoire. Ces solutions tirées de la jurisprudence relative à l'atteinte à la vie privée constitueraient une limite efficace à l'exercice des prérogatives du propriétaire. Frédéric Zenati-Castaing estime que l'abus de droit constituerait un possible et ultime recours lorsque le propriétaire exerce son droit « de manière malicieuse ou dans l'intention de nuire mais aussi, conformément aux analyses de Josserand, lorsqu'il l'exerce de manière détournée, autrement dit sans rechercher la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime »⁵³⁵.

La notion de patrimoine pourrait cependant aussi présenter une certaine utilité dans la mesure où elle réalise dans une large mesure la jonction entre différents intérêts : individuel, collectif, public et qu'elle dépasse la distinction traditionnelle du droit privé et du droit public dont le résultat est de scinder les régimes des propriétés privée et publique. Emmanuel Dreyer⁵³⁶ rappelle à juste titre que le classement des demeures historiques n'équivaut nullement à dépouiller les propriétaires privés de leur droit d'usage et de jouissance. Ils sont tenus à certains devoirs comme celui de conserver la substance du bien mais ils sont aussi en droit d'en refuser l'accès au public et cela vaut selon lui à plus forte raison pour les photographes. Dans cette logique, Emmanuel Dreyer distingue la propriété historique privée et publique, cette dernière ne se définissant pas à ses yeux, par l'exclusivité : « Bien au contraire ! C'est une propriété ouverte, destinée à exclure tout monopole individuel afin de satisfaire l'intérêt général (...) Il doit être possible d'affirmer que, en matière de propriété publique, la reproduction d'une chose par l'image et la diffusion de celle-ci sont libres sous réserve de ne pas porter atteinte à la chose elle-même (souci de préservation) et de ne pas entraver l'exercice d'un service public ». L'intervention du législateur serait nécessaire en ce domaine car la notion précise de classement n'autorise pas la jurisprudence à créer des obligations supplémentaires. Cependant, quoiqu'en dise Emmanuel Dreyer, les propriétaires privés sont comptables de l'intérêt général lorsque le patrimoine culturel est en jeu. La distinction de la propriété privée et de la propriété publique n'est d'ailleurs pas si nette en ce domaine. Par ailleurs, autoriser l'accès aux photographes ne représente pas la même charge pour les propriétaires que pour le public ne serait-ce qu'en termes de publicité, d'organisation, de mesures d'hygiène et de sécurité et surtout de responsabilité. Il serait envisageable de prévoir qu'en l'absence de diffusion de la part du propriétaire ou en cas de diffusion restreinte sur un périmètre territorial défini en fonction de l'intérêt culturel du bien, un nombre minimal de diffusions devraient être autorisées par le propriétaire contre rémunération. Les structures administratives existent déjà et l'Architecte des bâtiments de France pourrait remplir cet office. Le législateur tiendrait ainsi compte de l'intérêt du

⁵³⁵ Du droit de reproduire les biens, op. cit., p. 969.

⁵³⁶ Op. cit., n° 102.

public, de celui des exploitants, mais aussi du propriétaire dont la conduite de la négociation, bien qu'encadrée, resterait en son pouvoir. Tous les biens culturels n'étant pas classés, cette piste ne permettrait pas de résoudre l'ensemble des problèmes, mais on pourrait aussi imaginer que la notion de patrimoine culturel fasse l'objet d'un certain nombre de critères permettant aux juges de tirer des conséquences sur le plan de la diffusion des images même en l'absence de classement. Cette solution aurait l'avantage de spécifier les intérêts et de ne pas faire passer l'intérêt des exploitants pour celui du public. Dans le même temps, elle permettrait de concilier des intérêts enchevêtrés posant des problèmes qui ne peuvent être résolus par le biais des distinctions classiques lorsqu'elles sont conçues comme disjonctives.

Cet exemple montre la limite de la spécification, tributaire d'une logique de branches et de statuts qu'elle ne parvient pas toujours à dépasser. Dans cette espèce, elle n'apparaît plus comme une condition préalable de la spécialisation dont elle modifierait le sens, mais comme un simple correctif visant à ménager des intérêts antagonistes mais sans en prendre toute la mesure. S'interroger sur la possibilité de sortir complètement de cette logique de branches en s'intéressant à une autre forme de savoir dit « appliqué » pourrait peut-être s'avérer plus fructueux. Le savoir appliqué, traditionnellement opposé au savoir fondamental, est assez peu utilisé en droit et sera abordé dans la deuxième partie de cette thèse, en même temps que l'herméneutique, considérée comme l'outil épistémologique de l'indexation.

93. — **CONCLUSION**

Ce chapitre a mis en évidence les incidences concrètes de la distinction – opposition dans le cadre de la pensée systémique. Celle-ci conduit, d'une part, à occulter les antinomies du droit et, d'autre part, à diviser le droit en branches spécialisées. Ces deux manières d'appréhender le droit ont en commun de privilégier la classification à la recherche de l'index des distinctions.

Les antinomies sont assimilées à un donné dans la mesure où elles sont conçues comme le produit d'une réalité complexe. Celle-ci est censée produire de manière inéluctable des problématiques qui mettent en défaut plusieurs règles de droit dont les solutions sont également applicables mais inconciliables. L'interprétation est à juste titre considérée comme la seule issue. Cependant, ne voir que la solution à l'antinomie empêche de la considérer elle-même comme *de* l'interprétation qui par nature participe au processus d'indexation du droit. Les antinomies pourraient utilement être considérées comme le vecteur de directives générales qui, loin de mettre en défaut la cohérence du droit, s'inscrivent dans la textualité de ce dernier, en lui permettant précisément de faire sens. Si ce point de vue était admis, les antinomies fonctionneraient en définitive selon un mode assez proche des principes juridiques dont l'ambiguïté de la définition n'a rien à envier à celle des antinomies. Pourtant, les principes bénéficient d'un statut interprétatif essentiel reconnu quasi-unaniment par la doctrine. Telle sera l'optique résolument choisie dans la deuxième partie de cette thèse pour analyser les antinomies.

La pensée systémique exacerbe les effets de la distinction – opposition en aboutissant de surcroît à diviser le droit en branches spécialisées. Cette conception du droit équivaut à adopter une conception classificatoire du Genre et de l'espèce, c'est-à-dire sans conscience du processus d'indexation. L'étude du clivage du général et du spécialisé avait pourtant laissé entrevoir la possibilité de ne pas axer l'appréhension du droit sur les oppositions de branches, mais plutôt sur leurs interactions et sur la manière dont les notions indexées à des spécialisations approfondissent indirectement le sens des autres spécialisations, sans postulat hiérarchique. Les juristes ont bien conscience des interactions entre, par exemple, le droit civil et le droit commercial et cette analyse les a d'ailleurs déterminés en faveur d'une voie parmi trois : une meilleure articulation par la reconnaissance de la supériorité hiérarchique soit du droit civil, soit du droit commercial ; l'indépendance totale des deux branches ; ou, à l'inverse, leur fusion. La difficulté réside dans le fait que, quelle que soit la solution préconisée, il s'agit en réalité de remédier aux *lacunes de cette distinction*. Or, notre démonstration repose justement sur la conviction que cette distinction n'a pas

de lacunes ; seule la classification peut y prétendre dès lors qu'elle prétend aboutir à une vue d'ensemble idéale. L'analyse de la notion de qualification et le rôle ambigu qu'elle joue dans la prise d'indépendance du droit commercial, ainsi que la fonction organisatrice et fédératrice attribuée à ce même droit, tendent à conforter l'idée que le droit n'est pas envisagé autrement qu'à travers un principe d'unité caractéristique de la pensée systémique.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

94. — Nous avons indiqué au début de ce titre qu'il n'existe pas un mais des systèmes du droit et qu'ils sont extrêmement variés. Néanmoins, au fil de l'analyse des différents systèmes, l'isolement des grands principes méthodologiques a permis de saisir les implications de la distinction – opposition pour la notion même de système. Ces principes sont :

- La possibilité d'une généralisation des principes de classification d'un système.
- L'unité du droit par la non-contradiction.
- La volonté de maîtriser une réalité molle et fuyante.
- La recherche d'une création au sens philosophique du terme.
- L'exclusion ou au minimum l'objectivation de l'observateur dans le système.

Si aucun principe n'a exactement la même signification au sein de chaque système, tous sont intégrés en sorte que la logique juridique est fonction de statuts établis selon une vue d'ensemble idéale. Dans une chronique célèbre, Jean Rivero⁵³⁷ avait entrepris de lutter contre « l'impressionnisme » des idées. Née d'une controverse engagée avec le commissaire du Gouvernement, Bernard Chenot⁵³⁸, Jean Rivero avait habilement observé que le Commissaire du gouvernement s'était livré ni plus ni moins à une systématisation à laquelle pourtant Bernard Chenot prétendait pourtant pouvoir échapper dans sa fonction juridictionnelle. Jean Rivero insiste alors sur la nécessité de l'abstraction, inhérente à la définition et à la fonction du droit dont l'un des traits constants est, à ses yeux, la généralité : « pour qu'une règle soit souple, il faut d'abord qu'elle soit règle »⁵³⁹. Il écrit surtout que « "Contrarier des théories générales, démentir des notions fondamentales", que le juge le fasse, certes, lorsqu'un jugement équitable est à ce prix. Mais qu'il ne le fasse pas de gaîté de cœur ! Qu'il ne soit pas trop sensible à la part de vérité que contient l'affirmation selon laquelle "l'évolution sociale commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit" ! L'évolution sociale est un complexe de faits, privé en lui-même de toute signification. C'est l'esprit qui en dégage les divers sens possibles ; et, par là, ses constructions sont lourdes d'avenir »⁵⁴⁰. Il n'est certainement pas dans notre intention de critiquer la moindre de ces

⁵³⁷ Apologie pour les "faiseurs de système", D. 1951, chron., p. 99. Cette chronique a été relayée, plus tard, par Marcel WALINE, Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, Mél. Jean Dabin, 1963, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, I, p. 359.

⁵³⁸ Bernard CHENOT, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, Etudes et Documents, 1950, p. 77 ; et Concl. sous CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, rec. cons. d'Et., 1950, p. 100.

⁵³⁹ Jean RIVERO, op. cit., p. 100.

⁵⁴⁰ Ibid., p. 102, (l'auteur cite les conclusions de M. Chenot dans le texte).

phrases si justes, mais seulement d'insister sur la nécessité d'avoir conscience que toute construction de l'esprit est elle-même commandée par des constructions socioculturelles préalables. En ce sens, la réalité n'est pas dépourvue de signification et les constructions du droit en dépendent largement.

Le raisonnement ne perd rien à acquérir une solide connaissance des pré-requis socioculturels qui guident la démarche de l'observateur. La réalité socioculturelle n'est ni molle, ni fuyante, elle a en tant que telle une signification constitutive d'un des paramètres de la construction du droit. Les faiseurs de système sont eux-mêmes prédéterminés par un principe de vision du système. Le parallèle entre la naissance de l'humanisme à la fin du XVe siècle et la propension à rechercher des mécanismes fondateurs ayant une valeur justificatrice universelle de l'activité juridique a semblé constituer une bonne piste pour en expliquer les origines et les développements. L'inconvénient de cette démarche est qu'elle accentue les effets de la distinction – opposition. La dualité devient en elle-même justificatrice d'un état figé par un statut. Cette approche a pour résultat visible de nier les antinomies comme mode possible d'interprétation et de diviser le juridique en droits spécialisés sans avoir égard de ce qui ne relève d'aucun statut, comme il a été observé en conclusion du précédent chapitre.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

95. — Dans cette première partie, nous avons tenté de comprendre la manière dont la plupart des juristes conçoivent la distinction afin d'en appréhender les implications pour le droit tant d'un point de vue conceptuel que technique.

La distinction est conçue à plusieurs égards comme une émanation du donné. Les notions juridiques sont considérées comme indéfectiblement liées au Réel même si elles sont reconstruites par le droit. Le passage par la réalité socioculturelle est nié ou, ce qui revient au même, mis sur un même plan que le Réel non construit. La notion de système juridique n'échappe pas non plus totalement à cette évidence partagée dans la mesure où, s'il s'agit bien d'une notion construite, certaines vertus d'universalisme de l'ordre du Réel non construit étant parfois recherchées par son auteur.

Cette évidence partagée conduit à assigner à la distinction une fonction éminemment réductrice car elle tend à se confondre avec la classification. Celle-ci présente, de ce point de vue, divers inconvénients. En premier lieu, la classification ne donne à voir que des statuts qui se traduisent par la reconnaissance implicite d'exceptions, de fictions et de situations *sui generis*. Or, rien ne démontre que la distinction ait pour seule fonction d'ordonner et, parallèlement, d'isoler ce qu'il faut bien considérer comme des anomalies. Nous pensons qu'elle a en réalité pour tâche première d'indexer des notions au sein du corpus juridique, composé d'une série d'index ouverts à visée normative. En second lieu, la classification laisse croire qu'une vue d'ensemble de l'objet étudié est non seulement possible mais souhaitable. Or, le fonctionnement des *summae divisiones* tend à démentir cette assertion, d'autant que l'analyse des droits spécialisés ordonnés autour d'un centre tend à infirmer son utilité. Dès lors, il est permis de s'interroger sur la valeur du postulat scientifique excluant par principe les antinomies du droit.

Dans une tentative de rénovation de la distinction, l'outil épistémologique de l'indexation paraît de nature à permettre une meilleure compréhension de l'ensemble de ses utilités au sein du corpus juridique.

DEUXIEME PARTIE

LA DISTINCTION – INDEXATION ET SES ISSUES JURIDIQUES

96. — La distinction – indexation présente l'avantage inestimable d'envisager le droit dans sa dynamique d'élaboration. Si, comme François Terré le pense⁵⁴¹, le droit est une respiration, alors il n'est pas possible de se satisfaire d'une conception du droit figé dans une législation de statuts dans la mesure où ces derniers sont le produit de la catégorisation. Le statut traduit l'acte de nommer, ainsi que le nom conféré à un objet. Il ne permet pas de prendre conscience des raisons qui ont conduit l'observateur à vouloir nommer, ni la construction à laquelle se rapporte ce nom. De même, la catégorie qui englobe l'objet et qui participe à sa désignation en tant qu'objet pertinent du droit, permet seulement de prendre conscience des limites afférentes à une classification. L'indexation vise plutôt à discerner les processus de distinction construits menant à cette classification afin d'en comprendre les implications et éventuellement de les dépasser.

Au début de cette thèse, la notion d'indexation a permis de remettre en cause la croyance en des distinctions issues du donné. Il a pour cela été nécessaire d'emprunter un détour anthropologique montrant que toute réalité est construite, qu'il n'existe pas d'évidence naturelle et que le droit est élaboré à partir de données socioculturelles. À ce stade, il convient de dépasser le constat anthropologique et de se servir de l'indexation comme l'outil épistémologique privilégié d'étude de la distinction en droit.

Dès lors qu'il existe des distinctions qui, en raison de données socioculturelles, font obstacle à la création de statuts, il est nécessaire de chercher d'autres perspectives d'analyse capables d'expliquer comment le droit parvient à traiter des situations problématiques - sans les qualifier – tout en satisfaisant à l'impératif de prévisibilité et donc de sécurité juridique. L'indexation permet d'envisager le droit sous forme d'une série d'index ouverts qui prennent sens dans l'interprétation. Elle correspond à des procédés propres au corpus juridique et destinés à intégrer des notions nécessaires à la réalisation du discours du droit. Tout en s'appuyant parfois sur les classifications, elle en relativise l'importance en ouvrant le raisonnement à des procédés couramment utilisés en droit, mais dont l'importance et la diversité sont parfois méconnues. Dans la perspective de l'indexation, c'est l'index qui fait sens, non l'objet lui-même. Dès lors, *l'indexation doit servir à reconnaître les divers processus de différenciation des notions permettant de saisir des réalités qui recèlent des facettes contradictoires et qui ne peuvent se comprendre que dans le cadre d'un contexte restreint*. De ce point de vue, par exemple, l'analogie se conçoit comme une distinction – puisque les objets rapprochés ne se confondent pas – destinée à intégrer une situation dans le droit qui apparaît à la fois juridiquement pertinente et inconnue des critères catégoriels. La question est alors de savoir si l'analogie ne constitue, en toutes hypothèses, qu'un moyen parmi d'autres de

⁵⁴¹ Un itinéraire intellectuel permettant de comprendre le droit vu du dehors, JCP éd. G., 2008, I, doct. n° 105, p. 11. Précéd. comm., v. la première partie, tit. II, chap. II.

classer, à terme, un objet dans une catégorie, quitte à l'y faire entrer de force, ou si ce n'est pas plutôt l'analogie en elle-même qui fait produire du sens à la situation en cause dans un certain contexte juridique. Dans la perspective d'indexation, l'objet est bien différencié, de sorte que les juristes sont en situation de le comprendre, mais il ne constitue pas en lui-même une anomalie juridique, puisque c'est le rapport qu'il entretient avec les autres objets du droit qui lui confère son identité. L'analogie ne constitue néanmoins qu'un exemple parmi d'autres des procédés d'indexation du droit et il paraît donc utile de tenter d'en élaborer une typologie.

Ce faisant, l'indexation remet partiellement en cause la qualification en lui imposant des limites voire en la supplantant, mais non en l'annulant. Non seulement l'indexation ne requiert pas nécessairement de nommer la chose, mais elle ne se conçoit pas en dehors d'un contexte, ce qui n'est pas toujours le cas de la notion de qualification qui revêt parfois une fonction systématisante. L'indexation vise d'abord à sortir de la logique systémique. Elle permet de recourir à des formes de savoirs intégrant le jeu des antinomies comme mode d'interprétation et plaçant l'herméneutique au centre des disciplines juridiques.

Dans un premier temps, la notion d'indexation doit permettre de rénover la compréhension de la distinction qui ne se réduit pas à une opposition émanant du donné (titre I). L'application des outils d'indexation doit de surcroît permettre de résoudre les difficultés liées au principe d'unité et de non-contradiction du droit, car elle met en évidence la possibilité d'une approche aporétique de la distinction (titre II).

TITRE PREMIER

L'INDEXATION : UNE APPROCHE RENOVEE DE LA DISTINCTION

97. — Si la distinction ne peut se réduire à une opposition émanant du donné, c'est parce que son objectif premier n'est ni de classer, ni d'ordonner, mais d'indexer. En conséquence, il convient de définir précisément l'indexation et de déterminer les manières dont le droit indexe.

Dans un précédent développement⁵⁴², la métaphore du masque grec antique nous a permis de mettre en évidence la double fonction de l'index conçu à la fois comme un porte-voix et comme un voile à visées normatives. Le droit donne des formes en sélectionnant des traits pertinents qui deviennent parfois des critères de qualification propres à des catégories. Il dissimule aussi certains traits pertinents par stratégie et non par manque de distinctions ou de clarté. Dans une démarche de décryptage de l'organisation du discours du droit, nous nous proposons d'étudier les procédés qui donnent à voir des statuts, c'est-à-dire les définitions et les catégories, mais en tentant de comprendre comment s'opère le processus d'indexation nécessaire à la réalisation du droit, défini comme le discours à visée normative d'un ensemble de pratiques. Parallèlement, nous analyserons les mécanismes permettant d'indexer des traits pertinents nécessaires à la réalisation du discours du droit sans recours aux définitions et aux catégories. Il s'agit de concentrer le raisonnement sur les mises en rapport inhérentes à l'action de distinguer en tentant d'en saisir toute la richesse. Ces séries d'index correspondent à une dimension essentielle de la distinction – indexation, qui met en rapport les objets en les éloignant et non en les séparant. D'une grande diversité, elles s'appuient sur une logique implacable et permettent d'interpréter l'objet étudié sans avoir à le qualifier. En effet,

⁵⁴² *Supra*, première partie, tit. I, chap. I.

c'est l'index qui fait sens, non l'objet étudié.

Dans cette perspective, il est nécessaire d'appréhender le droit par le biais de la notion de corpus⁵⁴³, un concept issu de la linguistique utilisé dans une approche exclusivement épistémologique. Le corpus n'est pas une entité en soi postulant son ouverture ou sa fermeture, mais un outil permettant de concevoir le droit comme un ensemble signifiant à visée normative. Ce faisant, le concept de corpus permet de dresser une typologie possible des séries d'index rendant visibles les procédés par lesquels les notions juridiques ou les rapports entre ces notions participent à son élaboration en tant qu'ensemble signifiant.

Pour comprendre la fonction de la distinction dans la construction des définitions et des catégories, deux modes d'indexation seront envisagés : la référence et le sens⁵⁴⁴, en sachant que la distinction joue ici un rôle de porte-voix et participe à leur indexation de manière apparente. Parallèlement, nous envisagerons les procédés de mises en rapport qui rendent signifiants certains traits pertinents sans aboutir à des classes. En ne qualifiant pas les objets tout en les rendant signifiants, les mises en rapport de la distinction participent au processus d'indexation de manière voilée. L'indexation étant à la fois visible et cachée, nous étudierons respectivement la référence et le sens, mode apparente d'indexation (chapitre I) et les mises en rapport de la distinction, mode voilé d'indexation (chapitre II).

⁵⁴³ *Supra*, première partie, tit. I, chap. I.

⁵⁴⁴ Ces concepts sont issus du domaine de la linguistique. Ferdinand de Saussure, linguiste et sémiologue, a élaboré une théorie structuraliste du langage à partir des notions de « signe », de « signifié » et de « signifiant ». Ces trois notions renvoient aux concepts de référence et de sens, qui fondent respectivement les approches soit de type aristotélicien, soit de type différentiel. V. Ferdinand de SAUSSURE, « Cours de linguistique générale », 1916, 5^{ème} éd., Payot, Paris, 1962, p. 97 s. Cf. *infra* tit. I, chap. I, sect. 2, §3, 3.2., n° 119.

CHAPITRE I

LA REFERENCE ET LE SENS, MODE APPARENT D'INDEXATION

98. — La distinction saussurienne⁵⁴⁵ du sens et de la référence permet d'envisager deux modes complémentaires d'indexation au droit car ceux-ci conçoivent différemment le rapport du tout et de ses parties. Par exemple, du point de vue de la référence, le vol est inclus dans le délit. Mais, du point de vue du sens, le délit est inclus dans le vol. Du point de vue de la référence, le droit englobe le délit et, du point de vue du sens, le droit constitue l'aspect objectif du délit. Les deux modes d'analyse se fondent sur deux axes de lecture et les deux sont à la fois exacts et complémentaires. L'objet peut se réaliser de plusieurs manières et *c'est cet aspect multimodal qui fait la définition même de cet objet où le sens et la référence sont complémentaires.*

La référence⁵⁴⁶, appelée aussi mode référentiel de raisonnement, consiste à construire des définitions et des catégories à partir d'attributs permettant de répondre le plus adéquatement possible aux problématiques sociales, conçues comme des référents extérieurs. « L'intension », c'est-à-dire les propriétés des concepts, déterminent « l'extension », à savoir les objets auxquels s'appliquent réellement ces concepts. Le sens, ou mode différentiel de raisonnement, postule un point de vue exclusivement interne car toute notion juridique est conçue comme une unité conceptuelle qui n'acquiert une signification que par rapport aux autres unités conceptuelles. Le

⁵⁴⁵ Ferdinand de SAUSSURE, « Cours de linguistique générale », 1916, 5^{ème} éd., Payot, Paris, 1962.

⁵⁴⁶ Jean DUBOIS et al., Grand dictionnaire de linguistique et science du langage, Larousse, Paris, 2007, v. Référence : « La référence est la propriété d'un signe linguistique lui permettant de renvoyer à un objet du monde extra-linguistique, réel ou imaginaire. La fonction référentielle est essentielle au langage. Il serait toutefois inexact de limiter la description du procès de communication à cette seule fonction ». V. aussi Référent ; Référentiel ; Différenciation ; Sens ; Signification ; Extension - Intension.

rapport fait sens en lui-même et s'abstrait de tout référent extérieur.

L'indexation se fonde sur l'idée qu'aucune solution juridique ne requiert le dévoilement d'un sens véritable. Toute solution repose au contraire dans la manière dont les définitions et les notions catégorielles sont utilisées à un instant T. Les façons de les utiliser sont plurielles en sorte que plusieurs solutions peuvent être acceptées simultanément et que toutes sont exactes. Pour mieux s'en expliquer, nous étudierons successivement le mode référentiel (section 1), puis le mode différentiel d'indexation (section 2).

Section 1 Le mode référentiel d’indexation

99. — Il existe deux manières de définir une classe d’objets. La première consiste à énumérer les objets dont se compose sa classe. Elle aboutit, en linguistique, à une définition dite « en extension ». La seconde, appelée par parallélisme « définition en intension »⁵⁴⁷, consiste à définir la classe à l’aide des propriétés communes aux objets qui la composent. Celle-ci est dite référentielle dans la mesure où l’intension détermine l’extension, conçue comme le référent extérieur. À titre d’illustration, le vol se définit, en intension, par les propriétés de l’infraction composées des notions de meuble, de corporéité du meuble, d’appartenance à autrui, de soustraction frauduleuse et, enfin, de la conscience du caractère illicite de l’acte prohibé avec la volonté de l’accomplir. Il englobe, par extension, le vol à l’arrachage qui suppose une certaine brutalité physique, la filouterie ou vol à l’étalage, ou encore le vol au « rendez-moi » qui consiste à donner une grosse coupure à un commerçant, puis à la lui reprendre après avoir empoché la monnaie et la marchandise.

La logique sur laquelle s’appuie le mode référentiel de raisonnement a été développée par Aristote⁵⁴⁸ et constitue le modèle de pensée habituel et standardisé des sociétés occidentales. Néanmoins, la manière dont le mode de raisonnement référentiel est parfois utilisé en droit ne prend pas toujours en compte toutes les potentialités du modèle aristotélicien qui, à notre sens, est davantage d’ordre contextuel qu’essentialiste. Comme chacun le sait, la logique aristotélicienne a été explorée par la scolastique et notamment par Saint Thomas d’Aquin. Or, il est frappant d’observer que si ce dernier y ajoutait un élément de vérité spirituelle, il considérerait aussi que cette vérité se trouvait non dans l’essence des choses mais dans la manière qu’elles ont de se décliner. Aux yeux de Thomas d’Aquin, la distinction dite « de raison » est nécessaire à l’Homme confronté à une nature extraordinaire par sa diversité et qui pourtant est réellement une et simple. La distinction de raison est celle qui différencie « des objets qui ne sont qu’un dans la réalité, alors qu’ils sont distincts dans l’intelligence et perçus comme tels »⁵⁴⁹. Ce sont les limites de l’intellect humain qui la justifient car l’Homme ne peut concevoir la réalité sans opérer des recoupements

⁵⁴⁷ Elle est aussi appelée « définition par compréhension ». V. Charles PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, « Traité de l’argumentation. La nouvelle rhétorique », 6^{ème} éd., Université de Bruxelles, 2008, § 33, p. 174.

⁵⁴⁸ « Topiques », trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1965 ; « Seconds Analytiques », trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1995 ; « La Métaphysique », trad. et notes J. Tricot, J. Vrin, Paris, 2000.

⁵⁴⁹ M.-J. NICOLAS, « Introduction à "la Somme théologique" de St Thomas d’Aquin », t. 1, Ed. du Cerf, Paris, 1999, p 101.

préalables entre plusieurs concepts. La raison est conçue comme une lumière naturelle qui amène progressivement l'Homme vers la connaissance, de sorte que *la vérité est plutôt contenue dans l'intelligence et dans la manière de concevoir le rapport des choses, que dans les choses elles-mêmes*⁵⁵⁰. C'est donc moins l'essence des choses qui fait leur définition que leurs fonctions qui révèlent un état réel de l'Homme qui les observe.

Après avoir mis en évidence certaines caractéristiques du modèle aristotélicien permettant de comprendre comment fonctionne l'indexation (§1), nous nous proposerons de le mettre en parallèle avec la façon dont la coutume est parfois reçue dans l'ordre juridique (§2). À l'issue de ces développements et dans la mesure où tout modèle est relatif, il sera possible d'envisager les limites du mode référentiel de raisonnement (§3).

§1 La référence selon le modèle aristotélicien

100. — Le mode de raisonnement développé par Aristote permet de mieux comprendre le rôle joué par les définitions et les catégorisations au sein du droit. Celles-ci se constituent en véritables index dont la fonction première est moins de séparer des notions en leur assignant des limites que de guider la problématique au moment précis où elle se trouve confrontée à une distorsion entre intension et extension, c'est-à-dire entre la propriété du référent et le référent lui-même.

Les catégorèmes d'Aristote. Les catégorèmes d'Aristote désignent la qualité affirmée d'un objet qui détermine son classement. Le philosophe en a dénombré cinq : le genre, la différence, l'espèce, le propre et l'accident.

- Le genre est « ce qui est attribué essentiellement à des choses multiples et différant spécifiquement entre elles »⁵⁵¹. Il traduit la quiddité de la chose et il est un universel. Il exprime des déterminations réelles de l'être, c'est-à-dire susceptibles de se développer, de se décliner sous diverses formes. Il est en puissance dans la chose. Tout comme le genre, la définition aristotélicienne rend manifeste la quiddité de la chose. Elle comprend d'abord le genre dont relève l'objet à définir, puis spécifie les différences qui le séparent des autres espèces appartenant au même genre. Aristote préconisait de définir l'objet par son genre prochain. Il dénombrait, dans une classification absolue, trois genres possibles : le genre prochain, qui ne compte en dessous de lui que des espèces, le genre éloigné, qui englobe d'autres genres, et le genre suprême, qui n'est

⁵⁵⁰ Saint Thomas d'AQUIN, « Somme théologique », éd. du Cerf, Paris, 2004, Ia., q. 16, a. 1.

⁵⁵¹ Topiques, trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1965, I, 5, 102 a, 31.

englobé par aucun autre⁵⁵². La définition porte sur l'espèce et résulte de la réunion du genre prochain et des différences⁵⁵³.

- La différence exprime une qualité du genre comme, par exemple, l'impair du nombre. Elle ne relève pas du genre, bien qu'elle y soit liée, car elle n'est ni une espèce, ni un individu⁵⁵⁴. La différence a une extension égale ou supérieure à l'espèce⁵⁵⁵ et s'affirme d'elle⁵⁵⁶. Les différences « en soi » ou « spécifiques », sont comprises dans la définition car elles rendent le sujet autre. Elles se distinguent des différences d'accident qui rendent, non pas le sujet autre, mais simplement différent⁵⁵⁷. Selon Porphyre⁵⁵⁸, par exemple, la différence « raisonnable » fait l'animal autre, alors que la différence « se mouvoir » fait l'animal d'une qualité différente. Les différences spécifiques ont une double fonction. Elles servent soit à constituer une espèce, soit à diviser le genre en espèces. C'est ainsi que l'animal est un genre constitué par les différences « animé et sensible, raisonnable et privé de raison, mortel et immortel, etc. »⁵⁵⁹. Sous un autre angle, ces différences permettent de diviser le genre en espèces, l'Homme étant, par exemple, animé, sensible, raisonnable et mortel.

- L'espèce relève du genre et a une extension moins grande que lui⁵⁶⁰. Par un effet inversement proportionnel, la multiplication des différences spécifiques réduit l'extension du genre.

- Le propre est conçu comme « ce qui, tout en n'exprimant pas la quiddité de la chose, appartient pourtant à cette chose seule et peut se réciproquer avec elle »⁵⁶¹. C'est ainsi, dit Aristote, que l'Homme peut apprendre la grammaire et lui seul. En revanche, le fait qu'il dorme ne lui est pas propre. Le propre n'exprime pas l'essence de l'espèce et pourtant il est à ce point particulier à elle qu'il ne se retrouve dans aucune autre.

- L'accident se définit comme « ce qui peut appartenir ou ne pas appartenir à une seule et

⁵⁵² Topiques, VI, 5, 143 a, 20 ; Seconds Analytiques, trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1995, II, 13, 97 a et 97 b ; et -, II, 14, 98 a.

⁵⁵³ Topiques, VI, 1, 139 a, 28 à 31. Sur le rapprochement de la définition et du concept, v. Octave HAMELIN, « Le système d'Aristote », Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 4^{ème} éd., 1985, leçon 8, p. 123.

⁵⁵⁴ Topiques, IV, 2, 122 b, 23.

⁵⁵⁵ Topiques, IV, 2, 122 b, 42.

⁵⁵⁶ Topiques, VI, 6, 144 b, 1.

⁵⁵⁷ PORPHYRE, (234 - 305 ?), « Izagoge », trad. et notes J. Tricot, J. Vrin, Librairie philosophiques J. Vrin, Paris, 1947, 8, 18 : « D'une manière générale, toute différence venant s'ajouter à un être le modifie ; mais les différences communes ou propres le font d'une qualité autre, tandis que les différences les plus propres le font lui-même autre (...) celles qui le font autre s'appellent spécifiques ; celles qui le font d'une qualité autre s'appellent simplement différences ».

⁵⁵⁸ Ibidem.

⁵⁵⁹ PORPHYRE, op. cit.

⁵⁶⁰ Topiques, IV, 1, 121 b, 43.

⁵⁶¹ Topiques, I, 5, 102 a, 20.

même chose »⁵⁶². Il est vrai seulement d'une certaine façon et non universellement. Par exemple, l'attribut « être assis » est un accident en ce sens que l'homme peut être debout ou assis à un certain moment. De même, il peut être assis en comparaison d'autres hommes debout. Dans l'absolu, il s'agit d'un accident de l'Homme. Relativement au temps, il est dit « propre temporaire ». Relativement à d'autres individus, il est dit « propre relatif »⁵⁶³.

Le caractère mutilant de la logique formelle face aux potentialités des catégorèmes.

Chaque objet est défini de la manière la plus resserrée possible et c'est pourquoi le philosophe cantonne la définition aux conditions nécessaires et suffisantes du défini. Ce n'est pas pour autant qu'il opte pour la simplicité dans les procédés d'analyse. Ces derniers se révèlent d'une application délicate dans le choix de l'incluant, c'est-à-dire du genre prochain, et des différences spécifiques. Cette complexité s'explique par le fait qu'Aristote n'exclut ni la fonctionnalité, ni l'intuition de la logique. Comme l'observe Octave Hamelin, la logique d'Aristote n'est pas proprement formelle : « Dire que la logique est formelle, cela veut dire qu'elle est la science de l'accord de la pensée avec elle-même, ou de la conséquence. La pensée apporterait avec elle la loi de non-contradiction, et, sans s'inquiéter du contenu quelconque des notions et des propositions, elle les transformerait sans autre souci que de ne pas se contredire ; la logique serait la science des lois de ces transformations, toutes lois dérivées de celle de non-contradiction. Cette manière de voir est étrangère à Aristote (...) Chaque essence a sa loi de non-contradiction, à elle adaptée et à elle propre (...) La logique, qui ne serait déjà que la théorie du savoir, n'est pas même purement et simplement théorique : elle n'étudie pas des lois suivant lesquelles le savoir se constituerait automatiquement et de lui-même ; elle formule plutôt des règles dont l'application réussit, encore que ces règles soient, bien entendu, fondées en raison »⁵⁶⁴.

Les recherches du Stagirite ont certes ouvert la voie de la logique formelle. Celle-ci, s'appuyant notamment sur le célèbre *carré d'Aristote*, a mis en lumière la possibilité d'analyser les propositions et les modalités des normes en des formules algébriques. Jean-Louis Gardiès estime que, débarrassée de l'intuition phénoménologique, elle permet de pénétrer profondément la part de rationalité comprise dans le raisonnement juridique et de faire la part, de manière claire et distincte, entre les postulats et le raisonnement discursif⁵⁶⁵. Marie-Laure Mathieu-Izorche explique que la logique formelle permet de s'intéresser à la « forme globale des énoncés indépendamment de leur

⁵⁶² Topiques, I, 5, 102b, 6.

⁵⁶³ Topiques, I, 5, 102b, 3 à 26.

⁵⁶⁴ « Le système d'Aristote », op. cit., p. 93 à 95.

⁵⁶⁵ Méthode logique et méthode phénoménologique en face du droit, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XV, fasc. 1, 1967, p. 183, spéc. p. 192.

contenu »⁵⁶⁶. Selon l'auteur, le principal intérêt de cette approche réside dans la possibilité de distinguer contenu, forme des énoncés et surtout articulation des énoncés. Marie-Laure Mathieu-Izorche prend l'exemple d'un syllogisme dont la conclusion serait exacte en dépit du caractère erroné de la conclusion : « tout contrat synallagmatique est translatif de propriété, or, la vente est un contrat synallagmatique, donc la vente est un contrat translatif de propriété ». L'auteur estime alors qu'en réalité ce syllogisme montre seulement que « la validité d'un raisonnement n'est pas liée à la vérité ou à la fausseté des énoncés élémentaires : que la première assertion soit fausse importe peu du point de vue de la logique formelle, car le raisonnement est correct »⁵⁶⁷. Ce qu'il importe de retenir dans cet exemple réside uniquement dans l'enchaînement des propositions émises sous forme d'hypothèses : si majeure et mineures sont vraies, alors la conclusion l'est aussi. Et d'ajouter que « cela ne signifie nullement que l'énoncé n° 3 soit vrai uniquement lorsque les deux premiers le sont (...) Le lecteur qui aura admis ce qui précède aura fait le même progrès que les logiciens qui, historiquement, se sont progressivement dégagés de la logique classique, laquelle s'intéressait à la *structure interne* des énoncés élémentaires, pour aborder la logique propositionnelle moderne, qui étudie les *articulations entre ces énoncés élémentaires* »⁵⁶⁸. C'est d'ailleurs dans le droit fil de ce constat que, dans la suite de son ouvrage⁵⁶⁹, Marie-Laure Mathieu-Izorche analyse la logique de l'argumentation, axée sur les enchaînements et les articulations entre arguments dans l'analyse des discours. Ce faisant, l'auteur montre l'intérêt d'une telle méthodologie.

Cependant, en laissant de côté l'étude du contenu des propositions axiomatiques du droit, la logique purement formelle s'éloigne du modèle aristotélicien, car elle se coupe d'un pan de la logique fondé sur les utilités de la chose. Or, ces utilités peuvent constituer des déterminations réelles de l'être.

Les réalisations matérielle, formelle, motrice et finale comme déterminations réelles de l'être. Certains auteurs, comme Michel Villey⁵⁷⁰ et Charles Perelman⁵⁷¹, ont recentré l'étude du droit sur la dialectique des relations juridiques. Ce dernier met l'accent sur la rationalité spécifique du raisonnement juridique en analysant le contenu des normes, résultat de la controverse argumentative qui fonde les prémisses probables de la décision. Il renoue ainsi avec la tradition aristotélicienne en cherchant les déterminations possibles des règles de droit, qui peuvent évoluer

⁵⁶⁶ « Le raisonnement juridique », PUF, Paris, 2001, p. 258.

⁵⁶⁷ Ibid.

⁵⁶⁸ Ibid., (l'auteur souligne).

⁵⁶⁹ Ibid., p. 351 à 428.

⁵⁷⁰ Histoire de la logique juridique, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XV, fasc. 1, 1967, p. 65.

⁵⁷¹ « Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique », 6^{ème} éd., Université de Bruxelles, 2008 ; « Logique juridique et nouvelle rhétorique », 1979, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2001.

selon la forme donnée au discours et qui, de temps en temps, se fixent par une décision du juge, mais, ajouterions-nous, jamais pour longtemps.

L'analyse aristotélicienne postule la fonction de toute chose. Son objet consiste à parler de la chose dans ses réalisations matérielle, formelle, motrice et finale⁵⁷². Seules ces réalisations font qu'elle existe. Autrement dit, l'analyse est étroitement liée à un référent extérieur et n'est en aucun cas autocentrée. Le référent est conceptuel : l'objet, l'individu, l'âme, le sentiment, la sensation... constituent autant de référents possibles. La logique est inséparable de ce référent, non saisissable en dehors de la distinction, saisissable et utile dans le cadre de la distinction. Par ailleurs, la logique n'a de sens que dans le rapport et la causalité bien compris des propositions distinguées. L'examen des quatre causes de l'être permet de s'en convaincre. La cause matérielle est conçue comme le creuset des potentialités de la chose, ce qui est contenu en puissance en elle, telle la statue qui sort de la pierre. L'indéterminé qui compose la matière permet de postuler la forme que peut prendre la chose à un moment donné ; en retour, la forme rend compte de sa matière dans un certain contexte de réalisation.

Aristote estime que *l'acte qui préside à la forme précède la puissance relativement, mais aussi du point de vue de la substance*⁵⁷³. Relativement, ce n'est qu'une fois la chose réalisée dans une certaine forme que ses potentialités apparaissent. L'idée de la statue précède sa réalisation et laisse apparaître les potentialités de la pierre. Substantiellement, l'acte précède la puissance parce qu'en réalisant une potentialité de la matière, il réalise une fin possible de l'être. Cette fin, bien qu'elle soit sans cesse remise en cause par le temps qui détruit toute réalisation, réduit le champ des aléas contenu dans la matière. La pierre, une fois devenue statue, a moins de chances de devenir une table, par exemple. Toute forme tend, dans l'esprit du philosophe, vers la réalisation d'une fin idéale, métaphysique, première, qu'il appelle la cause finale. La cause finale est la forme sans matière ou, plutôt, la forme vidée de sa matière. Dans la conception thomiste, c'est Dieu. Il n'en reste pas moins qu'en dehors de l'aspect métaphysique de la théorie, acte et puissance, forme et matière se répondent et, de ce point de vue, il est quelque peu caricatural de présenter la pensée d'Aristote comme finaliste. Le passage de la cause matérielle à la cause formelle montre que toute chose est en mouvement, qu'elle *est*, en fonction d'une cause motrice ou efficiente. En dehors de l'aspect finaliste de la cause, ce mouvement est perpétuel, sans cesse renouvelé par les réalisations de l'être. La pierre devient statue, mais elle continue à vivre, elle n'est pas figée. La mutation, l'évolution et la transformation sont centrales dans l'œuvre d'Aristote.

⁵⁷² « La Métaphysique », t. I, trad. et notes J. Tricot, J. Vrin, Paris, 2000, liv. IV, chap. 2.

⁵⁷³ « La Métaphysique », t. II, liv. IX, chap. 8.

La pensée aristotélicienne offre des clefs de compréhension de la manière dont il est possible de percevoir et de conceptualiser les objets étudiés par des découpages d'une riche complexité. À ce stade, il est loisible de tenter de cerner les implications que ce modèle a dans le raisonnement juridique et, plus précisément, il est l'occasion d'examiner le rang tenu par la coutume dans l'ordre juridique.

§2 Réflexions critiques sur la place de la coutume dans l'ordre juridique

101. — L'analyse en intension est autonome et part de la définition. C'est pourquoi les propriétés de l'objet constituent des traits pertinents, mais non des « faits pertinents », un syntagme qui entretient la confusion dans la manière d'envisager la causalité entre intension et extension, entre propriétés de l'objet et référents de l'objet. Le fait pertinent est aussi parfois appelé « fait juridique », mais ce terme est encore plus ambigu car le référent est alors conçu comme une propriété du droit alors que, selon le modèle référentiel, c'est la double conceptualisation du référent, par le droit et dans le droit, qui permet de résoudre une problématique.

La notion de coutume subit parfois les conséquences de ces ambiguïtés et c'est pourquoi elle constitue un bon exemple d'application en droit du modèle référentiel.

102. — **La coutume conçue à tort comme un accident de la loi.** La coutume se définit traditionnellement en intension par ses fonctions *sine*, *praeter* ou *contra legem*. Ces dernières constituent des réalisations, non de la coutume, mais de la loi définie comme le texte législatif qui, dans un processus de singularisation, comporte des indéterminations qu'il est nécessaire de combler. La coutume est, de ce point de vue, un accident de la loi au sens strict. Elle peut appartenir ou ne pas appartenir à la loi, elle peut lui donner du contenu, un certain contenu (très éloigné, voire contraire au texte) ou pas de contenu. Dès lors, la loi se définit comme suit :

- Genre : droit
- Espèce : loi
- Différence : obligatoire
- Propres : générale et impersonnelle
- Accident : la coutume

La récente décision⁵⁷⁴ prohibant le mariage entre personnes du même sexe, en constitue un bon

⁵⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, FP P+B+R+I, JurisData n° 2007-037901, D. 2007, p. 1389, rapp. G.

exemple. Comme n'avaient pas manqué de l'observer les auteurs du pourvoi, la loi ne prévoit pas la différence de sexe comme une condition du mariage. En estimant que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme », la décision peut être regardée comme se référant implicitement à la coutume jusque là en vigueur en France et jamais contrariée par un précédent. Cette décision est particulièrement intéressante, car la Cour de cassation prend la précaution de préciser que la loi française ne contredit pas les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne tout en précisant que celle-ci « n'a pas de force obligatoire »⁵⁷⁵. La Cour fait évidemment référence au caractère obligatoire de la loi pour contrebalancer les dispositions de la Charte, mais *si l'on admet que les juges ont donné un contenu à la loi en se référant à la coutume, celle-ci devient du même coup obligatoire car l'accident comporte la même différence que l'espèce*. Or, cela pose un problème dans la mesure où la coutume est rarement regardée comme obligatoire tant qu'elle n'a pas été sanctionnée par la loi ou par la jurisprudence.

Il pourrait être rétorqué que la différence de la loi n'est pas son caractère obligatoire, mais son caractère valide. Auquel cas, la loi se définirait comme suit :

- Genre : droit
- Espèce : loi
- Différence : valide
- Propres : générale et impersonnelle
- Accident : la coutume

La difficulté ne s'avère cependant pas moins insurmontable. Dans la décision relative au mariage entre personnes du même sexe, la Cour de cassation ne considère pas que la Charte des droits fondamentaux⁵⁷⁶ n'est pas valide. Elle n'a pas de force obligatoire, ce qui est différent. La Cour use d'un pré-requis, c'est-à-dire ici d'une distinction non formulée en raison de son évidence supposée, et fait la part entre la validité interne qui, seule est susceptible d'aboutir à la force obligatoire des règles, et la validité externe au système juridique. Plus précis, le Conseil d'État a déclaré que la Charte « est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du

PLUYETTE, note E. AGOSTINI ; JCP éd. G., 2007, act. 136, obs. Y. FAVIER ; Defrénois, 2007, p. 781, obs. J. MASSIP ; AJF, 2007, p. 227, obs. F. CHÉNÉDÉ ; Dr. fam., 2007, comm. 76, note M. AZAVANT.

⁵⁷⁵ Selon les auteurs du pourvoi, « le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ». La Cour de cassation a répondu que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ».

⁵⁷⁶ Proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000, JOCE, n° C 364, 18 décembre 2000, p. 1.

droit communautaire dérivé susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales »⁵⁷⁷. La Charte a valeur d'accord interinstitutionnel liant la commission, le conseil et le parlement européens et lie politiquement et moralement ces institutions. Non contraignante pour les Etats, elle n'ouvre pas aux justiciables la faculté de s'en prévaloir. À l'inverse, dans le cas précis de cette espèce, la coutume est déclarée obligatoire alors qu'elle est rarement considérée comme valide. À la merci d'une décision défavorable des instances étatiques, la coutume a été qualifiée par Henri Batiffol, « d'élément pré-positif du droit »⁵⁷⁸. Ni droit, ni chose Réelle, elle est un fait pertinent (et non un trait) en voie de devenir un élément positif du droit. Un peu à l'image de l'embryon qui est une personne en devenir, potentielle ou conditionnelle, la coutume est une anomalie juridique, puisqu'elle est aussi en devenir et rejetée hors la sphère du droit le temps qu'elle acquière un statut clair et distinct.

Henri Batiffol doute *in fine* de la validité de la coutume et écrit, après avoir observé que les instances étatiques sont en mesure de donner un coup d'arrêt à l'application de la coutume, que « si elle est consacrée (...) elle sera réputée avoir toujours été le droit ; mais si elle est condamnée, elle sera réputée n'avoir jamais eu aucune valeur »⁵⁷⁹. Le terme de « réputé » montre que l'auteur se place du point de vue des effets de la loi ou de la jurisprudence pour définir la coutume. La coutume est fictivement anéantie ou assimilée par la loi, grâce à l'intervention du juge. Pourtant, on voit mal comment une décision judiciaire pourrait faire qu'une coutume, un jour invalidée, soit regardée comme n'ayant jamais été valide. Elle conservera, au contraire, toute sa pertinence pour les situations passées et seules les situations en cours seront sanctionnées dans la mesure où un procès aurait lieu. Il n'en va d'ailleurs pas autrement de la jurisprudence. Celle-ci est rétroactive⁵⁸⁰ dans la mesure où, pour les situations en cours nées sous l'empire de la jurisprudence antérieure, cette dernière est « réputée » n'avoir jamais eu de valeur. L'abrogation d'une validité ne fait pas entrer dans l'erreur et, de ce point de vue, Hans Kelsen avait parfaitement raison de séparer le jugement de

⁵⁷⁷ CE, 5 janvier 2005, n° 257341 et 257534, « Deprez et Baillard », Europe, mars 2005, comm. 69, P. CASSIA ; RTDEurop., 2006, p. 183, note A. ONDOUA.

⁵⁷⁸ « Problèmes de base de philosophie du droit », LGDJ, Paris, 1979, p. 75, note 195.

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, P+B+R, JCP éd. G., 2002, II, 10045, note O. CACHARD, D. 2001, jurispr. p. 3470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN, Cont. conc. cons., 2002, n° 2, comm. 22, L. LEVENEUR, RRJ 2002-4, p. 2061, note J.-P. VIENNOIS, RTDCiv. 2002, p. 176, obs. R. LIBCHABER, Gaz. Pal. 2001, jurispr. p. 1818, note J. GUIGUE, petit. aff., 6 déc. 2001, n° 243, doct. p. 15, note C. CLEMENT et -, 13 mars 2002, n° 52, doct. p. 17, note F. MARMOZ ; CE, 14 juin 2004, n° 238199, SCI Saint Lazare, JurisData n° 2004-067315, RDA, 2004, n° 11, comm. 166, R. NOGUELLOU.

Sur la notion de « nécessité impérieuse » dégagée par la Cour de cassation, suite à la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme de voir tout revirement annoncé par des « précédents topiques », Cass. soc., 17 décembre 2004, FS-P+B+R+I, D. 2005, IR, p. 110, note P. GUIOMARD, Cont. conc. cons., 2005, n° 3, comm. 44, M. MALLAURIE-VIGNAL, Petit. aff. 16 mai 2005, n° 96, chron. p. 14, obs. G. PIGNARRE, RTDCiv. 2005, chron. n° 5, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER. S'agissant de la jurisprudence européenne, v. CEDH, 10 octobre 2006, n° 40403-02, « Pessino », D. 2007, n° 2, p. 124, note D. ROETS, JCP éd. G., 2007, II, 10092, D. ZEROUKI-COTTIN.

vérité du jugement de validité⁵⁸¹. Le premier entraîne la reconnaissance dogmatique des seules sources étatiques comme véritables sources du droit alors que le second se contente pragmatiquement de constater l'origine de la compétence aboutissant indirectement à conférer un contenu à la loi, à un instant T. Ce n'est donc pas le moment du passage de la validité à l'invalidité pour la jurisprudence ou de la pré-positivité à la positivité pour la coutume, qui fait leur différence spécifique. L'échec de la confrontation - opposition de la coutume et de la loi marque les limites de l'analyse des sources du droit⁵⁸².

Ni le caractère obligatoire, ni la notion de validité ne permettent d'expliquer la place de la coutume dans l'ordre juridique lorsqu'elle est directement confrontée à la loi. En conséquence, son statut d'accident s'avère sujet à caution. La logique formelle ne permet pas à elle seule d'expliquer le rôle de la coutume et cela peut d'ailleurs aussi s'expliquer par l'ambiguïté tant de la définition du droit que de celle du caractère obligatoire de la loi. Contrairement aux prescriptions d'Aristote, le droit n'est jamais conçu comme un genre prochain. Du point de vue positiviste, le droit est un genre suprême, puisqu'il n'est englobé par aucun autre ; du point de vue jusnaturaliste, la Loi naturelle englobe le droit positif, mais comme cette dernière n'a pas de contenu, il est tout aussi difficile d'envisager le droit comme un genre prochain. Quant au caractère obligatoire de la loi, il varie selon les espèces de lois, ce qui fait de la loi elle-même, un genre. Par exemple, une loi d'habilitation du gouvernement à légiférer est obligatoire dans le sens où elle pose à la fois une *interdiction* (celle de dépasser un certain délai et un champ matériel de compétence) et une *faculté* (le gouvernement n'est en définitive pas tenu de légiférer). À l'inverse, la loi pénale est obligatoire, dans le sens où elle implique à la fois une *permission* (le magistrat est autorisé à user de la puissance publique pour poursuivre et sanctionner les délinquants), un *interdit* (le magistrat ne peut pas ne pas déférer à la loi) et, enfin, une *faculté* pour les justiciables de faire possiblement tout ce qui ne lui contrevient pas conformément au principe de légalité des délits et des peines. L'obligatoire impliquant le possible et le permis au-delà de l'interdit, il ne peut pas en bonne logique constituer la différence spécifique de la loi et de la coutume. À cet égard, Antoine Jeammaud⁵⁸³ estime que réduire la règle de droit à une règle de conduite pêche à la fois « par simplisme et par irréalisme » précisément en raison de « la variété des voies de cette "contrainte" qu'évoque l'idée même de loi »⁵⁸⁴. Dès lors, l'auteur propose d'abandonner la recherche d'une substance sujette à caution, pour bien plutôt tenter de comprendre « le *modus operandi* de ce droit au quotidien ». Selon Antoine Jeammaud, la règle de droit est avant tout un modèle : « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer *comment les choses*

⁵⁸¹ *Supra*, première partie, tit. I, chap. I.

⁵⁸² V. William DROSS, Retour aux sources, R.I.E.J., 2003.50, p. 155.

⁵⁸³ La règle de droit comme modèle, D. 1990, chron. 35, p. 199.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 200. V. le travail sémantique effectué par Antoine Jeammaud sur plusieurs dispositions juridiques, démontrant le caractère réducteur et même appauvrissant de la déontique, p. 200 à 202 et p. 207 à 210.

doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative, et non d'un prétendu contenu prescriptif, prohibitif ou permissif d'une conduite »⁵⁸⁵. Mettant en évidence « la nature instrumentale de mesure, d'étalon »⁵⁸⁶ de l'énoncé de la norme, l'auteur analyse ses différentes réalisations comme modèle et constate leur très grande diversité. En effet, le praticien, la doctrine ou encore le juge se réfèrent à un modèle, élaborent « un rapport de norme à conduite »⁵⁸⁷ qui *in fine* constituent une réalisation de la norme marquée par sa très grande variété d'objets. Et d'en conclure qu'il importe « d'avoir égard aux conditions dans lesquelles les règles, substantielles ou procédurales, sont *mobilisées* par les "sujets" (...) car, si l'on ne peut méconnaître la force symbolique de l'ordre normatif – pas plus que l'évident et naturel phénomène d'ignorance ou de la connaissance approximative, mythique, de son contenu – la première exigence est de se souvenir que les normes *ne se mettent pas d'elles-mêmes en mouvement* »⁵⁸⁸.

La signification de la règle semble fondamentalement prendre sens dans un contexte d'application. Dès lors, il convient de rechercher une autre manière de comprendre comment la coutume agit au sein du corpus juridique.

103. — **La coutume, une réalisation contextuelle de la loi.** La coutume permet sans aucun doute de donner un contenu à la loi, voire une légitimité dans le cas de la décision sanctionnant le mariage de personnes du même sexe. Dans cette perspective, la coutume ne se satisfait d'aucun rang définitif au sein de l'ordre juridique. Indexée à la loi, elle en constitue une réalisation possible et tout dépendra du sens donné au caractère obligatoire de la loi. Dans le cas de la décision prohibant le mariage entre personnes du même sexe, la coutume peut être conçue comme suit :

- Forme : le mariage entre personnes du même sexe est interdit à un instant T ;
- Matière : l'acte d'interdiction fait apparaître la possibilité du mariage homosexuel ;
- La coutume est la cause motrice ayant engendré la forme ;
- Le juge est la cause efficiente, c'est-à-dire l'auteur de l'acte présidant à la forme ;
- La loi est la cause motrice susceptible un jour de transformer la forme en autorisant le mariage homosexuel.

Sous l'effet de la décision du juge, lequel a donné un contenu à la loi en recourant à la coutume, la loi constitue pour l'heure la seule cause motrice susceptible un jour de transformer la forme sous l'effet conjugué d'une décision politique et d'une évolution des mœurs. Néanmoins, il paraît évident que la forme, c'est-à-dire l'acte formalisé d'interdiction, loin de renforcer la matière, c'est-à-

⁵⁸⁵ Ibid, (l'auteur souligne).

⁵⁸⁶ Ibid., p. 202.

⁵⁸⁷ Ibid.

⁵⁸⁸ Ibid., p. 209 et 210, (l'auteur souligne).

dire le mariage hétérosexuel, a ouvert la voie à une possible évolution. D'objet totalement indifférencié dans la mesure où pendant longtemps personne n'aurait eu ne serait-ce que l'idée de poser la question du mariage entre personnes du même sexe, le mariage homosexuel est devenu une question socioculturelle, puis un trait pertinent du mariage au sein du corpus juridique.

La coutume a été le vecteur de l'indexation, de sorte que la question de la hiérarchie des sources n'a pas de sens. La coutume, la loi et la jurisprudence sont interdépendantes pour définir le mariage. Le juge n'a pas de légitimité représentative du peuple et, à ce titre, sa décision de se conformer à un état du droit multi centenaire apparaît fondée. Cependant, son rôle au sein de la société ne peut pas être nié. Si l'on admet qu'il a joué le rôle de « la cause efficiente », cela signifie qu'il est à l'interface de la forme et de la matière et qu'il modifie, sans même le vouloir, la signification du mariage et, en retour, du corpus juridique. Quel que soit le régime final des conditions du mariage, le simple fait d'avoir rendu une décision sur la possibilité d'autoriser ou non le mariage entre personnes du même sexe, a donné naissance à un trait pertinent qui a immédiatement modifié le corpus juridique en tant qu'ensemble signifiant. D'ailleurs, s'agissant de l'interprétation de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil ou de la loi sur les accidents du travail, la Cour de cassation n'a pas adopté une position attentiste, mais a posé une nouvelle règle afin de mieux répondre aux besoins sociaux, sans attendre l'intervention de la loi.

La coutume a permis de s'interroger sur la valeur de la forme donnée à la loi, sur son contexte de réalisation et sur la problématique dans laquelle la définition s'inscrit, toutes questions qui nécessitent de sortir de la logique formelle. Réduire la coutume à un élément pré-positif du droit, inscrit cette dernière dans un rapport d'opposition à la loi qui fait obstacle à la seule problématique pertinente : celle de la définition juridique du mariage en l'état donné d'une société. La logique aristotélicienne ne se propose pas de découvrir la vérité⁵⁸⁹, ni même des explications nouvelles. Elle « fournit l'instrument de la pensée correcte, non sa matière (...) un ensemble de précautions destinées à dépister les déductions fausses, les contradictions cachées, les définitions arbitraires ou incomplètes »⁵⁹⁰. Au nombre de ces précautions figure la probabilité de la relation entre la différence et l'espèce, ainsi que la nécessité de s'interroger sur la signification des mots dans un discours et un contexte donnés. L'examen superficiel des notions d'obligation et de validité peut conduire à des déductions inexactes dans un certain contexte de réalisation de la coutume et la définition de la loi doit céder devant l'impossibilité logique de comparer des propositions en termes de hiérarchie. Le modèle référentiel de raisonnement permet de s'interroger sur les diverses

⁵⁸⁹ Et la définition ne prouve pas l'essence, seconds *Analytiques*, II, 7.

⁵⁹⁰ Jean-François REVEL, « Histoire de la philosophie occidentale. De Thalès à Kant », éd. Nil, Paris, 1994, p. 156 et 157.

réalisations d'une définition en partant d'elle. L'intension détermine bien l'extension mais l'intension n'est pas formelle. Elle a un contenu, car elle fait partie du corpus juridique qui fait apparaître des statuts dans cette configuration précise. En termes d'indexation, la coutume bénéficie d'une propension égale à celle de la loi ou de la jurisprudence. Sur ce plan, chacune est équivalente à l'autre.

§3 Les limites du mode référentiel d'indexation

104. — Les limites de ce modèle tiennent d'abord à l'apparente rigidité des catégorèmes pouvant aboutir à une systématique des conditions nécessaires et suffisantes. Or, certaines notions possèdent des attributs nécessaires, mais qui ne se révèlent pas toujours suffisants et même, certains attributs nécessaires sur le plan de la définition ne sont pas systématiquement requis en extension quand ils parviennent au stade de leur application. Nous verrons cependant que cette limite n'en est pas vraiment une et peut être résolue par l'apport récent de la logique des ensembles flous (3.1.). La seconde difficulté est plus ardue car elle met en cause le fondement même de la logique référentielle. Il est des cas où le droit use de définitions en extension (3.2.), c'est-à-dire où les objets traités par le droit sont directement désignés comme tels et non par le biais de critères pertinents. Se pose dès lors la question de l'apport de ces définitions pour le droit dans l'optique de l'indexation.

105. — 3.1. L'apparente systématique des conditions nécessaires et suffisantes

Rechercher les « conditions nécessaires et suffisantes » d'une définition, puis de notions catégorielles permet *a priori* de se conformer à l'impératif de prévisibilité juridique, mais cette démarche pose la question de l'étendue de cette nécessité. Selon le schéma traditionnel de la catégorie, les membres d'une même classe ou d'une même catégorie doivent partager les mêmes propriétés et le critère de l'appartenance à la catégorie est lié à la possession de ces propriétés. Ce raisonnement implique trois principes directeurs : la netteté de la frontière des catégories, l'homogénéité des classes au sein des catégories, la nécessité et la suffisance des critères catégoriels.

La frontière poreuse des catégories. L'adaptabilité du droit constitue parfois une explication à la porosité de certaines catégories juridiques. Selon Jean-Louis Bergel, les catégories juridiques se définissent comme « des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun »⁵⁹¹. La catégorie

⁵⁹¹ Jean-Louis BERGEL, Différence de nature égale différence de régime, RTDCiv., 1984, p. 255, n° 3.

regroupe des concepts, définis comme des « représentations mentales générales et abstraites des objets »⁵⁹², déterminés « en fonction du droit objectif et des réalités sociales »⁵⁹³. Aux yeux de Jean-Louis Bergel, les concepts issus de la réalité mouvante et complexe, appellent un effort de construction fondé sur des critères stables et aptes à maintenir une harmonie du droit. Le droit procède donc par « "conceptualisations successives", suivant la distinction du genre et de l'espèce » dans le but d'analyser les situations de fait selon des « concepts connus et définis »⁵⁹⁴. L'auteur admet cependant la nécessité de concepts « flous »⁵⁹⁵, c'est-à-dire dont le contenu est laissé à l'appréciation du juge, lequel compose alors avec les éléments variables du concept en fonction « du contexte social et idéologique du lieu et du moment »⁵⁹⁶. De même, Jean-Louis Bergel estime que les catégories doivent être assez flexibles pour s'adapter aux évolutions du milieu social et de l'ordre juridique : « comme les catégories sont constituées de distinctions bipartites et de classifications tranchées, à portée exhaustive, elles ne peuvent être des catégories fermées, incapables de capter des réalités ou des concepts nouveaux. Il faut donc que, parmi les deux catégories antithétiques qui correspondent à une distinction, il y en ait une au moins qui soit assez ouverte pour pouvoir accueillir de nouvelles entités ou de nouvelles notions : dans chaque classification, si l'une des catégories est limitative, l'autre doit être résiduelle »⁵⁹⁷.

Cette explication ne suffit pourtant pas à expliquer entièrement le fonctionnement de certaines catégories. Par exemple, la distinction du contrat et du délit correspond au modèle décrit, puisque l'une des catégories est fermée et l'autre ouverte : tout ce qui ne ressort pas du contrat relève du délit et les deux sont censées s'exclure. Il n'empêche que les efforts déployés par la doctrine pour tenter de refonder la distinction du contrat et du délit dans le sens d'une unification des responsabilités, de la création de régimes spéciaux coexistant avec un régime de droit commun, ou encore, par une réduction significative du champ de la responsabilité contractuelle, montrent les difficultés engendrées par l'axe de distinction c'est-à-dire la source de l'obligation violée, d'origine contractuelle ou d'origine légale. À l'évidence, certains éléments perturbent le fonctionnement de la distinction. La nécessité d'une bonne foi dans l'exécution (obligation de loyauté, de vigilance, de renégociation, etc.), la correction de l'économie générale du contrat par l'équité (obligation de sécurité), ont conduit certains auteurs⁵⁹⁸ à considérer que le contrat est un instrument d'utilité

⁵⁹² « Méthodologie juridique », PUF, Paris, 2001, p. 107 (l'auteur cite la définition du dictionnaire Robert).

⁵⁹³ Ibid.

⁵⁹⁴ Ibid.

⁵⁹⁵ « Les notions à contenu variable en droit », études publiées par Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, Bruxelles, 1984 ; Mireille DELMAS-MARTY, « Le flou du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004.

⁵⁹⁶ « Méthodologie juridique », op. cit., p. 118.

⁵⁹⁷ « Méthodologie juridique », op. cit., p. 128.

⁵⁹⁸ Emmanuel GOUNOT, « Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », th. Dijon, Paris (s. n.), 1912, p. 387. Jacques GHESTIN, « Traité de

sociale et de justice contractuelle et pas seulement un acte destiné à satisfaire des intérêts individuels. Or, cette vision du contrat est finalement assez proche de celle du délit. Elle permet de réparer, sans caractère punitif, les dommages causés par ce fait de l'Homme particulier que constitue l'inexécution contractuelle.

La multiplication des obligations légales et l'intervention accrue du juge pour réglementer le contenu du contrat, voire créer un contrat de toutes pièces donnent lieu à des solutions inédites. Le régime des loteries publicitaires en constitue une bonne illustration puisqu'à l'occasion d'un arrêt du 6 septembre 2002, la Cour de cassation⁵⁹⁹ a reconnu l'existence d'un quasi-contrat inconnu au visa de l'article 1371 du Code civil. Elle a ainsi sanctionné une société de vente par correspondance, en raison d'un courrier proposant à son destinataire, désigné « de manière nominative et répétitive », une somme d'argent sous la condition qu'il renvoie dans les délais un bon de validation. Il s'agissait, en réalité, d'un pré-tirage au sort qui n'a pas été suivi d'effet. Ayant imprudemment effectué des achats en prévision de son gain, le gagnant déçu a saisi la justice en exécution forcée et, à titre subsidiaire, en réparation pour publicité trompeuse. Quatre voies s'ouvraient au juge, dans la mesure où l'existence d'un contrat était discutable. Pour agir en exécution forcée, sur le fondement des articles 1134 et 1142 du Code civil, il était possible de considérer l'envoi du courrier comme une offre et le bon de renvoi comme l'acceptation de l'offre. Cependant, le courrier étant équivoque dans sa formulation générale, cette qualification était quelque peu incertaine. La responsabilité délictuelle, ensuite, aurait pu permettre d'identifier la faute à l'illusion donnée du gain. Le fait qu'il se soit cru riche et qu'il ait fait des achats rapprochés dans le temps, aurait constitué le lien de causalité entre la faute et le préjudice. Ce dernier aurait englobé le montant des achats et le préjudice moral, mais non le montant du gain, le caractère punitif de l'article 1382 du code civil n'étant pas admis en droit français. L'acte unilatéral constituait une troisième voie possible, mais ce dernier, comme l'offre, souffrait du défaut d'équivoque. C'est probablement pour cette raison que la Cour de cassation a opté pour la solution *sui generis* du quasi-contrat inconnu. En l'absence d'aléa apparent, la société s'est engagée par un fait purement volontaire. L'intéressé peut ainsi toucher le gain promis. Dès lors, « le forçage du contrat » n'est pas une expression vaine : à l'évidence, tout ce qui ne ressort pas du contrat ne

droit civil, Les obligations, les contrats : formation », LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 187, *Adde*, L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chron. p. 1.

⁵⁹⁹ Cass. ch. mixte, 6 septembre 2002, Bull. ch. mixte, 2002, n° 4, BICC 15 oct. 2002, concl. R. de GOUTTES, rapp. J.-P. GRIDEL, D. 2002, jurispr. p 2963, note D. MAZEAUD, et -, AJ, p. 2531, obs. A. LIENHARD, JCP éd. G., 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE, JCP, éd. E. 2002, jurispr. 1687, p. 1869, note G. VINEY, Rép. Defrénois, 2002, jurispr. 37644, n° 92, p. 1608, note E. SAVAUX, Cont. conc. cons., 2002, chron., n° 22, p. 4, note Ph. LE TOURNEAU et A. ZABALZA, et -, comm. n° 151, p. 29, note G. RAYMOND. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 2003, Bull. civ., I, n° 85. V. aussi Philippe BRUN, Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction, Etudes Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 191.

tombe pas automatiquement dans le délit. Une autre conception du contrat se dessine qu'il ne nous appartient pas de juger, mais qui incite à rechercher une façon de concevoir le contrat autrement que par le biais du délit, peut-être en oubliant momentanément ce dernier et en se concentrant sur le développement temporel du contrat⁶⁰⁰.

L'hétérogénéité des classes au sein des catégories. Le modèle des conditions nécessaires et suffisantes suppose en principe que les membres d'une catégorie soient homogènes et équivalents. Tel est pourtant rarement le cas. Par exemple, le contrat de vente représente mieux la catégorie générique du contrat que le contrat d'assistance bénévole. De même, le service public administratif est plus représentatif du droit public que le service public industriel et commercial et, encore davantage, que l'établissement public à caractère industriel et commercial. Cela se confirme aussi bien du point de vue du critère du service public que de la part faite aux règles exorbitantes de droit commun. Un membre représente mieux la catégorie qu'un autre et il s'instaure une hiérarchie de fait qui aboutit parfois à remettre en cause la définition, voire le principe de la catégorie. Tel est le cas lorsqu'une catégorie est surreprésentée par une classe au point que le régime tend à être calqué sur ses caractéristiques au détriment de celles des autres. Le droit de propriété est ainsi conçu comme le droit réel par excellence, au point qu'il tend parfois à se confondre avec lui⁶⁰¹.

La relativité des attributs des catégories. La recherche systématique des conditions nécessaires et suffisantes conduit, enfin, à privilégier les attributs toujours « vrais ». Pourtant, la définition proposée par Marcel Waline de la catégorie juridique montre qu'en réalité les critères des catégories n'ont rien d'absolu. La catégorie juridique se définit comme « tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'actes auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et *généralement* suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge »⁶⁰². En premier lieu, cette définition permet d'éliminer un certain nombre de catégories qui n'en sont pas réellement comme, par exemple, « l'accord collectif », une variante restreinte de la convention collective qui ne produit pas d'effet juridique particulier par rapport à cette dernière⁶⁰³. En second lieu, le fait que Marcel Waline évoque la condition « généralement » suffisante de la catégorie montre que la systématique des conditions nécessaires et suffisantes n'est qu'apparente. Il arrive en effet que des attributs soient

⁶⁰⁰ *Infra*, tit. I, chap. II.

⁶⁰¹ V. les obs. de Favez HAGE-CHAHINE, *Essai d'une nouvelle classification des droits privés*, RTDCiv. 1982, p. 705.

⁶⁰² Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, Mél. Jean Dabin, Bruylant - Sirey, Bruxelles - Paris, 1963, I, p. 365.

⁶⁰³ Art. L. 131-1 du Code du travail, recodifié sous l'art. L. 2221-2 (ord. n° 2007-329 du 12 mars 2007, J.O. 13 mars 2007, art. 12 I). Aux termes de l'art. L. 2221-2, « la convention collective a vocation à traiter de l'ensemble des matières visées par l'article L. 2221-1, pour toutes les catégories professionnelles intéressées. L'accord collectif traite un ou des sujets déterminés dans cet ensemble ».

essentiels à l'identification d'une catégorie mais qu'ils ne se soient pas toujours nécessaires au stade de l'application.

La notion de communauté de vie entre époux est en principe à la fois « affective et matérielle ». La vie professionnelle peut néanmoins justifier la cessation ponctuelle ou temporaire de la communauté matérielle. Elle ne constitue un manquement aux devoirs du mariage qu'à défaut d'actualité de l'intention matrimoniale⁶⁰⁴. De même, jusqu'à la loi du 26 mai 2004, l'ancien article 238 du Code civil ouvrait le divorce pour rupture de la vie commune, lorsqu'il s'avérait que les facultés mentales du conjoint étaient si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsistait depuis six ans et que, selon les prévisions les plus raisonnables, elle ne pourrait se reconstituer dans l'avenir. Le fait de vivre sous le même toit n'était, dans ce cas de figure, pas pris en compte, la rupture de la communauté affective constituant le seul critère. La loi du 26 mai 2004⁶⁰⁵ portant réforme du divorce prévoit seulement un cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal. Il suppose une rupture affective et matérielle d'une durée de deux ans à compter de l'assignation. Autrement dit, la séparation matérielle peut intervenir tardivement, au stade de la requête initiale, puisque les parties disposent d'un délai de trente mois pour introduire l'instance⁶⁰⁶, à compter de l'ordonnance de non-conciliation. Dans certains cas, les éléments de la communauté de vie sont requis de manière alternative, ce qui devrait aboutir, selon le modèle des conditions nécessaires et suffisantes, à refonder la définition. Il n'en reste pas moins que la vie commune est, en tant que catégorie, identifiée au travers de ces deux éléments conjoints considérés à la fois comme nécessaires et suffisants.

106. — Ces limites tendent à conforter l'idée qu'il n'est pas opportun d'envisager le modèle aristotélécien avec une rigidité telle qu'il devienne inadapté aux sciences humaines. Il est moins une logique qu'un raisonnement autorisant des nuances. Par ailleurs, s'appuyant sur la logique de l'absurde de Lewis Carrol, Marie-Laure Mathieu-Izorche⁶⁰⁷ a développé l'idée d'une *logique* floue en droit, laquelle va plus loin que la reconnaissance de *notions* floues. Pour comprendre les mécanismes du raisonnement juridique, l'auteur prend comme double objet d'étude, la logique, conçue comme l'étude de la validité des raisonnements et l'argumentation, fondée sur des éléments rationnels ou non, dans les rapports qu'elle entretient avec la logique⁶⁰⁸. Marie-Laure Mathieu-

⁶⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1999, D. 2000, somm. p. 413, obs. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 1999, p. 1256, obs. J. MASSIP ; Dr. fam., 1999, n° 110, note H. LECUYER.

⁶⁰⁵ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce.

⁶⁰⁶ Article 1113 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, issu du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004.

⁶⁰⁷ « Le raisonnement juridique », op. cit. ; *Adde*, Réflexions sur la distinction, Mél. Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, p. 53.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 1 à 18, spéc. p. 12.

Izorche étudie les instruments de la logique en montrant, en premier lieu, que la rectitude du raisonnement ne coïncide pas nécessairement avec la justice décisionnelle : « justesse n'est pas justice »⁶⁰⁹. La validité, entendue comme rectitude, est à ses yeux nécessaire mais pas suffisante, ce que n'aurait pas démenti Aristote. Partant de cette idée, Marie-Laure Mathieu-Izorche distingue et compare les mérites respectifs des opérations de classement et de rangement. Conformément au modèle des catégorèmes, elle estime que « le classement d'un ensemble d'objets consiste à "découper" cet ensemble en deux ou plusieurs catégories, chacun des objets étant situé dans une des catégories et aucun d'entre eux ne pouvant appartenir à deux ou plusieurs catégories »⁶¹⁰ dans « une relation d'équivalence »⁶¹¹. Le rangement consiste, quant à lui, à « disposer d'une certaine manière les divers objets de l'univers, afin de faciliter le tracé d'une frontière »⁶¹² en fonction, cette fois, « d'une relation d'ordre »⁶¹³.

Marie-Laure Mathieu-Izorche insiste sur deux points essentiels : la définition de « l'univers de référence » dans lequel s'inscrivent ces opérations et la nécessité d'envisager le sens du classement au regard d'une problématique⁶¹⁴. Celle-ci dépend de l'intention de son auteur, en fait, de l'optique dans laquelle il indexe une problématique à un ensemble. À titre d'illustration, elle observe que la problématique diffère, en fonction du pédagogue, du chercheur, du législateur et du juge⁶¹⁵. Bien que se situant dans une perspective de communication, ils ne s'adressent pas au même public pour les mêmes raisons et ils emploient plus ou moins de critères, des concepts plus ou moins nets, plus ou moins affinés et, nous dirions, plus ou moins affranchis du modèle des conditions strictement nécessaires et strictement suffisantes.

En distinguant et en comparant les mérites respectifs des opérations de classement et de rangement, Marie-Laure Mathieu-Izorche démontre proprement que la logique n'est pas incompatible avec la souplesse des concepts et de leurs frontières, qu'elle sert le raisonnement plutôt qu'elle ne le soumet. La logique floue répond à la nécessité de combiner le possible et le nécessaire et constitue le prolongement, plutôt que la négation, de la logique binaire, manichéenne centrée sur le vrai et le faux, le oui et le non. « Il n'est nullement indispensable de se référer à des concepts nets pour raisonner correctement (...) il est impossible de choisir entre ces deux tendances, l'une consistant à simplifier, à classer le réel en catégories nettes, l'autre à retenir des concepts flous ; surtout, ce n'est pas nécessaire, ni, sans doute souhaitable. Il suffit de prendre conscience que

⁶⁰⁹ Ibid., p. 347.

⁶¹⁰ Ibid., p. 29.

⁶¹¹ Ibid., 79.

⁶¹² Ibid., p. 69.

⁶¹³ Ibid., p. 79.

⁶¹⁴ Ibid., p. 50.

⁶¹⁵ Ibid., p. 57 à 59.

ces deux démarches existent, dans la pensée juridique, comme d'ailleurs en logique »⁶¹⁶. Un ordre peut être total, ou partiel⁶¹⁷, de même, la logique peut s'appliquer à des ensembles flous, sans que la rectitude du raisonnement puisse valablement être remise en cause. En fait, la réussite du modèle aristotélicien tient à la faculté de combiner les catégorèmes avec la logique des quatre causes impliquant un processus de transformation des rapports aux objets étudiés en fonction de leur contexte de réalisation. La coutume est alors considérée comme une variable d'ajustement. La probabilité adaptée à la logique juridique grâce aux progrès des mathématiques constitue un autre moyen d'envisager la concordance de définitions pas totalement nettes, homogènes ou systématiques avec la rectitude du raisonnement au regard de l'application de ces concepts.

107. — **3.2. L'extension comme propriété du droit**

Selon le modèle aristotélicien, l'intension détermine l'extension. Cette formule est fondamentale car elle évite de porter des jugements de valeur en ayant conscience de la spécificité des objets indexés à un corpus signifiant. Critiquer une définition ou une catégorie en s'appuyant sur les référents extérieurs n'a pas de sens. Même si l'indexation a une visée référentielle, c'est bien l'intension qui détermine en principe l'extension. Ce postulat a fort bien été mis en évidence par Charles Eisenmann⁶¹⁸. À l'occasion d'une étude méthodologique des définitions et des catégories, l'auteur estime que « c'est une non moins grave erreur que de croire que la valeur des concepts de classification peut se décider par des arguments de fait, - si l'on accepte de désigner ainsi, conventionnellement, les arguments selon lesquels telle définition de classe serait inexacte et mauvaise parce qu'elle impliquerait que font partie de cette classe tels "individus" qui "en réalité", n'en font pas partie, ou inversement parce qu'elle ne permettrait pas d'intégrer à la classe des "individus" qui, "en réalité", en font partie ». Charles Eisenmann remet en cause le raisonnement qui pense le droit comme un système opérant une répartition de classes, chaque classe étant composée de données connues. À ses yeux, toute classification découle d'une conceptualisation préalable des concepts et c'est bien en fonction des concepts que les faits sont classés et non l'inverse. C'est ainsi, observe-t-il, que la classification des formes de l'État, unitaire, fédéral, régional, etc. suppose une conceptualisation préalable de ce que doit être l'État. Il ajoute à juste titre que la véritable légitimité de la classification ne se situe pas dans sa capacité à être englobante de la réalité juridique, mais à s'ajuster à la problématique. Il en est d'ailleurs de même pour le droit et ses « sources » dont la définition et l'usage dépendent largement d'une culture et d'une méthode d'interprétation, guidées par un projet dans la voie de traitement – plutôt réglementaire ou plutôt

⁶¹⁶ Ibid., p. 56 et 57, (l'auteur souligne).

⁶¹⁷ Ibid., p. 77 s., *Addé*, L'ordre et le droit, mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 731.

⁶¹⁸ Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, APD, 1966, n° 11, p. 29, spéc. n° 12, p. 34.

négociée - de la réalité sociale⁶¹⁹.

Pourtant, le postulat selon lequel l'intension détermine toujours l'extension doit être nuancé, non au plan de la signification des statuts au sein du corpus, mais de la stratégie de communication parfois employée par le législateur.

108. — **L'extension, un mode de désignation des objets parfois simple et efficace.** La technique de la définition par la désignation des référents est traditionnellement utilisée soit pour limiter l'interprétation, soit pour éviter des détours logiques inutiles, lorsque les classes sont en nombre réduit. Par ailleurs, elle peut servir à éclairer une définition en intension.

La technique de la liste exhaustive des classes. À titre d'illustration, l'article 173 du Code civil prévoit que « le père, la mère, et à défaut de père et de mère, les aïeuls et aïeules peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, même majeurs ». Le législateur a choisi la praticabilité et la clarté, plutôt que de viser par exemple les ascendants en ligne directe au premier degré (pour désigner les père et mère) et, à défaut, les autres ascendants en ligne directe aux degrés supérieurs. À l'évidence, la règle aurait été moins compréhensible et inutilement compliquée. À la suite de Jean Dabin, il convient de garder à l'esprit qu'une définition juridique reste « plus ou moins approximative, expéditive et sommaire » parce que la tâche du juriste « n'est pas d'établir des définitions scientifiquement correctes, mais d'élaborer des règles applicables, et que la praticabilité du droit veut des définitions relativement simples, aptes au maniement »⁶²⁰. Cela ne remet pas en cause le fait que tout concept fait l'objet d'une indexation. Dans ce cas précis, les notions de père, de mère et d'ascendants sont indexés à la filiation et ont une signification précise. Cependant, le droit se double d'un souci d'efficacité et fait l'impasse, à l'occasion d'une règle, sur la formalisation de l'indexation.

La technique de la liste exemplative des classes. Cette technique fréquemment utilisée par le législateur permet d'éclairer une définition en intension. Tel est le cas, par exemple, de l'article 524 du code civil qui dispose d'abord que « Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination » et qui vise, ensuite, de manière non exhaustive, « Les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires, les pigeons des colombiers, (...) ». La difficulté de la liste exemplative est qu'elle ne résiste pas aussi bien au temps que la définition et

⁶¹⁹ V. Frédéric ZENATI-CASTAING, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil*, D. 2002, chron. p. 15.

⁶²⁰ Jean DABIN, « Théorie générale du droit », Dalloz, Paris, 1969, n° 253, p. 289.

qu'elle est en permanence guettée par la désuétude. Elle est, dans tous les cas, censée faciliter la compréhension du droit, ce qui conforte la visée référentielle de la définition représentant les objets d'une certaine manière.

Le mode référentiel d'indexation a permis d'envisager la richesse de certains statuts représentés par des définitions et des catégories non figées. Il est complété par la mode différentiel d'indexation.

Section 2 Le mode différentiel d'indexation

109. — Le trait différentiel a une vertu contrastive et ne comporte pas de visée référentielle. Il ne consiste pas à définir des objets en fonction de traits représentatifs d'une réalité jugée pertinente, même lorsque cette dernière est conçue sous l'angle d'une problématique ou modelée par un principe normatif. La méthode consiste à rechercher la signification des concepts par le prisme des relations qu'ils entretiennent avec d'autres concepts⁶²¹. Le concept, la définition et la catégorie n'ont pas de sens intrinsèque. Chaque terme d'un ensemble constitue une unité dont la valeur résulte de la présence simultanée d'un autre. Chaque terme est purement différentiel et défini, non pas positivement par son contenu, mais négativement par son rapport avec les autres termes du système. En linguistique, cette méthode, devenue fondamentale grâce à Ferdinand de Saussure⁶²², prend le nom d'analyse sémique. Elle a pour but de rechercher, au sein du système langagier, les codes de la communication institués par les unités langagières, qui existent, dans la mesure où elles évoluent en réseau. Pour tenter de discerner la signification et la portée du mode différentiel de raisonnement pour le droit, il convient, dans un premier temps, de le confronter au mode référentiel de raisonnement. L'exemple du jeu de l'accusatoire et de l'inquisitoire dans le domaine du droit procédural, devrait permettre d'éclairer leurs fonctions (§1). Il sera alors loisible d'envisager les implications conceptuelles de la méthode différentielle, c'est-à-dire celles découlant d'une approche dite textuelle (§2), ces développements devant *in fine* permettre d'envisager les possibles limites de cette méthode (§3).

§1 Confrontation des modes référentiel et différentiel de raisonnement : le jeu de l'accusatoire et de l'inquisitoire en procédure

110. — D'un point de vue référentiel, la procédure française a un caractère mixte traditionnellement reconnu par les juristes (1.1.). Pourtant, le point de vue différentiel met en évidence la dialectique des deux pôles de l'accusatoire et de l'inquisitoire (1.2.).

⁶²¹ Ce qui n'implique pas une conception unitaire du droit. En ce sens, v. Christian ATIAS, « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 88, p. 58. L'auteur évoque la nécessité pour l'épistémologie juridique d'adopter une démarche différentielle, car « la douteuse hypothèse de l'unité du droit ne saurait enfermer la théorie de son savoir dans le piège des généralités abstraites. Le savoir juridique n'existe pas ; il ne peut être l'objet d'analyses que sous bénéfice d'inventaire et, surtout, après de multiples études, colletes, recensements, classements, comparaisons de parties et de secteurs ».

⁶²² « Cours de linguistique générale », 1916, 5^{ème} éd., Payot, Paris, 1962.

111. — **1.1. Le caractère « mixte » de la procédure juridique sur un plan référentiel**

Le caractère mixte de la procédure selon le mode référentiel de raisonnement. Dans un mode référentiel, les procédures civile et pénale sont considérées comme « mixtes »⁶²³. La procédure pénale est « de type » inquisitoire, la procédure civile « de type » accusatoire. Dès lors, si l'objet de la distinction de l'accusatoire et de l'inquisitoire consiste à caractériser les différences qui séparent la procédure civile de la procédure pénale, l'utilité de cette classification s'avère discutable. L'opposition permet seulement de scruter la dominante d'une procédure dans le temps ou au sein de chaque problème à traiter, d'accuser leurs différences⁶²⁴, mais elle ne constitue pas une définition permettant de classer les procédures en fonction du prétendu esprit des disciplines.

Le concept de l'accusatoire n'a de sens qu'au regard de son double inverse, l'inquisitoire. La procédure accusatoire se caractérise par trois traits : l'oralité, la publicité et la contradiction des débats. La procédure inquisitoire comporte les traits inverses, c'est-à-dire le caractère écrit, secret et non contradictoire des débats. En droit français, la procédure pénale est traditionnellement inquisitoire pour la phase d'enquête qui emporte ou non le déclenchement des poursuites, ainsi que pour la phase d'instruction. Elle est accusatoire en ce qui concerne la phase de jugement. La procédure civile est globalement accusatoire.

Comme son nom l'indique, la procédure accusatoire est axée sur l'accusation. Les personnes en charge du jugement ne peuvent se saisir elles-mêmes nonobstant leur connaissance personnelle des faits. Elles doivent attendre que les infractions aient été dénoncées par quelqu'un dont le rôle d'accusateur est fondamental pour la suite du procès⁶²⁵. L'accusateur est en principe la victime et son entourage. Cependant, en raison de la charge morale et matérielle que représente l'accusation, le droit d'accuser a été étendu au cours de l'histoire « aux témoins des faits, puis à tout citoyen, enfin à des représentants de l'autorité publique (lointains ancêtres de notre ministère public) »⁶²⁶. Le juge a un rôle d'arbitre. Il contrôle la loyauté du procès et, à l'issue des débats, il tranche les prétentions des parties au vu des preuves produites de part et d'autre. Les parties bénéficient d'une complète égalité de droits, ce qui signifie que l'issue des débats dépend largement de leur capacité à préparer le procès, à rechercher les arguments et les pièces utiles et, selon le modèle anglo-saxon, à se les échanger sans sélection préalable⁶²⁷. Comme l'observe Michèle-Laure Rassat, la procédure

⁶²³ Michèle-Laure RASSAT, « Traité de procédure pénale », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 2001, n° 17, p. 36.

⁶²⁴ André VITU, Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, Mél. Pierre Voirin, LGDJ, Paris, 1967, p. 812.

⁶²⁵ Michèle-Laure RASSAT, « Traité de procédure pénale », op. cit., n° 11, p. 29.

⁶²⁶ Ibid., n° 12, p. 31.

⁶²⁷ Xavier LAGARDE, Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, JCP éd. G., 2005, I, doct. n° 133, p. 771.

accusatoire est « (...) une procédure de société éminemment démocratique dans laquelle on accorde une prééminence évidente aux intérêts des individus sur ceux de la collectivité »⁶²⁸. Elle se déroule en une phase unique, publique et contradictoire.

Aujourd'hui, la doctrine oppose le juge civil au juge pénal en considérant que le premier est « passif »⁶²⁹, ou à tout le moins neutre, et le second « actif » dans la recherche de la vérité. René Garraud⁶³⁰, qui consacre un important passage de son traité aux évolutions historiques de la procédure pénale, rappelle qu'à l'origine, celle-ci était accusatoire et que le juge était « un arbitre de combat »⁶³¹. Il était un tiers, ce qui marque une évolution par rapport à la vengeance privée, et ce tiers était choisi et accepté par les parties qui s'adonnaient à la « lutte simulée »⁶³² qu'est le procès. Le modèle accusatoire représente la première étape de ritualisation de la vengeance privée : « Les coutumes primitives (...) se contentent d'éviter, dans la mesure du possible, le recours à la force brutale. Elles se considèrent comme ayant remporté une grande victoire sur l'instinct de la vengeance individuelle, quand elles ont imposé à l'offensé l'obligation de respecter certaines formes et certains délais dans l'exercice de son droit (...) »⁶³³.

Dans cette perspective, le modèle inquisitoire représente une étape de plus vers la neutralisation de la vengeance privée car la personne lésée passe au second plan du procès. Cela explique probablement que la dichotomie revête plus d'importance en matière pénale qu'en matière civile, cette dernière étant axée, nous le verrons, sur le concept de l'autonomie de l'action. Alors qu'au départ, les procédures civile et pénale se confondaient par leur objet, celle-ci a acquis une autonomie par rapport à celle-là. La préparation du procès relève de magistrats professionnels qui ont toute latitude pour prendre l'initiative de l'action et pour rechercher la vérité. Le juge a en vue l'établissement de faits, plutôt que la crédibilité des prétentions. Les parties sont écartées de la procédure et les investigations sont marquées par le sceau du secret et de la non-contradiction. En définitive, le juge tranche selon son intime conviction en fonction de la valeur des preuves écrites versées au dossier. Il a pour rôle de défendre l'ordre social. L'intérêt public lié à la répression de l'infraction est distingué de l'intérêt privé, cantonné à la réparation du préjudice. L'intérêt public est défendu par priorité à l'intérêt privé. Une telle hiérarchie n'est pas aussi sensible en procédure civile : « En matière civile, le litige est la chose des parties, qu'elles portent devant un juge neutre et

⁶²⁸ « Traité de procédure pénale », op. cit., n° 12, p. 30.

⁶²⁹ Roger MERLE et André VITU, « Traité de droit criminel », 5^{ème} éd., t. II, Cujas, Paris, 2001, n° 6 et 7, p. 19 et 20.

⁶³⁰ « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », t. I, Sirey, Paris, 1907, n° 7 à 32, p. 10 s.

⁶³¹ « Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », op. cit., n° 10, p. 12.

⁶³² Ibid., n° 10, p. 13.

⁶³³ Ibid., n° 10, p. 13.

passif ; le procès est une activité *devant* le tribunal. En matière pénale, au contraire, il en va tout différemment : le procès y est chose d'Etat, en raison des intérêts publics qui s'y trouvent en jeu, et il est une activité *du* tribunal, qui est actif dans la recherche de la vérité »⁶³⁴. Le procès pénal est découpé en phases, phase préliminaire d'enquête, phase d'instruction et phase de jugement auxquelles répond une multiplicité d'organes, police judiciaire, ministère public, juridictions d'instruction et juridictions de jugement⁶³⁵. Ces organes sont fortement cloisonnés, leurs fonctions rigoureusement séparées. La procédure est écrite ce qui, aux dires de la doctrine⁶³⁶, peut aboutir à une certaine déshumanisation du procès.

Ainsi, l'organisation des tribunaux reflète un modèle à la fois de type accusatoire et inquisitoire. Les magistrats professionnels gèrent la très grande majorité des litiges, mis à part quelques exceptions qui ne sont pas propres au civil ou au pénal. Les litiges relatifs aux contentieux du commerce, du travail, ainsi que ceux de faible montant, jugés par les tribunaux de commerce, les prud'hommes et les juridictions de proximité, sont composés de magistrats non professionnels. De même, des jurys populaires siègent au sein des Cours d'assises. Réminiscence de l'accusation populaire, les justiciables sont parfois jugés par leurs pairs au civil comme au pénal.

Le découpage du procès pénal en trois phases d'enquête, d'instruction et de jugement ne permet pas non plus de vérifier le caractère totalement inquisitoire des deux premières phases. La contradiction est largement présente même si le ministère public demeure la partie principale et conserve un avantage dans le déroulement de l'instruction préparatoire. Le secret n'est pas caractéristique, dans la mesure où la personne soupçonnée est informée de ce qui lui est reproché dès la première heure de sa garde à vue, qu'elle a accès, par le biais de son avocat, à la copie de la procédure dès sa mise en examen et, que de leur côté, les parties civiles ont le même droit d'accès et doivent être tenues informées de l'avancée de l'instruction. Parallèlement, le juge civil détient certains pouvoirs de type inquisitoire⁶³⁷. Il est certes tenu par le principe dispositif⁶³⁸, ce qui signifie que les parties fixent elles-mêmes l'objet du litige, qu'elles sont libres d'agir ou non, de choisir les moyens de preuve et de droit sur lesquels elles s'appuient. Cependant, le droit d'initiative⁶³⁹ des

⁶³⁴ Roger MERLE et André VITU, « Traité de droit criminel », op. cit., n° 6, p. 18, (les auteurs soulignent).

⁶³⁵ Ibid., n° 8, p. 22.

⁶³⁶ Michèle-Laure RASSAT, « Traité de procédure pénale », op. cit., n° 16, p. 35.

⁶³⁷ Pour un développement détaillé, v. Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, « Procédure civile. Droit interne et droit communautaire », 29^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008, n° 657 à 733, p. 587 à 660.

⁶³⁸ Articles 7 et 12 du Nouveau Code de procédure civile.

⁶³⁹ Henri MOTULSKY, Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972, chron. n° 17, p. 91 ; *adde* La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 ; *adde* les principes directeurs du procès, JCP éd. G., 1966, I, doct. 1996 ; Georges BOLARD, Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, JCP éd. G., 1993, I, doct. 3693.

parties comporte certaines limites. Lorsque la loi l'y autorise, le juge peut se saisir d'office⁶⁴⁰, par exemple, pour l'ouverture d'une tutelle⁶⁴¹ ou pour le prononcé d'une mesure d'assistance éducative⁶⁴². Par ailleurs, il a la faculté et parfois même l'obligation de relever d'office certains moyens de droit, ce qui peut radicalement modifier le cours du procès. C'est ainsi, qu'en matière de divorce, le juge doit relever d'office le moyen tiré de la loi applicable, même si les époux souhaitent divorcer selon la loi française et pour la bonne raison que l'état des personnes est indisponible. Et, dans la même logique, le juge peut exiger des parties qu'elles justifient de leur nationalité en se fondant sur les faits adventices du dossier l'ayant conduit à se poser la question de la loi applicable. Même si elles gardent la faculté de se désister de l'instance, les parties perdent momentanément la maîtrise du procès. Le juge n'est pas proprement passif.

Selon Gérard Cornu⁶⁴³, la base doctrinale du Code de procédure civile constitue l'assise maîtresse du rôle du juge. En travaillant sur l'apport coutumier, la doctrine a mis en évidence les principes directeurs du procès, c'est-à-dire le droit d'initiative, le principe dispositif et le principe du contradictoire. Elle a aussi relativisé l'affirmation selon laquelle le procès est la chose des parties, devenue, selon l'auteur, quelque peu figée : « L'une des tendances majeures du Code est d'exalter l'office du juge, non seulement dans la marche de l'instance pour son bon déroulement (...), mais sur la matière du procès dans l'exercice plénier du pouvoir juridictionnel »⁶⁴⁴. De même, les pouvoirs du juge dans l'instruction du procès se sont fortement accrus. Aux yeux d'une partie de la doctrine⁶⁴⁵, les diverses réformes entreprises, notamment par le décret du 28 décembre 2005, régulent le flux des litiges au détriment du dialogue entre les parties et tendent à transformer le juge de la mise en état en un juge de l'instruction civile. L'autorité de la chose jugée attachée à certaines décisions du juge de la mise en état⁶⁴⁶, accroît la scission de l'instance civile en deux phases distinctes et témoigne du renforcement des principes issus de la procédure inquisitoire au sein du procès civil.

Dans une perspective référentielle, ces observations démontrent le peu d'intérêt des catégories /accusatoire/ et /inquisitoire/. Les propriétés de chacune d'elles se retrouvent peu ou prou au sein

⁶⁴⁰ Raymond MARTIN, La saisine d'office du juge (essai de signification), JCP éd. G., 1973, IV, études pratiques, n° 6316, p. 231.

⁶⁴¹ V. les articles 391, pour le mineur, 491-5, 493 du Code civil, pour le majeur.

⁶⁴² V. l'article 375 du Code civil.

⁶⁴³ L'élaboration du Code de procédure civile, in « La codification », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 1995, sous la dir. de Bernard Beignier, Dalloz, Paris, 1996, p. 71.

⁶⁴⁴ Gérard CORNU, op. cit., p. 78.

⁶⁴⁵ Jean VILLACEQUE, À propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets, D. 2006, chron. p. 539 ; Serge GUINCHARD et Frédérique FERRAND, op. cit., n° 661, p. 577.

⁶⁴⁶ V. l'article 775 du Nouveau Code de procédure civile.

des procédures dont les différences, loin d'être accusées, se réduisent à une peau de chagrin.

112. — 1.2. La dialectique de l'accusatoire et de l'inquisitoire sur un plan différentiel

L'opposition de l'inquisitoire et de l'accusatoire a un intérêt tout relatif dans un mode référentiel, mais elle est porteuse de sens dans une approche différentielle. Au début de cette section, nous avons évoqué les caractéristiques du mode différentiel de raisonnement, à savoir sa vertu contrastive, porteuse de sens dans la mesure où l'objet analysé est étudié dans les relations qu'il entretient avec d'autres concepts eux-mêmes signifiants. À ce stade, nous nous proposons d'appliquer cette approche à la distinction de l'accusatoire et de l'inquisitoire.

Le jeu des concepts sous-jacents aux visées du droit procédural français. La procédure juridique dérive du latin *procedere* qui signifie avancer. Elle fixe les règles qui caractérisent les itinéraires juridiques jalonnés d'actes⁶⁴⁷. Le contexte du procès implique généralement une triade symbolique composée d'un demandeur, d'un défendeur et d'un juge, entre lesquels « se noue une relation spécifique qui relève à la fois des *rôles* qu'ils sont appelés à jouer et des *modes d'expression* qu'ils utilisent pour faire avancer la procédure »⁶⁴⁸. Que le procès ait une nature civile ou pénale, il est toujours soumis à un double impératif : celui de tendre vers l'établissement des faits et des choses, ce qui implique une certaine conception de la vérité et celui de gérer une injustice réelle ou ressentie.

La vérité conçue comme un absolu. Cette thèse a été remarquablement mise en évidence par Xavier Lagarde⁶⁴⁹, qui a pour cela confronté les différentes notions de la preuve, de son administration et de sa charge dans les pays de *Civil Law* et de *Common Law*.

Selon Xavier Lagarde, la vérité est toujours conçue comme un absolu en droit français alors qu'elle n'est que relative dans les pays anglo-saxons. Le droit français a une conception beaucoup plus exigeante de la vérité, en ce sens que, pour lui, la vérité est contenue dans les faits ou dans les choses. Cela explique par exemple que le système français du droit de la preuve soit axé sur la méfiance, méfiance envers le plaideur qui ne peut se constituer une preuve pour lui-même, et méfiance aussi envers le juge, dont la nécessaire impartialité est irréductiblement associée au concept de neutralité. L'analogie n'est pourtant pas inéluctable et Xavier Lagarde montre qu'il est possible, dans un autre système, d'axer la procédure sur la preuve des dires et sur la crédibilité des

⁶⁴⁷ François TERRÉ, « Introduction générale au droit », 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 362, p. 286.

⁶⁴⁸ Ibid., (l'auteur souligne).

⁶⁴⁹ Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, op. cit. n° 133, p. 771

affirmations des plaideurs. Dans cette conception, la vérité n'est pas transcendante et contenue dans les choses, « elle devient l'attribut de ce qui se dit. L'homme reprend possession de la vérité de telle sorte qu'il n'y a plus lieu de réfléchir à la vérité des faits mais seulement de trancher la question de savoir si tel ou tel propos est vrai ou faux »⁶⁵⁰. Le juge placé dans cette situation peut librement apprécier des preuves qui proviennent de la partie qui les invoque et qui servent sa cause. Cette preuve, bien qu'elle manque de neutralité, ne rend pas pour autant le juge partial car celui-ci tranche alors en fonction d'une alternative à deux termes : l'allégation est soit convaincante, soit douteuse, auquel cas elle n'est pas vraie. Au contraire, le juge français a tendance à trancher en fonction de trois options : le vrai, le faux, l'incertain, et c'est par une confusion délibérée entre charge de la preuve et risque du doute, qu'il se détermine intellectuellement.

L'injustice réelle ou ressentie, point de départ du procès. Le procès a généralement pour point de départ une injustice⁶⁵¹ réelle ou ressentie et il revient au juge de la gérer en sachant qu'elle ne disparaîtra pas en tant que fait d'injustice. Ce dernier sera réparé dans le meilleur des cas, mais non effacé. La question est de savoir comment cette injustice est gérée dans le cadre du procès et s'il existe une différence notable entre la procédure civile et la procédure pénale.

Le fait de devoir ménager le fait d'injustice comme point de départ du procès et la recherche de la vérité contenue dans les faits et dans les choses peut expliquer la place fondamentale de la distinction de l'inquisitoire et de l'accusatoire au sein de la procédure pénale et, parallèlement, sa relégation à un second plan dans le cadre de la procédure civile. La distinction tient en effet une place prépondérante en procédure pénale alors qu'elle est quasiment absente des travaux doctrinaux portant sur la procédure civile, hormis certains ouvrages de droit processuel traitant cette question de manière transversale. Ce fait peut en partie s'expliquer par des raisons historiques. À l'origine, la procédure pénale était accusatoire et se confondait avec la procédure civile. Elle a, peu à peu, pris son autonomie jusqu'à se séparer complètement de la procédure civile dont le contenu n'influence, ni ne comble plus les indéterminations. La procédure pénale a acquis des caractéristiques inquisitoires par des efforts constants, ce qui permet de comprendre l'importance de la distinction en doctrine. Cependant, le contexte historique du développement de la procédure pénale ne permet pas d'expliquer totalement sa vivacité en procédure pénale et, à l'inverse, de comprendre sa vigueur toute relative pour son homologue civil.

La comparaison des stratégies développées par les deux types de procédure pour gérer un procès

⁶⁵⁰ Finalités et principes du droit de la preuve, op. cit, p. 772.

⁶⁵¹ Hormis certains cas particuliers en matière gracieuse, tendant à voir reconnaître ou à voir établir certains droits en dehors de tout conflit. La demande d'adoption en constitue un bon exemple, tout au moins lorsqu'elle ne donne pas lieu à une opposition de la part du ministère public.

correspond à l'application de la méthode différentielle de raisonnement en ce qu'elle tient uniquement compte de leur développement au sein du corpus juridique, sans avoir égard à la réalité auxquelles elles peuvent renvoyer. Le caractère mixte de ces procédures ne présente aucune espèce d'intérêt dans cette optique.

L'élaboration de la théorie de l'action en procédure civile : le fait d'injustice objectivé par la notion de droit subjectif. Pour expliquer les rapports entre les deux types de procédure et le développement consécutif de l'accusatoire et de l'inquisitoire en procédure pénale, il s'avère nécessaire de prendre conscience de l'importance de la lutte philosophique qui s'est engagée à la fin du XIX^e siècle à propos de la notion d'action, laquelle est distincte en droit civil et en droit pénal⁶⁵².

La doctrine civiliste conçoit majoritairement l'action comme un droit subjectif⁶⁵³ ou un pouvoir⁶⁵⁴ ; aux termes de l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile, l'action est un droit autonome : « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter du bien-fondé de cette prétention ». Conçu initialement par Savigny comme un pouvoir de volonté⁶⁵⁵, le droit subjectif conduit à privilégier le développement des droits de la défense. Ces droits englobent le principe du contradictoire, mais aussi la loyauté de l'instance, l'impartialité du juge, la motivation des décisions et l'existence de voies de recours. Henry Motulsky concevait les droits de la défense comme un « droit naturel »⁶⁵⁶ et aujourd'hui, dans le prolongement de cette pensée, l'action est devenue un droit fondamental⁶⁵⁷, spécialement sous l'influence de la Convention

⁶⁵² V. Jean PRADEL, « Procédure pénale », 14^{ème} éd., Cujas, Paris, 2008/2009, n° 215 s., p. 187 s.

⁶⁵³ Henry SOLUS et Roger PERROT, « Droit judiciaire privé », t. I, Paris, 1961, n° 94 à 119 ; Serge GUINCHARD et al., « Droit processuel », 3^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 639 à 663, p. 1117 à 1138 ; Gérard CORNU et Jean FOYER, « Procédure civile », 3^{ème} éd., PUF, Paris, 1996, n° 72 s., p. 311 s. ; Henri MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, APD, 1964, p. 215. *Contra*, Giorgio del VECCHIO, « Philosophie du droit », 1953, Dalloz, Paris, 2003, p. 327, pour qui l'action n'est pas un droit autonome mais « une expression nouvelle du droit originaire, en tant qu'il tend à se faire valoir ».

⁶⁵⁴ Et, affirme Jhering, la notion de pouvoir renvoie à celle de devoir : « La lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même », en tant qu'il représente une nécessité de conservation morale de soi-même. En outre, « la défense du droit est un devoir envers la société » et voici un argument que l'auteur emploie : « Tandis que la réalisation juridique du droit public et du droit criminel est devenue un devoir des autorités publiques, celle du droit privé a été réduite dans la forme d'un droit des particuliers, c'est-à-dire exclusivement abandonné à leur initiative et à leur spontanéité. Dans le premier cas il faut pour la réalisation juridique de la loi que les autorités et les fonctionnaires de l'Etat accomplissent leur devoir, dans le second cas il faut que les particuliers défendent leur droit (...) La réalité, la force pratique des règles du droit privé se révèle dans et par la défense des droits concrets ». Rudolph von JHERING, « La lutte pour le droit », 1890, trad. Meulenaere, Dalloz, Paris, 2006, p. 23, p. 54 et 55.

⁶⁵⁵ « Traité de droit romain », t. I, trad. Charles Guenoux, Firmin Didot, Paris, 1840, p. 7, 9, 326 et 327.

⁶⁵⁶ Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, Mél. Paul Roubier, t. II, Dalloz, Paris, 1961, p. 175.

⁶⁵⁷ Martine LE FRIANT, L'accès à la justice, in « Droits et libertés fondamentaux », 3^{ème} éd., œuv. coll. sous la dir. de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz, Paris, 1996, p. 269 ; Monique BANDRAC, L'action en justice, droit fondamental, Mél. Roger Perrot, Dalloz, Paris, 1996, p. 1 ; Serge

européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et de sa jurisprudence. En tant que droit subjectif, l'action postule la responsabilité morale de l'Homme, capable de se déterminer dans le respect des autres⁶⁵⁸. Cette responsabilité implique l'existence d'une volonté libre, autonome, qui se traduit en droits⁶⁵⁹. Conséquence d'une posture philosophique, il est de bonne logique de mettre en œuvre tous les moyens pour que ces droits se réalisent et c'est bien l'objet de la théorie de l'action. Bien que la conception sociale de l'action ne soit pas totalement exclue⁶⁶⁰, les droits et parmi eux, l'action, sont protégés en tant que tels, comme en témoigne l'indisponibilité de certains droits se traduisant par l'impossibilité de renoncer au droit de les revendiquer. Cette objectivation de l'action peut, à notre sens, expliquer le recul de la distinction de l'accusatoire et de l'inquisitoire, comme vecteur de l'équilibre entre la prise en compte du fait d'injustice et la recherche de la vérité absolue. *L'objectivation de l'action, par le biais de la notion de droit subjectif, permet de donner une assise socio-juridique au fait d'injustice, de sorte que l'action tend à concurrencer l'impératif de vérité, jusqu'à le supplanter, ce dernier devenant conséquent et non alternatif.* Dans cette perspective, au lieu d'opposer « la vérité biologique » à la « paix des familles et la paix sociale », pour exposer les conditions de recevabilité de l'action en contestation de paternité, peut-être serait-il plus opportun d'observer que le père biologique et le père détenteur d'un titre conforme à une possession d'état exercent, dans un cas comme dans l'autre, un droit qu'ils peuvent tous deux s'estimer légitimement fondés à revendiquer, la vérité absolue n'ayant rien à y voir. La théorie de l'action est, selon nous, centrée sur le fait d'injustice directement objectivé par le droit subjectif.

De fait, ce n'est pas tant l'objet de l'action que la manière de s'en servir, de l'appuyer, qui devient le véritable enjeu des règles de procédure et, de ce point de vue, il n'est pas incongru de renvoyer les parties à leurs responsabilités⁶⁶¹. Pour Xavier Lagarde⁶⁶², si la procédure civile est

GUINCHARD, « Droit processuel », op. cit., n° 660 à 663, p. 1134 à 1138.

⁶⁵⁸ Helmut COING, Signification de la notion de droit subjectif, APD, t. IX, 1964, p. 1 ; Georges MICHAELIDES-NOUARIOS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTDCiv. 1966, p. 216.

⁶⁵⁹ V. Pierre KAYSER, Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques, RTDCiv. 1971, p. 445. Saleilles a synthétisé les notions de pouvoir et d'intérêt, distinguées respectivement par Savigny et Jhering, en donnant tout de même la prééminence à la notion de pouvoir. Pierre Kayser complète cette définition en insistant sur le contenu déterminé du droit subjectif. Il est, selon lui, « un pouvoir, ayant un contenu déterminé, mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome », p. 454, (l'auteur souligne).

⁶⁶⁰ V. par ex., Jean CARBONNIER : « Aurait-il (le droit subjectif) son siège dans l'individu, il n'en est pas moins provoqué par la présence des autres, et pris en charge par la société, ce dont une psychologie purement individuelle ne saurait rendre raison ». « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 194, (nous ajoutons).

⁶⁶¹ *Comp.* Olivier DESHAYES, L'office du juge à la recherche de sens, D. 2008, chron. p. 1102. L'auteur écrit « qu'on peut se demander si le juge dit encore le droit ou s'il ne fait pas que rendre un jugement arbitrant entre les prétentions des plaideurs. En injectant une dose supplémentaire d'accusatoire dans le procès civil, l'arrêt modifie le métabolisme judiciaire : de l'activité des magistrats naît une vérité relative et non absolue », (p. 1107). Cette chronique a été écrite à l'occasion de l'arrêt d'assemblée plénière rendu le 21 décembre 2007, estimant que les juges du fond ne sont pas tenus de relever d'office « la dénomination » tirée de la non-délivrance conforme, lorsque les parties ont soulevé à tort le moyen tiré du vice caché.

traditionnellement opposée à la procédure pénale, c'est parce que le juge ne répond pas, dans un cas et dans l'autre, à la même demande sociale. Le juge civil est perçu comme un pacificateur de sorte que, la vérité étant un absolu, il n'est pas nécessairement de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de tout faire pour en permettre la manifestation⁶⁶³. À l'inverse, l'office du juge pénal est de répondre à une demande d'absolu, ce qui justifie que l'instruction soit remise entre ses mains. Dans le prolongement de ce raisonnement, il est permis de se demander dans quelle mesure la théorie de l'action a précédé ou pris acte de l'office du juge civil, mais sans doute est-ce les deux à la fois. Dans tous les cas, cela permet, par comparaison, de s'interroger sur la dialectique de l'accusatoire et de l'inquisitoire dans le cadre de la procédure pénale.

La dialectique de l'accusatoire et de l'inquisitoire au sein de la procédure pénale : entre équilibre et confusion du fait d'injustice et de la vérité des faits. Si, comme le pense Xavier Lagarde, le rôle du juge pénal français consiste à établir la réalité des choses et des faits, ce dernier n'en est pas moins en prise avec le fait d'injustice qu'est l'infraction. Or, le passage par l'objectivation de l'action nous semble précisément être ce que la procédure pénale cherche à éviter. En effet, l'action n'a pas le même sens en droit pénal qu'en droit civil, car elle est éminemment publique, c'est-à-dire liée à la vie de la cité. L'action correspond à la mise en mouvement de l'instance et à son exercice et ne se définit nullement comme un droit subjectif. Le Code de procédure pénale met d'emblée l'accent sur l'action publique, considérée comme principale, l'action civile étant accessoire. Selon l'article 1^{er} du Code, « l'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. Cette action peut *aussi* être mise en mouvement par la partie lésée, *dans les conditions déterminées par le présent Code* ». La fonction sociale de l'action est mise en avant et l'action n'a pas le caractère d'un droit subjectif. Le principe de légalité auquel renvoie les termes de « loi » et de « conditions du présent Code », symbolise, selon nous, à lui tout seul l'équilibre entre la recherche de la vérité absolue, la défense des droits de l'accusé et la prise en compte de l'injustice réelle ou ressentie des victimes. Mais cette dernière reste sujette à caution dans la mesure où elle n'est pas objectivée par la théorie de l'action.

Très critique, Serge Guinchard a estimé que l'opposition de l'action publique et de l'action civile, au détriment de la notion subjective de l'action, est particulière aux théoriciens de la procédure pénale et de la procédure administrative. Elle exprime en réalité la préoccupation « de classer les moyens de défense afin de rationaliser le travail du juge en décidant de l'ordre dans lequel il doit les examiner, à seule fin d'épargner du temps et de l'énergie, dans la perspective toute

⁶⁶² Finalités et principes du droit de la preuve, op. cit.

⁶⁶³ Ibid., p. 774.

utilitaire d'une gestion économique du fonctionnement d'un service public »⁶⁶⁴. Le constat est sévère, alors que la rapidité de la justice pénale compte pour l'efficacité de la répression et qu'elle comporte des enjeux que la justice civile n'a pas, comme la privation de liberté et, généralement, toutes les conséquences physiques, matérielles, morales et sociales du procès. Par ailleurs, si la procédure est décentrée du droit subjectif, c'est pour conceptualiser une autre forme de liberté. Celle-ci a été conceptualisée par la doctrine publiciste, spécialement par Léon Duguit qui s'est efforcé, tout au long de son œuvre, de rejeter hors de la sphère du droit le subjectivisme dans sa dimension individualiste⁶⁶⁵. Aux yeux de l'auteur, le droit est objectif et, dans sa dimension individuelle, il donne naissance à des situations objectives. L'individu, en tant qu'il vit dans un groupe social, doit se conformer à des règles de conduite qui imposent certains actes et certaines abstentions. À défaut, il s'expose à une réaction sociale. Cette réaction peut être directe ou indirecte, légale ou coutumière, et prend, au sens large, le nom de « voie de droit ». Pour Léon Duguit, l'action est la voie de droit la plus parfaite et la plus énergique⁶⁶⁶. Elle consiste en la faculté de s'adresser au juge et ne constitue ni un aspect du droit substantiel invoqué, ni un droit autonome⁶⁶⁷.

Au nombre des arguments combattant l'idée que l'action constitue un droit subjectif, Léon Duguit prend précisément l'exemple de l'action publique. Pour admettre qu'il existerait un droit fondant l'action publique, il faudrait imaginer un droit à la répression et, partant, un sujet actif qui intente l'action et un sujet passif, l'auteur de l'infraction⁶⁶⁸. Ces personnes seraient unies par un lien de droit et l'auteur de l'infraction serait théoriquement débiteur de la peine. Il serait, dès lors, tenu par certaines obligations et notamment celle de se présenter à la justice. Or, une telle obligation n'existe dans aucune législation. Léon Duguit considère donc que la seule véritable obligation naît

⁶⁶⁴ « Droit processuel », op. cit., n° 654, p. 1129 et 1130.

⁶⁶⁵ Y compris dans son aspect civil : Léon DUGUIT, « Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », 1920, 2^{ème} éd., La Mémoire du droit, Paris, 1999.

⁶⁶⁶ Léon DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », t. I, 3^{ème} éd., Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, Paris, 1927, § 21, p. 225.

⁶⁶⁷ Dans un sens assez proche, v. Gaston JEZE, « Les principes généraux du droit administratif », t. I, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005, p. 44 à 47. Selon lui, le droit d'user du service de la justice, appelé le droit d'action, constitue un pouvoir légal, impersonnel et objectif. Il compte parmi les « actes-conditions », conçus comme « une manifestation de volonté qui a pour objet juridique de placer un individu dans une situation *juridique impersonnelle*, ou de rendre régulier l'exercice d'un pouvoir *légal* », op. cit., t. I, p. 44, (l'auteur souligne). Le droit d'action appartient à tous les justiciables. Il est permanent, et, dans sa généralité, il est indisponible. L'exercice de ce pouvoir se traduit par la demande en justice, un acte juridique qui traduit une volonté. Cette volonté est la condition d'exercice du pouvoir légal du juge. *Contra*, v. Jean DABIN, « Le droit subjectif », Dalloz, Paris, 1952, chap. I, *Adde* droit subjectif et subjectivisme juridique, APD, t. IX, Paris, 1964, p. 17 ; AUBRY et RAU, rev. par Paul ESMEIN, « Droit civil français », t. II, 7^{ème} éd., Librairies techniques, Paris, 1961, § 162, p. 5 ; Paul ROUBIER, Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs, APD, t. IX, 1964, p. 83, *Adde* De la légitimité des situations juridiques, Mél. Jean Dabin, t. I, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1963, p. 265 ; Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX et Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1994, n° 172 s., p. 126 s.

⁶⁶⁸ Léon DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », op. cit., t. I, § 22, p. 244 à 247.

du mandat décerné, du jugement de condamnation, en somme, de l'acte de volonté individuel d'ordre juridique conforme au droit objectif. Les autorités de poursuite et de jugement ne font qu'appliquer la loi qui leur prescrit d'agir dans certaines conditions. Il ne peut en résulter un droit subjectif qui impliquerait l'attribution à certaines volontés d'une qualité de nature à s'imposer à d'autres volontés et qui les rendrait supérieures⁶⁶⁹. Léon Duguit en conclut que la volonté ne peut intervenir que dans la mesure où elle est conforme au droit objectif⁶⁷⁰, ce qui fait du droit subjectif une notion métaphysique⁶⁷¹. Le passage à ses yeux nécessaire, de la liberté-droit à la liberté-fonction suppose que l'Homme n'a pas de droits individuels conçus comme naturels, mais une liberté sociale acquise⁶⁷². L'individu a, dans le groupe, « une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter (...) parce que de son abstention résulterait un désordre, ou tout au moins un préjudice social »⁶⁷³. La liberté n'est pas un droit mais un devoir, « la conséquence de l'obligation qui s'impose à tout homme de développer le plus complètement possible son individualité, c'est-à-dire son activité physique, intellectuelle et morale, afin de coopérer le mieux possible à la solidarité sociale »⁶⁷⁴.

La procédure pénale s'avère fortement marquée par une conception publiciste de la liberté, alors que la procédure civile est centrée sur celle du droit subjectif qui implique une sphère de liberté au profit des volontés individuelles dans le cadre « d'un ordre de justice »⁶⁷⁵. Cette différence est décisive dans la mesure où elle permet de comprendre la signification de la dialectique de l'inquisitoire et de l'accusatoire dans le cadre pénal. Par exemple, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁷⁶ n'est pas une procédure accusatoire privilégiant la vérité des dires. Inspirée du modèle anglo-saxon, elle est apparemment accusatoire, puisque le juge a pour tâche d'homologuer un accord intervenu entre le ministère public et l'accusé. Cela laisse supposer

⁶⁶⁹ « Traité de droit constitutionnel », t. I, op. cit., § 20, p. 217 et 218.

⁶⁷⁰ « La norme juridique forme le droit objectif du groupe. En tant qu'elle s'applique aux individus, elle donne naissance à des situations objectives, dans lesquelles on ne peut voir ni obligations ni droits subjectifs, parce que obligations et droits subjectifs impliquent une hiérarchie des volontés, ce qui en fait n'existe pas et ne serait concevable qu'avec la reconnaissance d'une intervention surnaturelle, scientifiquement inadmissible », « Traité de droit constitutionnel », t. I, op. cit., § 20, p. 220.

⁶⁷¹ Ibid., § 18, p. 203, § 19, p. 209.

⁶⁷² Ce en quoi il est proche de la pensée de Durkheim qui a écrit, dans la même veine, que « l'individu se soumet à la société et cette soumission est la condition de sa libération. Se libérer, pour l'homme, c'est s'affranchir des forces physiques, aveugles, inintelligentes ; mais il n'y peut arriver qu'en opposant à ces forces une grande puissance intelligente, à l'abri de laquelle il se place : c'est la société. En se mettant à son ombre, il se met, dans une certaine mesure, sous sa dépendance ; mais cette dépendance est libératrice. Il n'y a pas là de contradiction ». Émile DURKHEIM, Communication du 27 mars 1906 à la Société française de Philosophie, in « Sociologie et philosophie », 3^{ème} éd., présentation de Bruno Karsenti, préface de Célestin Bouglé, PUF, Quadrige, Paris, 2004, p. 106.

⁶⁷³ « Les transformations générales du droit privé », op. cit., p. 24 et 25.

⁶⁷⁴ « Les transformations générales du droit privé », op. cit., p. 37. *Adde*, « Manuel de droit constitutionnel », 4^{ème} éd., 1923, LGDJ, coll. Les introuvables, Paris, 2007, § 6 et 7, p. 7 à 14.

⁶⁷⁵ Helmut COING, Signification de la notion de droit subjectif, op. cit., p. 15.

⁶⁷⁶ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

que chacun a pu faire valoir son point de vue de manière active et que le compromis qui en résulte est basé sur la prise en compte des intérêts de la société, de la victime, mais aussi de l'inculpé qui s'expose à une peine moins lourde en échange de son aveu. Elle autorise une personne reconnaissant avoir commis une infraction punie de cinq d'emprisonnement⁶⁷⁷ à accepter la peine, d'un an au plus et qui ne peut excéder la moitié de la peine encourue, que lui propose le procureur de la République. Le juge doit, certes, homologuer l'accord. Il est libre de le refuser et, selon le Conseil constitutionnel, il doit exercer la plénitude du pouvoir d'appréciation des faits qui lui incombe⁶⁷⁸. Cependant, les mêmes garanties sont prévues par la loi fédérale américaine, bien que, dans les faits, il semble qu'il refuse d'homologuer les accords dans seulement 10 % des cas, lorsqu'ils sont particulièrement inéquitables⁶⁷⁹. En réalité, la procédure française de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est inquisitoire pour d'autres raisons. L'accord porte sur la peine et non sur la qualification, ce qui n'est pas le cas aux Etats-Unis. Dans la procédure du *plea bargaining*, l'accord peut entraîner l'abandon de certains chefs d'inculpation, voire la disqualification de l'infraction, l'inculpé plaident coupable pour une infraction moins grave que celle qui avait été retenue à l'origine. Le ministère public a, jusqu'à la phase d'homologation par le juge, la pleine et entière maîtrise de la procédure. Il peut prendre d'office l'initiative de la procédure et, bien que le prévenu puisse lui adresser une demande en ce sens, il n'est pas tenu d'y déférer, ni même de motiver son refus⁶⁸⁰. Il propose la peine et elle n'est pas négociée. L'intéressé, assisté de son avocat, ne peut qu'accepter ou refuser la condamnation en bloc. Enfin, alors que la procédure américaine autorise généralement la reconnaissance de culpabilité à tout moment de la procédure, y compris pendant les délibérations du jury, la procédure française ne peut intervenir ni trop tôt, au stade de l'enquête de police⁶⁸¹, ni trop tard, alors que la personne serait renvoyée par ordonnance devant le tribunal correctionnel. La procédure ne peut être mise en œuvre qu'au moment où l'affaire est en état d'être jugée, l'intéressé étant soit convoqué par le procureur, soit déféré devant lui dans le cadre d'une procédure de comparution immédiate⁶⁸². Cet aperçu de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité présente l'intérêt de mettre en avant la spécificité du

⁶⁷⁷ Hormis certaines exceptions. Au terme de l'article 495-16 du Code de procédure pénale, cette procédure n'est applicable ni aux mineurs de dix-huit ans, ni en matière de délits de presse, d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la poursuite est prévue par une loi spéciale. V. cependant le rapport de la commission Guinchard, installée le 18 janvier 2008 pour réfléchir à la répartition des contentieux. Parmi les soixante-cinq propositions, figure celle prévoyant d'élargir cette voie de poursuite à tous les délits quelle que soit la peine encourue, hormis les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques et les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

⁶⁷⁸ Cons. const., 2004-492 DC, 2 mars 2004, JCP éd. G., 2004, II, 10048, note Jean-Claude ZARKA, RDA, 2005, n° 1, chron. p. 285, obs. Dominique ROUSSEAU.

⁶⁷⁹ V. Travaux du Sénat, Etudes de législation comparée, 2003, LC 122, Le plaider coupable, www.senat.fr

⁶⁸⁰ Article 495-15 du Code de procédure pénale.

⁶⁸¹ Le Conseil d'Etat a annulé les points de la circulaire du 2 septembre 2004 qui prévoyaient la possibilité de s'enquérir des dispositions de l'intéressé à reconnaître sa culpabilité et à accepter une peine. CE, 26 avril 2006, Gaz. Pal., 28-29 avril 2006, p. 21, concl. Y. AGUILA.

⁶⁸² Article 495-7 du Code de procédure pénale.

Ministère public français. Ni négociation, ni disqualification, le rôle du ministère public consiste à dire le droit, en fonction de la vérité des faits et des choses, qui englobe les circonstances de l'infraction et la personnalité de l'auteur. Tel est bien le sens du « bien de la justice » visé par l'article 30 du Code de procédure pénale, dont l'objet est décrire la mission de l'avocat général à l'audience.

Cependant, le fait d'injustice, qui n'est pas objectivé par la théorie de l'action, tend à devenir l'oublié du processus dialectique de l'inquisitoire et de l'accusatoire. Insuffisamment mûri dans le cadre pénal, il apparaît comme une sorte d'ersatz de l'action exercée en droit civil et tend à se confondre avec le ressenti des victimes. La prise en compte du fait d'injustice devient fonction du degré d'implication des parties civiles⁶⁸³, ce qui est paradoxal dans la mesure où le ministère public tient sa mission de la loi, qu'il n'est l'avocat de nulle cause personnelle, mais seulement de la loi.

La procédure pénale est soumise à une dialectique de l'inquisitoire et de l'accusatoire reflétant la recherche permanente (mais parfois confuse) d'un équilibre entre la vérité, conçue comme absolue, et la prise en compte du fait d'injustice qui tend à devenir le pré carré des victimes. La procédure civile semble, quant à elle, avoir dépassé ce terme pour se concentrer sur le droit subjectif à travers la théorie de l'action. L'autonomie de l'action qui donne la prépondérance aux développements des volontés individuelles permet au juge de se concentrer sur le fait d'injustice, même s'il est entendu qu'il n'existe pas, en droit français, de vérité relative et que celle-ci est conçue comme un absolu.

113. — Ces développements ont permis de mettre en évidence la vertu contrastive de l'inquisitoire et de l'accusatoire dans les relations entretenues avec les concepts centraux du procès que sont les notions précises de justice et de vérité dans un cadre procédural. Le mode différentiel de raisonnement a pour objet de mettre en évidence le sens que les acteurs du droit insufflent à un groupe de règles. Il permet de connaître par avance la direction vers laquelle évolue un ensemble de notions. La méthode différentielle vise, non à instituer des cadres, mais à rechercher les traits susceptibles de signaler les formes et les limites dans lesquelles peuvent s'épanouir des règles. En exprimant non une qualité, mais un rapport, la méthode différentielle permet de sortir de la problématique liée à la relation du fait et du droit, puisqu'elle ne vise pas à rechercher les propriétés communes d'une classe par rapport à un référent extérieur. Tout référent, sans être nécessairement nié, est exclu du raisonnement, de sorte que la question des relations du fait et du droit est

⁶⁸³ Jugeant excessive la place accordée aux victimes à tous les stades du procès, des alternatives aux poursuites, jusqu'à l'exécution de la sanction et, dénonçant « le droit amoureux des victimes », v. par ex. Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale*, JCP éd. G., 2007, I, 181.

provisoirement écartée. Le trait différentiel n'est pas empirique, il est intellectuel et, cependant, il ne s'envisage pas sans représentation mentale du contenu des unités en relation, ce en quoi il n'est pas formel. C'est la recherche de la signification proprement dite qui constitue son originalité. Il est, enfin, fonctionnel car il permet de restituer, dans le temps ou au sein de chaque problème, la signification des règles dans un ensemble textuel.

Il convient dès lors de chercher comment le mode de pensée différentiel pourrait être généralisé et sur la base de quels instruments.

§2 Du trait différentiel à l'approche textuelle élaborée par Gérard Timsit

114. — La recherche du sens des notions juridiques grâce à la vertu contrastive de rapports pertinents, correspond, selon nous, à l'approche du droit de Gérard Timsit. Aussi, nous serions enclins à considérer son œuvre comme la conceptualisation juridique la plus aboutie de la méthode différentielle. Par un effort constant de conceptualisation du droit se traduisant par la recherche des spécificités de ce dernier, Gérard Timsit a dégagé un ensemble de principes et de procédés définissant une approche centrée sur la signification des normes portées par le texte, autrement dit, une approche textuelle du droit.

L'encodage et le décodage des textes, conçus comme des unités signifiantes. Gérard Timsit a élaboré des outils permettant de décrypter les stratégies que les acteurs du droit ont, selon lui, développés pour « encoder » et « décoder »⁶⁸⁴ la signification des textes conçus comme des unités signifiantes. En effet, aux yeux de Gérard Timsit, si le texte est porteur d'une norme, ce n'est pas pour autant que cette norme est porteuse d'un sens. Dans un développement précédent⁶⁸⁵, nous avons exposé que, pour Gérard Timsit, tout texte, y compris juridique, acquiert une autonomie par rapport à son auteur. De parole, il devient écriture et dans l'écriture se loge le silence qui contient une palette protéiforme de réalisations. Aucun texte n'a de sens absolu mais, au contraire, plusieurs sens possibles. L'auteur tente donc de déterminer une typologie possible des stratégies utilisées par les différents acteurs du droit pour que le texte prenne peu à peu sens de manière à traiter la réalité sociale. Parmi ces stratégies, figurent par exemple celles permettant de déterminer le processus intellectuel suivi par le juge lorsqu'il procède à une opération de qualification. Celle-ci n'est pas conçue comme l'application mécanique de la loi, ni comme une subsumption des faits sous la loi.

⁶⁸⁴ « Les noms de la loi », op. cit., p. 180.

⁶⁸⁵ *Supra*, la première partie de cette thèse, tit. II, chap. I., sect. 2.

Selon Gérard Timsit, la qualification procède d'un double mouvement qui se décompose en deux opérations, dites de « spécification » et de « certification ».

- L'opération de spécification répond à la nécessité pour le juge d'aller du général au singulier, de l'abstrait au concret. Elle lie le général au singulier et consiste à « *retrouver dans le cas singulier* qui lui est soumis *la généralité de la loi* qu'il applique »⁶⁸⁶. L'intelligibilité de la loi est « restituée »⁶⁸⁷ dans les faits singuliers par l'application des traits pertinents contenus dans la règle. Le juge ne retient de la situation singulière que les traits pertinents contenus dans la loi.

- Lorsque, par ailleurs, ces traits sont indéterminés, c'est-à-dire indéfinis ou contradictoires, le juge procède à une opération de « certification ». Il passe de l'indéterminé au déterminé⁶⁸⁸ en se référant au code socioculturel, entendu ici comme « les principes communs à l'ensemble de la Société » correspondant à « l'état des mœurs de la collectivité au moment où le juge rend son jugement »⁶⁸⁹. Le juge procède à la qualification dans un cadre qui part du texte et reste dans les limites du texte, puisque même le contexte socioculturel est conçu comme un « code » qui gravite autour du texte. Le contexte est, dans son œuvre, éminemment textuel et c'est ce qui permet de dire que son analyse est différentielle. Il est objectivé et entre dans les techniques de détermination du sens des normes employées par les acteurs du droit, ces derniers étant eux-mêmes conçus comme des instances d'émission et des instances de réception des normes.

Gérard Timsit se propose à la fois de percer à jour les mécanismes intellectuels de la juridicité et d'encadrer ces derniers, en hiérarchisant les stratégies de décodage du sens des normes selon le degré de liberté dont bénéficie le juge par rapport aux traces laissées par l'encodeur. Gérard Timsit dévoile les propriétés internes du corpus juridique en les rendant visibles, donc prévisibles. De surcroît, il jalonne de permis et d'interdits les étapes du décodage du sens des normes (le juge étant le premier concerné), ce qui correspond aussi à un aspect de la prévisibilité juridique axée, cette fois, sur la sécurité juridique. Sa typologie est axée sur les trois plans de prédétermination, de codétermination et de surdétermination décrits dans un précédent développement⁶⁹⁰. Le texte manifeste l'autorité et la volonté du législateur, conçu comme une instance d'émission. Il acquiert de la profondeur, lorsque le juge, instance de réception, inscrit ce texte dans une situation singulière. Le code socioculturel surdétermine le sens général du texte. Chacun de ces plans comporte des stratégies différentes visant à permettre à tout acteur juridique de donner un sens au

⁶⁸⁶ « Archipel de la norme », op. cit., p. 38, (l'auteur souligne).

⁶⁸⁷ « Les noms de la loi », op. cit., p. 142 et 143.

⁶⁸⁸ « Archipel de la norme », op. cit., p. 40 à 42.

⁶⁸⁹ « Archipel de la norme », op. cit., p. 41.

⁶⁹⁰ *Supra*, la première partie de cette thèse, tit. II, chap. I., sect. 2.

texte appliqué. Il est, en tout état de cause, objectivé.

Pour mieux comprendre la démarche de Gérard Timsit, il convient d'exposer quelques techniques de décodage et d'encodage du sens des normes élaborées par l'auteur.

La recherche de procédés objectifs de détermination du sens. L'opération de prédétermination, c'est-à-dire « l'inscription du sujet dans le texte », repose sur deux facteurs : le texte et les traces initiales laissées par l'auteur, en premier lieu ; les stratégies de prédétermination du sens, en second lieu. Selon Gérard Timsit, l'auteur du texte imprime un sens initial à ce dernier par la forme et par le contenu en laissant des indices qui formeront la base de l'interprétation future, y compris lorsqu'en définitive les circonstances induisent un sens différent. Celui qui prédétermine le sens doit, pour rester le plus fidèle possible au texte, user de stratégies dites « objectives » : « on ne s'interrogera pas sur la psychologie, la volonté, la subjectivité de celui qui y a eu recours – mais sur la signification objective – codifiée – de ces procédés lorsqu'ils sont utilisés en droit »⁶⁹¹. Dans cette optique, Gérard Timsit dénombre trois sortes de procédés, dits « de reproduction, de réduction ou de déduction » dont l'intérêt consiste à prédéterminer le sens d'une norme de la manière la plus proche possible du sens initial. Le fait, par exemple, de déterminer exhaustivement la manière dont doit ou ne doit pas être interprétée une norme, constitue une stratégie objective de prédétermination. De même, la catégorisation constitue, à ses yeux, une technique qui « reproduit » la substance d'un texte. Elle inscrit l'effet spécifique que la loi a voulu atteindre dans un « moule préformé »⁶⁹², la catégorie, laquelle encadre les volontés individuelles.

La technique que Gérard Timsit appelle « multicodage » est intéressante, car elle lui donne l'occasion de définir, dans ce cas précis, la notion de « contexte ». Aucune technique n'est, selon lui, d'une rigueur absolue et toutes comportent une marge d'incertitude où se loge la codétermination. Il fait donc état d'un autre mode de prédétermination qui permet de réduire les incertitudes de la norme. Le multicodage vise à cerner le « contexte auquel est intégré le texte et dont le code servira au décodage de la norme inscrite dans le texte »⁶⁹³. Le contexte est restreint et sa définition comporte la même préoccupation d'objectivité que les autres modes de prédétermination. Il n'est, par conséquent, ni historique, ni économique, encore moins volontariste, mais « textuel »⁶⁹⁴. Il regroupe des textes auxquels la norme interprétée fait référence expresse, ou bien qui comporte un lien matériel avec eux. Tel est le cas, par exemple, des préambules, des annexes, des visas, des renvois explicites, de l'intégration à un ensemble législatif ou réglementaire

⁶⁹¹ « Les noms de la loi », op. cit., p. 78.

⁶⁹² « Les noms de la loi », op. cit., p. 82, (l'auteur cite François Gény dans le texte).

⁶⁹³ « Les noms de la loi », op. cit., p. 85.

⁶⁹⁴ « Les noms de la loi », op. cit., p. 86.

ayant statut de code au sens juridique du terme⁶⁹⁵. De même, les textes interprétatifs complètent utilement la signification d'une norme.

Les conditions pragmatiques et les conditions dialogiques de codétermination du sens. Si, pour une raison ou pour une autre, contradiction, indétermination ou même absence d'inscription du sujet dans le texte, l'interprète sort de ces cadres objectifs, il ne prédétermine plus le sens de la norme, il le codétermine. La codétermination suppose aussi que l'interprète s'inscrive, au départ, dans le sujet du texte. Mais à la différence de la prédétermination, la codétermination représente une étape de dépassement du sens initial. Elle se loge dans les poches d'indétermination du texte, « chaque fois que la prédétermination produite par le texte se trouve en défaut et que le sens qu'elle porte n'est plus imposé ou qu'il cesse d'être prévisible »⁶⁹⁶. Le lecteur utilise d'autres paramètres pour préciser le sens qu'il convient de choisir parmi les significations possibles du texte. Logiquement, plus le champ des significations possibles est large, plus le lecteur dispose d'une marge importante de liberté, ce que l'auteur caractérise par les expressions « d'ancrage dans le texte » et de « travail du texte »⁶⁹⁷. Parmi les paramètres de codétermination, Gérard Timsit fait référence aux « conditions pragmatiques » et aux « conditions dialogiques »⁶⁹⁸ qui entourent le texte. Les conditions pragmatiques sont définies comme « les conditions de fait dans lesquelles intervient le texte, ou bien celles dans lesquelles on a recours au texte porteur de la norme »⁶⁹⁹. Elles ont trait au temps et au lieu. Les conditions dialogiques regroupent « les attentes, les croyances, les valeurs auxquelles adhèrent les partenaires d'une stratégie de codétermination »⁷⁰⁰.

La séparation conceptuelle entre les conditions de fait, c'est-à-dire le temps et le lieu, d'un côté, et les valeurs partagées, de l'autre, est surprenante dans la mesure où normalement les unes impliquent les autres. Cette division emporte de surcroît des conséquences importantes dans la manière dont le lecteur va décoder la signification des normes. En effet, selon Gérard Timsit, cette distinction rend compte de la « restitution » par le lecteur du sens du texte, de son « actualisation » ou de sa « conversion » :

- La restitution consiste à « faire produire au texte le sens qu'il a déjà, mais en l'appliquant concrètement soit à une situation donnée répondant aux caractéristiques prévues par le texte – subsomption –, soit à une situation semblable à celle qui était déjà réglée par le texte –

⁶⁹⁵ « Les noms de la loi », op. cit., p. 87.

⁶⁹⁶ « Les noms de la loi », op. cit., p. 112.

⁶⁹⁷ « Les noms de la loi », op. cit., p. 132 à 149.

⁶⁹⁸ « Les noms de la loi », op. cit., p. 141 à 149.

⁶⁹⁹ « Les noms de la loi », op. cit., p. 141.

⁷⁰⁰ « Les noms de la loi », op. cit., p. 142.

précédent »⁷⁰¹. Les conditions pragmatiques sont donc supposées faire resurgir le sens prédéterminé d'un texte.

- L'actualisation suppose aussi le recours aux conditions pragmatiques. Mais, alors que la restitution « est une stratégie tendant à la résurgence d'un sens enfoui du texte », l'actualisation est « une stratégie d'émergence d'un sens nouveau »⁷⁰². Le sens de la norme lui vient pour l'essentiel du lecteur qui use des conditions pragmatiques, non pas pour les subsumer sous la règle, mais pour modifier ou empêcher éventuellement l'application du texte et de la norme dont il est porteur⁷⁰³. L'actualisation modifie le sens initial du texte et, selon l'auteur, permet peu à peu de standardiser les conditions pragmatiques, utilisées à l'occasion de la codétermination d'un texte : « l'actualisation s'analyse en la production, à partir d'un texte porteur d'une norme, d'autant de normes qu'il y a de situations créées et distinguées par le standard ». Par exemple, « les circonstances exceptionnelles ou imprévisibles », fréquemment utilisées par le juge pour limiter l'application d'une règle, constituent un standard, qui fait référence aux conditions de temps et de lieu entourant une affaire et laisse de fait au juge une marge importante d'appréciation.

- La conversion traduit, enfin, l'émergence d'un sens nouveau, voire d'un sens tout court. Le lecteur utilise les conditions dialogiques, non plus pragmatiques, qui entourent une affaire. La conversion est utilisée lorsqu'il n'existe pas de texte dans lequel ancrer une opération de codétermination ou lorsqu'il en existe plusieurs, mais qu'ils se contredisent. La conversion peut être « faible » et consister en une synthèse de solutions jurisprudentielles éparses ou, au contraire, très « élevée ». C'est, par exemple, l'hypothèse de « la production d'une norme par invention »⁷⁰⁴. Le juge fait référence à des valeurs socioculturelles communes, caractérisées par des expressions comme « élément fondamental de notre système juridique » ou « nécessité évidente du droit », pour créer une règle de droit, une technique d'appréciation, ou une norme générale source de règles particulières. En ce cas, le juge surdétermine le sens d'un texte. La surdétermination représente le contexte socioculturel auquel se réfère l'interprète. Gérard Timsit qui se situe toujours dans une perspective différentielle de contenu ne cherche pas à étudier le contenu des valeurs. Il s'intéresse uniquement à ses formes, à ses modes de traduction dans la norme, et à ses fonctions. Une norme est nécessairement surdéterminée par un code socioculturel, entendu comme le champ des valeurs dans lequel s'inscrit le sens initial. Ce code constitue un outil de codétermination destiné à « déplacer » le sens d'une norme. Il ne peut être envisagé que simultanément à la codétermination, puisqu'en réalité, il sert à mesurer la liberté prise par le lecteur dans la détermination du sens d'une

⁷⁰¹ « Les noms de la loi », op. cit., p. 142.

⁷⁰² « Les noms de la loi », op. cit., p. 143.

⁷⁰³ « Les noms de la loi », op. cit., p. 144.

⁷⁰⁴ « Les noms de la loi », op. cit., p. 146.

norme par rapport à sa prédétermination. Gérard Timsit considère, par exemple, que l'analogie fait nécessairement intervenir un élément de surdétermination. Le lecteur part d'une situation de prédétermination dans laquelle une règle s'applique à une situation déterminée. Il l'applique à une situation qu'il considère comme proche, autrement dit une situation analogique. Dans l'esprit de Gérard Timsit, c'est la surdétermination qui permet de la considérer comme effectivement proche. Le lecteur se fonde sur un code socioculturel qui peut être soit commun à celui de l'auteur, c'est ce qu'il appelle « l'effet de gravitation du sens », soit différent de celui de l'auteur, et c'est ce qu'il dénomme « l'effet d'expansion du sens »⁷⁰⁵.

Approche textuelle et intérêt de la méthode différentielle. Gérard Timsit a conceptualisé les modes d'intégration des normes, c'est-à-dire la manière dont peuvent être indexées différentes règles à un corpus. Il s'agit, en somme, agit d'appliquer certaines règles de droit, en fonction et uniquement en fonction de leurs contextes internes de réalisation. Ces contextes sont standardisés au moyen d'instruments de mesure, axés sur l'intention que les acteurs du droit mettent dans les textes. Mais quelles que soient les stratégies de détermination du sens, la ligne de conduite de Gérard Timsit consiste à objectiver ces dernières. Il ne s'agit nullement d'établir une hiérarchie entre les acteurs du droit, le juge étant par exemple considéré comme l'exécutant du législateur. De manière beaucoup plus subtile, Gérard Timsit montre que tout acte de travail sur un texte, qu'il provienne du législateur ou du juge, modifie le sens de ce texte pour qui devra le travailler à son tour. Si la dichotomie des conditions pragmatiques et dialogiques peut être discutée dans son principe, ce que nous ferons à l'occasion de l'étude des limites de la méthode différentielle d'indexation⁷⁰⁶, il n'en demeure pas moins que l'approche novatrice de Gérard Timsit permet de prendre conscience d'une dimension fondamentale du droit : elle consiste à intégrer certaines méthodes de raisonnement, comme celles des catégories et des définitions, dans le droit conçu comme un ensemble signifiant mettant des séries d'index en réseau, pour le service des notions intégrées dans le corpus grâce au travail effectué sur leur signification. Dans cette optique, ces index ne peuvent pas être valablement considérés comme des techniques formelles d'ordonnancement ; c'est là tout l'intérêt de cette démarche.

Grâce aux propriétés internes du corpus juridique, chacun est susceptible de donner un sens ou une direction à un texte donné, mais aussi d'en limiter les interprétations possibles en créant de toutes pièces son sens initial ou en l'approfondissant. Le droit apparaît dans son essence dynamique, il n'est pas figé. Par ailleurs, s'il est conçu comme signifiant, c'est bien par le biais de la méthode différentielle utilisée ici dans une optique épistémologique. En effet, dans le paragraphe précédent

⁷⁰⁵ « Les noms de la loi », op. cit., op. cit., p. 172 à 178.

⁷⁰⁶ *Infra*, le paragraphe suivant, n° 3.

illustrant le mode différentiel de raisonnement appliqué à la distinction de l'accusatoire et de l'inquisitoire, nous avons tenté de montrer que cette dernière prend une signification précise lorsqu'elle est mise en rapport avec les concepts pertinents qui gravitent autour d'elle et qui ont une signification précise d'un point de vue interne. Dans la configuration de l'approche textuelle, il ne s'agit pas de rechercher concrètement la signification de telle ou telle notion, mais bien de disséquer les procédés techniques auxquels recourent les acteurs du droit pour aboutir à une telle signification. Le but diffère, mais la démarche demeure fondamentalement la même de par sa nature contrastive et de par son souci d'objectivation des notions ou des techniques faisant sens au sein du corpus. Sur un plan différentiel, l'objectivation traduit la volonté de rendre l'indexation apparente.

§3 Les limites de la méthode différentielle

115. — Trois limites peuvent être imputées à la méthode différentielle dans la mesure où il est parfois ardu de distinguer le trait différentiel du trait référentiel (3.1) et que, secondement, ce mode de raisonnement implique un point de vue exclusivement interne de la part de l'observateur (3.2) alors, enfin, que le trait différentiel est conditionné par des données socioculturelles (3.3.).

116. — 3.1. La coïncidence du trait différentiel et du trait référentiel

Le trait différentiel et le trait référentiel coïncident parfois et il est alors difficile d'y voir autre chose qu'une propriété du référent. Par exemple, les caractères extérieur, imprévisible et insurmontable du cas de force majeure peuvent être aussi bien être envisagés comme référentiels que différentiels. Dans le premier cas, la notion permet de désigner les événements concrets qui entrent dans cette catégorie et qui ont pour effet de faire échapper le débiteur à sa responsabilité. Dans le second, les mêmes caractères sont utilisés, non pas pour qualifier une situation, mais pour déterminer leur rang, leur importance respective afin de donner à la force majeure une signification au regard de la notion de responsabilité⁷⁰⁷.

⁷⁰⁷ V. par ex. la thèse de Patrice JOURDAIN, « Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale », th. Paris, 1982, n° 526 s. et n° 643 s. L'auteur distingue les causes physiques et les causes morales de non imputabilité et, contrairement à la doctrine traditionnelle, conçoit le cas de force majeure comme une « cause physique de non imputabilité » dont l'effet annihile la liberté d'agir. Selon l'auteur, elle s'analyse alors en une condition de la responsabilité qui concerne directement le caractère fautif du comportement. Il s'ensuit de la preuve de l'irrésistibilité de l'événement que l'empêchement du débiteur, en principe fautif, ne lui est pas imputable. Pour être exonéré, le débiteur doit avoir été empêché soit d'exécuter son contrat, soit de s'opposer à la réalisation de l'événement générateur du dommage. En revanche, lorsque la responsabilité est objective, la force majeure ne peut être appréciée qu'au regard du fait générateur et du lien de causalité puisque, par hypothèse, la faute ne constitue pas une condition de la responsabilité. En conséquence, la thèse dualiste des causes de non-imputabilité aboutit à opérer une différenciation entre les types de responsabilités et à rapprocher la responsabilité contractuelle de la responsabilité subjective.

Cette limite qui en réalité n'en est pas vraiment une, montre simplement que les deux analyses se fondent sur deux axes de lecture et que les deux sont à la fois exactes et complémentaires. *L'objet peut se réaliser de plusieurs manières et c'est cet aspect multimodal qui fait la définition même de cet objet où le sens et la référence sont complémentaires.*

117. — **3.2. La délimitation délicate des ensembles signifiants**

La délimitation des ensembles est délicate dans la mesure où une définition, un concept, une catégorie ou une règle de droit sont porteurs de sens et s'insèrent dans plusieurs ensembles de plus en plus vastes.

Gérard Timsit estime qu'il convient de partir du texte qui constitue le support de la norme. Dans cette optique, les catégories, les analogies ou les présomptions sont conçues comme des procédés de détermination du sens des normes. Dans la mesure où les catégories sont censées instituer l'effet voulu par la loi, il considère logiquement que celles-ci constituent une technique de prédétermination de la norme et les analogies, une technique de codétermination. Cependant, les concevoir comme des stratégies comporte le risque de ne plus voir la substance dont elles sont elles-mêmes porteuses en dehors du texte, lequel ne peut, à notre sens, à lui seul former l'index. Leur diversité permet de les étudier indépendamment, dans les rapports qu'elles entretiennent les unes avec les autres. À titre d'illustration, l'analogie peut faire sens sans être formellement utilisée pour contrecarrer l'effet institué par une catégorie. Par exemple, il n'est pas douteux, qu'en l'absence de texte, il ne serait pas admissible d'étendre par analogie l'interdiction faite au mineur de disposer de ses biens à l'interdiction de quitter le domicile parental sans autorisation. En dépit du projet commun à ces deux interdictions, la protection du mineur, l'absence de renvoi du législateur fait obstacle à l'analogie, ce en quoi l'approche textuelle se révèle exacte. Encore est-il nécessaire de préciser que si ce raisonnement paraît devoir être exclu de manière aussi évidente, ce n'est pas seulement parce que le Code civil sépare textuellement les dispositions relatives à la personne du mineur et celles relatives à son patrimoine, mais aussi parce que cette distinction du patrimoine et de la personne renvoie à une opposition bien connue de l'ordre de la *summa divisio*. Sur le plan de la minorité, cette distinction se traduit par la scission de l'administration légale et de l'autorité parentale. Cette séparation du patrimonial et de l'extrapatrimonial constitue un obstacle majeur à l'analogie. Cependant, celle-ci n'est pas totalement absente de la définition des statuts en la matière. L'administration légale est le pendant de l'autorité parentale, au point qu'il est difficile de saisir le sens de la dichotomie, acte usuel/ acte non-usuel, qui limite les pouvoirs des détenteurs de l'autorité parentale, sans connaissance préalable de la trilogie acte de disposition, acte d'administration et acte

conservatoire, utilisée dans le cadre de l'administration légale. La dichotomie est indexée à la trilogie au moyen d'une analogie qui, dans cette configuration, crée des doubles⁷⁰⁸. Il s'agit d'un type d'analogie qui ne modifie pas nécessairement le régime des notions mais contribue à créer une signification standardisée des notions rapprochées.

Les textes ne permettent pas toujours de prendre conscience de tous les aspects de l'indexation et de fait la délimitation des ensembles signifiants du corpus s'avère d'un maniement délicat. Ce dernier peut toujours être contesté dans la mesure où le réseau des traits différentiels peut difficilement être circonscrit.

118. — **3.3. Le conditionnement du sens par les données socioculturelles**

De par son objet, le mode différentiel d'indexation écarte nécessairement tout référent extérieur de l'analyse juridique. Il est axé sur les propriétés internes du corpus juridique et vise à mettre en lumière les rapports entre notions afin qu'elles fassent sens.

119. — **L'opposition du point de vue interne et du point de vue externe.** Dans cette optique, l'observateur adopte fatalement un point de vue interne puisque pour connaître les propriétés du corpus juridique, il doit préalablement les reconnaître et les accepter comme telles, dans une logique de type hartien. Par ailleurs, pour exclure tout référent de sa logique, il doit autant que possible éviter d'analyser les manifestations externes des règles de droit en recherchant la manière dont le droit prend ou ne prend pas effet dans la société conformément aux propriétés du droit préalablement dégagées. En effet, cette dernière optique relève, dans l'esprit de bon nombre d'auteurs, de la sociologie, laquelle se distingue nettement de la science juridique.

L'opposition du point de vue juridique et du point de vue sociologique. Max Weber lui-même n'avait pas une autre opinion : « Quand on parle de "droit", "d'ordre juridique", de "règles de droit", on doit particulièrement être attentif à distinguer les points de vue juridique et sociologique. Le juriste se demande ce qui a valeur de droit du point de vue des idées, c'est-à-dire qu'il s'agit pour lui de savoir quelle est la signification autrement dit le sens normatif qu'il faut attribuer logiquement à une certaine construction de langage donnée comme norme de droit. Le sociologue se demande en revanche ce qu'il advient en fait dans la communauté »⁷⁰⁹. Max Weber adhère donc pleinement à la différence qui sépare l'étude de la validité, comme elle a pu être conduite par exemple par Hans Kelsen, de l'étude de la réception et de la lecture des normes qui se traduisent en

⁷⁰⁸ Cette notion sera précisée au chapitre suivant à l'occasion de l'analyse des différents types d'analogies.

⁷⁰⁹ Max WEBER, « Economie et société », 1921, Plon, Paris, 1971, p. 321.

comportements individuels : « cette répression (de l'infraction) ne peut se comprendre que par la norme que les individus ont adoptée. Mais cette norme agit par la signification, le sens que les individus lui donnent. Le sociologue tentera de comprendre les significations subjectives de la norme en étudiant les chances des conduites sociales d'après ces significations »⁷¹⁰. Il s'agit typiquement pour le sociologue d'adopter le point de vue externe si bien défini par Hart. Aux yeux de ce dernier, les règles de droit interviennent au moins à deux niveaux en conférant qui une compétence d'action, qui une matière à l'action. Dans la lignée d'Austin⁷¹¹, Hart pense qu'il existe un rapport étroit entre les règles de droit et les habitudes sociales. Pour décrire ce rapport, il analyse la structure et l'utilisation de ces règles à la fois du point de vue interne et du point de vue externe, deux aspects de l'habitude sociale.

Le théoricien, comme Hart, doit en réalité faire face à un paradoxe. Il est confronté à la nécessité de concilier les pré-requis issus des codes socioculturels partagés par la société et qui influencent les acteurs du droit avec ceux, spécifiques et internes, du droit. C'est pourquoi il estime *in fine* que pour pouvoir analyser la signification d'une norme, il convient d'adopter les deux points de vue, externe et interne. Le premier permet de déceler des « signes » à travers des régularités de comportement. Le second permet d'appréhender des « signaux », adressés par des règles conçues comme obligatoires. Et de prendre l'exemple du feu rouge. L'observateur qui ne connaît pas ou qui refuse les règles d'un système juridique donné constate simplement que la population s'arrête au feu rouge et, partant, « il traite le feu comme un simple *signe* naturel *de ce que* les gens vont se comporter d'une certaine façon, comme les nuages sont *un signe de ce que* la pluie va arriver. En agissant ainsi, il passe sous silence toute une dimension de la vie sociale de ceux qu'il observe, car pour ceux-ci, le feu rouge ne constitue pas seulement un signe de ce que les autres vont s'arrêter : ils le considèrent comme un *signal* qui leur est *adressé* de s'arrêter, et ainsi comme une raison de s'arrêter en conformité avec des règles qui érigent le fait de s'arrêter lorsque le feu est rouge en un modèle de comportement et en font une obligation »⁷¹².

Dès lors que l'observateur - juriste ou sociologue - s'intéresse à la signification des règles de droit, non à leur validité formelle, il semble difficile de disjoindre les deux visions⁷¹³, externe et

⁷¹⁰ Jacques GROSCLAUDE, Préface de la « Sociologie du droit » de Max Weber, PUF, Paris, 1986, p. 19 (nous ajoutons).

⁷¹¹ Antonio TRUYOL Y SERRA, John Austin et la philosophie du droit, APD, 1970, t. XV, p. 151.

⁷¹² Herbert Lionel Adolphus HART, « Le concept de droit », 1961, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976, n° 87 et 88, p. 115, (l'auteur souligne).

⁷¹³ V. François OST et Michel van de KERCHOVE, « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Les voies du droit, Paris, 1992. Les auteurs proposent de recourir au paradigme du jeu pour tenter de mieux comprendre la réalité du droit. À leurs yeux, la notion de jeu permet de traduire plusieurs dialectiques : celle du jeu et du joueur, du jeu et de l'idée de jeu (p. 38), ce qui apporte un nouvel éclairage de clivages traditionnels comme celui de l'observateur et du phénomène ou, encore *celui du point de vue interne et du point de vue externe* (p.

interne, précisément en raison du fait qu'elles constituent deux *aspects* du droit et non, à proprement parler, deux disciplines séparées. Il est dès lors nécessaire de se demander quelles sont les influences des données socioculturelles et historiques sur un corpus dont on tente de cerner les structures et les mécanismes spécifiques. Pour mieux comprendre l'enjeu de la question pour la méthode différentielle, il convient de revenir aux sources linguistiques de cette dernière. En effet, les linguistes ont été confrontés à la même problématique que les juristes, lorsqu'ils se sont posés la question de la relation de la langue en tant que « signe » et de la langue parlée (la parole au sens strict) en tant que fait social.

Ferdinand de Saussure, un des fondateurs de la linguistique structurale et de la sémiologie, avait résolu le problème en postulant « l'arbitraire du signe linguistique ». Pour lui, la langue (le signe linguistique représenté par un son et appelé « signifié ») entretient une relation arbitraire, c'est-à-dire sans logique aucune, avec la parole (et, plus précisément, le concept auquel est associé le son, appelé « signifiant »)⁷¹⁴. C'est ainsi qu'il a axé son étude sur les relations entre signes, relations qui

175 à 191). Les auteurs estiment que « de même que la réalité n'était pas extérieure à la fiction ludique mais lui était relative et même, en un certain sens, interne, de même le hors-jeu ne se laisse saisir qu'à partir du jeu lui-même. La règle du jeu qui réalise ce partage est donc à la fois un critère qui découpe, définit, sépare et une charnière qui rapproche et relie », (p. 178). La frontière entre le point de vue interne et le point de vue externe leur apparaît donc comme mouvante, poreuse et réversible, (p. 177). L'externe devient interne et l'interne se nourrit de l'externe, dans la mesure où l'observateur est aussi agent (p. 214). Ils considèrent ainsi que « l'intervention du juge constitue à la fois l'indice et l'opérateur principal de la juridicité ». Chaque fois qu'il défère certaines interactions humaines à un tiers arbitre, le groupe social est, selon eux, en voie de constituer un ordre juridique. En disant le droit, le juge se constitue ensuite comme opérateur de la juridicité « de la prérogative et de la règle invoquées ». À ce va-et-vient dialectique, il faut ajouter la relation récursive qui lie le juge à la règle : la règle habilitant le juge à dire le droit et le juge appliquant la règle, de sorte qu'aucun terme n'est soumis par l'autre, n'est le maître de l'autre. De cette dialectique propre au juge, les auteurs disent que « ce qui est vraiment premier, c'est l'instauration progressive du jeu dont le juge est l'acteur central : mise en place, selon un processus qui est allé de l'usage à la coutume et de celle-ci à la loi, de l'appareil judiciaire qu'on peut écrire dans le langage de l'institution (Santi Romano), de la norme secondaire (Hart), de la double institutionnalisation (critère des anthropologues juristes, tel Bohannon), ou encore comme passage de l'état de nature à l'état civil (Locke, Kant) », (p. 179 et 180).

Rappr. Hans Georg GADAMER, « Vérité et méthode », 1960, Le seuil, Paris, 1996, n° 107 à 140, p. 119 à 152. L'auteur, qui s'est servi du jeu pour étudier le mode d'être de l'art, a établi un rapport très intéressant entre le jeu et les joueurs. Selon lui, il est nécessaire de distinguer le jeu de la conduite de celui qui joue, « laquelle appartient à la subjectivité ». Ainsi, alors que pour celui qui joue, le jeu n'est pas sérieux et c'est ce qui le motive à jouer, le jeu a ses règles et ses buts et il constitue un monde sérieux. Le jeu, écrit Gadamer, a avec le sérieux un rapport essentiel qui lui est propre (...) un sérieux sacré », (p. 119). « (Le joueur) le sait, mais sans plus penser, en tant que joueur, à ce rapport avec le sérieux. En effet, le jeu ne remplit son but que lorsque le joueur s'oublie dans le jeu. *Ce qui fait que le jeu est entièrement jeu, ce n'est pas son rapport, qui en détourne, au sérieux, c'est le sérieux dans le jeu* » (p. 120, nous soulignons). Autrement dit, le jeu n'est pas seulement un objet confronté à un sujet. Le sujet se projette dans le jeu et le jeu dépasse le sujet, car il a « une essence propre, indépendante de la conscience de ceux qui jouent ». Gadamer est ainsi conduit à privilégier le mouvement du jeu en tant que tel, conçu comme une représentation : « Le mouvement de va-et-vient est si manifestement central pour la définition essentielle du *jeu*, qu'il est indifférent de savoir quelle personne ou quelle chose l'exécute. Le mouvement du *jeu* est, pour ainsi dire, dépourvu de substrat » (p. 121, l'auteur souligne). Lorsque cette représentation est totale, que la subjectivité des joueurs n'a plus aucune importance, le jeu humain atteint, selon Gadamer, son véritable accomplissement. Il se « transmute en une œuvre », (p. 128).

⁷¹⁴ « Cours de linguistique générale », op. cit., p. 97 à 102.

doivent, dans son esprit, fonder l'existence même du signe. Sans remettre en cause la valeur et l'utilité d'une telle approche Émile Benveniste a très justement observé que : « ce qui est arbitraire, c'est que tel signe, et non tel autre, soit appliqué à tel élément de la réalité, et non à tel autre. En ce sens, et en ce sens seulement, il est permis de parler de contingence, et encore sera-ce moins pour donner au problème une solution que pour le signaler et en prendre provisoirement congé (...) Pour le sujet parlant, il y a entre la langue et la réalité adéquation complète : le signe recouvre et commande la réalité ; mieux, il *est* cette réalité (...) À vrai dire le point de vue du sujet et celui du linguiste sont si différents à cet égard que l'affirmation du linguiste quant à l'arbitraire des désignations ne réfute pas le sentiment contraire du sujet parlant (...) Le domaine de l'arbitraire est ainsi relégué hors de la compréhension du signe linguistique »⁷¹⁵.

Cette position représente, nous semble-t-il, une clef de compréhension essentielle de la valeur relative de la dichotomie du point de vue interne et du point de vue externe de l'observateur, ce qui ne signifie en aucun cas qu'elle soit inutile ou même inexacte, bien au contraire.

120. — **Le conditionnement du sens par des données socioculturelles non objectivées.**

Dès lors, qu'en est-il de la méthode différentielle en droit ? Selon nous, cette méthode permet d'écarter la question de la relation du fait au droit⁷¹⁶, mais elle ne la résout pas. La méthode

⁷¹⁵ Émile BENVENISTE, « Problèmes de linguistique générale », t. I, Gallimard, Paris, 1966, p. 52 et 53, (l'auteur souligne).

⁷¹⁶ Le droit, lorsqu'il n'est pas coupé de son environnement, est conçu sous l'angle du rapport que le droit entretient avec ce dernier et c'est de cet écart que se déduit le fait que le droit traite ou non la réalité d'où découle le critère de la normativité. Cet écart, jamais totalement nié, a engendré d'importantes discussions doctrinales sur la nature du droit. L'École historique allemande, dont le chef de file était Savigny, a réduit cet écart au maximum en estimant que le droit serait le produit des réalités sociales et en formerait une sorte de synthèse en l'organisant. Cette approche se retrouve développée par différents auteurs de l'Ecole dite sociologique du droit.

Parmi eux, le sociologue Emile Durkheim accorde une place éminente au droit dans la vie sociale (« Les règles de la méthode sociologique », 1895, 15^{ème} éd., PUF, Paris, 1963, p. 14). Cependant, le droit est un fait social et en tant que tel, il ne peut être analysé que dans une optique relationnelle. Le droit est organisé et dans sa pensée, il se caractérise d'abord par la sanction (Détermination du fait moral, 1906, in « Sociologie et philosophie », 3^{ème} éd., présentation Bruno Karsenti, préface Célestin Bouglé, PUF, Quadrige, Paris, 2004, p. 49, spéc. p. 60 à 66). De manière générale, Durkheim appelle sanction la « conséquence de l'acte qui ne résulte pas du contenu de l'acte, mais de ce que l'acte n'est pas conforme à une règle préétablie », (Détermination du fait moral, p. 60). Il y a entre l'acte délictueux et la sanction, un lien qu'il appelle « synthétique », par opposition au « lien analytique », en ce qu'il est impossible de déduire d'un comportement fautif, un quelconque blâme ou châtement. La punition (essentiellement pénale à ses yeux) ne résulte pas de la nature intrinsèque de l'acte, mais vient de ce que l'acte n'est pas conforme à la règle qui le proscriit. C'est pourquoi Durkheim appelle synthétique le lien qui unit l'acte et sa conséquence. Cela vaut autant pour une règle morale que pour une règle juridique, et ce qui intéresse au premier chef le sociologue est de déterminer comment ces obligations s'insèrent dans un système de relations. Les faits sociaux qu'il étudie, non pas en s'appuyant sur le for intérieur, mais en établissant des statistiques, représentent, selon lui, un certain état de la conscience collective. Ils s'imposent à l'individu en raison de la socialisation subie dès l'enfance, ainsi que de la pression des institutions qui mettent des sanctions en œuvre.

L'approche durkheimienne n'est évidemment pas la seule à émerger à la charnière du XIX^e et du XX^e siècle. La voie de la globalisation du fait social examiné en tant qu'objet scientifique, s'oppose à la théorie de

différentielle de raisonnement implique l'exclusion de tout référent extérieur et, par conséquent, nie d'une certaine façon l'influence de données socioculturelles qui ne soient pas objectivées par un support formel. Elle procède d'une vision interne qui induit un second problème lié à la valeur de l'alternative entre vision interne et vision externe, que tout observateur d'un système est supposé trancher.

Tout en évitant les excès du « structuralisme borné » dénoncés par Gérard Timsit, celui-ci estime que la science du droit ne peut être établie que d'un point de vue interne : « la science du droit doit avoir pour objet l'étude d'une propriété interne à l'univers des normes juridiques ; elle doit porter sur une propriété qui, interne à cet univers, soit cependant de nature à rendre compte – aussi – de l'extériorité de l'univers des normes juridiques par rapport à la société »⁷¹⁷. Comme Hart, il pense que le droit peut être considéré sous plusieurs angles, interne et externe, et, comme lui, il estime que la sanction⁷¹⁸ relève d'un point de vue externe en raison du lien étroit qui l'unit à l'effectivité, ce que Hart désignait sous le terme de prédictibilité⁷¹⁹. Le droit a cette particularité de tendre à organiser la société au moyen d'un ensemble de principes et de règles qui se transforment en pratiques. S'il est exact que l'effectivité du droit, au regard de son adéquation aux besoins de la collectivité ou de la force mise en œuvre pour l'imposer, relève d'un point de vue externe, rechercher les voies de décodage de la signification d'une norme ne peut, à notre sens, relever d'une vision exclusivement interne. Le point crucial consiste à déterminer s'il est de bonne logique de s'appuyer sur la distinction de l'interne et de l'externe alors que la signification des normes dépend,

Max Weber qui, comme plus tard Pierre Bourdieu, estime que les relations subjectives entre individus constituent le creuset du sens imprimé au monde par l'Homme social, (comparant les pensées de Durkheim et de Weber, v. Wolfgang SCHLUCHTER, *La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité*, in « La sociologie du droit de Max Weber », *oeuv. coll.* sous la dir. de Jean-Philippe Heurtin et Nicolas Molfessis, Dalloz, Paris, 2006, p. 3 et spéc. p. 25). Max Weber ne coupe pas les structures et les institutions sociales de l'activité multiforme de l'homme, « qui en est à la fois l'ouvrier et le maître des significations », (Julien FREUND, « *Sociologie de Max Weber* », PUF, Paris, 1966, p. 77).

Max Weber a, par ailleurs, conscience de ce qui constitue la principale critique des positivistes, à savoir que les faits sont d'une infinie complexité et le résultat d'une multitude de causes. C'est pourquoi, à la différence de Durkheim, il ne prétend pas constituer les faits en objets ou en choses. Il propose de conduire l'analyse en fonction de la problématique posée par le chercheur qui, dès lors, est en partie subjective. Il se fonde sur la comparaison entre les situations observées, d'une part, et un objet « idéaltype »⁷¹⁶, d'autre part, conçu comme une photographie du réel dont les traits distinctifs les plus pertinents, au regard de la problématique, ont été grossis et systématisés. La comparaison permet, selon lui, de mettre en lumière la déclinaison des formes empiriques de cet objet et de mesurer l'écart qui sépare ces formes de l'idéaltype, (Julien FREUND, *op. cit.*, p. 51 à 61).

⁷¹⁷ « Archipel de la norme », *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁸ La sanction est, à ses yeux, extérieure à la problématique de la juridicité qui se détermine exclusivement en fonction de la signification et du contrôle de la signification des normes : « Le problème de la sanction est en effet sociologique ou politique (...) Ce type de problème d'effectivité se situe en amont ou en aval de celui de la juridicité : en amont quand la question posée est celle de l'adéquation de la norme aux besoins de la collectivité ; en aval, quand ce qui est en cause, c'est l'aptitude de l'organisation sociale classique à imposer – par l'application de sanctions – le respect du droit aux individus membres de la collectivité dont elle assure la gestion », « Les noms de la loi », *op. cit.*, p. 49.

⁷¹⁹ *Supra*, la première partie de cette thèse, tit. II, chap. I.

même pour l'observateur, d'un code socioculturel dont il ne peut faire abstraction.

Gérard Timsit ne cherche pas à déterminer le contenu ou la nature des valeurs socioculturelles. Il souhaite établir la place et le degré d'intervention de ces valeurs dans l'entreprise de détermination du sens des normes. En ce sens, l'opposition conceptuelle de l'analyse interne et de l'analyse externe se justifie dans la mesure où l'auteur ne se propose pas de rendre compte du contenu des valeurs, mais de leur place apparente dans la logique du lecteur. Il n'adopte pas la démarche du sociologue qui consiste à déterminer les conditions d'émergence du droit dans le monde social. Cependant, son entreprise correspond à celle d'une *autre* sociologie qui vise à déterminer les manières dont il est possible de réagir dans une situation d'écriture, d'interprétation et d'application d'un texte normatif. En témoignent les exemples que Gérard Timsit utilise pour illustrer le travail des juges, dans un contexte de surdétermination. L'auteur fait état, par exemple, d'un rapport du commissaire du gouvernement employant des expressions comme « élément fondamental de notre système juridique » ou « nécessité évidente du droit »⁷²⁰ dans une affaire où le Conseil d'Etat a érigé en principe général du droit le fait que « l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer soit que le règlement ait été illégal dès sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date »⁷²¹. Du contenu du rapport, du fait que le décret qui mettait en place ce recours était, aux termes du rapport, illégal, du fait, enfin, que le Conseil d'Etat a rompu avec sa jurisprudence antérieure, Gérard Timsit déduit que le juge a consacré une norme « par voie d'invention » en se référant aux conditions dialogiques qui entouraient l'affaire, c'est-à-dire aux données socioculturelles partagées. Gérard Timsit ne cherche pas à décrire les conditions d'émergence de ces données, néanmoins, il les reconnaît comme telles, ce qui n'est, à notre sens, pas totalement étranger à une analyse sociologique. Et il ne pouvait en être autrement.

Ce regard empreint de sociologisme n'invalide pas l'analyse du droit dans un mode différentiel, dans la mesure où le droit est lui-même *de* la réalité et que toute méthode devrait, selon nous, tenir compte de ce paramètre. La frontière instituée par la dichotomie vision interne – vision externe doit simplement être relativisée afin de pouvoir rendre compte de cet aspect du droit. Dans la pensée de Gérard Timsit, cette frontière se traduit par la nécessité d'objectiver le contexte par des références formelles au code socioculturel. Cela ne fait, à notre sens, pas obstacle à la conscience que ce dernier est avant tout une propriété externe du droit, la surdétermination consistant alors en la manière dont les acteurs du droit s'approprient le corpus juridique en fonction de cet ensemble et, inversement, comment cet ensemble s'intègre au corpus. Dans cette optique, l'analyse des méthodes

⁷²⁰ « Les noms de la loi », op. cit., p. 148.

⁷²¹ CE, 3 février 1989, Compagnie Alitalia.

de création de la signification des normes juridiques résulte d'une vision qui n'est pas exclusivement interne. Elle se situe à mi-chemin entre la validité pure et l'analyse externe des comportements individuels des agents du droit, ces derniers étant relevés par le biais d'expressions socioculturelles. Pour reprendre un mot de Lévi-Strauss, le regard n'est pas externe, il est éloigné.

Dans une certaine mesure, Gérard Timsit adopte ce regard éloigné, puisqu'il tient compte de la position sociale de divers acteurs du droit, spécialement l'administration et le juge, pour tirer des conséquences politiques de sa théorie. Pour éviter le gouvernement des juges, contraire à la notion de souveraineté et à la séparation des pouvoirs, il estime par exemple que le juge ne peut se dégager de toute subsomption. Il doit achever un processus de formation du droit antérieurement entamé, c'est-à-dire interpréter et inscrire le cas singulier dans la généralité des textes et des valeurs reconnues et admises par le corps social⁷²². Ces considérations sont complémentaires de la théorie juridique. Cependant, à travers elles, les limites de la codétermination sont plus aisées à comprendre puisque la codétermination s'arrête là où commence le gouvernement des juges. Elles permettent de mettre en évidence le rôle d'interface du juge entre la réalité des situations et le corpus juridique et constituent, à ce titre, un élément de la science juridique. L'indexation consiste alors à accepter que le sens structurel des normes soit intimement lié aux valeurs partagées des individus qui se situent en fonction d'un lieu, d'un moment, d'une qualité et, aussi, d'un contexte de réalisation. En définitive, une similitude de méthode peut être relevée entre le mode sociologique d'étude des valeurs au sein de la société dans un contexte culturel donné et le mode différentiel d'indexation consistant à rechercher la signification des normes au sein du corpus juridique. Selon Max Weber, le fait social, parce qu'il relève de la science culturelle et non naturelle, n'a pas de réalité en lui-même. C'est le rapport à ce fait et la façon de l'envisager dans l'activité aux autres, qui constituent le moteur des relations humaines. Ces relations s'inscrivent dans une culture et, donc, un ensemble de valeurs. Le sociologue les étudie en opérant une distinction entre les jugements de valeurs et le rapport aux valeurs. Selon lui, seul ce dernier intéresse la démarche scientifique dont l'objet est de peser la place occupée par les valeurs dans un système de relations, sans porter de jugement sur elles. Dans un mode différentiel, l'observateur ne procède pas autrement.

⁷²² « Archipel de la norme », op. cit., chap. IV, p. 105 s.

121. — CONCLUSION

Les deux modes d'indexation, destinés à rendre compte des statuts apparents du droit, résultent de deux axes de lecture complémentaires. Le mode référentiel d'indexation aboutit à une désignation alors que le mode différentiel d'indexation conduit à un sens. Les deux sont valides et ne doivent pas être considérés comme alternatifs. Au contraire, ces développements ont eu pour objet de montrer que les objets étudiés recèlent plusieurs dimensions et que c'est cet aspect multimodal qui fait leur définition même. Alors que selon le mode référentiel, le tout est plus grand que les parties (le genre précède l'espèce), selon le mode différentiel, les parties sont plus grandes que le tout (l'unité signifiante n'existe réellement que dans ses rapports aux autres unités). Les objets étudiés sont bien distingués, mais dans cette perspective, ils ne sont plus figés par des statuts conçus comme émanant du donné. C'est l'indexation qui constitue l'axe de distinction, par la désignation et par le sens.

Aucune de ces approches ne peut être considérée comme formelle. Nous avons tenté de montrer que le modèle aristotélicien de raisonnement, qui est à la base de la référence, perd beaucoup de sa pertinence lorsque l'objet défini n'est pas contextualisé. La manière dont se réalise un objet participe de sa définition et rend compte de son statut au sein du droit, lequel n'est pas obligatoirement absolu et définitif. À notre sens, l'aspect métaphysique de la philosophie d'Aristote permet de mieux comprendre sa logique de découpage des objets et l'une ne va pas sans l'autre. De même, s'agissant de la méthode différentielle, l'analyse de la distinction de la vision interne et de la vision externe a permis de prendre conscience de l'importance de l'objectivation des données juridiques tout en relativisant leur portée.

Les modes référentiel et différentiel ont en commun d'approfondir les éléments visibles du corpus juridique : les définitions et les notions catégorielles, d'une part, les unités signifiantes mises en rapport les unes avec les autres, d'autre part. Seul l'angle en fonction duquel ces éléments sont envisagés, diffère. Ceux-ci sont conçus, dans le mode référentiel, dans leur rapport à la réalité. L'intension détermine l'extension. Au contraire, le mode différentiel considère l'unité en tant qu'elle produit un sens. Son objet consiste à analyser les modes de production de ce sens et les moyens par lesquels ils sont communiqués. C'est ce qui explique que Gérard Timsit distingue la normativité de la juridicité, ou l'obligation du sens. La méthode référentielle, axée sur les définitions et les catégories, et la méthode différentielle, axée sur les unités dites signifiantes, ont respectivement permis de rendre compte du processus d'indexation apparent à l'œuvre dans le

corpus juridique. Le raisonnement ne doit en conséquence pas s'arrêter là, car les modes d'indexation ne sont pas seulement apparents. Ils sont aussi voilés.

CHAPITRE II

LES MISES EN RAPPORT DE LA DISTINCTION, MODE VOILE D'INDEXATION

122. — Les mises en rapport sont consubstantielles à l'opération de distinction. Lorsque l'opération de distinction n'a pas pour objet de disjoindre, alors elle instaure une distance matérielle ou intellectuelle soit entre les différents objets, soit entre les propriétés d'un même objet. Dans cette optique, les objets distingués ne se caractérisent ni par leur statut d'objets qualifiés, ni par le vide qui les sépare. De manière plus précise, ce vide peut être considéré comme un non-sens car par essence, la distinction implique une liaison entre objets. *In fine*, elle *est* purement et simplement cette liaison puisqu'elle est fondamentalement une action et non un résultat. Cette action définit les objets dans un processus dynamique et là est le nœud de la distinction – indexation dans sa dimension cachée. Ces mises en rapport, qui deviennent pertinentes dès lors qu'elles permettent de comprendre une réalité du droit, ne se laissent pas réduire à des statuts, à des classifications ou à des qualifications.

Tenter d'établir une typologie possible des mises en rapport découlant de l'opération de distinction devrait permettre de mettre en place des séries d'index palliant l'absence de statut de certains objets parfois conçus comme des anomalies du droit. L'analyse qui va suivre aura pour objet de cerner les procédés réguliers et performants capables de satisfaire à l'impératif de prévisibilité et de sécurité juridique sans avoir à qualifier un objet. Il s'agira de comprendre la structure du corpus en s'interrogeant sur la manière dont les juristes utilisent les mises en rapport qui découlent de la distinction, qu'elles soient hiérarchisées dans l'espace, cycliques sur un mode temporel, analogiques, voire arbitraires. Il sera alors loisible de se demander dans quelle mesure les rapports élaborés par l'opération de distinction constituent l'objet en lui-même. Pour reprendre

l'exemple de la linguistique, la langue n'a d'utilité que dans sa pratique. La langue n'a de sens et surtout n'existe que dans l'interaction, y compris selon la conception structuraliste. Qu'en est-il des objets du droit ? Est-il des cas où le seul moyen d'existence de l'objet réside dans la nécessité d'une interaction ? Dès lors, pourrait-on considérer que les mises en rapport de la distinction constituent en définitive un véritable mode de réalisation du droit ?

Nous nous efforcerons de répondre à ces questions en recherchant la manière dont s'opère l'indexation : comment se traduit-elle et en fonction de quelles attentes ? Après avoir analysé les mises en rapport de type sériel, temporel et arbitraire (section 1), nous étudierons les mises en rapport de type analogique (section 2).

Section 1 Les mises en rapport de types sériel, cyclique et arbitraire

123. — Les mises en rapport sont de plusieurs sortes dans la mesure où ils sont fonction de projets spécifiques qui, de ce fait, influencent diversement la manière dont les acteurs du droit vont le reproduire. La reproductibilité des mises en rapport ne doit pas être conçue comme une reproduction à l'identique. Si l'on admet que celles-ci ont un rôle de guide, c'est-à-dire d'indexation au corpus juridique des réalités auxquelles les juristes sont confrontées, alors il est possible d'affirmer qu'elles n'ont pas pour fonction première d'ordonner au sens propre ou au sens figuré. Dans la conception du système, l'index pourrait être conçu comme un ordre destiné à rendre compte de la place de chacun et de la marge de liberté laissée aux acteurs juridiques. Mais la fonction de l'index est, comme son nom l'indique, d'indexer, c'est-à-dire d'envoyer des signes tangibles aux acteurs du droit pour que le droit se réalise selon des procédés définis par le corpus.

Deux types d'index seront successivement examinés, selon qu'ils se déterminent spatialement selon une hiérarchie sérielle (§1) ou temporellement selon un mode cyclique (§2). Enfin, à part sont les mises en rapport dites arbitraires qui, pour des raisons d'autorité ou de contenu, sont moins aisément, voire pas du tout reproductibles, la cohérence des solutions étant par conséquent bien moindre (§3).

§1 Les mises en rapport de type sériel : l'exemple de la tripartition des infractions

124. — Les mises en rapport sont « sérielles » lorsqu'un élément est ordonné entre deux éléments extrêmes hiérarchisés. De nombreuses relations sociales sont indexées à ce type de hiérarchie. Ainsi, les fonctions dans l'entreprise sont souvent représentées par un organigramme avec, au sommet, le chef d'entreprise, et en bas, le salarié le moins gradé. En droit, la hiérarchie sérielle trouve une bonne application dans la distinction tripartite des infractions. Cette construction donne à la classification une rigueur qui devrait être aisément reproductible. Du point de vue de l'indexation, il convient de se demander pour qui et pourquoi cet index-là ?

Marie-Laure Mathieu-Izorche⁷²³ explique que l'ordonnancement, qui suppose théoriquement que « tous les éléments d'un ensemble puissent être rangés les uns derrière les autres sur une *seule* ligne »⁷²⁴, n'est que rarement complet en droit, à moins qu'il ne comporte que peu d'éléments. L'auteur pense que la principale raison n'est pas technique ou mathématique mais argumentaire. À ses yeux, l'ordre constitue fondamentalement une « opération expressive »⁷²⁵. Établir un ordre hiérarchisé des droits, de l'objet de ces droits, voire des personnes dans un ensemble, permet de révéler un choix politique et la raison profonde d'une règle. Choisir d'établir totalement un ordre ou, simplement, esquisser de quelques traits un ordre partiel en admettant un concours des droits, manifeste les intérêts que le législateur cherche à concilier. Marie-Laure Mathieu-Izorche observe à juste titre qu'il est parfois nécessaire d'empêcher les conflits de droits en instituant un ordre de préférence ; qu'il n'est parfois pas nécessaire de régler les conflits en amont ; et que dans certains cas, il n'est même pas souhaitable d'instituer un ordre notamment dans les situations de concours qui se résolvent par une distribution égalitaire. « On l'aura compris, lorsque le législateur se préoccupe de l'ordre, il est toujours guidé par une *raison particulière*, une raison forte, et souvent une raison *plus forte* que celle qui le conduit à créer des catégories distinctes, car il lui est plus simple de classer les objets de l'univers juridique en catégories, que d'avoir, en outre, à les ranger. Le rangement implique une décision, et la décision suppose une raison »⁷²⁶.

À notre sens, la tripartition des infractions reflète cette raison forte liée au rangement, mais c'est moins pour imposer une volonté légale que pour se convaincre de l'exactitude d'une manière d'envisager les comportements sociaux dangereux.

La tripartition conçue dans une optique de connaissance. Aux termes de l'article 111-1 du Code pénal, les infractions s'ordonnent entre le crime et la contravention, selon le degré de gravité de la sanction, jaugé à l'aune de la gravité de l'acte⁷²⁷. Cette classification présente l'intérêt d'établir une échelle qui, dans la mesure du possible, évite les recoupements. À chaque pallier correspondent des règles spécifiques axées sur la nature de l'infraction elle-même déterminée par la peine encourue. À titre d'illustration et en vertu de l'article 121-4 du Code pénal, la tentative est toujours punissable pour les crimes, l'est également pour les délits lorsque la loi le prévoit et ne l'est jamais pour les contraventions. De même, alors que la complicité est toujours punissable en présence de crimes et de délits, elle ne l'est qu'exceptionnellement pour les contraventions. Enfin, alors que la charge de la preuve pèse en principe sur le ministère public en ce qui concerne les

⁷²³ L'ordre et le droit, Mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 731.

⁷²⁴ Ibid., p. 732, (l'auteur souligne).

⁷²⁵ Ibid., p. 752.

⁷²⁶ Ibid., p. 756, (l'auteur souligne).

⁷²⁷ Gaston STEFANI, Georges LEVASSEUR et Bernard BOULOC, « Droit pénal général », 20^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, n° 180, p. 176.

crimes et les délits, s'agissant des contraventions, elle est renversée par un jeu de présomption. Les règles du sursis, de la récidive ou du non-cumul des peines sont aussi comptables de la tripartition, tout comme la répartition des compétences juridictionnelles et le déroulement de la procédure. La classification apparaît donc comme un gage de cohérence et d'égalité devant la loi. Le fait que certaines infractions soient susceptibles de changer de nature par le jeu des circonstances aggravantes, la rend d'autant moins critiquable qu'elle est en mesure d'intégrer des paramètres supplémentaires liés à la diversité des comportements.

L'infraction peut être déclassée, voire dépénalisée, ou, au contraire, aggravée au point qu'elle change de catégorie. Certains en ont déduit que la classification est artificielle et, qu'en réalité, crimes et délits forment un tout homogène, parce que poreux du fait des requalifications réciproques. Ce constat est révélateur de la fonction endossée par la classification. Elle n'apparaît pas tellement comme le produit de l'action du législateur, en dépit de l'élément légal sur lequel elle se fonde. La classification est élaborée dans une optique de connaissance, c'est-à-dire qu'elle ne prétend pas agir sur les choses. Peu de temps avant la refonte du Code pénal en 1994, Jean Mouly⁷²⁸ a rappelé cette idée simple afin de critiquer l'action du législateur qui, à ses yeux, dévoyait la fonction de la classification. Selon lui, la classification tripartite des infractions a pour fonction de refléter des catégories sociologiques définies de sorte qu'en déclassant certaines infractions et, spécialement, « en intégrant dans les contraventions "des faits qui sociologiquement par leurs caractères intrinsèques se présentent comme des délits", le législateur a provoqué une "véritable désagrégation de la catégorie" »⁷²⁹. Il est vrai qu'au moment où l'auteur avait pris la plume, la motivation du législateur était des plus ambiguë. Comme le montre fort bien Jean Mouly, il ne se contentait pas de transporter une infraction d'une catégorie à l'autre. Le législateur relevait, dans le même temps, le seuil des peines contraventionnelles en prévoyant qu'il y ait des peines d'emprisonnement, qu'il y ait des amendes élevées, dont la nature répressive s'apparentait davantage au délit qu'à la contravention, laquelle emprunte, classiquement, largement au droit administratif. Cependant, l'auteur reste, par principe, hostile à la disqualification. Il juge tout aussi sévèrement les déclassements qui correspondent aux peines réellement prononcées par le juge correctionnel. Faire correspondre les nouvelles peines à celles qui étaient effectivement prononcées avant la contraventionnalisation, traduit, selon Jean Mouly, une volonté du législateur de « débarrasser les tribunaux correctionnels d'"affaires de troisième ordre qui ne nécessitent pas un examen attentif par une juridiction collégiale" » (...) « l'objectif n'a pu être atteint, toutefois, qu'au prix d'une déformation de la catégorie des contraventions. En poursuivant son but, le législateur a perdu de

⁷²⁸ Jean MOULY, La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine, *rev. sc. crim.*, 1982, p. 3.

⁷²⁹ La classification tripartite des infractions, *op. cit.*, p. 11, (l'auteur cite des formules de A. Légal et F. Chabas).

vue le fondement sociologique de la notion »⁷³⁰. La tripartition des infractions est donc conçue pour, d'une part, appréhender des comportements perçus comme dangereux afin de les sanctionner et, d'autre part, exprimer des valeurs essentielles défendues par la société.

La reproduction au niveau du corpus des atteintes aux valeurs de la société ; la fonction d'équivalence de l'index. Dans une optique de connaissance, la peine originellement encourue est, par principe et en principe, égale à la gravité de l'atteinte portée à ces valeurs. La prévention, par la dissuasion ou par la réinsertion, est le fait d'autres mécanismes, distincts de la classification hiérarchique des infractions. Ceux-ci relèvent de procédés de police, d'application des peines, ou encore, du choix de peines parallèles dites complémentaires ou de substitution. Cet arsenal législatif permet d'adapter la réponse pénale à la personnalité des individus, sans modifier la nature de l'infraction qui, en tant que telle, s'ancre dans une théorie de la connaissance plutôt que de l'action. Là réside, à notre sens, la force de conviction de la classification qui découpe les comportements incriminés en trois catégories. Un crime accompagné d'une sanction criminelle, nommés et désignés comme tels, sont perçus dans l'*opinio juris* comme une vérité sociale et non comme un moyen d'action (ce en quoi la classification est d'ailleurs performative et agit sur la réalité des comportements).

Adopter une démarche de connaissance ne signifie nullement que le législateur soit passif et conçoive la classification comme émanant du donné. Bien au contraire, celle-ci se veut empirique, puisque la source des représentations ne réside pas dans des vérités premières, mais plutôt dans la conjonction de l'expérience et du phénomène sociologique. Elle est même pragmatique, dès lors que les infractions, sont conçues comme se formant à partir de l'efficacité, des besoins de l'action ou de l'adaptation⁷³¹. Le titre d'une des dernières réformes du droit pénal est significatif puisqu'il s'agit pour la loi 2004-204 du 9 mars 2004 de « porter adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ». En établissant un rapport d'égalité entre le comportement incriminé et la sanction encourue, en étant le défenseur et, ce faisant, le miroir des valeurs sociales, la classification se situe sur le plan de la connaissance. L'avantage en est une certaine légitimité.

La nécessité d'un degré fort de reproductibilité, en miroir des attentes sociales réelles ou ressenties. Le fait d'envisager l'index sur le plan de la connaissance et, plus largement, le choix d'établir une mise en rapport sérielle des infractions, traduit la nécessité d'établir un code qui soit aisément reproductible par le juge. Pour reprendre l'expression de Marie-Laure Mathieu-Izorche,

⁷³⁰ Ibid., p. 10 et 11.

⁷³¹ Les définitions de l'empirisme et du pragmatisme, envisagées du point de vue de la théorie de la connaissance, sont tirées de l'ouvrage de Jean-François REVEL, « Histoire de la philosophie occidentale », éd. Nil, Paris, 1994, p. 500 et 504.

l'ordre n'en est que plus expressif. La mise en rapport sérielle structure fortement les relations sociales et la manière que le juge aura de les envisager. Là encore réside la force de conviction de la classification, pourtant récente puisqu'elle n'est véritablement apparue que dans le Code de brumaire an IV⁷³². Les mises en rapport sérielles visent de manière générale à permettre aux tiers de reproduire aisément un code ancré dans une logique de la connaissance.

§2 Les mises en rapport de type cyclique : l'exemple du contrat

125. — Les mises en rapport de la distinction sont « cycliques » lorsque l'index ne comporte ni extrémité, ni hiérarchie. L'élément appartient à une chaîne continue qui forme un cercle et s'ordonne entre deux éléments. C'est ainsi, par exemple, que les saisons sont indexées à un cycle. Le printemps se situe entre l'hiver et l'été, l'hiver entre l'automne et le printemps, l'automne entre l'été et l'hiver, et ainsi de suite. Surtout, l'automne n'existe pas vraiment sans l'idée du printemps et de l'hiver, l'hiver sans l'idée de l'automne et du printemps et le printemps sans l'idée de l'hiver et de l'été. L'objet étudié est conçu comme un milieu qui n'est pas hiérarchisé et il ne prend sens que dans la relation aux autres éléments envisagés selon un mode temporel. Ce schéma n'implique évidemment aucune évidence naturelle, les traits pertinents de chaque classe, leur durée, ainsi que leur ordonnance étant prédéterminés. La durée de l'automne est fixée dans l'absolu du 21 septembre au 21 décembre, mais il est aussi fonction d'un certain nombre de traits pertinents non spécifiques comme la pluie variables ou spécifiques comme les feuilles qui jaunissent et qui tombent.

L'absence de hiérarchie peut donner l'illusion d'un ordre impressionniste alors que sa rectitude est en réalité implacable. Dans le domaine du droit, la notion de contrat en constitue une bonne illustration. Celui-ci comprend certes un début, le moment où il est formé, et une fin, celui où il est entièrement exécuté. Cependant, cet encadrement est temporel et la hiérarchie n'est pas absolue. L'idée selon laquelle « l'exécution suit la formation » n'est pas évidente, en ce qu'elle laisse supposer une séparation entre la formation et les effets du contrat⁷³³. Comme l'observent plusieurs auteurs, le contrat ne résulte pas nécessairement de la brusque rencontre d'une offre et d'une acceptation. Bien que « la littérature juridique partage avec la littérature romanesque le goût du "coup de foudre" »⁷³⁴, « Il ne s'agit plus toujours d'un acte primitif par lequel un état de droit

⁷³² V. Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, « Droit pénal général », 13^{ème} éd., Economica, Paris, 2006, n° 109, p. 69.

⁷³³ V. Isabelle PETEL, « Les durées d'efficacité du contrat », th. Montpellier, 1984. L'auteur développe la thèse selon laquelle le contrat connaît des durées d'exécution, avec des phases successives de « prises d'effet » et de « pertes d'effet ».

⁷³⁴ Jean-Marc MOUSSERON, La durée dans la formation des contrats, Mél. Alfred Jauffret, Facultés de droit

succède au néant juridique mais du point d'aboutissement de toute une période préparatoire de négociations »⁷³⁵ : « Le contrat cesse alors d'être un double monologue pour devenir un dialogue »⁷³⁶.

Qu'il soit à exécution instantanée ou successive, le contrat s'inscrit dans la durée et il n'y a pas de rupture entre la formation et l'exécution. Considéré dans une perspective cyclique, le contrat peut être conçu à partir de séquençages temporels qui peuvent se renverser les uns par rapport aux autres. Sans pour autant se confondre, chaque phase du contrat apparaît comme une voie d'achèvement de l'autre susceptible d'en modifier l'appréhension juridique. Les exemples singuliers de la punctuation (2.1.), de la rétroactivité conventionnelle (2.2.) et du commencement d'exécution du contrat (2.3.) permettront de s'en convaincre.

126. — 2.1. La punctuation, procédé matériel d'anticipation de l'exécution sur la formation

La punctuation, vecteur d'indexation du contrat. Le schéma traditionnel du contrat, axé sur l'instantanéité de la rencontre des volontés, ne rend pas compte de la continuité temporelle dans laquelle s'inscrit le contrat. C'est pourquoi certains auteurs ont proposé d'autres typologies comme celle qui consiste à distinguer les contrats préparatoires, les contrats temporaires et les contrats partiels⁷³⁷. Ces derniers englobent le mécanisme de la punctuation qui se définit comme « un projet d'accord complexe, négocié "morceau par morceau" »⁷³⁸ ou, plus étroitement, comme « l'écrit que les parties ont rédigé pour fixer les points des négociations sur lesquels elles sont, dès à présent, d'accord »⁷³⁹. De fait, les cocontractants peuvent anticiper l'exécution sur la formation. Ils peuvent, par exemple, faire débiter l'exécution du contrat alors que celui-ci n'est formé que de manière partielle. Pour ce faire, ils disposent pour ce faire de trois options. Ils peuvent réserver l'efficacité de leurs accords partiels à un accord sur l'ensemble des points débattus. Ils peuvent disjoindre l'accord et les pourparlers, dont l'échec sur certains points ne compromettra pas l'efficacité des accords intervenus à d'autres égards. Ils peuvent, enfin, décider que l'accord sur certains points emporte accord sur le tout, en qualifiant les points acquis de principaux et ceux non négociés, d'accessoires. Il ne s'agit pas d'établir une promesse de contrat, mais d'exécuter un contrat

et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 509.

⁷³⁵ Joanna SCHMIDT, *La sanction de la faute contractuelle*, RTDCiv. 1974, p. 47.

⁷³⁶ Alfred RIEG, *La "punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, Mél. Alfred Jauffret, Facultés de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 594.

⁷³⁷ Jean-Marc MOUSSERON, *La durée dans la formation des contrats*, op. cit., p. 513.

⁷³⁸ Ibid., p. 518.

⁷³⁹ Alfred RIEG, *La "punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat*, op. cit., p. 593.

incomplet dont seuls certains points ont donné lieu à un accord. Les parties choisissent délibérément de laisser les autres dans l'ombre en prévoyant de les régler dans l'avenir. Le rapport contractuel se construit peu à peu, un début d'exécution succède à une formation partielle, puis autorise la poursuite de la négociation et ainsi de suite. Les parties préparent les contrats à venir tout en créant des obligations qui les lient durant la période des négociations, puis elles exécutent une partie de ces obligations qui pourront donner lieu à une exécution forcée partielle. Nul doute qu'une fois définitivement formé, le contrat visé est plus riche d'un passé composé d'une succession d'accords. La conséquence fondamentale en est que le contrat définitif sera différent de ce qu'il aurait été en l'absence de punctuation. De ce point de vue, la punctuation peut être conçue comme une séquence temporelle vecteur de l'indexation du contrat au corpus juridique.

Jean-Marc Mousseron parle d'un « seuil d'accord irréversible »⁷⁴⁰ dont l'avantage est d'éviter que de nouveaux délais retardent le processus de formation. La mise en évidence de ce seuil permet de rappeler que la séquence liée à la punctuation, ne se confond pas avec celle de la formation du contrat définitif⁷⁴¹, ni même avec l'exécution de ce dernier.

Le séquençage du contrat, condition de la mise en rapport de la formation et de l'exécution. Le doyen Carbonnier remarque qu'« il est fréquent, reconnaissons-le, que le droit traite la possibilité, la susceptibilité d'un état à l'égard de l'état lui-même »⁷⁴². La punctuation, qui n'est pas envisagée par le Code civil, pose des problèmes d'interprétation dès lors que les parties n'ont pas signifié clairement leur volonté et, plus précisément, lorsqu'il existe un décalage d'inscription des volontés des sujets dans le processus contractuel⁷⁴³.

Si l'accord complexe peut donner lieu à une exécution partielle dans l'attente de la fin des négociations, il ne se confond pas avec le contrat visé. Il est un procédé d'engendrement qui traduit le *dialogue* des cocontractants sur la durée, de sorte que le point de consensus ne devrait pas laisser place au doute. Le décalage de volontés devrait faire obstacle à la reconnaissance de la punctuation, aussi désolant que cela soit pour qui s'investit dans la formation du contrat visé. Il convient, dans ce cas de figure, de distinguer les négociations proprement dites, entraînant l'octroi de dommages et

⁷⁴⁰ La durée dans la formation des contrats, op. cit., p. 518.

⁷⁴¹ Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, note sous Cass. soc., 19 décembre 1989, D. 1991, jurispr. p. 64.

⁷⁴² Jean CARBONNIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} août 1950, RTDCiv. 1951, jurispr. p. 388, n° 1.

⁷⁴³ V. par ex. Cass. soc. 24 mars 1958, *usines Renault*, JCP éd. G. 1958, II, 10868, obs. critiques de Jean CARBONNIER. La Cour de cassation a estimé que la promesse de réembaucher un ancien employé « dès que la reprise de l'activité automobile le permettrait », alors que l'intéressé (démissionnaire au moment de la deuxième guerre mondiale car il était entré dans la Résistance) a pu constater que son poste avait par la suite été rétabli depuis longtemps, constituait « un accord de principe ». Ce dernier se caractérise par sa rétractabilité et ne peut être sanctionné qu'au titre de la responsabilité délictuelle. Dans le même sens, Cass. soc., 19 décembre 1989, op. cit.

intérêts délictuels en cas d'abus de la part d'une des parties qui les rompt de manière fautive, l'accord lui-même de punctuation réalisant « un contrat de pourparlers »⁷⁴⁴ pouvant engendrer des obligations particulières et, enfin, le contrat lui-même. La distinction – indexation joue alors à un double niveau : lorsque le contrat définitif a pu se réaliser, elle permet d'envisager ce dernier dans un processus cyclique sans avoir à recourir à la notion d'indivisibilité pour déterminer les obligations qui sont entrées dans le champ contractuel. En revanche, en cas d'échec des négociations, la distinction - indexation permet un séquençage du processus et si, comme l'observe Alfred Rieg⁷⁴⁵, l'accord préalable au contrat visé a engendré, en sus de l'obligation générale de reprise des pourparlers, des obligations particulières comme celles de confidentialité ou d'exclusivité, alors celles-ci peuvent être sanctionnées par des dommages et intérêts contractuels.

Il s'agit bien d'indexer au droit des contrats, des situations non qualifiées, quelque peu en marge des procédés contractuels traditionnels pour prendre en compte le facteur temps favorable au développement des relations contractuelles. La punctuation met en lumière une série de contrats divers dont l'exécution successive permet de réaliser l'objectif contractuel final des cocontractants. Ces accords donnent naissance à des obligations qui sont soit indépendantes du contrat final, soit préfiguratrices, soit encore, indivisibles et, en définitive, intégrées au contrat. Bien entendu, ce dernier ne produit d'effets qu'une fois formé. Cependant, le procédé de la punctuation, et plus largement celui des contrats-cadres et des contrats temporaires, constituent une exécution avant l'heure qui donne corps au contrat définitif. En ce sens, la formation du contrat ne peut être considérée comme originelle, elle se situe dans un cycle. L'exécution est, au même titre que la formation, déterminante de la volonté aussi bien dans l'appréciation du juge que dans celles des cocontractants. L'expérience de relations contractuelles sur une longue durée devrait indéniablement favoriser une formalisation adéquate des conditions dans lesquelles les cocontractants souhaitent réellement s'engager. La prise en compte de la nature temporelle du contrat par le biais de la punctuation constitue de ce point de vue un gage de sécurité juridique, puisque les contrats élaborés point par point et par étapes ont probablement moins de chances d'aboutir à une situation conflictuelle d'exécution forcée ou de résolution que ceux conclus tout d'une pièce en un trait de temps.

Depuis le début du XX^{ème} siècle, le législateur tente de protéger certaines catégories de contractants en instituant une solennité des contrats, à l'image du contrat de mariage. Pourtant, le principe du respect de la parole donnée, issu de l'Ancien droit, a conduit les rédacteurs du Code civil à privilégier la recherche de la réalité des consentements plutôt que leur apparence formelle.

⁷⁴⁴ Ibid., p. 603.

⁷⁴⁵ La "punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, op. cit., p. 603.

Le principe de l'effet *solo consensu* du contrat est alors consacré⁷⁴⁶. Pour que ce principe ait un sens, l'élaboration individuelle du contrat en constitue le complément nécessaire. L'expérience constitue un moyen d'extériorisation des consentements et elle ne peut que s'inscrire dans le temps. Le cycle permet de mettre en évidence les traits pertinents des expériences singulières qui se retrouvent dans le cas général. Au fur et à mesure de l'exécution des volontés, ils permettent d'isoler les obligations rendues immédiatement exigibles, ainsi que leur régime. *Les mises en rapport cycliques tendent en ce sens à favoriser la sécurité juridique alors même qu'elles ne se caractérisent pas par une rigidité des formes.*

127. — 2.2. La rétroactivité conventionnelle, procédé intellectuel d'anticipation de l'exécution sur la formation

Alors que le contrat est définitivement formé, les parties décident d'insérer une clause de rétroactivité afin de le faire débiter à une date antérieure à celle de la formation. Dans cette hypothèse, la formation du contrat, bien qu'acquise, est précédée d'une anticipation de l'exécution purement intellectuelle. Le bailleur et le preneur peuvent ainsi faire débiter le bail dès la signature de la promesse, l'indemnité d'immobilisation étant alors requalifiée en loyer. La rétroactivité conventionnelle est en principe valable, bien qu'elle ne puisse heurter l'ordre public et être instituée dans un esprit de fraude. En premier lieu, la rétroactivité ne produit d'effet qu'à l'égard des parties et non des tiers. Pour d'indéniables raisons de sécurité juridique⁷⁴⁷, le report du transfert de propriété à une date antérieure à la formation *solo consensu* ne saurait nuire au créancier qui a régulièrement inscrit une hypothèque. En second lieu, les parties ne peuvent, par exemple, stipuler une clause de rétroactivité dans le but de placer le contrat sous l'empire d'une loi abrogée. De même, certains obstacles matériels de « bon sens »⁷⁴⁸ peuvent empêcher sa stipulation, comme le fait de reporter l'exigibilité du prix à une date antérieure à la formation.

En réalité, plutôt que de parler de bon sens, cette impossibilité permet de mettre en évidence un autre trait pertinent de l'index temporel. Celui-ci se compose de séquences qui supposent, pour s'influencer les unes les autres, une intervention des cocontractants en un moment bien précis. Un acte d'exécution intervenant trop tard ne peut plus influencer la formation du contrat. Dans le cas de la rétroactivité conventionnelle, la formation est acquise puisque les parties sont tombées d'accord

⁷⁴⁶ Isabelle PETEL, th. préc., n° 23, p. 23 et 24. L'auteur parle « d'effet *solo contractu* » afin de rendre compte de la totalité des contrats, consensuels, solennels et réels. L'expression permet, de surcroît, d'englober une éventuelle condition suspensive générale qui, retardant l'efficacité du contrat, « retarde sa perfection », ce que n'exprime pas à lui seul l'effet *solo consensu*.

⁷⁴⁷ Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, « Traité de droit civil. Les effets du contrat », 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, n° 164, p. 204.

⁷⁴⁸ Ibid., n° 163, p. 204.

sur les éléments essentiels du contrat, comme la chose et le prix en matière de vente. L'anticipation intellectuelle de son exécution a donc des effets limités même si elle donne au contrat une identité juridique singulière. La rétroactivité conventionnelle permet aux parties d'inscrire leur volonté dans le corpus juridique, mais ce dernier la soumet en retour à des séquences temporelles qui marquent leur intégration. L'anticipation de l'exécution sur la formation s'inscrit dans un cycle contractuel bien défini.

Dans cette configuration, l'anticipation correspond aux prévisions des parties, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la dernière illustration, à savoir l'hypothèse d'un commencement d'exécution équivalent à un procédé de formation.

128. — **2.3. Le commencement d'exécution du contrat**

Les hypothèses précédentes, ancrées dans un cycle progressif de formation de la volonté contractuelle, étaient le fait des parties. Le législateur et le juge ont aussi compris l'importance de l'exécution dans le jeu de la formation du contrat, notamment pour permettre de reproduire certaines situations indéfinies en les intégrant dans le jeu de la formation des relations contractuelles. Le mandat en constitue une bonne illustration. La difficulté relevée à de nombreuses reprises par la doctrine, réside dans le risque de confusion des séquences du contrat au nom d'intérêts ciblés, notamment indemnitaires, *a priori* étrangers à la formation proprement dite du contrat. Cela permet cependant de renouveler l'approche du cycle contractuel.

129. — **Le mandat, un mode de séquençage des relations contractuelles.** Le législateur a prévu une série de dispositions en matière de mandat qui dénotent une volonté d'ancrer les situations indéterminées dans le cycle du contrat. Le mandat se définit, selon l'article 1984 du Code civil, comme « l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom ». Cette définition est d'autant plus souple qu'aux termes de l'article 1985 alinéa 2 dudit Code, l'acceptation du mandataire peut être tacite. L'acceptation résulte alors « de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire ». Cette disposition se conçoit parfaitement dans la mesure où l'acceptation résulte d'une présomption simple.

De manière générale, la jurisprudence ne procède pas autrement lorsqu'elle déduit l'acceptation d'une exécution manifeste de l'offre. Il a ainsi été jugé que « l'exécution répétée de contrats consécutifs par le paiement sans réserves de factures, peut valoir acceptation d'un nouveau tarif,

malgré un refus exprès exprimé antérieurement »⁷⁴⁹. De même, une société est réputée avoir accepté une clause pénale en exécutant un contrat en connaissance de cause, alors même qu'il n'avait pas été signé⁷⁵⁰. Il s'agit, cependant, de présomptions de fait qui peuvent être renversées. Parfois, le législateur et la jurisprudence vont plus loin en établissant de véritables présomptions de droit. Toujours en matière de mandat, les articles 1432 et 1540 du Code civil prévoient que « quand l'un des époux prend en main la gestion des biens propres de l'autre, au su de celui-ci, et néanmoins sans opposition de sa part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes de d'administration et de jouissance, mais non les actes de disposition »⁷⁵¹. L'objectif clairement affiché de protéger les tiers créanciers en leur garantissant un moyen de solvabilité est atteint par le biais d'un mandat déduit de la situation institutionnelle qu'est le mariage, plutôt que d'une situation singulière. De son côté, le juge a utilisé le mandat pour qualifier des relations *sui generis*. Avant de devenir un contrat à part entière, la relation médicale entre un médecin et son patient était considérée comme une forme de mandat afin de donner un fondement juridique à la réduction des rémunérations excessives⁷⁵². François Terré écrit du mandat à juste titre qu'« il n'est pas d'exemple de qualification qui ait été plus déformée et utilisée à diverses fins, au gré des espèces »⁷⁵³. Dans tous les cas, l'exécution ou le commencement d'exécution sont supposées manifester l'existence d'un contrat préexistant et, en ce sens, le séquençage du contrat fait l'objet d'une véritable élaboration.

130. — **Le jeu de la responsabilité contractuelle dans l'élaboration du contrat.** L'élaboration du séquençage contractuel est nettement plus discutable lorsqu'un acte matériel, conçu judiciairement comme un acte d'exécution, provoque de fait la formation et tend à se confondre avec elle. En témoignent les conventions d'assistance bénévole⁷⁵⁴, par lesquelles le bénéficiaire d'un service s'oblige à réparer les conséquences du dommage subi par la personne qui s'est portée à son secours. La frontière entre le contrat et le simple acte de courtoisie est floue et les auteurs cherchent en vain le critère retenu par la Cour de cassation. Tous signalent la volonté indemnitaire de la jurisprudence⁷⁵⁵.

⁷⁴⁹ Cass. com., 28 janvier 1975, Bull. civ. 1975, IV, n° 22.

⁷⁵⁰ Cass. com., 25 juin 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 234, RTDCiv. 1992, jurispr. p. 390, n° 6, obs. J. MESTRE.

⁷⁵¹ La même présomption est établie au profit des époux exploitant, ou collaborant, ensemble à un même fond agricole (art. L 132-1 du Code rural) ; des indivisaires en matière successorale (art. 815-3 du Code civil) ; et, enfin, au profit du conjoint collaborateur mentionné au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers (art. L 121-6 du Code de commerce).

⁷⁵² François TERRÉ, « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », th. Paris, LGDJ, Paris, 1957, n° 124, p. 117.

⁷⁵³ Ibid., n° 115, p. 110.

⁷⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1969, JCP 1970, II, 16445, obs. J.-L. AUBERT.

⁷⁵⁵ V. par ex. Geneviève VINEY, « Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité », 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008, n° 184, p. 495 ; Patrice JOURDAIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, RTDCiv. 1993, jurispr. p. 584, n° 1 ; Muriel FABRE-MAGNAN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, JCP éd. G. 1994, I, 3781.

Dans le cas de la convention d'assistance bénévole, dont la logique est proche des obligations dites « forcées » du contrat, le constat d'un dommage intervient en prélude de la nature de la relation qui s'est nouée entre les personnes présentes sur les lieux. Ce faisant, la jurisprudence déplace le point fixe d'observation vers la responsabilité et non vers la formation du contrat proprement dite, ni même vers le commencement d'exécution. L'exécution d'un service est présumée « offre tacite de contracter », elle-même tacitement acceptée par le silence de son destinataire. La responsabilité tend à devenir une fin du contrat au même titre que l'exécution elle-même, ce qui fausse quelque peu le cycle contractuel où l'exécution n'est plus perçue comme la voie d'achèvement première du contrat de telle sorte qu'il serait loisible de se demander si, dans ce cas précis, il ne s'agit pas plutôt d'une mise en rapport arbitraire.

Tout comme les mises en rapport de type sériel, celles de type temporel ne sont pas à l'abri de la critique. Lorsque le tissu des mises en rapport donne l'impression de se déchirer, il est aussitôt redéfini et resserré. Le contrat se décline en fonction de séquences de formation et d'exécution constitutives d'un réseau élaboré. Chaque classe comporte des traits pertinents et la volonté constitue un des critères pertinents fondamentaux de la formation. Mais elle ne concourt pas à elle seule à constituer la réalité du contrat et c'est pourquoi la distinction – indexation s'avère indispensable. C'est notamment l'idée de cette économie dans la durée qui a permis à certains auteurs, comme Jacques Ghestin, d'y voir « un instrument de justice et d'équilibre ». Le contrat n'a pas le caractère d'objectivité qui lui permettrait, dans tous les cas de figure, de se réaliser indépendamment des individus qui concourent à le former, à l'exécuter, à l'interpréter ou encore à le modifier. Les séquences temporelles auxquelles il est soumis permettent de prendre conscience des facteurs susceptibles d'enrichir le contrat, spécialement au moment de sa formation. La mise en rapport des phases de formation et d'exécution sur un mode cyclique, plutôt que sériel, permet de distinguer ses éléments pertinents concourant à le réaliser conformément au corpus. Dans ce cas de figure, la distinction est indexation dans la mesure où elle relie sans couper.

§3 La question des mises en rapport arbitraires

131. — Certaines mises en rapport de la distinction peuvent être qualifiées d'arbitraires, non parce qu'elles ne sont pas motivées, mais parce qu'elles ne sont en principe pas reproductibles. Deux sortes de mises en rapport peuvent être distinguées. Dans le premier cas, la mise en rapport résulte de la combinaison d'un acte d'autorité et d'un principe général du droit. Elle est donc déterminée en puissance (3.1). Dans le second cas, l'impossibilité de reproduire une mise en rapport résulte moins d'un acte de volonté, que du mode expressif de cette dernière. Elle est élaborée en

substance : la motivation exercée par le contenu de la mise en rapport est si forte qu'elle ne peut être reproduite. Elle institue un code en rupture avec les mises en rapport préexistantes du corpus et c'est pour cette raison que la corrélation ne peut être reproduite (3.2).

132. — **3.1. L'arbitraire déterminé en puissance**

Ces mises en rapport sont le fait du législateur et réalisent un principe général du droit, comme celui de l'interprétation stricte en droit pénal. Au terme de l'article 132-16 du Code pénal, les infractions de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, d'extorsion et de chantage sont expressément indifférenciées et il est formellement interdit au juge d'étendre cette assimilation réalisée au titre de la récidive spéciale. Le juge ne peut pas assimiler, de son propre chef, des infractions pourtant voisines dans un souci de prévisibilité du droit et de sauvegarde de la sûreté des personnes.

D'autres exemples de mises en rapport arbitraires existent dans d'autres domaines comme le principe du *numerus clausus* des droits réels. Une partie de la doctrine⁷⁵⁶ estime que, pour des raisons liées au caractère absolu du droit de propriété, ainsi qu'aux prérogatives importantes que confère le droit réel, la liste de ces derniers est limitative. Observant que la propriété féodale, aujourd'hui abolie, était relative « en ce qu'elle existait à l'égard des uns mais était inopposable aux autres »⁷⁵⁷, Frédéric Zenati-Castaing estime que le droit réel reproduit cette relativité. Pour cette raison, ils doivent, selon lui, avoir un caractère temporaire et être contenus dans une liste exhaustive. La volonté individuelle n'aurait pas le pouvoir de créer de nouveaux démembrements de la propriété en dehors du cadre légal. De fait, il s'agit, dans un but de protection des libertés (droit de jouir de la manière la plus étendue du droit de propriété, limitation des effets liés aux droits de suite et de préférence), d'interdire une assimilation avec le régime des droits personnels multipliables à l'envi. Si le principe de cette limitation reste discuté en doctrine et est peu évidente en jurisprudence⁷⁵⁸, il n'en reste pas moins qu'il s'intègre dans l'ordre juridique, soucieux d'équilibrer les prérogatives de jouissance liées à la propriété et les intérêts économiques des tiers.

La textualité et les limites de l'arbitraire déterminé en puissance. Dans les faits, la force liée à l'interdiction de reproduire une mise en rapport doit être nuancée. Pour reprendre l'exemple de la récidive spéciale, la Cour de cassation a estimé, à propos des infractions touchant à l'organisation d'une manifestation, que divers comportements délictueux s'appliquant à un même objet et visés

⁷⁵⁶ Charles DEMOLOMBE, « Traité de droit civil », t. IX-I, A. Lahure, Paris, 1881, n° 511 s, p. 426 s. Et, pour une reprise récente des débats, Frédéric ZENATI-CASTAING, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 janvier 1984, D. 1985, jurispr. p. 504.

⁷⁵⁷ Frédéric ZENATI-CASTAING, note préc., p. 505.

⁷⁵⁸ V. Jean CARBONNIER, « Droit civil », 1^{ère} éd., t. II, PUF, Quadrige, Paris, 2004, n° 706, p. 1588.

dans un article unique constituent une seule et même infraction en matière de récidive⁷⁵⁹. Est donc en état de récidive légale, l'individu condamné dans un premier temps au titre du « délit de manifestation sans déclaration préalable » et qui, dans le délai de cinq ans, organise à nouveau une manifestation « ayant fait l'objet d'un arrêté d'interdiction ». Ces infractions « toutes deux prévues par l'article 431-9 du Code pénal » (mais par des alinéas distincts), constituent selon la Cour de cassation « le même délit de *manifestation illicite*, du point de vue de la récidive ». Certains pénalistes⁷⁶⁰ soutiennent avec intérêt que l'interprétation stricte équivaut à « un principe de textualité », ce qui montre bien que les infractions ne sont pas strictement isolées les unes des autres mais enserrées dans un réseau d'indexation à un corpus. Marie-Laure Rassat entoure ce principe de maintes précautions liées aux dangers de l'arbitraire du juge. Elle insiste sur la nécessité constante d'établir les définitions, de déterminer les champs d'application et d'adapter les incriminations, selon une méthode d'interprétation « restrictive » dont le but est de « protéger le liberté individuelle »⁷⁶¹. Le principe de textualité n'en suppose pas moins qu'indépendamment de la volonté présumée du législateur, le texte d'incrimination est porteur d'un sens permettant de fixer les limites d'interprétation du juge (« le *texte* peut *seul* déterminer les limites du permis et du défendu, en incriminant certains actes »⁷⁶²). Pour preuve, si d'aventure le juge est confronté à un texte « obscur ou douteux » au point qu'il est impossible d'en déterminer le sens, Michèle-Laure Rassat préconise la « relaxe ou l'acquittement » car « le doute doit profiter au prévenu aussi bien dans l'interprétation des textes que dans l'appréciation des faits »⁷⁶³. C'est donc bien que le texte acquiert une certaine autonomie par rapport à la volonté du législateur, ni transcendante, ni infaillible. Selon le principe de textualité issu de la méthode différentielle, dans la décision du 3 avril 2001 précitée, le juge a respecté les limites de son pouvoir d'interprétation en raison de la proximité textuelle et de l'identité d'objet des divers comportements incriminés. La question se pose néanmoins de savoir si le juge est resté dans les limites de son pouvoir de reproduction des mises en rapport en assimilant ces infractions au regard de la récidive, en l'absence de disposition expresse du législateur, pourtant nécessaire en théorie.

La reproductibilité d'une mise en rapport ne saurait se confondre avec l'interprétation du sens d'un texte. L'interprétation *stricto sensu* se distingue de l'utilisation du texte aux fins de reproduction et qui suppose, dans ce cas de figure, l'emploi d'un procédé de type analogique⁷⁶⁴. L'article 431-9 du Code pénal incrimine des faits de manifestations illicites qui prennent sens grâce à l'interprétation de la jurisprudence, mais il n'aborde pas la question de la récidive. De son côté,

⁷⁵⁹ Cass. crim., 3 avril 2001, Bull. crim. 2001, n° 89.

⁷⁶⁰ Michèle-Laure RASSAT, « Droit pénal général », 2^{ème} éd., Ellipses, Paris, 2006, n° 87 s., p. 97 s.

⁷⁶¹ Michèle-Laure RASSAT, op. cit., n° 119, p. 128.

⁷⁶² Michèle-Laure RASSAT, op. cit., n° 118, p. 127, (nous soulignons).

⁷⁶³ Michèle-Laure RASSAT, op. cit., n° 123, p. 135.

⁷⁶⁴ Infra, section 2.

l'article 132-10 du Code pénal, qui pose les conditions de la récidive et évoque les « délits assimilés au regard des règles de la récidive », ne précise pas que l'assimilation en question doit être le fait d'une disposition spéciale expresse. Cependant, si tel n'était pas le cas, le législateur n'aurait pas pris le soin de préciser, dans et hors du Code pénal, que telles et telles infractions doivent être assimilées. En réalité, cette entorse au caractère arbitraire du régime de la récidive spéciale est isolée et montre que fort heureusement la Cour de cassation raisonne avec bon sens et pragmatisme.

Les corrélations arbitraires déterminées par voie d'autorité s'apparentent donc à un ordre public implicite et à ce titre, sont nécessaires à l'indexation des notions visées.

133. — 3.2. L'arbitraire déterminé en substance

La mise en rapport de la distinction est arbitraire en ce sens qu'elle est si étroitement liée à son contenu que ce dernier la détermine entièrement. La motivation exercée par le contenu de la mise en rapport est si forte qu'elle empêche sa reproduction dans ou en dehors du champ matériel de la distinction. Dans cette hypothèse, il s'agit plus d'une impossibilité de reproduire une corrélation que d'une interdiction motivée par des principes généraux du droit. *La mise en rapport est déterminée par une logique qui lui est propre.* Cette dernière peut même, et c'est ce qui la rend contestable, s'inscrire en rupture des autres principes internes motivant des mises en rapport déterminées. L'indexation ne constitue alors plus une garantie de cohérence du corpus. L'exemple de l'acte d'enfant sans vie permettra d'éclairer plus avant ce propos.

La personnalité juridique, un index temporel. Xavier Labbée a étudié de manière approfondie le concept de personnalité juridique en s'intéressant particulièrement à ses effets indirects avant la naissance et après la mort⁷⁶⁵. Selon lui, le critère de la personnalité juridique réside dans le fait qu'elle est « une qualité immatérielle »⁷⁶⁶, non un état, attribuée par la loi à certains êtres physiques ou moraux « selon qu'ils ont ou non un corps ». « La personne est donc le sujet de droits, c'est-à-dire l'être à qui la loi accorde des droits subjectifs ayant ou non une valeur pécuniaire réunis en un patrimoine, reflet de la personnalité juridique »⁷⁶⁷. Et, ajoute-t-il, « être une personne, c'est aussi être doté des signes qui la stigmatisent dans la société (nom, état civil,

⁷⁶⁵ Xavier LABBÉE, « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », th. Lille, Presses universitaires de Lille, 1990 ; Respect et protection du corps humain, J-Cl. Code civil, 2006, art. 16 à 16-13, fasc. 50 ; Sur la dépouille mortelle conçue comme une chose sacrée, note sous TGI Lille, 5 décembre 1996, D. 1997, jurispr. p. 376 ; Sur la reconnaissance *post-mortem* d'un enfant, note sous TGI Lille, 19 novembre 1997, D. 1998, jurispr. p. 467 ; Sur le statut de l'enfant conçu, note sous TGI Lille, 13 févr. 1998, D. 1999, jurispr. p. 177.

⁷⁶⁶ J-Cl., op. cit., n° 7.

⁷⁶⁷ Ibid.

domicile) (...) Même s'ils ne sont pas des éléments constitutifs de la personnalité (le patrimoine seul reflète l'existence du sujet de droits) les signes permettent de présumer l'existence du sujet »⁷⁶⁸.

Dans le prolongement de cette analyse et s'agissant des personnes physiques, la personnalité juridique peut se définir comme la qualité attribuée par la loi aux personnes socioculturelles, c'est-à-dire aux personnes qui se pensent comme ayant *à la fois* un corps et un esprit, au moment même où elles entrent sur la scène juridique. Leur entrée sur la scène juridique implique une logique d'indexation au corpus, ce qui signifie que les droits et les obligations de cette personne seront fonction d'au moins un index. À notre sens, la personnalité juridique constitue davantage qu'une qualité et moins qu'un statut. Plus qu'une qualité, elle est un véritable index de type temporel marqué par une naissance vivante et viable et par le décès de la personne physique. La perspective d'une naissance ou d'un décès peut renverser l'ordre habituel de compréhension des droits et modifier le patrimoine juridique des personnes intéressées par cette naissance ou ce décès. La modification de ce patrimoine peut concerner la personne une fois née, mais aussi des tiers qui appauvrissent ou enrichissent leur patrimoine en fonction de cette naissance ou de ce décès, par une reconnaissance pré-natale, par exemple, ou encore grâce à une qualité d'ayant-droit.

Moins qu'un statut, la personnalité juridique ne permet pas à elle seule de traiter l'ensemble des données propres à la personne socioculturelle. Ces dernières ne se résument pas à une naissance vivante et viable suivie d'un décès à plus ou moins long terme.

L'index défaillant de l'acte d'enfant sans vie. Xavier Labbé⁷⁶⁹ s'était élevé contre les indications légales qui accompagnent l'acte « d'enfant sans vie », dont le principal intérêt est de permettre aux parents de mentionner l'existence de cet enfant sur leur livret de famille⁷⁷⁰ et de procéder à des obsèques. La Cour de cassation⁷⁷¹ a récemment élargi la notion d'enfant sans vie à tout enfant conçu quels que soient la durée de la gestation ou le poids de l'enfant, désavouant ainsi

⁷⁶⁸ J-Cl., op. cit., n° 7 et n° 112.

⁷⁶⁹ J-Cl., op. cit. n° 124.

⁷⁷⁰ Décret 74-449 du 15 mai 1974, relatif au livret de famille, modifié par le décret 2006-640 du 1^{er} juin 2006, pris pour l'application de l'ordonnance 2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation et relatif au livret de famille et à la procédure en matière de filiation, et à nouveau modifié par le décret du 20 août 2008 n° 2008-798 relatif au livret de famille. Ce dernier prévoit en son article 1 qu'« Un livret de famille est remis, à leur demande, aux parents qui en sont dépourvus par l'officier de l'état civil qui a établi l'acte d'enfant sans vie. Il comporte un extrait d'acte de naissance du ou des parents ainsi que l'indication d'enfant sans vie, la date et le lieu d'accouchement. Il est ultérieurement complété selon les modalités de l'article 3 ».

⁷⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, (3 espèces), n° 06-16.498, n° 06-16.499, n° 06-16.500, FS P+B+R+I, BICC, 15 février 2008, avis de M. LEGOUX, avocat général, rapp. de Mme TRAPERO ; rev. dr. fam., 2008, repère n° 3, note B. BEIGNIER, *ibid.*, comm. n° 34, p. 21, note P. MURAT ; JCP éd. G. 2008, II, jurispr. 10045, p. 35, note G. LOISEAU ; Defrénois, 2008, n° 8, art. 38753, p. 866, obs. J. MASSIP ; Defrénois, 2008, n° 13, doct. 38800, p. 1443, obs. H. POPU.

les critères prévus par une circulaire parue en 2006⁷⁷².

Cette jurisprudence ne change pas fondamentalement le problème posé par l'acte d'enfant sans vie qui établit un rapport juridique entre un enfant dépourvu de personnalité juridique – et donc *a priori* de filiation – et ses parents. Au contraire, la décision de la Cour de cassation a le mérite de mettre fin à l'incongruité de la circulaire de 2006 qui, tout en rappelant que l'établissement de la filiation dépendait de l'acquisition de la personnalité juridique⁷⁷³, établissait un parallèle surprenant avec les conditions d'acquisition de cette dernière. En effet, elle conditionnait l'acte d'enfant sans vie soit à la viabilité de l'enfant (l'enfant devait avoir atteint un certain poids ou la gestation devait avoir duré une certaine période), soit à la naissance de l'enfant vivant mais non viable. Dans la mesure où cette circulaire prenait le soin de préciser que l'acte d'enfant sans vie ne devait pas produire d'autre effet juridique que celui de le mentionner sur le livret de famille, ces restrictions ne se justifiaient pas au regard de la personnalité juridique. Il paraît donc justifié de considérer que les juges du fond ont ajouté une condition à la loi en appliquant les critères de la circulaire. La Cour de cassation a mis en évidence l'inopportunité d'établir un parallèle entre les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie et celles d'acquisition de la personnalité juridique. Elle est allée au bout de la logique du législateur en étendant les dispositions de l'article 79-1 alinéa 2 du Code civil à tous les enfants conçus, sans exception. Par ailleurs, elle a permis de mettre en lumière les difficultés engendrées par cet article, susceptible, selon l'avocat général près la Cour de cassation, « d'inférer avec la période ouverte de l'IVG voire, à celle de la recherche sur l'embryon »⁷⁷⁴. Et de conclure qu'il revient au législateur « de faire œuvre d'harmonisation »⁷⁷⁵. En effet, s'il ne nous appartient pas de juger de la légitimité ou non des raisons d'existence de l'acte d'enfant sans vie, il n'en reste pas moins que le principe même de cet acte pose question dans la mesure où il s'appuie sur la notion singulière qu'est l'enfant sans vie. Cet acte ne confère pas de filiation, puisque celle-ci est subordonnée à l'acquisition de la personnalité juridique, tout au moins si l'on admet que cette dernière constitue le creuset de l'état des personnes selon la conception sus-exposée de Xavier Labbé⁷⁷⁶. Et pourtant, l'enfant en question est conçu juridiquement comme un

⁷⁷² Circulaire du 30 juin 2006, de présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation. Selon l'article 1.1.1, l'acte d'enfant sans vie était établi dès lors que « l'enfant est mort-né après vingt-deux semaines d'aménorrhée ou s'il avait atteint un poids de 500 grammes (...) il en est également ainsi si l'enfant est né vivant mais non viable et, ce, quelle que soit la durée de gestation ».

⁷⁷³ Sur ce point, v. les critiques doctrinales de Pierre MURAT, Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, RD sanit. soc., 1995, p. 451 ; *adde* Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression, Dr. fam. 1999, comm. 112 ; *adde* La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément, Dr. fam. 2008, comm. 34 ; ainsi que de Jacques MASSIP, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, Defrénois, 2008, n° 19, doct. 38850, p. 2148.

⁷⁷⁴ Concernant l'indexation de la notion d'embryon au corpus juridique, v. *infra* le chapitre I du titre II.

⁷⁷⁵ BICC, avis préc.

⁷⁷⁶ Cette position ne fait cependant pas l'objet d'un accord unanime de la doctrine, ce que nous étudierons un peu plus loin, lorsque nous nous interrogerons sur le sens de l'arbitraire de l'acte d'enfant sans vie.

enfant, ce qui implique bien qu'il est l'enfant de quelqu'un... La filiation est une notion construite en fonction d'attentes sociales précises et organisées, mais elle est aussi tributaire des index du droit, lesquels comportent d'autres projets. Lorsqu'une indexation se fait au détriment des index du droit, la question de la mise en rapport arbitraire ne peut manquer d'être posée.

La mise en rapport arbitraire de l'acte d'enfant sans vie et de la filiation, normalement indexée à la personnalité juridique. L'article 79-1 du Code civil⁷⁷⁷ prévoit que l'acte d'enfant sans vie mentionne « les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant ». L'enfant n'est pas mentionné sous le nom de ses parents et peut bénéficier d'un prénom seulement à leur initiative. De ce point de vue, cette disposition ne s'inscrit pas vraiment en rupture de la corrélation établie entre le nom et la personnalité juridique, celui-là faisant généralement présumer celle-ci. Il est néanmoins permis d'observer que la notion de « pré-nom » est dévoyée, ce qui ne contribue pas à clarifier le concept d'enfant sans vie. Bien que le législateur ait agi avec la meilleure intention du monde, le fait de ne conférer qu'un prénom à un être que l'on souhaite reconnaître, tout en lui refusant la personnalité juridique, évoque un passé douloureux. L'article 44 du Code noir⁷⁷⁸ – ou code Colbert – est là pour le rappeler : l'esclave étant conçu comme un bien meuble, il avait l'interdiction formelle de porter un nom patronymique. Seul un prénom sous lequel il figurait dans les dénombrements annuels de son propriétaire lui était attribué. Il s'agit d'une coïncidence, mais elle est d'autant plus malheureuse que la doctrine cherche depuis des années un statut approprié à l'embryon.

Par ailleurs, l'acte d'enfant sans vie établit incontestablement un lien de parenté, même si ce lien n'aboutit pas à une filiation. Or, comme l'observe Xavier Labbé, ce lien de parenté ne pourra pas être contesté, l'article 311-4 du Code civil interdisant toute action à l'encontre de la filiation d'un enfant qui n'est pas né vivant. L'auteur estime qu'il s'agit d'une « contradiction » entre deux articles du Code civil : « l'enfant présenté sans vie et dont on ne pourra établir qu'il a vécu, a pourtant un "père et une mère" qui se verront dans l'impossibilité de contester le lien de filiation établi. L'enfant sans vie ne peut être désavoué par le mari de sa mère. Dans cette veine, certains souhaiteraient autoriser la reconnaissance de l'enfant mort-né par son auteur (...) Toutes ces dispositions contribuent à obscurcir un statut pourtant clair. L'enfant mort-né n'ayant jamais existé ne peut par principe avoir d'état et l'on ne devrait pouvoir déroger à ce principe quand bien même il s'agirait de satisfaire les "parents". Les règles relatives à l'état civil sont en effet d'ordre public et

⁷⁷⁷ Modifié par le décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application du second alinéa de l'article 79-1 du Code civil.

⁷⁷⁸ Ordonnance royale de 1685.

l'on ne peut les plier aux désirs individuels »⁷⁷⁹. L'acte confère effectivement un état qui n'en est pas vraiment un et qui prête à discussion. Tout en prévoyant les conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie, la circulaire du 30 juin 2006⁷⁸⁰ précisait que « l'établissement du lien de filiation, quelles qu'en soient les modalités, est subordonné à l'acquisition de la personnalité juridique, laquelle est attachée à la naissance de l'enfant né vivant et viable, pour lequel un acte de naissance est dressé ». La corrélation entre l'établissement de la filiation, conditionné par la naissance viable, et la contestation de la filiation est irréductible et rappelée avec force. Il n'en reste pas moins que l'hypothèse d'une parenté qui ne produirait pas d'effet juridique, est intéressante pour l'étude de la mise en rapport arbitraire.

Le sens de l'arbitraire. L'état n'a, en principe, d'utilité en droit que du point de vue de la vie. Les situations qui précèdent ou qui suivent la mort sont envisagées pour leur intérêt présent, qu'il s'agisse d'octroyer des droits à venir à l'enfant conçu, d'établir les règles de liquidation d'une succession ou encore, s'agissant des cadavres, de prévoir le régime de donation d'organes. Or, voilà une disposition qui vise l'état dans le contexte de la mort. Elle crée une notion en marge, la parenté, qui s'apparente à la filiation sans y être assimilée. Cette mise en rapport ne produit qu'un effet unique entièrement déterminé par son contenu : l'établissement d'un acte administratif dont le but avoué est de ritualiser la perte⁷⁸¹. Cette disposition réalise une utilité normalement étrangère au droit

⁷⁷⁹ J-Cl., op. cit., n° 124. Dans le même sens, v. Claire NEIRINCK, *Embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?*, D. 2003, chron. p. 841. L'auteur écrit notamment que « l'acte d'enfant sans vie ne dresse que le constat biologique d'une grossesse avancée (...) cet acte produit de conséquences au regard des funérailles ; surtout il permet de donner un prénom et d'inscrire dans le livret de famille celui qui n'a pas d'existence juridique », (p. 843). *Contra*, Pierre MURAT, *Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain*, op. cit., p. 472 et 473. Selon l'auteur, l'article 311-4 du Code civil proscrivant toute action relativement à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable, tend au contraire à démontrer que l'enfant, sujet d'une déclaration d'état d'enfant sans vie, voit sa filiation établie de manière permanente et irréversible. À ses yeux, l'interdiction de l'action relativement à la filiation conforte l'existence de cette dernière. V. aussi Nathalie BAILLON-WIRTZ, *La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français*, dr. fam., 2007, n° 4, étude n° 13 : « L'idée que l'enfant déclaré sans vie, parce qu'il est présumé ne pas avoir de personnalité juridique, est un enfant sans filiation (...) est contraire au sens commun puisque cet enfant a, comme tous les autres sans distinction, des parents » ; Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Procréations médicalement assistées, assistance médicale à la procréation : trop de législations ?*, JCP éd. G., 1994, I, 3771, n° 1, p. 295 : « Personne ne saurait nier que l'embryon, cette personne humaine potentielle, cette non-personne déjà sujet de droit, ce possible qui tend à l'existence, a en tout cas un père et une mère ». Du point de vue européen, v. Frédéric SUDRE, *Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, JCP éd. G., I, 159, chron. n° 14, p. 1454 ; Jean-Pierre MARGUÉNAUD, *Vers un statut juridique de l'enfant mort-né*, RTDCiv. 2005, chron. n° 2, p. 737.

⁷⁸⁰ Op. cit. Cette affirmation a été réitérée par communiqué du Ministère de la justice en date du 22 août 2008, suite à la réforme de la législation.

⁷⁸¹ Pour une rétrospective historique de l'acte d'enfant sans vie, v. Pierre MURAT, *Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain*, op. cit. p. 460. L'auteur explique que le décret du 4 juillet 1806 qui réglementait l'acte d'enfant sans vie jusqu'à la réforme de 1993, avait initialement un but de police. Il s'agissait d'éviter les fraudes en matière de dévolution successorale et d'allocations familiales à une époque où les femmes accouchaient à leur domicile et où l'enfant devait être le plus souvent présenté à l'officier d'état civil afin de vérifier son âge, son sexe et s'il était vivant. Dès lors que l'enfant était mort, l'officier d'état civil, qui ne pouvait entièrement se fier aux déclarations des comparants, avait l'obligation de l'inscrire

de la filiation et se situe à côté du réseau de droits, tous ancrés dans le concept de la personnalité juridique. Autrement dit, elle est une corrélation arbitraire qui ne peut et ne devrait pas être reproductible. C'est uniquement sous cet angle qu'il est permis de considérer qu'il ne s'agit pas d'une contradiction du droit au sens où Xavier Labbée l'entend. Il s'agit plutôt d'une confrontation entre les données socioculturelles et le corpus juridique, productrice d'une mise en rapport isolée entièrement déterminée par son contenu. Dans un contexte de deuil, les concepts juridiques de la filiation et de la personnalité perdent logiquement leur sens.

À cet égard, Pierre Murat⁷⁸² a remarquablement exposé les enjeux de l'acte d'enfant sans vie en s'interrogeant sur la portée de cet acte pour la notion de filiation. L'auteur est en désaccord avec Xavier Labbée et considère qu'il n'est ni nécessaire, ni surtout souhaitable de faire dépendre l'établissement de l'état civil de l'acquisition de la personnalité juridique. L'enjeu en est très simple : si l'enfant déclaré sans vie a la possibilité de se voir reconnaître un état (ce qui n'est pas possible si ce dernier est irrémédiablement associé à l'acquisition de la personnalité juridique), alors cet enfant est individualisé par le droit. Dans une société marquée par les procédures administratives, cette individualisation est nécessaire à la démarche des parents en deuil souhaitant procéder à des obsèques et inscrire leur enfant mort-né sur leur livret de famille. Comme l'observe Pierre Murat, « si le droit n'a pas le pouvoir de consoler, au moins a-t-il le devoir de pas ajouter à la souffrance, ce qu'il peut faire en ne refusant pas inutilement une individualisation juridique lors de la venue au monde du fœtus »⁷⁸³. Dès lors, la question se pose de savoir si le fait de couper le lien entre les notions d'état civil et de personnalité juridique devrait être généralisée ou si elle ne résulte pas plutôt du contexte particulier dans lequel s'inscrit l'acte d'enfant sans vie. Si la seconde voie s'imposait, il s'agirait alors d'une mise en rapport arbitraire de l'acte d'enfant sans vie et de la notion de filiation, arbitraire qui, rappelons le, ne préjuge pas de la légitimité de la mise en rapport. Pierre Murat ne prend pas explicitement position, mais le fait qu'il redéfinisse les caractéristiques de la filiation résultant, à ses yeux, de l'établissement de l'acte d'enfant sans vie, semble indiquer qu'il ne poursuit pas un objectif de refondation de la notion de filiation. Son objectif clairement

sur les registres des décès en le déclarant enfant présentement sans vie, sans se poser la question de sa viabilité. Pierre Murat expose que cette méfiance envers les témoins de l'accouchement a disparu avec la médicalisation de la grossesse et de l'accouchement. La prise en charge hospitalière, ainsi que les certificats médicaux constatant le décès éventuel de l'enfant sont davantage dignes de foi, de sorte que les motifs de la loi ont évolué. Désormais, celle-ci a un but probatoire destiné à établir ou non la viabilité de l'enfant à sa naissance et, par contrecoup, l'acte d'enfant sans vie, qui est établi à partir d'un certain seuil de grossesse, devient le moyen d'individualiser l'enfant décédé prématurément. D'un point de vue sociologique, il serait intéressant de savoir à quel moment exactement l'acte administratif d'enfant sans vie est devenu un enjeu du deuil des parents et si la loi n'a pas pu jouer un rôle positif dans le sens d'une évolution des mœurs.

⁷⁸² Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, op. cit. ; Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression, op. cit. ; La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément, op. cit.

⁷⁸³ Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, op. cit., p. 454.

affiché consiste à individualiser le fœtus au-delà d'un certain seuil de grossesse afin de prendre en compte sa « condition humaine »⁷⁸⁴ : « rattaché en droit de manière défendable aux choses par son absence de personnalité, l'enfant déclaré sans vie appartient pourtant à l'humanité à cause d'une destination (de personne future) manquée dont la trace apparaît selon nous sous la forme d'un état civil »⁷⁸⁵.

Pierre Murat prend le soin de préciser que cet état ne saurait être que partiel et se composerait essentiellement d'un nom patronymique et d'une filiation. Précisément, cette dernière est redéfini par l'auteur de telle sorte qu'elle permet à notre sens d'éclairer la signification de l'arbitraire. Pierre Murat ne doute pas du fait que l'enfant à naître n'acquiert la personnalité juridique qu'à la naissance vivante et viable. Selon nous, il ne remet pas plus en cause le lien habituel entre la filiation et la personnalité juridique, puisqu'en réalité il élabore une autre définition de la filiation dans le contexte particulier du deuil des parents d'un enfant mort-né. En effet, au vu d'une demande sociale légitime de reconnaissance administrative, permettant à la fois d'enterrer l'enfant à naître et de garder « une trace » de ce dernier dans le livret de famille, Pierre Murat conceptualise les critères de la filiation qui lie cet enfant à ses parents. Ceux-ci se révèlent inverses à ceux qui sont reconnus aux personnes juridiques dans un contexte de vie impliquant que la filiation puisse évoluer au cours d'une existence (au profit de la véritable filiation biologique, d'une absence de filiation consécutive à un désaveu de paternité, par exemple, ou encore d'une filiation adoptive), ainsi que produire des effets juridiques, spécialement sur la dévolution successorale. Selon Pierre Murat, l'acte d'enfant sans vie établit la filiation de l'enfant, mais celle-ci doit être considérée comme « statique »⁷⁸⁶ et « immuable »⁷⁸⁷. C'est ainsi qu'aucune action ne sera reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable, conformément à l'article 311-4 du Code civil. Dans cette perspective, l'état de l'enfant sans vie est entièrement tourné vers la reconnaissance du deuil des parents. Contrairement à la notion de personnalité juridique, il est indexé au contexte de la mort et c'est pourquoi la filiation en question comporte ses propres caractéristiques, lesquelles devraient être expressément reconnues et circonscrites dans leurs effets.

Le décret du 9 janvier 2008 relatif aux conditions d'indemnisation du congé de paternité⁷⁸⁸ est de ce point de vue éminemment critiquable⁷⁸⁹ et concrétise dans une certaine mesure les craintes de

⁷⁸⁴ Ibid., p. 471.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 470, (nous ajoutons).

⁷⁸⁶ Ibid., p. 472.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 473.

⁷⁸⁸ Décret n° 2008-32, J.O. 11 janvier 2008, p. 623, complété par un arrêté du même jour, fixant la liste des pièces justificatives à fournir pour bénéficier de l'indemnisation du congé de paternité, modifiant les articles D. 133-4 et D. 613-10 du Code de la sécurité sociale.

⁷⁸⁹ V. Bernard BEIGNIER, *Enfant sans vie : un congé de paternité sans "paternité"*, dr. fam., 2008, alerte n°

Xavier Labbé, évoquées précédemment. Jusqu'à présent, il était exigé de justifier l'établissement d'un lien de filiation entre le demandeur du congé de paternité et l'enfant. Lorsque ce dernier n'avait pu accéder à la personnalité juridique, le père était logiquement exclu du bénéfice du congé et de l'indemnité journalière qui lui était attachée. Désormais, il suffit d'adresser à l'organisme de Sécurité sociale « la copie de l'acte d'enfant sans vie complétée d'un certificat médical d'accouchement d'un enfant mort et viable ». Non seulement cette disposition aboutit à rétablir la distinction écartée par la Cour de cassation entre enfants sans vie viables et non viables (sans doute pour éviter les inférences avec les délais ouverts de l'interruption volontaire de grossesse⁷⁹⁰) mais, comme l'observe Bernard Beignier, « il n'est plus nécessaire pour celui qui sollicite le bénéfice de ces prestations d'établir un quelconque lien – juridique ou non – avec l'enfant... ». Si les mises en rapport arbitraires peuvent présenter une utilité dans des circonstances exceptionnelles, elles ne sont pas sans présenter un certain danger lorsqu'elles ne sont pas reconnues en tant que telles. En l'occurrence, supprimer toute référence à la filiation ou même à la parenté apparaît comme un non-sens.

Le statut de l'enfant sans vie ne résulte en aucun cas d'un raisonnement analogique car la parenté qu'il instaure, ou la filiation indexée à un contexte spécifique, ne se subsume nullement sous le concept de la personnalité juridique. Au mieux, s'agit-il d'une image⁷⁹¹, ce que les psychanalystes appellent une association libre : la parenté « fait penser à » la filiation et nous savons désormais que cette image est contestable lorsqu'elle n'est pas explicitement reconnue et que, dans le même temps, elle aboutit à déduire des conséquences juridiques comparables à celles résultant de la filiation. L'analogie ne se confond pas avec la mise en rapport de type arbitraire et il importe à présent de le démontrer.

18, p. 6.

⁷⁹⁰ V. les obs. critiques de Dominique ASQUINAZI-BAILLEUX, Congé de paternité, enfant né sans vie et responsabilité de la caisse pour information erronée, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 16 octobre 2008, n° 07-18.493, F-P+B, JCP éd. S., 2009, 1020.

⁷⁹¹ En ce sens, v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit), RRJ 1995-4, p. 1043. L'auteur distingue l'analogie comme « raisonnement » de l'analogie comme « image », seule la première devant à ses yeux recevoir une pleine approbation. Alors que l'analogie par raisonnement suppose une « dépendance du juge à l'égard de la loi » et que la création jurisprudentielle n'est que « périphérique », l'analogie par image réduit ce mécanisme à une figure de style dont la pertinence n'est pas avérée.

Section 2 Les mises en rapport de type analogique

134. — L'analogie part du connu pour penser l'inconnu. Elle établit un rapport jusque alors indéterminé entre deux situations, puis se sert du procédé de discernement de la première situation (définition, catégorie ou régime) pour l'étendre à la seconde situation qui n'est alors plus tout à fait inconnue du droit. L'analogie consiste en une mise en rapport et, de ce point de vue, elle est une déclinaison de la distinction – indexation. Afin de préciser en quoi l'analogie appartient à ce groupe de la distinction - indexation, nous nous efforcerons de mettre en lumière ses propriétés d'indexation (§1). Il sera alors loisible d'analyser ses différentes acceptions, sous cet angle (§2). Enfin, nous nous interrogerons sur la validité du postulat excluant par principe l'analogie des modes d'interprétation du droit pénal (§3).

§1 Les propriétés d'indexation de l'analogie

135. — L'analogie est un procédé de pensée qui part du connu pour éclairer, donner un point de référence à l'inconnu. Ce passage vers l'inconnu fait apparemment d'elle un procédé en partie intuitif, quelque chose d'indicible guidé par la « raison de la règle »⁷⁹² (*ratio legis* et *ratio juris*). Elle est « un instinct profond de notre nature »⁷⁹³, et « une exigence de l'égalité »⁷⁹⁴. « Dans l'analogie », écrit Gérard Cornu, « l'intelligence évolue légère, attique et bondissante. "Libre (comme l'imagination)", elle répond à un "besoin de poésie". Elle est inventive et primesautière en effet dans sa quête des exemples et son regard sur les rapports (...) Son génie est de faire saillir, dans le chaos des différences, *le point commun décisif*. Elle est toute dans ce discernement qui est de finesse plus que de géométrie ». Et, ajoute-t-il, elle est « la face positive du *distinguishing* qui, pour séparer deux cas, monte en épingle la différence spécifique. L'analogie *met en relief la convergence déterminante* »⁷⁹⁵. En effet, l'analogie est la face positive de la distinction, mais pas de n'importe quelle distinction... l'analogie s'avère un précieux atout de la distinction – indexation.

⁷⁹² Charles PERELMAN, Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, in « Les présomptions et les fictions en droit », œuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 347 ; Adde, Marie-Laure MATTHIEU-IZORCHE, « Le raisonnement juridique », op. cit., p. 415.

⁷⁹³ François GENY, « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », t. II, LGDJ, Paris, 1932, n° 165, p. 119.

⁷⁹⁴ Gérard CORNU, Le règne discret de l'analogie, RRJ, 1995-4, p. 1068.

⁷⁹⁵ Le règne discret de l'analogie, op. cit., p. 1076, (l'auteur cite le doyen Carbonnier dans le texte et il souligne).

136. — **L'analogie, un rapport issu d'une double construction socioculturelle et interne.** Quelle que soit l'acception de l'analogie, cette dernière est le résultat d'une confrontation entre des pré-requis socioculturels, d'une part, et un projet propre au droit qui est lui-même de la réalité, d'autre part.

Les pré-requis socioculturels de l'analogie. L'analogie se fonde toujours sur des pré-requis socioculturels. Pour mettre en œuvre un raisonnement analogique, il est nécessaire d'être en possession d'un minimum d'informations partagées qui s'avèrent cruciales pour pouvoir imaginer l'inconnu⁷⁹⁶. Sans ces informations, l'inconnu n'est pas imaginable. Par exemple, dire que « Bruges est la petite Venise du Nord »⁷⁹⁷ suppose, pour qui ne connaît pas Bruges, la maîtrise d'au moins deux informations. Il doit savoir que Venise possède des canaux et que ces canaux constituent un élément déterminant de Venise. Alors seulement il peut espérer s'imaginer Bruges. Là réside la richesse et les limites de l'analogie. Richesse, parce que l'analogie permet un saut dans l'inconnu et que l'inconnu n'est saisissable que de manière analogique. Limites, parce que l'analogie ne vaut que ce que valent les pré-requis qui l'ont rendu possible et qui aboutissent à une règle. La personne qui n'est pas en possession de ces informations risque d'être déçue si elle espère admirer des gondoles, l'architecture des palais vénitiens, la lumière du sud ou, encore, sa célèbre multitude de pigeons crasseux ! En fait, elle ne peut rien imaginer : elle imagine une Venise transposée au Nord alors que Bruges n'est pas Venise. Gérard Cornu a vu juste en estimant que l'analogie constitue la face positive de la distinction. L'analogie met en rapport, elle *est* ce rapport et n'aboutit en aucun cas à confondre les objets rapprochés. Elle est une déclinaison au sens strict de la distinction – indexation, puisqu'elle permet de mettre en lumière des traits pertinents qui se fondent dans un index déterminé : la beauté ressentie ou supposée à la vue d'une ville de canaux.

La confrontation des pré-requis socioculturels et des index du Droit. Ces pré-requis partagés se fondent dans un index élaboré au sein d'un corpus déterminé. L'analogie est par conséquent le résultat d'une confrontation entre les pré-requis et l'index conçu à partir d'un projet lui-même socioculturel. Le droit étant *de* la réalité, il est nécessaire de distinguer trois ressorts

⁷⁹⁶ Sur la recherche comparative et les règles méthodologiques à respecter, v. Marie-Laure IZORCHE, Propositions méthodologiques pour la comparaison, R.I.D.C., 2-2001, p. 289. *Adde*, « Le raisonnement juridique », préc., chap. 5, p. 127 s.

⁷⁹⁷ Au sens strict, il s'agit non d'une analogie mais d'une métaphore. Cependant, la métaphore est une figure de style fondée sur l'analogie. Elle établit une ressemblance entre un premier élément, appelé « comparé » ou « thème » et un second, appelé « comparant » ou « phore », fondée sur une ou plusieurs qualités communes que les sémanticiens appellent « sèmes », unités de signification communes au comparant et au comparé. Selon le Trésor de la Langue Française, elle est la « figure d'expression par laquelle on désigne une entité conceptuelle au moyen d'un terme qui, en langue, en signifie une autre en vertu d'une analogie entre les deux entités rapprochées et finalement fondues. La métaphore se distingue de la similitude par le fait qu'aucun élément formel de comparaison ne s'y trouve présent », TLF, v° Métaphore.

propres à l'analogie pour tenter de la saisir : les pré-requis, d'abord, agissant en amont de l'élaboration du rapport analogique ; ceux, ensuite, agissant au titre de l'élaboration de l'index ; et le projet, enfin, motivant le rapport analogique.

C'est ainsi qu'un acte juridictionnel aussi simple que la réglementation du droit de visite et d'hébergement de l'enfant nécessite en réalité de la part du juge un délicat exercice d'articulation entre des séries d'index du droit et des évidences socioculturelles partagées. Au sein de la cellule parentale – premier index - l'hébergement est en principe inclus dans l'exercice de l'autorité parentale, dont il constitue un devoir sanctionné pénalement par le délit d'abandon. Lorsqu'un seul des parents conserve cet exercice, l'autre conjoint demeure titulaire de cette autorité et, au terme de l'article 373-2-1 al. 2 du Code civil, il conserve de plein-droit l'exercice du droit de visite et d'hébergement « sauf motifs graves » - deuxième index-. Ces motifs doivent être graves, c'est-à-dire justifier en pratique l'aménagement ou la suppression de la relation, sans néanmoins que l'autorité parentale ait fait l'objet d'un retrait, ultime mesure dans l'arsenal législatif. Le juge doit alors recourir à la notion socioculturelle de danger pour l'enfant afin de déterminer les motifs graves justifiant le retrait du droit de visite et d'hébergement. À ce titre, une simple mésentente avec l'enfant ne constitue pas un tel motif alors que l'alcoolisme ou l'intégrisme religieux⁷⁹⁸ peuvent lui être assimilés. Il serait réducteur de penser qu'il suffise que le juge recoure à des précédents judiciaires pour trancher même si, de fait, le juge cherche à donner une apparence quasi-logique à son raisonnement pour des raisons de rhétorique, au sens noble du terme⁷⁹⁹. Ce paramètre est important mais pas suffisant, car placer le fait d'alcoolisme (apprécié de manière variable selon les régions ou les pays) et le fait d'intégrisme (lui-même également très relatif et culturellement indexé) dans une même catégorie, implique à la fois un raisonnement analogique élaboré dans une société donnée et une projection du juge dans cette dernière. La notion de danger pour l'enfant se construit peu à peu en fonction du projet complexe du corpus juridique qui vise à concilier cette notion de danger avec le maintien et la continuité de la cellule parentale.

La cellule parentale est indexée à la notion de filiation et celle-ci est, comme celle-là, élaborée en fonction de plusieurs projets. La cellule parentale est nommée par le droit « autorité parentale » : elle regroupe un ensemble de droits et de devoirs des parents et implique, dans le même temps, un ensemble d'interdictions et de libertés pour les mineurs. Le rapport établi entre l'autorité parentale et la filiation s'explique par la construction de cette dernière. En effet, la filiation se définit, dans notre société, d'abord par le sang et la meilleure illustration réside dans la manière dont est conçue

⁷⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 1994, D. 1995, jurispr. p. 226, note Christine CHOAIN.

⁷⁹⁹ Charles PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, « Traité de l'argumentation : la nouvelle rhétorique », 6^{ème} éd., Université de Bruxelles, 2008, p. 27.

l'adoption. Tout est fait pour gommer les particularités de cet acte originel qu'est l'adoption véritablement conçue comme une naissance juridique pour les parents. Dès lors que ces derniers ont accompli toutes les formalités requises, ils confèrent leur filiation et, du point de vue du droit, l'adopté est leur enfant de sang à tous points de vue. Avant que le droit ne gomme peu à peu les différences qui séparaient les enfants naturels des enfants légitimes, l'adopté était soumis exactement au même régime que les enfants naturels (en cas d'adoption par une personne seule) ou que les enfants légitimes (en cas d'adoption par un couple marié). Ce rapport entre l'autorité parentale, la filiation et le sang explique le nombre important de recours en justice formés par les personnes ayant adopté un enfant dans des États, comme l'Algérie ou le Maroc, qui rejettent la conception française de l'adoption et ne reconnaissent qu'une seule institution, appelée *kafala*. Celle-ci est centrée sur l'autorité parentale, mais elle n'est pas indexée à la filiation. Pour le droit français, il s'agit en somme d'une sorte de tutelle, ce qui est inacceptable pour les requérants vivants en France. Les juges qui refusent logiquement de convertir la *kafala* en adoption en se conformant aux prescriptions du droit international privé français⁸⁰⁰, ont beau spécifier que les parents bénéficient d'une délégation d'autorité parentale⁸⁰¹, laquelle confère juridiquement les mêmes droits et devoirs que n'importe quel parent, la solution est ressentie en soi comme un pis-aller⁸⁰². À cet égard, il est permis d'observer que la même solution a été récemment consacrée⁸⁰³ pour les couples de même sexe formés par deux femmes. Grâce au mécanisme de la délégation d'autorité parentale⁸⁰⁴, la mère biologique n'est plus la seule à être juridiquement en charge de l'éducation et de l'entretien de l'enfant. Elle partage juridiquement l'autorité parentale avec sa compagne. Les recours en adoption⁸⁰⁵ n'en restent pas moins nombreux et la délégation d'autorité parentale est systématiquement sollicitée à titre subsidiaire. À notre sens, ces demandes vont plus loin que la seule volonté de se conformer à un modèle sociétal. Elles révèlent une manière

⁸⁰⁰ L'article 370-3 du Code civil prévoit que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. V. le refus de convertir une *kafala* marocaine en adoption, Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, FS-P+B+R+I, JCP éd. G. 2007, II, 10072, note M. FARGE ; JDI, n° 2, 2007, 11, obs. C. BRIÈRE ; D. 2007, p. 816, note H. FULCHIRON ; Defrénois 2007, p. 133, note M. REVILLARD ; même rev. p. 307, note J. MASSIP ; AJF 2007, p. 32, obs. A. BOICHÉ ; RJPF 2007, 1/35, note M.-H. LE BOURSICOT ; S'agissant d'une *kafala* algérienne, v. Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, FS-P+B, dr. fam. 2008, n° 9, comm. 133, obs. M. FARGE.

⁸⁰¹ Par ex., Toulouse, 4 décembre 2007, JurisData n° 2007-353582 ; Metz, 27 février 2007, JurisData n° 2007-332521. *Contra*, Paris, 27 mars 2008, JurisData n° 2008-364933.

⁸⁰² Les parents peuvent néanmoins demander la nationalité française pour leur enfant à l'issue d'un délai de cinq ans et solliciter l'adoption une fois cette démarche accomplie. En ce sens, Michel FARGE, Comment accueillir les *kafalas* musulmanes ?, note préc sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008. L'auteur écarte, en ce domaine, l'argument tiré de la fraude à loi pourtant envisageable.

⁸⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 2006, dr. fam. 2006, comm. 89, note P. MURAT ; JCP éd. G., 2006, I, 199, obs. M. REBOURG ; RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. HAUSER ; D. 2006, p. 897, note D. VIGNEAU ; D. 2006, p. 1148, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; D. 2006, p. 876, obs. H. FULCHIRON ; AJF 2006, p. 159, obs. F. CHÉNÉDE ; RJPF, 2006, 4/32, obs. E. MULLON ; Rev. Lamy dr. civ. 2006, 27, n° 2056 note D. BOURGAULT-COUDEVILLE ; RD sanit. soc. 2006, p. 578, note C. NEIRINCK.

⁸⁰⁴ Article 377-1 du Code civil.

⁸⁰⁵ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 19 février 2007, F-S P+B, JCP éd. G., 2008, II, 10046, note Y. FAVIER.

socioculturelle profondément ancrée de penser la filiation.

Les droits et les obligations sont enserrés dans un réseau qui est le résultat d'une confrontation de données socioculturelles et de l'élaboration d'un corpus signifiant, motivé par un projet. Le juge doit autant que possible trancher en fonction de plusieurs grilles de lecture de différents niveaux et, pour ce faire, le raisonnement analogique est incontournable. Celui-ci s'appuie sur la loi qui laisse des indices et des directives lui permettant d'élaborer cette grille de lecture. Pour reprendre et conclure sur l'exemple du droit de visite et d'hébergement, il est frappant d'observer la manière dont le législateur organise cette grille pour les personnes qui ne disposent pas de l'autorité parentale. Il n'est plus question de « droit de visite et d'hébergement » mais de « relations ». Les « ascendants » sont distingués des « tiers », selon l'article 371-4 du Code civil ; et la catégorie des tiers englobe à la fois *les parents* autres que les ascendants et les tiers qui n'ont pas de lien de sang avec l'enfant. Cette mixité de la catégorie des tiers montre à quel point la filiation est liée à l'autorité parentale. Au stade des « simples » relations personnelles avec un mineur, les tiers peuvent aussi bien englober des personnes ayant un lien de sang avec l'enfant que celles qui lui sont étrangères de ce point de vue. Les ascendants ont le droit d'entretenir « des relations personnelles »⁸⁰⁶ avec l'enfant sauf motifs graves. Les tiers ont le droit inverse : ils ne peuvent entretenir des relations, dont les modalités sont fixées par le juge, que si tel est l'intérêt de l'enfant. Par conséquent, d'un côté les parents ont « un droit », c'est-à-dire un statut clairement établi ; de l'autre, les ascendants et les tiers ont des « relations ». Il serait inexact de considérer ces relations comme une notion juridique floue ou, pire, comme une notion « de fait » appréciée « au vu des circonstances », sous prétexte qu'il ne s'agit pas d'un droit subjectif statutaire. Bien au contraire, le message adressé au juge est limpide. Il est en réalité appelé à fixer le cadre des relations des tiers en se référant à celui des ascendants et à faire en sorte qu'elles soient personnelles ou non. Dans ce cas de figure, le corpus est signifiant par le vecteur d'une mise en rapport de type analogique et, si le message est voilé, il n'en reste pas moins fort clair. L'identification et la gradation des mesures qui en découle s'appuient sur une grille de lecture destinée à apprécier la situation de l'enfant et son intérêt. Elle est rendue possible par une démarche analogique qui s'inscrit dans un consensus de pensée.

Les pré-requis, préalables nécessaires à l'établissement de la relation analogique, relativisent le caractère inventif, poétique, quasi-magique de l'analogie. Il est possible et même souhaitable d'avoir conscience des pré-requis qui ont vu naître l'analogie afin d'éviter de la considérer comme

⁸⁰⁶ Dans une espèce, la Cour d'appel de Paris a limité à une fois par an le droit de visite des grands-parents, Paris, 8 juin 1994, Juris-Data n° 021556.

perpétuellement vraie⁸⁰⁷. Une fois ceux-ci acceptés et la règle connue, l'analogie permet de créer un rapport nouveau motivé par un projet.

137. — **La visée d'intégration et l'opération de subsomption de l'analogie.** La visée d'intégration de l'analogie, ainsi que l'opération de subsomption qu'elle implique, constituent dans une optique d'indexation deux autres propriétés importantes de l'analogie.

Conçue comme un rapport, non comme un résultat, l'analogie n'a pas pour fonction première d'ordonner ou d'unifier des régimes même si elle y parvient incidemment. En intégrant des situations inconnues au corpus, l'analogie réalise d'abord l'objectif de prévisibilité propre aux séries d'index et s'apparente, de ce point de vue, bien davantage à la distinction – indexation qu'à la distinction – opposition. Cette affirmation, étayée lors de l'étude des différentes acceptions de l'analogie, suppose que l'analogie ne puisse pas être conçue comme une opération créatrice, c'est-à-dire sans rapport avec le contenu du Droit défini comme un corpus préexistant et signifiant. Si l'on admet que l'analogie implique par nature une opération de subsomption, cela permet non seulement de la distinguer de la mise en rapport de type arbitraire, mais aussi d'envisager ses différentes acceptions en axant l'analyse sur ses facultés d'indexation. Ces dernières ne sont pas univoques et il convient donc de les envisager dans leurs particularités en cherchant, à travers l'opération de subsomption, le projet que le droit cherche à réaliser.

§2 Les facultés d'indexation de l'analogie dans ses différentes acceptions

138. — L'analogie est susceptible d'au moins quatre acceptions différentes. Chacune a sa place au sein du droit et réalise un projet différent du corpus. En premier lieu, nous étudierons le cas où l'analogie rend compte d'une absence de raison juridique de traiter différemment des situations distinctes. Par la suite, nous analyserons successivement le cas où l'analogie est le fruit d'une méthode indiciaire et présomptive ; celui d'une similarité des relations combinatoires entre groupes

⁸⁰⁷ *Rappr.* Michel VIRALLY, « La pensée juridique », 1960, LGDJ, Paris, 1998, p. 20 : « Le droit s'intéresse beaucoup moins à la réalité objective qu'à sa propre création, à ce qu'il a lui-même ajouté. Il a tendance à considérer les divers aspects que peuvent présenter les faits moins pour leur importance intrinsèque, pour leurs conséquences matérielles ou leur utilité respective que pour leur aptitude à devenir le support d'une signification juridique ». Bien que l'expression de « réalité objective » prête à discussion en raison du caractère non construit qu'elle semble impliquer, cette observation permet de poser la question de la faculté du droit à nier son origine socioculturelle en considérant exclusivement sa propre visée normative. Étrangement, en « ajoutant » à la réalité socioculturelle, le droit est conçu comme s'auto-créeant. Dans le prolongement de la réflexion de Michel Virally, le droit s'intéresse alors moins à « ses créations » qu'à sa propre création. Le glissement de sens est patent dans la mesure où, précisément, le droit n'a qu'une visée normative et qu'il est contestable de le considérer comme entièrement normatif, à partir de cette dernière.

d'objets ; celui d'une proportion de type argumentaire ou rhétorique, enfin.

139. — 2.1. L'absence de raison juridique vecteur d'une égalité du rapport analogique

Dans une première acception qui s'avère discutable, l'analogie est conçue comme le procédé par lequel des situations ou des objets distincts sont soumis à un même traitement du fait de « l'identité de raison juridique » qui les gouverne. Loin d'être simple à cerner, ce type d'analogie conduit à s'interroger sur la définition et les limites de la raison juridique justifiant un rapprochement des situations ou des objets étudiés. Cette définition est pourtant couramment utilisée par la doctrine⁸⁰⁸ qui s'accorde généralement à penser qu'elle se décompose en plusieurs phases, l'une d'induction et l'autre de déduction.

« **L'absence de raison** » préférable à une raison juridique émanant du donné. François Gén⁸⁰⁹ a probablement mené l'une des réflexions les plus approfondies sur ce type d'analogie. Selon lui, l'analogie consiste à « induire, de solutions particulières, le principe intime, qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses, et le leur appliquer par voie de déduction ». Ainsi, écrit-il, l'analogie ne fait « que traduire l'harmonie intime, reliant entre eux les rapports de droit » et met en œuvre « l'idée d'égalité juridique, qui seule justifie foncièrement l'analogie »⁸¹⁰. Cette définition a le mérite de faire clairement apparaître l'opération de subsomption sous-tendue par l'analogie avec une visée d'intégration. Ainsi conçue, elle apparaît comme une garantie de cohérence des solutions juridiques. Le point discutable est que François Gén⁸¹¹ n'évoque pas la cohérence des solutions mais, bien plus largement, l'harmonie intime du droit, en réalité, l'unité du système censé évoluer vers le juste objectif émanant du donné. Cela explique que l'auteur compte l'analogie au nombre des procédés logiques de la libre recherche scientifique et la considère même comme le meilleur d'entre eux en raison de son *modus operandi* et de la sûreté des résultats que, selon lui, elle garantit⁸¹². La raison juridique s'induit, selon François Gén⁸¹³, soit d'une disposition légale précise et spéciale, et il s'agit, selon la classification allemande de l'époque, d'une *Gesetzesanalogie*, soit des principes consacrés par la législation écrite en son ensemble, et il s'agit alors d'une *Rechtsanalogie*⁸¹². L'analogie part donc de la loi ou du système et c'est de ce point de vue qu'elle acquiert le caractère d'une subsomption⁸¹³. Elle tend à se

⁸⁰⁸ V. le num. spéc. RRJ 1995-4, consacré à l'analogie.

⁸⁰⁹ « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », op. cit., t. I, n° 106 à 108, p. 300 à 316 ; et le t. II, n° 165 à 168, p. 117 à 144.

⁸¹⁰ « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », t. II, op. cit. n° 165, p. 121 et 122, (l'auteur souligne).

⁸¹¹ « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », op. cit., t. II, n° 166, p. 130.

⁸¹² « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », t. I, op. cit. n° 107, p. 305.

⁸¹³ En ce sens, José Manuel DELGADO-OCANDO, La fiction juridique dans le Code civil vénézuélien avec

confondre avec l'interprétation extensive de la loi, dont pourtant certains auteurs défendent énergiquement la particularité⁸¹⁴. François Gény parle « d'identité essentielle »⁸¹⁵, désignant la structure du système permettant au juge de se libérer de la volonté du législateur, tout en restant « scientifique » c'est-à-dire tourné vers le juste, l'ultime objectif du système de droit.

Il ne s'agit pas de remettre en cause l'opération de subsumption que suppose l'analogie, mais seulement la manière dont celle-ci est envisagée à travers la notion de « raison juridique ». En admettant que rien ne permet de démontrer que le droit est harmonieux et unitaire, il est possible de renverser la perspective en considérant que si deux situations distinctes sont soumises au même traitement juridique, c'est parce que rien ne justifie qu'elles soient traitées différemment. Autrement dit, dans la première acception, *l'analogie consisterait à appliquer un traitement identique à des situations ou à des objets car, dans un certain contexte, aucune raison ne justifie de les traiter différemment*. Substituer une « absence de raison » à « la raison juridique » est tout sauf indifférent. Cela permet d'éviter de considérer l'analogie comme un procédé objectif, propre à découvrir le donné et à traduire une harmonie pré-existante, invérifiable, du droit. L'analogie apparaît alors, en elle-même, comme un rapport vecteur d'une indexation du droit et résultat d'une confrontation entre des données socioculturelles et un corpus signifiant. Elle n'est plus conçue comme une pure opération de l'intelligence appelée à retrouver dans des situations particulières le principe intime contenu dans des principes généraux. Par ailleurs, opter pour une absence de raison juridique n'équivaut nullement à créer un vide : cette absence qui a un sens est révélée par le rapport analogique qui existe juridiquement et participe à la réalisation du corpus signifiant.

Un exemple tiré de la décision jurisprudentielle⁸¹⁶ d'étendre les dispositions relatives à la prestation compensatoire applicables au divorce à la nullité du mariage, devrait permettre d'éclairer ce propos. La formule employée par les juges est significative, puisqu'ils ont estimé que les

quelques références à la législation comparée, in « Les présomptions et les fictions en droit », *œuv. préc.*, p. 72, *spéc.* p. 81 et 91.

⁸¹⁴ Luis Jimenez DE ASUA, *L'analogie en droit pénal*, *rev. sc. crim.* 1949, p. 187. L'auteur distingue « l'analogie », « l'interprétation analogique » et « l'interprétation extensive ». Selon lui, l'analogie consiste en un procédé destiné à combler les lacunes de la loi et c'est pourquoi il la rejette en matière pénale. L'interprétation analogique vise le cas où la loi pénale autoriserait par une formule le recours à l'analogie. En ce cas, l'auteur estime que l'extension de la loi à des cas non expressément prévus sont « dans la pensée de la loi » et qu'il ne s'agit donc pas d'une véritable analogie, (p. 232). L'interprétation extensive, enfin, est conçue comme le procédé systématique par lequel l'interprète recourt à un cas prévu par les législateurs, même si ces derniers « se servent d'expressions inadéquates pour l'exprimer », (p. 190).

⁸¹⁵ « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », t. II, *op. cit.* n° 165, p. 119.

⁸¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, *Bull. civ.*, I, n° 221, *D.* 1991, *jurispr.* p. 214, note C. MASCALA, *JCP éd. G.*, 1991, II, 21774, note F. MONEGER, *Gaz. Pal.*, 1991, I, p. 256 et Defrénois, 1991, art. 34980, p. 283, notes J. MASSIP, *RTDCiv.* 1991, p. 299, obs. J. HAUSER. Dans le même sens, Paris, 10 novembre 2004, *JurisData* n° 2004-263751 et Amiens, 5 mai 2004, *JurisData* n° 2004-243603. Ces deux espèces concernaient aussi des mariages putatifs, annulés pour cause de bigamie.

dispositions relatives à la prestation compensatoire en cas de divorce sont aussi applicables « en tant que de raison », lorsque la rupture du mariage résulte de la nullité de l'union. Autrement dit, dans le contexte restreint des effets patrimoniaux de la rupture, il n'existe *a priori* pas de raison de ne pas utiliser le mécanisme éprouvé de la prestation compensatoire. L'utilisation de la double négation suggère qu'il ne s'agit plus ici de juger du cas de la nullité ou du cas du divorce, foncièrement différents, mais de tirer les conséquences pécuniaires, de ce qui constitue somme toute « une rupture du mariage ». Dans chaque cas, les époux séparés sont dans une situation de déséquilibre économique qui justifie un traitement identique. La nullité du mariage ne constitue pas à proprement parler une rupture du mariage, puisque celui-ci est censé n'avoir jamais existé. Divorce et nullité ne peuvent être confondus ou assimilés et tel n'est d'ailleurs pas la fonction de l'analogie, utilisée pour penser certaines propriétés de l'inconnu, les conséquences pécuniaires non définies de la nullité du mariage, en fonction du connu, les conséquences patrimoniales bien définies du divorce. Il serait discutable d'en déduire qu'il existe une raison juridique enfouie dans le système ou dans la loi. Ce n'est pas parce que, de toute évidence, cette analogie fonctionne, qu'elle justifie en logique la découverte d'un juste objectif. Dans ce cas de figure, ce dernier serait concrétisé par la nécessité de rétablir toute situation de déséquilibre économique et l'on voit immédiatement quelles conséquences ce principe impliquerait en droit des contrats, par exemple. Justifier le pouvoir de direction du législateur ou celui de réfaction du juge par un principe analogique tiré d'une espèce du droit de la famille apparaîtrait pour le moins douteux. Dans cette perspective, il convient de se garder de toute généralisation afin de ne pas dévoyer l'analogie.

L'élaboration d'un rapport d'égalité dans une validité contextuelle. Pour que, dans un certain contexte, aucune raison ne justifie de traiter deux situations différemment, il faut que, dans un autre contexte, cette raison de distinguer les régimes existe. C'est cette comparaison qui va faire naître l'analogie, qui peut dès lors s'avérer d'un maniement délicat. Les commentateurs de la décision relative aux conséquences pécuniaires de la nullité du mariage se sont demandés si l'analogie entre la nullité du mariage et le divorce devait être restreinte à l'hypothèse du mariage putatif. Jean Hauser et Françoise Monéger⁸¹⁷ sont défavorables à l'octroi d'une prestation compensatoire dans les cas où le mariage nul a été contracté par des époux de mauvaise foi ou au minimum lorsque la faute est le fait du créancier de la prestation compensatoire. Leur argument décisif consiste à faire valoir que la distinction entre mariage putatif et mariage non putatif, c'est-à-dire entre rétroactivité et non-rétroactivité de la nullité, perdrait tout intérêt si la prestation compensatoire devait être accordée dans tous les cas de figure. La rétroactivité de la nullité serait annihilée par l'octroi d'une prestation compensatoire.

⁸¹⁷ Notes préc.

Cela n'est vrai qu'en partie, puisque la prestation compensatoire est loin d'être le seul enjeu de la nullité. En l'absence de putativité, celle-ci atteint tous les effets personnels liés au mariage, comme par exemple l'usage du nom du conjoint ou les droits acquis par un étranger en matière de nationalité française. Elle fait aussi obstacle au déroulement des effets patrimoniaux liés à l'existence de conventions matrimoniales. Celles-ci sont réputées n'avoir jamais existé. La raison ayant conduit ces auteurs à distinguer putativité et non putativité semble plutôt s'expliquer par la volonté de sanctionner plus durement la nullité qui s'accompagne d'une mauvaise foi, que le divorce prononcé pour faute. Pourtant, rien ne permet de justifier cette position ni dans le cadre de la nullité du mariage, puisqu'il s'agit d'une construction prétorienne, ni dans le cadre du divorce. Au contraire, depuis quelques années, et spécialement depuis la loi du 26 mai 2004, le législateur s'efforce de séparer le principe du divorce, comptable de la notion de faute, de ses effets⁸¹⁸. Ce qui légitime une distinction en toutes hypothèses entre principe du divorce et nullité, ne se justifie donc pas pour la prestation compensatoire. Tel est le sens de la subsomption opérée par l'analogie, qui devrait éviter de dévoyer la signification d'une notion lorsqu'elle l'étend. En 1990, date de la décision étudiée, il n'aurait pas été incohérent de sanctionner la mauvaise foi de l'époux, en lui refusant une prestation compensatoire au motif que la faute constitue un des éléments signifiants de cette dernière. Mais, si l'on admet avec Jacques Massip⁸¹⁹, que la faute est désormais détachée de la prestation compensatoire, ou bien qu'elle participe de sa nature mais non de son essence, alors il n'est pas illogique d'étendre le bénéfice de la prestation compensatoire à tous les cas de nullité.

L'opération de subsomption ne signifie pas qu'il existerait une légalité essentielle *a priori* comme en témoignent les controverses doctrinales axées sur l'opportunité ou non d'étendre un mécanisme propre au divorce à la nullité du mariage. La subsomption signifie que l'analogie n'est valable que lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une validité contextuelle, c'est-à-dire restreinte et tenant compte de la signification d'une notion dans son domaine d'origine. Alors, elle peut constituer un motif d'équité. Ce qui peut apparaître comme un oubli, une imprévoyance du législateur est en réalité une transformation du corpus qui suit une logique d'intégration. Le juge profite de ce qu'il est à l'interface du Droit et des situations individuelles pour établir des mises en rapport d'expression, « rupture de mariage » et de contenu, « conséquences économiques », mais il le fait dans le cadre de l'analogie, qui suppose une subsomption et donc une cohérence des

⁸¹⁸ Avant 2004, l'époux contre qui le divorce était prononcé aux torts exclusifs ne pouvait pas bénéficier d'une prestation compensatoire, en vertu de l'article 280-1 du Code civil. La seule réserve concernait une indemnité exceptionnelle justifiée par la durée de la vie commune et la collaboration professionnelle du créancier fautif. La loi du 26 mai 2004 a fortement accentué la séparation du principe et des effets du divorce, engagée depuis 1975. Au terme de l'article 270 du Code civil, l'époux qui succombe, garde, par principe, le droit de bénéficier d'une prestation compensatoire, sauf décision contraire du juge qui peut la lui refuser pour des raisons « d'équité » au regard des « circonstances particulières de la rupture ».

⁸¹⁹ Note préc.

solutions.

140. — **2.2. L'analogie, une méthode indiciaire et présomptive**

La méthode consistant à induire d'un ensemble d'indices une situation réelle ou supposée tombant sous le coup de la loi correspond à une deuxième acception de l'analogie. Elle se fonde sur une probabilité : les indices doivent logiquement conduire à révéler l'existence d'une situation, ce qui lui confère un caractère fonctionnel. La mise en rapport ainsi dégagée conduit, dans un deuxième temps, à s'interroger sur la portée de cette méthode sur un plan conceptuel : peut-on dès lors parler d'un paradigme indiciaire ?

141. — **2.2.1. Le caractère fonctionnel de l'analogie**

L'élaboration d'une probabilité inductive. L'analogie se fonde sur une probabilité. Par exemple, certains indices biologiques, comme le test ADN, permettent d'établir la filiation d'un enfant à 99,99% de probabilité. Le juge se forge alors une conviction et reconnaît en général l'établissement de la filiation. Ce type d'analogie n'est pas fondé sur un rapport d'égalité entre des objets ou des situations similaires dans un certain contexte, mais sur un rapport d'identification de l'indice à un objet ou à une situation juridique. L'analogie suppose l'acceptation préalable de la corrélation entre l'indice et la situation qu'il dévoile ou qu'il est supposé dévoiler. Le pré-requis peut être d'ordre scientifique, économique, moral, politique, juridique, etc. Pour reprendre l'exemple du test ADN, il est scientifique. Il demeurera valable jusqu'à ce qu'il soit remis en cause ou remplacé par une technique jugée encore plus fiable. Dans un autre domaine, la présomption d'innocence correspond vraisemblablement à un pré-requis juridique. Il n'est pas scientifique, puisqu'il ne s'agit pas de faire prévaloir une situation de vraisemblance : aucune statistique ne permet d'affirmer que l'innocence l'emporte, au final, sur la culpabilité. Il s'agit d'un principe général du droit qui détermine un certain nombre de règles de procédure et de fond.

L'assimilation discutable de la probabilité juridique à une fiction. Certains auteurs dénie le caractère de présomption aux principes généraux du droit sous prétexte qu'ils sont internes et non vérifiables d'un point de vue statistique. Paul Foriers⁸²⁰ évoque la locution latine *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* (c'est de ce qui survient le plus souvent qu'une présomption se tire), pour expliquer que seul un point de vue sociologique permet d'identifier les véritables

⁸²⁰ Présomptions et fictions, in « Les présomptions et les fictions en droit », *œuv. préc.*, p. 7.

présomptions qu'il oppose aux fictions⁸²¹. À ses yeux, si l'hypothèse qui fonde une présomption ne peut être vérifiée, elle devient une pétition de principe, une « valeur ». La présomption perd son caractère et devient une « fiction ».

Paul Foriers prend l'exemple de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Selon lui, il recouvrait à l'origine le *plerumque fit*, soit que l'on connaisse la loi, soit que l'on ait un moyen aisé de la connaître. Il fait valoir que le volume de la législation rend aujourd'hui cette connaissance de plus en plus difficile pour les spécialistes et, *a fortiori*, pour les profanes. Dès lors, il estime que la formule consiste en une fiction, c'est-à-dire « un procédé de technique juridique consistant à supposer un fait ou une situation différente de la réalité pour en déduire des conséquences juridiques »⁸²². À l'inverse, l'autorité de la chose jugée, fondée sur le fait que ce qui est jugé sera tenu pour la vérité (*res judicata pro veritate habetur*), conserve son caractère de présomption car, écrit-il, « l'erreur judiciaire ou le mal-jugé restent l'exception »⁸²³. L'auteur considère que la présomption a pour base un fait vérifiable, même si une « valeur », comme l'organisation sociale dans le cas de l'autorité de la chose jugée, s'ajoute à « un élément objectif de probabilité ». Il considère donc que lorsque la probabilité de la connaissance vient à défaillir, la valeur prend le pas sur la probabilité et donne naissance à une fiction.

Même si ce raisonnement paraît séduisant, deux objections peuvent être formulées. Sur le plan de la méthode d'abord, il est regrettable que Paul Foriers ne fournisse ni les critères de « l'erreur judiciaire » et du « mal-jugé », ni les bases statistiques sur lesquelles il se fonde pour affirmer que ces faits restent l'exception. Il en va de même pour l'ignorance réelle, selon lui, de la loi, qui serait la marque du droit moderne foisonnant et éclectique. Ne l'était-il pas tout autant sous l'Ancien droit non codifié, composé qui de coutumes écrites ou orales, qui d'édits royaux et alors que les Français étaient pour la plupart illettrés ? Sur le fond ensuite, dire qu'une présomption correspond à la vérité vraie parce qu'elle est statistiquement vérifiable et que la fiction correspond tout au mieux à une valeur contraire à la réalité parce que non vérifiée, est un non-sens. En premier lieu, l'auteur semble faire peu de cas de la valeur propre de l'autorité de la chose jugée. Il est envisageable de considérer que celle-ci n'a pas pour fonction de faire tenir pour vraie une décision judiciaire, ni même de la réputer vraie. Elle a pour fonction de réputer la décision juste, c'est-à-dire conforme aux règles de

⁸²¹ Dans le même sens, Alvaro d'ORS, « Une introduction à l'étude du droit », 2^{ème} éd., Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, n° 20. Selon l'auteur, les présomptions judiciaires conduisent à retenir comme certains les faits qui, sans avoir été prouvés, « dépendent si régulièrement d'autres faits qu'on peut les retenir sans besoin d'une preuve spéciale ». A ses yeux, la présomption d'innocence du présumé délinquant ou la volonté présumée de l'incapable ne constituent pas de véritables présomptions : « en de tels cas, l'on suppose ; on ne présume pas », écrit-il.

⁸²² Présomptions et fictions, op. cit, p. 16, (l'auteur cite Henri Capitant et son « Vocabulaire juridique »).

⁸²³ Présomptions et fictions, op. cit, p. 15.

droit en vigueur, elles-mêmes réputées conformes à l'idée qu'une société se fait de la justice. La présomption tient en ce cas plutôt aux règles de droit elles-mêmes qui restent sujettes au doute. L'autorité de la chose jugée n'a rien de vrai, ni d'absolu et sa légitimité repose dès lors en grande partie sur la motivation du jugement et sur l'efficacité des voies de recours. En second lieu, il est permis de se demander pourquoi une valeur du droit ne correspondrait pas à la réalité. En fait, le raisonnement n'est valable qu'à condition de considérer que le droit n'est pas en lui-même *de* la réalité, mais une activité de l'Homme traitant une réalité extérieure. De ce point de vue, effectivement, ce qui ne se vérifie pas à l'extérieur se révèle être un artifice. Si l'on admet que le droit est de la réalité à visée normative, il n'est alors pas étonnant que ladite vérité contienne ses propres données socioculturelles, ses propres pré-requis qui forment des index ouverts. La fiction perd dès lors son statut d'artifice.

142. — **La probabilité juridique, une économie de moyens.** Fonder la relation analogique sur une probabilité est un procédé efficace pour réaliser une économie de moyens. De nombreuses présomptions *juris tantum*, codifiées par le législateur, présentent ce caractère.

Par exemple, l'article 653 du Code civil, qui présume mitoyen « tout mur qui sert de séparation entre murs jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs (...) s'il n'y a titre ou marque du contraire », illustre ce mécanisme. Il consacre une probabilité, puisque dans la plupart des cas ce mur est effectivement mitoyen. Il prévoit la possibilité d'une exception et les moyens de la faire valoir notamment en recourant à une autre analogie, « la marque », qui indique une séparation mitoyenne autre. Le travail du juge est simplifié, il n'a pas à s'interroger sur les règles qui gouvernent la constitution de la mitoyenneté. L'analogie fondée sur les probabilités fait appel à un savoir qui n'est pas d'ordre analytique. Elle permet d'éviter de s'interroger sur le pourquoi et le comment, elle est intuitive dans l'ordre social, elle l'est aussi sur le plan juridique bien qu'elle soit le fait du législateur. Dans un autre domaine, l'article 225-6-3° du nouveau Code pénal relatif au proxénétisme est remarquable car il consacre une double présomption. En premier lieu, la loi renverse la charge de la preuve au profit du ministère public : est présumée proxénète toute personne qui ne peut « justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ». Il revient donc à la personne poursuivie de justifier de ses ressources. En second lieu, la loi s'appuie à nouveau sur une analogie, puisqu'une fois la non justification des ressources acquise, cette présomption est « assimilée », selon l'expression de la loi, au délit de proxénétisme et est punie des mêmes peines.

Ces recoupements permettent d'obtenir des résultats rapides et efficaces et, de ce point de vue,

la probabilité apparaît comme un mécanisme éminemment fonctionnel. Dans cette optique, l'analogie ne sert pas à justifier ou à fonder une notion telle que l'autorité de la chose jugée et c'est pourquoi il paraît discutable de la soumettre à un jugement basé sur le vrai ou le faux. Rien de tel ne ressort d'ailleurs de l'article 1350 du Code civil qui illustre la notion de présomption légale par quatre exemples dont l'autorité de la chose jugée. Selon cette disposition, « la présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits ; tels sont :

- 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité ;
- 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées ;
- 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ;
- 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment ».

À la lecture de cette disposition, l'autorité de la loi apparaît comme le seul critère décisif de la présomption légale, mais c'est moins la source du texte qui est importante que le sens du message ainsi véhiculé : le pourquoi de l'existence des notions présumées relève d'une méthode analytique dont le législateur dit devoir ne pas se soucier à ce stade.

143. — Envisager sur un même plan les pré-requis scientifiques, sociologiques ou juridiques, qui forment la base de la relation analogique, permet de penser le droit comme participant de la réalité et non comme un outil d'ordonnancement entièrement normatif. Cette approche offre l'avantage de sortir du débat sur la nature du rapport⁸²⁴ qui donne naissance à une présomption. Elle évite aussi un jugement trop hâtif qui voit dans la présomption simple, un jugement de réalité, par opposition à la présomption irréfragable ou à la fiction, conçues comme des artifices et des déformations légales du « fait social » extérieur. La fonctionnalité des indices de type analogique ne fait cependant pas obstacle à une conceptualisation de la méthode indiciaire. À cet égard, Gérard Timsit pense que « le paradigme indiciaire » conduit irrémédiablement à une dispersion du droit, ce qui conduit à s'interroger sur les conséquences conceptuelles en droit d'une telle méthode.

⁸²⁴ V. Jerzy WRÓBLEWSKY, *Structure et fonctions des présomptions juridiques*, in « Les présomptions et les fictions en droit », *ouvr. préc.*, p. 43, *spéc.*, p. 57 et 58. L'auteur distingue deux groupes de valeurs qui fondent les présomptions. Les « valeurs idéologiques », d'abord, sont définies comme « les intérêts garanties par les normes de présomption ». Elles fondent, par exemple, la présomption d'innocence. Les « valeurs techniques », ensuite, sont conçues comme « les principes d'efficacité dans le processus de décision des cas » et concernent les cas où le juge rencontre des difficultés de preuve. Comme les deux se rejoignent, il estime que les valeurs techniques sont instrumentales pour les valeurs idéologiques.

144. — 2.2.2. Le paradigme indiciaire : vecteur d'une dispersion du droit ?

Le « paradigme indiciaire » ou « paradigme de la trace » est conçu par Gérard Timsit comme le « territoire du savoir conjectural »⁸²⁵ ce qui le conduit à mettre en doute sa totale fiabilité. Il pense que les disciplines indiciaires « se donnent pour objet des cas, documents ou situations individuels *en tant qu'individuels*. Ni quantification, ni réitérabilité n'y sont concevables »⁸²⁶. Selon lui, le paradigme indiciaire repose sur le postulat selon lequel le sens originel d'un texte ne peut être, si tant est qu'il existe, restitué, car le texte acquiert une autonomie par rapport à son auteur et aux circonstances qui l'ont vu naître. À chaque nouvelle lecture correspondent pratiquement un nouveau regard et un nouveau sens, vérifiant l'aphorisme scientifique qui veut que l'œil de l'observateur modifie la chose observée. Le paradigme renverserait donc l'idée habituelle que toute science consiste en « la généralisation et l'universalisation des propriétés des objets soumis à l'étude »⁸²⁷. La discipline juridique n'échappe pas à ce que Gérard Timsit dénomme le « phénomène de dispersion du sens ». Le paradigme indiciaire présente, à ses yeux, l'intérêt de prendre ce phénomène en compte tout en ne cédant pas aux excès qui consisteraient, par exemple, à ne plus faire la différence entre le texte et son interprétation ou à considérer sur un même plan toute interprétation quel que soit son auteur⁸²⁸. Le paradigme indiciaire consiste à partir du cas, de l'indice, de la situation, du document, et à remonter des effets individuels aux causes générales. La méthode est ancienne et Gérard Timsit s'appuie sur les exemples de la scène criminelle reconstituée à partir d'indices, de la maladie détectée grâce à des symptômes, de la chasse enfin. Le chasseur accroupi dans la boue scrute les traces de la proie, la retrouve, l'approche et la tue. Si la science est rigueur de la méthode, alors le paradigme indiciaire est une science.

Les réserves de Gérard Timsit tiennent à plusieurs raisons. En premier lieu, il fait valoir que, dans le domaine juridique, la trace, l'indice ne se situent pas seulement dans l'analyse du cas individuel. Il s'en explique ainsi : « la persistance dans un monde hétérogène, de la loi générale et impersonnelle (...) rend nécessaire de la part du juge une démarche plus complexe que celle

⁸²⁵ « Archipel de la norme », op. cit., p. 24, (l'auteur cite une formule de Carlo Ginzburg).

⁸²⁶ « Archipel de la norme », ibid.

⁸²⁷ Ibid.

⁸²⁸ « La seconde (conséquence du paradigme du palimpseste) est que nulle interprétation juridictionnelle ne s'impose plus et mieux que n'importe quelle autre – et que, dans ces conditions, toute vérité étant relative et arbitraire, la vérité qui prévaut peut être remise en cause d'un moment à l'autre, d'une situation à l'autre. *Perpetuum mobile*. Découverte d'un mouvement brownien dans le droit », « Archipel de la norme », op. cit., p. 20, (nous ajoutons). Effectivement, aucune vérité ne peut être conçue comme absolue dans une matière socioculturelle comme le droit, sujet au doute et donc relatif par nature. Mais la validité contextuelle n'implique pas l'arbitraire, dans la mesure où celle-ci vise à établir les outils prévisibles sur lesquels s'appuyer pour traiter une situation donnée. Ce ne sont pas les situations qui changent, mais leur contexte qui englobe la qualité de l'observateur, la problématique posée, les séries d'index sur lesquelles se fonder pour interpréter la situation. Ce contexte n'a rien d'arbitraire, il est juridique et forme la substance du corpus signifiant.

qu'implique *a priori* le paradigme indiciaire. Il oblige à traiter la règle elle-même – la règle générale et impersonnelle, la loi – comme trace, indice, de la solution, de la règle individuelle, qui devrait régir le cas ou la situation particuliers auxquels le juge est confronté. La "rétrospection", si elle consiste donc à remonter de l'individuel au général, doit aussi s'analyser en une "descente" du général à l'individuel »⁸²⁹. Cette observation n'est pas niable, mais il pourrait être rétorqué que cette dernière est valable quelle que soit la discipline. Pour reprendre l'exemple du chasseur qui illustre le paradigme indiciaire, ce dernier doit, avant de scruter la trace, suivre un apprentissage pour pouvoir associer telle trace à telle espèce animale, déterminer son poids, sa taille, analyser le moment du passage, la direction prise par le gibier, etc. L'association, par analogie, d'un indice à un animal nécessite, au préalable, l'acquisition d'un savoir, de pré-requis généraux. Surtout, et c'est ce que montre Umberto Eco⁸³⁰, si ces savoirs généraux peuvent dans ce cas précis faire l'objet d'un apprentissage, c'est parce qu'ils ont été *codifiés*, que des conventions ont été pré-établies à la suite d'une expérience empirique. L'ensemble des connaissances du chasseur est valable dans un système de pensée commun aux chasseurs, lesquels sont guidés par un projet de traque. De ce point de vue, la position du chasseur n'est pas très différente de celle de l'interprète du droit. Il remonte de l'indice à la situation abstraite grâce à un ensemble de règles générales qui forment un savoir et c'est grâce à l'apprentissage de ce dernier que l'isolement des traits pertinents de la situation est possible.

145. — À l'aune de la subsomption mise en évidence dans la méthode indiciaire, deux autres réserves formulées par Gérard Timsit peuvent être nuancées. L'auteur estime que si le paradigme lie le singulier au général, il ne permet en revanche pas d'analyser les moyens employés par le juge pour « "descendre" des "indices" – les dispositions générales et impersonnelles de la loi – aux solutions individuelles qu'il dégage »⁸³¹. Par ailleurs, ce paradigme ne permet pas, aux yeux de Gérard Timsit, de déceler les garanties prises par le juge pour assurer une solution adéquate à la situation individuelle et concrète.

Pourtant, il est possible de découvrir un certain nombre de garanties dans la manière dont le législateur use de la méthode indiciaire au sein du droit. Aux termes de l'article 1353 du Code civil, les présomptions de l'Homme, « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat », doivent

⁸²⁹ « Archipel de la norme », op. cit., p. 27.

⁸³⁰ « La production des signes », 1976, Librairie générale française, coll. Poche, 1992, p. 73 et 75. « On doit apprendre à reconnaître les empreintes (ou à les falsifier). Elles sont codifiées : un chasseur doit apprendre à distinguer l'empreinte d'un lièvre de celle d'un lapin. Par suite, il doit avoir recours à l'enseignement d'un autre chasseur s'il veut reconnaître les empreintes des animaux qu'il n'a jamais vus. Dans la mesure où elles sont codifiées, les empreintes se basent sur des systèmes d'oppositions qui mettent en jeu un certain nombre de traits pertinents » (...) « La corrélation, tout d'abord *induite* par inférence, a été *posée* en tant que règle », (l'auteur souligne).

⁸³¹ « Archipel de la norme », op. cit. p. 27.

être « graves, précises et concordantes »⁸³² et restreintes aux cas où la preuve est libre (article 1353 du Code civil). Loin d'être arbitraire, les indices donnent lieu à des directives et sont intégrées au droit dans la mesure où elles ne peuvent être utilisées en toute hypothèse. Par ailleurs, le législateur recourt lui-même aux notions « d'indices »⁸³³ qui, parfois doivent être « sérieux »⁸³⁴, ainsi qu'aux « signes »⁸³⁵ et « marques »⁸³⁶ pour viser et définir certaines situations. La méthode indiciariaire permet même de distinguer deux régimes. En témoigne la distinction du faux matériel et du faux intellectuel, en matière pénale. L'altération frauduleuse de la vérité s'induit de l'altération physique du document pour celui-là, et s'infère de l'altération des informations contenues dans le document pour celui-ci. Cette distinction, qui s'apparente à celle du *negotium* et de l'*instrumentum* en droit des contrats, permet d'englober toutes les situations dans lesquelles la victime du faux est abusée.

L'induction peut encore s'opérer à partir de la constatation matérielle de l'inexistence d'indices, conduisant à reconnaître une situation donnée de droit. Par exemple, les servitudes dites apparentes « s'annoncent » par des ouvrages extérieurs, tels une porte ou une fenêtre. Elles se distinguent des servitudes non apparentes, soit qu'elles constituent une obligation négative pour le propriétaire du fonds servant, comme l'interdiction de bâtir, soit qu'elles sont supposées invisibles à l'œil nu, comme les canalisations enterrées « même si les extrémités sont visibles »⁸³⁷. Pour prendre un dernier exemple, celui des formalités post-mortem, la formulation de l'article 81 du Code civil attire l'attention par son apparente redondance. Cette disposition concerne l'obtention du certificat

⁸³² Le législateur semble exiger du magistrat qu'il forge sa conviction à partir d'un faisceau de présomptions convergentes. Cependant, la jurisprudence a assoupli cette condition en admettant que la présomption puisse résulter d'un fait unique lorsque « celui-ci lui paraît de nature à établir la preuve nécessaire ». Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 1972, Bull. civ., III, n° 636 ; Civ 1^{ère}, 5 février 1991, D. 1991, jurispr. p. 456, note J. MASSIP.

⁸³³ V. l'art. 336 du Code civil : « La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des *indices tirés des actes eux-mêmes* la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

⁸³⁴ V. l'art. 171-4 al. 1 du Code civil : « Lorsque des *indices sérieux* laissent présumer que le mariage envisagé encourt la nullité au titre des articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162, 163, 180 ou 191, l'autorité diplomatique ou consulaire saisit sans délai le procureur de la République compétent et en informe les intéressés ». Dans le même cadre de nullité, v. aussi les articles 171-7, 171-8, 175-2 du même Code. V. enfin l'art. 2499-2 al. 1 du Code civil : « Lorsqu'il existe des *indices sérieux* laissant présumer que la reconnaissance d'un enfant est frauduleuse, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République et en informe l'auteur de la reconnaissance ».

⁸³⁵ V. l'art. 689 du Code civil : « Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de *signe extérieur* de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée » et toujours à propos des servitudes, v. l'article 694 du même Code.

⁸³⁶ V. l'art. 350 al. 2 du Code civil : « La simple rétractation du consentement à l'adoption, la demande de nouvelles ou l'intention exprimée mais non suivie d'effet de reprendre l'enfant n'est pas une *marque d'intérêt* suffisante pour motiver de plein droit le rejet d'une demande en déclaration d'abandon ». V. l'art. 653 du Code civil : « Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou *marque* du contraire ». Toujours à propos de la mitoyenneté, v. les art. 654, 666 du même Code. V. aussi l'art. 1402 du Code civil : « Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi. Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou *marque* de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit ».

⁸³⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 21 octobre 1975, Bull. civ., III, n° 304.

d'inhumation et prévoit que « lorsqu'il y aura des *signes* ou *indices* de mort violente, ou *d'autres circonstances* qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine (ou en chirurgie), aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée ». La répétition des termes « signes », « indices » et « autres circonstances » peut sembler tautologique. Les signes et les indices apparaissent comme synonymes et les autres circonstances, comme une notion pour le moins floue. Cette répétition permet, en réalité, au législateur d'insister sur le peu d'importance de l'origine du soupçon et de sa nature. Cette répétition autorise toutes les analogies. Toutes les hypothèses de mort suspectes sont concernées quelle que soit l'origine du soupçon, y compris lorsque ce dernier ne résulte de rien de concret. Les « autres circonstances » visent le cas où l'origine de la mort est inconnue et que cette inconnue est intrinsèquement suspecte en raison, par exemple, de l'âge et de l'état de santé dans lequel se trouvait la personne décédée. L'analogie indiciariaire offre une marge d'interprétation, mais elle s'inscrit bien dans un savoir juridique d'ensemble. À cet égard, elle s'apparente d'ailleurs au mécanisme de la codétermination⁸³⁸ élaboré par Gérard Timsit. Dans tous les cas, elle n'implique ni dispersion du sens des textes, ni arbitraire du juge.

146. — **2.3. La similarité des relations combinatoires entre groupes d'objets : le raisonnement par abduction**

Le raisonnement par abduction concerne un troisième type d'analogie. L'abduction est le syllogisme aristotélicien dans lequel la majeure étant certaine et la mineure probable, la conclusion est probable. Umberto Eco⁸³⁹ a réactualisé le concept en le définissant comme le raisonnement par lequel un individu, ne pouvant se servir d'aucune mise en rapport codifiée, construit par extrapolation une forme, une situation ou un objet inconnu, à partir d'une série de contenus connus conçus comme « traces intermédiaires ». « En se basant sur des bribes de codes connus, il déchiffre par abduction un code inconnu »⁸⁴⁰. L'explorateur qui découvre pour la première fois au monde l'empreinte d'un animal ne peut s'appuyer sur aucune expérience, ni sur aucune codification pour déterminer l'animal, la chose ?, dont il s'agit. Il n'est pas dans la même position que le chasseur précédemment évoqué et la méthode indiciariaire ne lui est d'aucun secours. Selon Umberto Eco, il procède alors par abduction. Il devra interpréter la trace en la rapportant aux empreintes de différentes espèces d'animaux connus. Dans un premier temps, il ne pourra en déduire guère

⁸³⁸ Concernant ce mécanisme élaboré par Gérard Timsit, Cf. *supra*, partie II, tit. I, chap. I, sect. 2, §2.

⁸³⁹ « La production des signes », op. cit., p. 76 à 78.

⁸⁴⁰ Ibid., p. 78.

davantage que la forme de la patte. Par la suite, et grâce à une série d'inférences analogiques, il pourra imaginer les potentialités morphologiques de l'animal et peut être reconstruire son environnement sous forme d'hypothèses. Qu'en est-il du droit ?

Le corpus est un outil permettant de détecter les différentes réalisations du droit par l'étude d'index, apparaissant sous forme de définitions et de catégories ou s'élaborant à partir des différentes mises en rapport des objets distingués. Par conséquent, l'observateur dispose toujours *a priori* de données juridiques lui permettant d'interpréter une situation en fonction de sa problématique préalablement définie. Pourtant, il arrive parfois que les juristes ne parviennent pas à construire une définition qui réponde à tous les aspects de la problématique posée. C'est alors qu'ils recourent soit à la notion de situation *sui generis*, correspondant à la notion juridique englobant toutes les caractéristiques de l'objet étudié mais sans se subsumer sous une *summa divisio*, soit à la fiction juridique, conçue comme la notion qui remédie aux insuffisances de la réalité en créant des effets de droits fictifs, c'est-à-dire qui ne se vérifient pas réellement. Dans la perspective de l'indexation, ces deux notions sont loin d'être satisfaisantes. Elles laissent penser que le droit est isolé d'une réalité extérieure et, de surcroît, qu'il crée des notions en marge de son propre corpus dès lors conçues comme des anomalies. L'abduction offre des pistes d'étude permettant de mieux comprendre le fonctionnement du droit. Elle permet de remplacer la notion de situation *sui generis* par celle de « doubles », conçus comme un raisonnement analogique constitué d'hypothèses ; elle permet aussi de ramener la fiction dans le giron du droit en axant l'analyse non sur sa prétendue artificialité synonyme de danger, mais sur l'analogie dont toute fiction est porteuse.

Dans ce cas de figure, l'analogie repose sur *une similarité des relations combinatoires de deux groupes d'objets qui laisse supposer une similitude de propriétés, cette similitude étant utilisée pour élaborer un nouveau schéma de compréhension*. La similitude n'est que probable et ne fonctionne pas toujours. Nous étudierons successivement le procédé des doubles et celui de l'analogie fictionnelle.

147. — 2.3.1. Les doubles : premier cas de raisonnement par abduction

Le procédé consiste à mettre en présence deux groupes d'objets et, dans un jeu de miroirs, à déduire d'un groupe les propriétés de l'autre, ces propriétés étant conçues comme traces intermédiaires pour élaborer un schéma nouveau. Un exemple tiré d'une étude de Pierre Kayser visant à comprendre la nature des droits de la personnalité permettra d'étayer ce propos. L'autre se fonde sur les mises en rapport possibles du groupe de l'autorité parentale et de l'administration légale, dans une optique de détermination des caractéristiques propres à la condition générale du

mineur.

148. — **Le procédé des doubles comme mode d'analyse des droits de la personnalité.** Pierre Kayser⁸⁴¹ a tenté de saisir la nature des droits de la personnalité, institution dont la nature est controversée, en s'appuyant sur la distinction des droits réels et des droits personnels. L'auteur dénie aux droits de la personnalité le caractère de droit subjectif, conçu comme un pouvoir dont le contenu est déterminé⁸⁴². C'est pourquoi il s'autorise une comparaison analogique avec le groupe des droits subjectifs, dans la mesure où celle-ci n'implique pas de confusion des catégories.

Aux yeux de Pierre Kayser, les droits de la personnalité sont des « *intérêts* des personnes dont la protection est assurée par la responsabilité civile de la personne qui y porte atteinte »⁸⁴³. Le droit de la victime se matérialise par celui d'obtenir la réparation du dommage. Il observe que la liste de ces intérêts s'allonge à mesure que les dommages se diversifient. Il propose donc une classification apte à en englober de nouveaux, fondée sur les droits de la personnalité « comparables aux droits réels » et les droits de la personnalité « comparables aux droits personnels ». La première catégorie englobe, par exemple, le droit au nom ou le droit de la personne sur son corps. La seconde comprend le droit au respect de la vie privée ou le droit de réponse (les droits moraux de l'inventeur ou du créateur étant traités à part). L'originalité de l'analyse réside dans la détermination de la nature du pouvoir que chaque droit est supposé conférer. Les droits de la personnalité comparables aux droits réels sont jugés à l'aune du droit de propriété, le stéréotype du droit réel. Pour le nom, comme pour le corps, l'auteur s'attache à relever des ressemblances qui doivent, selon lui, aboutir à leur reconnaître un caractère quasi-réel. C'est ainsi que le nom, conçu comme une institution de police civile mais aussi comme un intérêt individuel, confère « deux pouvoirs analogues au droit de propriété » : le droit d'usage qui n'appartient qu'aux personnes porteurs du nom et le droit de le défendre en justice par une action en usurpation ou en contestation, analogues à l'action en revendication. Par ailleurs, le nom est susceptible de se transformer en bien, soit qu'il identifie une création intellectuelle, soit qu'il désigne un bien autre comme une entreprise et ses produits. Mais, selon Pierre Kayser, l'analogie avec le droit de la personne sur son corps est encore plus prégnante car ce dernier « ressemble davantage à une chose matérielle »⁸⁴⁴. Le droit de la personnalité est alors défini comme le pouvoir reconnu à l'individu aux fins « d'assurer la protection des intérêts moraux

⁸⁴¹ Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTDCiv . 1971, p. 445.

⁸⁴² Et plus exactement, « un *pouvoir, ayant un contenu déterminé, mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome* », Les droits de la personnalité, op. cit., n° 7, p. 454, (l'auteur souligne).

⁸⁴³ Les droits de la personnalité, op. cit., n° 11, p. 457, (l'auteur souligne).

⁸⁴⁴ Ibid., n° 18, p. 461.

et matériels de l'homme par rapport à son corps »⁸⁴⁵. Ce pouvoir dépend essentiellement des mobiles. Il permet d'accomplir « des actes matériels » sur le corps, comme la mutilation d'un membre pour préserver sa vie. Il autorise aussi certains actes juridiques, comme le contrat médical⁸⁴⁶. Ce pouvoir explique, selon Pierre Kayser, que les actes par lesquels une personne dispose de sa dépouille mortelle soulèvent moins de difficultés car « ils ne comportent pas de risque pour leur auteur ». La seule limite réside dans « le respect dû à la dépouille d'un homme »⁸⁴⁷. Le respect de la vie privée et le droit de réponse figurent, quant à eux, dans la catégorie des droits de la personnalité « comparables aux droits personnels », parce que le premier s'apparente à « une obligation de ne pas faire » qui s'exerce, néanmoins, *erga omnes*⁸⁴⁸, et que le second implique « une obligation de faire »⁸⁴⁹ de la part de la presse chargée de publier la réponse.

Si l'analyse comporte un effet argumentatif, Pierre Kayser use de l'analogie à des fins descriptives plutôt que conceptuelles. Il ne tire, par exemple, pas de conséquence des droits de suite et de préférence propres au régime des droits réels. De même, certains effets liés à la structure des droits réels comme la possibilité de renoncer unilatéralement à son droit, sont passés sous silence. L'abduction aurait consisté à déterminer certains attributs des droits de la personnalité à partir d'une comparaison structurelle de la distinction des droits réels et des droits personnels pour élaborer un régime propre aux droits de la personnalité. La structure des droits subjectifs, c'est-à-dire le rapport médiateur ou immédiat à la chose objet du droit, déterminerait la comparaison et permettrait, dans cette perspective, de déduire par abduction certaines propriétés des droits de la personnalité. Cela conduirait, par exemple, à opposer le rapport immédiat de la personne à son nom ou à son corps, aux rapports médiateurs de cette même personne pour la défense de sa vie privée ou de son opinion (matérialisée par le droit de réponse). Conduire une telle analyse aboutirait à reconnaître un caractère absolu aux premiers intérêts, comparable à celui des droits réels et particulièrement du droit de propriété. Les seconds auraient un caractère relatif, subséquent à la relation qui lie au moins deux personnes et que suppose tout droit personnel. *In fine*, Pierre Kayser estime pourtant que le premier des caractères des droits de la personnalité réside dans le fait qu'ils appartiennent, en tant qu'intérêts moraux, à toute personne juridique. Cela implique, dans son esprit, qu'ils s'exercent de manière universelle à la différence de véritables droits de créance⁸⁵⁰. La similarité entre, d'une part, les droits de la personnalité et, d'autre part, les droits subjectifs, ne permet donc pas dans ce cas de figure de véritablement élaborer un schéma propre aux droits de la personnalité.

⁸⁴⁵ Ibid., n° 18, p.461.

⁸⁴⁶ Ibid., n° 18, p. 461 et 462.

⁸⁴⁷ Ibid., n° 20, p. 463 et 464.

⁸⁴⁸ Ibid., n° 21, p. 467.

⁸⁴⁹ Ibid., n° 24, p. 469.

⁸⁵⁰ Ibid., n° 21 et 34, p. 467 et 489.

149. — **L'autorité parentale, l'administration légale et la condition juridique du mineur.** Pour prendre un autre exemple, le rapport établi entre l'autorité parentale et l'administration légale est éclairant du point de vue de la condition juridique du mineur.

Jean Carbonnier écrit, de manière éclairante, que la condition du mineur est faite d'interdictions et de libertés étroitement liées à l'autorité parentale : « elles sont inséparables comme la convexité et la concavité d'une même courbe. L'autorité parentale imprègne la condition juridique du mineur et y diffuse un esprit de soumission et de timidité. Réciproquement, elle sent ce qu'il y a de résistance dans les comportements de l'enfant, et elle se laisse refouler par eux. C'est un équilibre délicat, que traversent des crises »⁸⁵¹. Cette conception de la condition du mineur laisse entrevoir un certain nombre de traces intermédiaires favorables à un raisonnement par abduction. Pour mieux comprendre la condition du mineur, il s'agirait de ne pas systématiquement considérer l'autorité parentale⁸⁵² en opposition des droits du mineur et agissant comme un miroir réfléchissant.

L'abduction ne doit évidemment pas conduire à couper la condition du mineur de l'institution de l'autorité parentale. L'autorité parentale et la condition du mineur sont liées au point que, dans la plupart des cas, les droits de chacun sont totalement interdépendants. Le titulaire de l'autorité parentale représente, autorise ou s'efface et la condition du mineur s'adapte en fonction de ces situations. Le mineur devra se faire représenter lors d'une action en recherche de paternité. Il pourra, en revanche, agir seul pour faire établir sa propre paternité. S'il souhaite, enfin, se marier, il devra être muni d'une autorisation. L'abduction doit plutôt permettre de déterminer les domaines dans lesquels les deux groupes s'émancipent pour élaborer un nouveau rapport.

L'utilité de l'abduction dans la détermination des actes que le mineur peut passer seul. Au terme de l'article 389-3 du Code civil⁸⁵³, l'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes civils, « sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ». Jean Carbonnier a observé que « *usage* a suggéré *usuel*, qui a fait penser à des actes usuels (cf. a. 372-2 : un acte usuel de l'autorité parentale). On en est ainsi venu à la traduction : *les actes de la vie courante* »⁸⁵⁴. La notion d'usage est toute d'incertitudes malgré la tentative de conceptualisation de ces conditions. Elle se résume à, d'une part, exiger de l'acte qu'il se renouvelle fréquemment et,

⁸⁵¹ Jean CARBONNIER, « Droit civil », vol. 1, op. cit., n° 426, p. 877 ; V. aussi Jean STOUFFLET, L'activité juridique du mineur non émancipé, Mél. Pierre Voirin, LGDJ, Paris, 1967, p. 782.

⁸⁵² L'autorité parentale peut se définir comme « un ensemble de pouvoirs conditionnés par des devoirs, en vue d'une certaine finalité (l'intérêt de l'enfant, a. 371-2, al. 1 ; la nécessaire unité de direction dans le groupe familial, soit dit plus prosaïquement dans la maison, a. 371-3) ». Jean CARBONNIER, « Droit civil », vol. I, op. cit., n° 414, p. 845 et 846.

⁸⁵³ Le contenu de cette disposition reste inchangée sous l'empire de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs et entrant en vigueur le 1^{er} mars 2009.

⁸⁵⁴ Ibid., n° 429, p. 891, (l'auteur souligne).

d'autre part, n'admettre que les actes d'une faible valeur pécuniaire. Cependant, dans les faits, la jurisprudence valide des actes isolés, tel que la location non lésionnaire d'une voiture⁸⁵⁵ (et non l'achat⁸⁵⁶). L'appréciation de la valeur pécuniaire de l'acte dépend, quant à elle, « du train de vie », de sorte que le mineur peut valablement souscrire une promesse unilatérale de somme d'argent en paiement d'une dette, lequel constitue « un acte d'administration »⁸⁵⁷. Dans la mesure où l'analogie suggère que la catégorie des actes d'administration, construite pour des adultes en charge de la gestion d'un patrimoine, correspond en tous points aux actes que le mineur est autorisé à passer seul en vertu d'un usage, il semblerait opportun d'élaborer par abduction des critères indépendants de cette tripartition adaptée aux mineurs. Le retrait de sommes d'argent d'un compte-courant⁸⁵⁸ ou la renonciation à un legs particulier⁸⁵⁹ constituent d'ailleurs autant d'actes d'administration que le mineur ne pourra pourtant pas accomplir seul. L'idée d'apprécier le train de vie des mineurs, en réalité les ressources des parents⁸⁶⁰, pourrait être abandonnée au profit d'une appréciation *in abstracto* de la gravité économique de l'acte⁸⁶¹.

L'utilité de l'abduction dans les situations de conflits d'intérêts. Les droits, de plus en plus nombreux, reconnus au mineur⁸⁶², créent des conflits d'intérêts, dont la résolution par la soustraction des droits au profit des détenteurs de l'autorité parentale n'est pas toujours justifiée. Alors que le mineur peut agir en son nom personnel et saisir la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁶³, saisir le juge des enfants en cas de danger ou afin d'exercer ses droits procéduraux dans le cadre de l'assistance éducative⁸⁶⁴, (sous réserve de son discernement⁸⁶⁵), ses droits se trouvent singulièrement réduits dans le cadre de l'autorité parentale. La jurisprudence semble en réalité

⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1970, Bull. civ., I, n° 294, rapp. ann. c. cass., 1970/1971, p. 15, D. 1971, p. 186.

⁸⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1972, Bull. civ., I, n° 122, rapp. ann. c. cass., 1971/1972, p. 13.

⁸⁵⁷ TI Montmorillon, 19 mai 1982, JCP éd. G. 1984, II, 20219, note J.-Cl. MONTANIER.

⁸⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, D. 1989, jurispr. p. 406, note J. MASSIP, JCP éd. N., 1990, II, jurispr. p. 33, note Th. FOSSIER.

⁸⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 1980, Bull. civ. 1980, I, n° 149.

⁸⁶⁰ Jean CARBONNIER, « Droit civil », vol. I, op. cit., n° 442, p. 919.

⁸⁶¹ En ce sens, Philippe CONTE et Jean-Claude MONTANIER, Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, JCP éd. N. 1986, I, doctr. p. 401. V. aussi Jean-Claude MONTANIER, Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, JCP éd. N. 1981, I, doctr. p. 459.

⁸⁶² Article 388-1 du Code civil. Sur l'affirmation du droit d'expression, d'information et d'audition de l'enfant, voir les articles 12, 13 et 14 de la Convention du 20 novembre 1989, relative aux droits de l'enfant ; l'article 3 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ; l'article 6 de la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants du 15 mai 2003.

⁸⁶³ Hélène SURREL, Le juge des droits de l'Homme, rev. dr. de la fam., 2006, n° 7-8, n° 36, p. 30. L'auteur observe que l'article 34 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme ne prévoit pas de condition relative à la capacité du requérant. Elle en déduit que le mineur n'a pas besoin d'être représenté ou d'obtenir l'autorisation de son représentant pour agir en justice. Elle s'interroge, cependant, sur la nécessité exigée par l'article 35 de la Convention d'épuiser les voies de recours internes qui peut aboutir à une irrecevabilité de la demande du mineur. La solution envisagée par l'auteur consiste en la désignation d'un administrateur ad'hoc.

⁸⁶⁴ Article 375 du Code civil.

⁸⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 21 novembre 1995, D. 1996, p. 420, note A. GOUTTENOIRE, RTDCiv. 1996, p. 140, obs. J. HAUSER.

privilégier l'autorité parentale lorsqu'elle est en conflit direct avec les droits du mineur. Sur ce point, Pierre Murat⁸⁶⁶ estime que, sous la pression des textes internationaux, les droits subjectifs de l'enfant - droit à être entendu, droit à être associé aux décisions le concernant, droit d'entretenir des relations avec ses ascendants, ses frères et sœurs et ses proches⁸⁶⁷ -, sont de plus en plus affirmés en droit interne, de sorte que dénier une qualité et un intérêt à agir à l'enfant en matière d'autorité parentale est de moins en moins probant. Il s'agirait donc de déterminer divers points d'ancrage permettant de mieux appréhender les droits que le mineur discernant devrait toujours être en mesure d'exercer.

À cet égard, l'administrateur *ad'hoc* pourrait être conçu comme « cette trace intermédiaire » propre au raisonnement par abduction. Il s'agirait de déterminer clairement les cas où cet administrateur se substituerait aux représentants légaux, et pas seulement dans le cadre patrimonial, pour exercer un mandat équivalent à ces derniers au nom de l'enfant, de ceux où il ne ferait que porter la parole de ce dernier comme c'est le cas, par exemple, lorsque le juge détermine les conditions de l'exercice de l'autorité parentale⁸⁶⁸. Dans cette dernière hypothèse, cela impliquerait que le représentant n'ait pas la qualité de partie, dans l'intérêt de l'enfant qui par principe resterait soumis à l'autorité parentale. Il s'agit de ne pas octroyer abstraitement des droits que le mineur discernant n'est pas mis en mesure d'exercer, en tentant de ne pas concevoir les droits subjectifs de l'enfant comme une atteinte *a priori* à l'autorité parentale.

150. — 2.3.2. L'analogie fictionnelle : second cas de raisonnement par abduction

L'abduction est l'occasion d'approfondir la notion de fiction, ainsi que l'appréhension de la

⁸⁶⁶ Pierre MURAT, La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, Dr. de la fam., 2006, n° 7-8, n° 31, p. 11 s., spéc. p. 14.

⁸⁶⁷ V. la Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants, en date du 15 mai 2003. Les rédacteurs ont souhaité remplacer l'expression « droit de visite », par celle de « relations personnelles » pour « souligner le fait que les enfants sont titulaires de certains droits », rapport explicatif à la Convention, Conseil de l'Europe, 15 mai 2003, n° 6.

⁸⁶⁸ Cf. les articles 373-2-11 2° et 388-1 combinés du Code civil. V. Cass. ch. mixte, 9 février 2001, Juris-Data n° 2001-008062, Dr. de la fam., 2001, comm. 53, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; RD sanit. soc., 2001, p. 833, note M. BRUGGEMAN ; RTDCiv. 2001, n° 7, p. 333, obs. J. HAUSER. Par cet arrêt, la Cour de cassation a estimé que le mineur, en désaccord avec ses parents sur les conditions d'exercice de l'autorité parentale, ne peut former tierce-opposition de la décision du juge par le biais d'un administrateur *ad'hoc*, ce dernier ne disposant pas « de plus de droits que le mineur qu'il représente ». Comme l'observe Jean Hauser (note préc.), cette décision était discutable dans la mesure où ce n'est pas parce que l'administrateur *ad'hoc* tient son mandat de l'enfant que l'étendue de ce mandat ne doit pas être calqué sur celui des détenteurs de l'autorité parentale, dont la représentation dépend de la loi et non d'une volonté particulière. Cela est d'autant plus saisissant que l'idée de la représentation est biaisée, puisqu'elle ne dépend pas du discernement de l'enfant (Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 66, Dr. fam., 1999, comm. 146, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT ; JCP éd. G, 2001, I, 293, n° 6, obs. Y. FAVIER ; RTDCiv. 1999, n° 5, p. 601, obs. J. HAUSER).

réalité juridique que cette dernière sous-tend⁸⁶⁹. La fiction se définit traditionnellement comme « un procédé de technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité permettant de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits »⁸⁷⁰. « On tient pour certain un acte dont on est sûr qu'il n'existe pas ou on tient pour inexistant un acte dont on est sûr qu'il existe, toujours dans le but d'obtenir un résultat juste au moyen de l'élimination d'un obstacle négatif ou positif, qui empêcherait ce résultat si l'on s'en tenait aux exigences formelles du droit »⁸⁷¹. Les fictions sont conçues comme le moyen de pallier une sorte de carence des faits, ou de remédier à une situation naturelle dans les faits, mais insupportable en droit. Le droit établirait des moyens techniques permettant de contourner les faits, « leur faire dire ce qu'il eût été bon qu'ils disent d'eux-mêmes *s'ils avaient été bien ordonnés* »⁸⁷². La fiction agirait un peu à la manière de la discrimination positive, en rétablissant une situation, juste d'inspiration égalitaire, que les faits ou l'état du droit ne permettent pas d'atteindre. La fiction est donc considérée comme un artifice qui doit être utilisé avec mesure, voire pas du tout. Tout en admettant que toute fiction n'est pas mauvaise en soi, certains y voient une preuve d'impuissance à parvenir « par des voies normales »⁸⁷³ aux résultats souhaités. C'est pourquoi ils préconisent d'utiliser la fiction pour « prolonger le réel judicieusement et non pour le contredire sciemment »⁸⁷⁴. Alain Sériaux propose par exemple de se garder des abus en recourant à l'adage « la fiction juridique ne lèse personne, n'occasionne à quiconque ni dommage, ni injure (*fictio legis neminem laedit, nemine operatur damnum vel injuriam*) »⁸⁷⁵.

Selon Jean Carbonnier, ce discrédit des fictions est né des œuvres de François Gény : « À la fin du XX^e siècle s'ouvrit dans la doctrine française, sous l'inspiration de Gény, une chasse aux fictions. Elles n'étaient qu'artifice, tromperie. Il était scientifique d'en débarrasser le droit et de faire apparaître la réalité sous-jacente. Mais quelle réalité ? »⁸⁷⁶ se demande alors le doyen. Un peu plus loin, il observe qu'à « peu de frais on s'est cru réaliste, perdant de vue que la réalité peut s'exprimer – et s'exprime de façon usuelle – par des *comme si*, des métaphores, des figures de style aussi bien que directement. *Fictio, figura veritatis*, disait la philosophie médiévale »⁸⁷⁷. La notion de « faits » s'avère des plus ambiguë et il est permis de se demander s'ils visent la réalité

⁸⁶⁹ Cf. *supra*, partie I, tit. I, chap. I, sect. 2.

⁸⁷⁰ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, « Lexique de termes juridiques », 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007, v^o Fiction.

⁸⁷¹ Alvaro d'ORS, « Une introduction à l'étude du droit », op. cit., n° 20.

⁸⁷² Alain SERIAUX, « Le droit. Une introduction », Ellipses, Paris, 1997, n° 233, p. 227, (nous soulignons).

⁸⁷³ Michel VIRALLY, « La pensée juridique », 1960, LGDJ-Montchrestien, Paris, 1998, p. 21.

⁸⁷⁴ Alain SERIAUX, « Le droit. Une introduction », op. cit., n° 233, p. 227.

⁸⁷⁵ Alain SERIAUX, *ibid.*

⁸⁷⁶ « Droit civil », vol. 1, 1^{ère} éd., PUF, Quadrige, Paris, 2004, n° 377, p. 740.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, n° 382, p. 746, (l'auteur souligne).

socioculturelle construite, auquel cas il est discutable de considérer qu'ils ne sont pas ou mal ordonnés puisqu'ils sont organisés en fonction d'un projet ou la réalité juridique⁸⁷⁸, elle aussi organisée en fonction d'un projet. L'indexation est le résultat d'une confrontation de ces projets. Dans cette perspective, la fiction ne ferait que traduire une opposition de projets, sans qu'il soit possible d'affirmer qu'elle relève du vrai ou du faux. En droit, elle ferait partie intégrante du corpus juridique et, donc de la réalité juridique, organisée en fonction d'un projet de justice.

151. — **Les fictions, partie intégrante de la réalité juridique.** Charles Perelman⁸⁷⁹ définit la fiction comme une « fausse qualification des faits » dont les conséquences juridiques sont déterminées. Selon lui, il n'y a de fiction que dans la mesure où un concept s'inscrit en rupture de la réalité juridique admise et que, d'une certaine manière, il la transforme. L'auteur se demande cependant ce qu'il faut entendre par réalité juridique et il résout la question comme suit : « La fiction juridique s'opposera de même non à la réalité, comme telle, mais à la réalité juridique, quoique pour l'observateur extérieur la fiction juridique elle-même, en tant que procédé de technique juridique, puisse faire partie du droit, et donc d'une réalité juridique autrement définie »⁸⁸⁰. Toutefois, Charles Perelman ne précise pas la nature de cette réalité autrement définie, ni les raisons pour lesquelles seul un observateur « extérieur » devrait intégrer les fictions dans la réalité juridique.

Il semble plutôt, que quel soit le point de vue adopté, interne et externe, la fiction ou les concepts ainsi dénommés, font partie de la réalité juridique en tant qu'ils produisent des effets de droit. Seule la continuité de la réalité juridique est mise en cause par la fiction, mais il s'agit alors de déterminer de quelle continuité il s'agit et par rapport à quoi. Si l'on admet que la fiction est de la réalité juridique, qu'elle modifie un projet du droit en insérant des données intermédiaires issues d'un projet socioculturel précis, alors elle est un mode d'indexation. Ce dernier est particulier dans la mesure où il permet de prendre conscience de l'absence d'unité et d'harmonie logique du droit (ou dit autrement, de sa continuité). La fiction constitue cependant bien un mode d'indexation puisqu'elle assure d'une certaine manière la cohérence des solutions juridiques.

Il paraît en conséquence discutable d'émettre un jugement de vérité sur les fictions et encore

⁸⁷⁸ En ce sens, Georges MITSOPOULOS, *Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit*, RRJ 1995-4, p. 1039 s., spéc., p. 1040 : « La fiction peut être définie comme un moyen de technique juridique par lequel s'accomplit, sous une forme linguistiquement immuable, le dépassement d'une réalité positive ou négative contraire, de sorte que la conséquence juridique crée une situation juridique nouvelle ainsi qu'un élément conceptuel de la présupposition d'une autre règle de droit ».

⁸⁷⁹ Charles PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit*, Essai de synthèse, in « Les présomptions et les fictions en droit », *œuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman et Paul Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 339 s., spéc. p. 343.

⁸⁸⁰ Ibid.

bien davantage de tenter de distinguer les « vraies » et les « fausses » fictions, sous couvert de mettre le droit en conformité avec la réalité juridique. Ce projet équivaut à nier le caractère contextuel du droit et à émettre un jugement de valeur. En effet, cette perspective revient à constater que certaines fictions ne peuvent qu'être tolérées pour des raisons internes (auquel cas, elles sont « vraies »), contrairement à d'autres qui peuvent être « résolues » (auquel cas, elles sont « fausses »)⁸⁸¹.

Le rejet de la distinction des « vraies » et des « fausses » fictions. La distinction des vraies et des fausses fictions repose sur un critère linguistique⁸⁸² et part du postulat que certaines fictions pourraient être éliminées si elles étaient formulées autrement, alors que d'autres s'avèrent irréductibles. André Bayart définit la fiction comme « tout principe juridique que l'on est spontanément porté à exprimer par une phrase du genre que voici : "il faut faire comme si" »⁸⁸³. Il l'illustre par de nombreux exemples comme l'autorité de la chose jugée, la présomption de connaissance de la loi ou la fiction d'extraterritorialité, utilisée un temps pour expliquer l'immunité des agents diplomatiques, et il propose d'autres formules. En remplacement de la phrase « *res judicata pro veritate habetur* », il soumet celle-ci : « lorsqu'une question de fait ou de droit aura été tranchée par une décision judiciaire, et lorsque la même question sera soulevée dans un autre procès, le juge devra si la partie qui y a intérêt le demande, et si les conditions prévues aux articles 23, 24 et 26 du code judiciaire (belge) sont remplies, trancher cette question de la manière dont elle le fut dans la décision rendue antérieurement »⁸⁸⁴. De même, il traduit l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » par la formule « Sauf le cas d'erreur invincible, la loi s'applique même à ceux qui l'ignorent »⁸⁸⁵. La fiction de l'extraterritorialité des ambassades, enfin, donne l'occasion à André Bayard de préciser la portée de ces changements langagiers. Selon lui, dans certains cas comme dans les deux premiers, la traduction doit conduire aux mêmes conséquences pratiques, car celles-ci sont utiles. Tel n'est, en revanche, pas le cas de la fiction de l'extraterritorialité, en tout point nocive. Formellement, l'immunité diplomatique peut s'expliquer de manière plus adéquate par le caractère représentatif des Agents diplomatiques et par la nature de leur mission. Matériellement, la logique de l'extraterritorialité conduit à des conséquences inacceptables et « absurdes », comme le fait de considérer le criminel réfugié dans une ambassade en territoire étranger.

⁸⁸¹ Un raisonnement très proche que nous avons critiqué, est conduit concernant la notion d'antinomie. Traditionnellement, l'antinomie « réelle » est distinguée de l'antinomie « apparente », c'est-à-dire qui peut être résolue selon une loi du vrai et du faux. Cf, *supra*, partie I, tit. II, chap. II, sect. 1

⁸⁸² André BAYART, Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ?, in « Les présomptions et les fictions en droit », *œuv. préc.*, p. 27. Georges MITSOPOULOS, Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit, *op. cit.*, p. 1039.

⁸⁸³ Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ?, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁸⁴ Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ?, *op. cit.*, p. 30, (nous ajoutons).

⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

L'analyse d'André Bayard montre que la raison ayant conduit à élaborer une fiction peut perdre de sa force, voire disparaître complètement. Elle ne démontre nullement que ces fictions ont été ou sont fausses. Contrairement à ce qu'affirme l'auteur, il ne peut s'agir « d'abandonner le langage de la fiction pour adopter un langage conforme à la réalité »⁸⁸⁶. Tout au plus, le nouveau langage rend compte d'un nouveau découpage de la réalité, traduisant un projet précis prenant en compte l'évolution des mentalités. À cet égard, Paul Foriers estime que, grâce à ces changements de langage, « la mouvance des concepts est ainsi soulignée comme l'immense contribution qu'ils peuvent apporter dans la conduite d'un raisonnement juridique, soucieux certes par nature de respecter les normes, mais aussi d'assurer une justice mieux adaptée et partant plus proche de l'humain »⁸⁸⁷. L'auteur souligne l'importance des fictions jurisprudentielles palliant l'absence d'une « réforme sage et justifiée à laquelle le législateur eût été bien inspiré de procéder »⁸⁸⁸. Même si l'activité législative ne parvient pas toujours aux résultats escomptés, il convient aussi de souligner que la fiction jurisprudentielle permet aussi d'éprouver les concepts juridiques en répondant le plus adéquatement possible à des besoins sociaux. L'expérience jurisprudentielle procure bien souvent ce caractère sage et avisé espéré des réformes législatives, car elle est en prise avec l'évolution des mentalités à instant T et l'interprétation des textes lui permet parfois de transformer cette évolution en traits pertinents du droit, spécialement grâce à l'outil de la fiction⁸⁸⁹. Un exemple permettra de

⁸⁸⁶ Ibid., p. 42.

⁸⁸⁷ Présomptions et fictions, in « Les présomptions et les fictions en droit », *œuv. préc.*, p. 26.

⁸⁸⁸ Ibid.

⁸⁸⁹ Sur le plan historique, le droit Romain constitue une excellente illustration du rôle joué par les fictions pour assouplir la rigidité des formes du droit et prendre en compte les réalités auxquelles la jurisprudence est confrontée. V. Jean GAUDEMET, « Les institutions de l'antiquité », 7^{ème} éd., Domat Droit public - Montchrestien, Paris, 2002, p. 359 s. ; Michel VILLEY, « Le droit romain », PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1945, p. 9 à 34.

Dans la très ancienne procédure formulaire, le plaideur lésé devait intenter l'action, diriger la procédure et poursuivre personnellement l'exécution de la sentence. L'autorité publique, successivement composée au cours de l'Histoire par le collège des pontifes, les consuls et, enfin, le prêteur en l'année 367 avant notre ère, intervenait pour contrôler la « régularité de son action ». Cette procédure était extrêmement formelle, puisqu'il n'était possible de recourir aux voies de droit que dans un certain nombre de cas précis, explicitement prévus par la loi et faisant l'objet de « formules » spéciales. Le citoyen romain intentant une action devait accomplir des rites reconnus par l'usage et, s'il n'existait pas de formule concernant son cas d'espèce, sa demande était rejetée. Le plaideur devait couler sa prétention dans une formule.

Pendant les premiers siècles, les formules étaient tenues secrètes et leur liste conservée par les pontifes. Ce n'est qu'en 304 avant notre ère qu'un secrétaire d'Appius Claudius en publia un recueil. Mais ce droit va vite apparaître trop rigide et connaîtra son plein développement à la période dite classique, marquée par le début des grandes conquêtes, notamment de la Grèce. Les formules jusque-là orales et immuables ont semble-t-il été peu à peu remplacées par des formules écrites contenant les prétentions du demandeur, tout en y ajoutant certaines *fictions juridiques étendant en fait ces dispositions aux pérégrins non protégés par la Cité (par la fiction de la citoyenneté)*. Les prêteurs vont d'abord procéder par retouches (qui se révéleront avoir des conséquences considérables) en faisant des additions légères aux formules traditionnelles. La notion de fiction juridique elle-même ou celle de l'exception pour dol, seront par exemple créées à cette occasion. Puis, dans leur volonté de faire régner une justice équitable et efficace, les prêteurs vont créer de nouvelles formules de toutes pièces afin de donner protection judiciaire à des situations non prévues par le droit civil ancien. Est-ce la fiction qui a permis une évolution des mentalités et a favorisé la transition vers une application plus large et moins formelle du droit ? Est-ce l'évolution des mentalités qui a engendré l'audace des prêteurs, puis déterminé l'Empereur à réformer le droit ? La question est insoluble, mais elle permet de

mieux s'en expliquer.

La putativité instaurée par l'article 201 du Code civil au profit des enfants issus d'un mariage annulé, peut être conçue comme une fiction juridique puisqu'elle consiste à ne pas leur appliquer les effets de la nullité (d'ailleurs eux-mêmes conçus comme fictifs). Cette fiction s'explique traditionnellement par le fait qu'il n'existe pas de raison que les enfants pâtissent du vice qui affecte le mariage de leurs père et mère. Or, la putativité s'inscrit non seulement en rupture du régime admis de la nullité, mais aussi de l'évolution du droit marqué par l'instauration d'une égalité des filiations, depuis ces dernières décennies. En pure logique, toute filiation étant égale, qu'un enfant devienne naturel à la suite de l'annulation du mariage de ses parents ne devrait pas poser de problème. Ce serait cependant faire fi de la culture. La fiction de la putativité contredit aussi bien les effets juridiques de la nullité que l'esprit de réforme du droit des filiations. Elle n'en est pas moins parfaitement conforme à la réalité culturelle. L'égalité des filiations subséquente au droit de la filiation serait pour l'heure impuissante à ne pas faire apparaître le passage d'une filiation légitime à une filiation naturelle comme une régression. L'abandon de la putativité marquerait certes un changement de réalité juridique, mais là n'est pas l'essentiel. Elle marquerait d'abord un changement au niveau des mentalités⁸⁹⁰.

152. — **La fiction conçue comme trace intermédiaire, c'est-à-dire comme une analogie par abduction.** Même si l'analogie est utilisée par prétérition, la fiction s'appuie sur elle, ne serait-ce que parce qu'elle résulte de la nécessité d'un traitement analogique. Par exemple, en droit des successions, le principe de la continuation de la personne défunte a pour fonction d'éviter un hiatus dans la transmission des patrimoines et permet d'expliquer que tous les héritiers soient investis, dès l'ouverture de la succession, de droits concurrents de même nature sur l'universalité des biens du *de cuius*. Cette fiction rompt avec le principe voulant que le patrimoine consiste en une émanation de la personne, par conséquent voué à disparaître avec elle. Dans le même temps, elle substitue provisoirement les ayants droits à la personne du défunt, ce qui implique qu'elle dérive bien de la théorie de la personnalité du patrimoine. Dans cette optique, cette fiction joue un rôle d'intermédiaire juridique.

Le doute comme prémisse. Le principe de la continuation de la personne défunte n'est jamais conçu que comme probable, ce en quoi il correspond aux caractéristiques de l'abduction. Cela

relativiser le caractère supposé artificiel de la fiction.

⁸⁹⁰ *Comp.* Charles PERELMAN, *Présomptions et fictions en droit*, op. cit., p. 343 : « Quand doit-on recourir à la fiction en droit ? Quand, pour l'une ou l'autre raison, les catégories et les techniques juridiques reconnues, celles qui font partie de la réalité juridique admise, ne fournissent pas de solution acceptable au problème de droit que l'on doit résoudre. Mais il suffit de modifier sur tel ou tel point la réalité juridique admise pour que le recours à la fiction devienne superflu pour résoudre tel problème particulier ».

explique qu'à chaque nouvelle problématique comme, par exemple, celle de savoir si l'héritier recueille les vices de la possession du *de cuius*, les juristes se posent la question de sa portée. Par ailleurs, chaque nouvelle réforme du droit des successions porte son lot « d'entorses » au principe. Il ne faudrait cependant pas en déduire que ces exceptions démontrent que le principe de continuation est voué *en tant que tel* à disparaître⁸⁹¹, en fait à être résolu. Cette disparition ne pourrait qu'être fonction d'une autre conception du patrimoine sous laquelle le principe de continuation a été élaboré par abduction.

L'absence de traitement identique de la fiction élaborée par abduction en fonction d'un autre concept. Contrairement à la subsumption, l'abduction consiste en une trace intermédiaire. Elle ne vise donc pas à aboutir au même traitement juridique que le concept sous lequel elle est élaborée. Ainsi, le mariage posthume n'ouvre pas de droit de succession. Alors que les autres acceptions de l'analogie instituaient toutes « une convergence déterminante »⁸⁹², qu'elles posaient un rapport égal entre deux situations distinctes, la fiction crée le même rapport mais ne le pose pas comme égal. Pour prendre un dernier exemple, le rapport entre la personne physique et la personne morale peut, du point de vue de la personnalité juridique, être conçu comme fictionnel car il n'est que probable sans être jamais posé comme égal. La fiction joue le rôle d'intermédiaire pour indexer ces deux catégories au concept de la personnalité juridique. Elle n'a pas pour fonction de nier la différence⁸⁹³ qui sépare la personne physique de la personne morale car, précisément, elle part de cette différence⁸⁹⁴.

Le doute qui fonde l'élaboration de ce rapport explique le caractère instable et insécurisant parfois prêté à la fiction. Il est pourtant nécessaire à la réalisation du droit confronté à des projets contradictoires nécessitant d'être traités de manière cohérente.

153. — 2.4. Le rapport de proportionnalité et l'analogie dans sa dimension rhétorique

Jusqu'à présent, l'analogie a été envisagée comme un rapport. Dans une quatrième acception,

⁸⁹¹ V. par ex. Vincent BREMONT, Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis*, JCP éd. N., 2006, n° 1366, p. 2080.

⁸⁹² Gérard CORNU, Le règne discret de l'analogie, op. cit., p. 1076.

⁸⁹³ *Comp.* Charles PERELMAN, Présomptions et fictions en droit, op. cit., p. 347 : « la fiction nie la différence, alors que le raisonnement par analogie insiste sur l'identité, non de la nature des objets, mais de la *ratio legis* ».

⁸⁹⁴ V. José-Manuel DELGADO-OCANDO, La fiction juridique dans le Code civil vénézuélien, op. cit., p. 81 et 82 : « La fiction (...) implique une égalisation ou assimilation des rapports sociaux quant à leurs fonctions respectives mais non quant à la "nature" des cas considérés ; la fiction, à cet égard, est plus artificielle que l'analogie, car le procédé technique qui la constitue ne suppose pas l'égalité des rapports, mais, au contraire, leur différence essentielle ».

elle se présente, de surcroît, comme une proportion⁸⁹⁵. L'analogie se définit alors comme « l'identité du rapport qui unit deux à deux les termes de deux ou plusieurs couples »⁸⁹⁶. Sa fonction est d'éclairer « au moyen d'une relation connue (ce que C est à D) une relation moins connue (ce que A est à B) »⁸⁹⁷. Cette proportion offre l'occasion de cerner un dernier aspect de l'analogie d'ordre rhétorique. En effet, plus un procédé paraît logique, objectif, plus sa force de conviction est grande. La proportion de type mathématique devrait donc présenter des perspectives intéressantes, en sachant qu'elle contribue à créer des mythes juridiques, c'est-à-dire autant d'évidences partagées qui structurent le raisonnement juridique.

La proportion à l'aune de l'analogie entre la loi et le contrat. Dans le domaine juridique, un exemple célèbre, et critiqué⁸⁹⁸, de ce type d'analogie réside dans le rapport établi, à l'aune de l'article 1134 du Code civil, entre la loi et le contrat : la loi, expression de la souveraineté nationale, est obligatoire et contraignante pour ses destinataires. Selon l'article 1134, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont passées. Par conséquent, le contrat tient lieu de loi aux parties. Par analogie avec la force contraignante de la souveraineté, le contrat est obligatoire et ne peut être révisé par la volonté unilatérale d'une partie ou par la volonté d'un tiers – comme le juge, même à la lumière de circonstances exceptionnelles. Le régime qui résulte de la relation analogique est l'obéissance et, son corollaire, la contrainte. La relation de proportionnalité instaurée entre la loi et la souveraineté nationale, conçue ici comme absolue, a institué l'analogie entre la loi et le contrat.

Cet exemple montre que *ce n'est pas l'analogie elle-même qui crée le rapport de proportionnalité, mais la proportion qui institue l'analogie dans une stratégie bien comprise*. L'analogie résulte d'une proportion construite et repose sur la force de conviction de cette dernière. Dans cette perspective, Charles Perelman distingue les fonctions de l'analogie selon que cette

⁸⁹⁵ V. Charles PERELMAN qui restreint l'analogie à une proportion et qui, pour cela, la distingue de l'argumentation « par l'exemple » ou « par le modèle ». « Logique juridique et nouvelle rhétorique », 1979, Dalloz, Paris, 2001, n° 67 à 70, p. 128 à 133.

⁸⁹⁶ André LALANDE, « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », PUF - Numilog, Paris - Bagneux, 2006, v° Analogie.

⁸⁹⁷ Jean-Louis BERGEL, Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique, RRJ, 1995-4, p. 1080. Dans le même sens, Benoît FRYDMAN, Les formes de l'analogie, RRJ, 1995-4, p. 1053.

⁸⁹⁸ V. Jean-Pascal CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil, RTDCiv. 2001, chron. p. 265. Par un travail sémantique et historique du mot loi, l'auteur remet en cause le rapport habituellement établi entre la loi et la contrainte (alors que c'est cette caractéristique de contrainte qui est généralement affublée à la convention des parties). Selon Jean-Pascal Chazal, la loi est obligatoire, ce qui est très différent car ce caractère est intimement lié aux notions de justice et d'équité, lesquelles contiennent l'idée de la juste proportion, dans leur conception classique. Dès lors, la convention tient lieu de loi entre les parties dans la mesure et uniquement dans la mesure où, selon l'article 1134 du Code civil, la juste proportion doit être déterminée librement par les cocontractants. Elle est présumée telle jusqu'à ce que preuve soit apportée que le contrat recèle une injustice « caractérisée et intolérable », puisqu'en ce cas, le caractère essentiel de la loi vient à faire défaut.

dernière peut ou non faire l'objet d'un contrôle expérimental. À ses yeux, une analogie non vérifiable ne constitue pas une hypothèse de travail comme c'est le cas dans les sciences, car elle « aboutit à une conception philosophique ou théologique du réel, structuré par l'analogie »⁸⁹⁹.

La force de conviction de la proportion analogique. Le caractère construit de la proportion implique que le meilleur moyen de combattre l'analogie n'est pas de démontrer que la loi est une métaphore, dans l'esprit de l'article 1134. La métaphore ne fait que traduire l'évidence partagée sur laquelle repose la proportion. Le moyen le plus efficace consiste à modifier la proportion instituée entre la loi et la souveraineté nationale, mais cela n'est envisageable qu'au prix d'une nouvelle analogie. L'argumentation de Michel Villey en constitue un remarquable exemple. Il se sert de la définition dite classique de la loi pour briser la théorie contractualiste des Lumières. La proportion établie entre la loi et la souveraineté nationale s'en trouve modifiée par voie de conséquence. Il s'exprime ainsi : « Il est *faux*, et il est fictif, mythique, que la loi soit souveraine ; que la jurisprudence en soit la servante fidèle ; que le droit soit "système" ; que la sentence s'infère de la règle. Illusoire que les sentences des juges soient rigoureusement "prévisibles". Mais fausses aussi les négations de l'école du droit libre. La méthodologie classique offre l'avantage du *réalisme* »⁹⁰⁰. Michel Villey exploite les conséquences de la proportion établie entre la loi et la souveraineté nationale et tourne en dérision la série d'analogies qui en résulte : la jurisprudence, servante fidèle, le droit, système, la sentence subsumée... Il lutte contre les idées développées par les courants légalistes, positivistes normativistes, systémistes et formalistes et il égratigne, au passage, l'école du droit libre, en revendiquant avec humour le caractère réaliste pour la théorie classique du droit naturel. Il restaure le sens et la hiérarchie antiques des mots « loi », « justice » et « droit » qui, à ses yeux, ont été dénaturés au fil de l'histoire⁹⁰¹.

Selon lui, la loi est d'abord naturelle. Elle forme l'ossature de la justice générale et n'intéresse le droit que de loin, puisqu'elle contient en elle toute la morale et toutes les vertus⁹⁰². La justice générale contient en elle une justice particulière qui n'intéresse qu'une seule vertu : la vertu sociale. L'Homme juste, au sens particulier, est celui qui n'a *pas pris plus que sa part* des biens extérieurs disputés au sein d'un *groupe social*. La justice particulière comporte deux aspects : le droit (*dikaion*) qui se définit comme l'art de la mesure sur les biens extérieurs et la Morale (*dikaïos*) qui est l'art intériorisé de la mesure sur les biens extérieurs, propre à chaque être subjectif⁹⁰³. La loi, définie comme la norme édictée par le législateur n'est qu'une règle du droit parmi d'autres, dont la

⁸⁹⁹ « Logique juridique et nouvelle rhétorique », op. cit., n° 68, p. 130.

⁹⁰⁰ Michel VILLEY, « Philosophie du droit », 1984 -1986, Dalloz, Paris, 2001, n° 246, p. 327, (l'auteur souligne).

⁹⁰¹ Michel VILLEY, La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD, t. IX, 1964, p. 97.

⁹⁰² « Philosophie du droit », op.cit. , n° 32, p. 48.

⁹⁰³ « Philosophie du droit », op. cit., spéc. n° 33 à 42, p. 49 à 57.

fonction est de révéler le droit naturel : « la destinée normale du droit est de devenir droit positif – ultime sens, on l’a vu plus haut, qu’à l’extrémité de son champ sémantique, le mot *jus* prend dans le langage technique des juristes romains. Ce mouvement constitue un progrès – progrès de la puissance à l’acte, c’est-à-dire de l’état informe, indistinct, du droit naturel à la *forme* de la règle écrite »⁹⁰⁴. Michel Villey utilise indiscutablement la figure de l’analogie lorsqu’il prétend, à tort ou à raison, que la société des Hommes est une reproduction du macrocosme et que pour préserver l’harmonie du monde, il est nécessaire d’observer la nature et d’y puiser des règles équilibrées. Il substitue à la proposition axiomatique loi = volonté générale = souveraineté = contrainte, la proposition non moins axiomatique droit = règle de partage = nature. Deux axiomes sont énoncés sans qu’ils se contredisent nécessairement.

Dans tous les cas, Michel Villey devait proposer une nouvelle analogie pour combattre efficacement la conception positiviste de la loi et du contrat. Dès lors que l’axiome est par définition indémontrable, seul un nouvel axiome est en mesure de faire vaciller le premier ou, à tout le moins, d’ouvrir d’autres perspectives. L’analogie qu’il propose n’est, cependant, pas plus vraie que celle qu’il désavoue. Elle permet néanmoins d’envisager le contrat autrement, ce en quoi elle constitue un moyen d’indexation. L’art de la mesure, variable, qui forme l’essence du droit, la proportion contenue dans l’idée de partage, permet d’envisager ce dernier comme un instrument de partage des biens extérieurs au même titre que la loi. Il est soumis par la nécessité supérieure de la vertu sociale, de la juste mesure. Le juge est, dès lors, fondé à en modifier le contenu. La proportion « juste », établie entre le droit, qui englobe la loi et le contrat, et le partage des biens, est, comme toute proportion, construite et c’est elle qui institue l’analogie. Son intérêt est de transformer l’idée du contrat en lui donnant un contenu maîtrisable au stade de l’exécution.

§3 Observations critiques sur le rejet de l’analogie comme mode d’interprétation du droit pénal

154. — La jurisprudence est historiquement⁹⁰⁵ rétive à l’argument *a pari*, et refuse de l’appliquer dans de nombreuses situations où l’objectif de la loi aurait pourtant pu l’expliquer⁹⁰⁶. La chambre criminelle rejette avec force l’analogie en considérant qu’il n’appartient pas au juge « de suppléer au silence de la loi et de prononcer des peines en dehors des cas limitativement prévus par

⁹⁰⁴ « Philosophie du droit », op. cit., n° 239, p. 314, (l’auteur souligne).

⁹⁰⁵ V. Jean CARBONNIER, « Droit civil », vol. I, op. cit., n° 159, p. 306.

⁹⁰⁶ Gaëtan DI MARINO, Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application, rev. sc. crim. 1991, p. 505.

le législateur »⁹⁰⁷. Elle ne reconnaît donc apparemment pas le caractère de subsomption propre à l'analogie, cette dernière apparaissant comme un procédé de création du droit contraire à la sûreté des personnes. S'il n'est évidemment pas dans notre intention de remettre en cause le principe de légalité des délits et des peines, il est permis de se demander si la Cour de cassation ne fait véritablement jamais usage de l'analogie et, si non, sous quelle forme. Il sera alors loisible de s'interroger sur l'opportunité de rejeter par principe ce mode d'interprétation. En admettant que l'analogie a le caractère d'une subsomption et constitue une forme d'interprétation participant à la cohérence des solutions du droit, elle devrait par conséquent avoir un rôle à jouer en droit pénal.

155. — **Illustrations de l'emploi du raisonnement analogique par la Chambre criminelle.** Le raisonnement analogique n'est pas véritablement inconnu de la Chambre criminelle qui l'a employé en quelques occasions. Par exemple, dans la dernière mouture de l'affaire dite du sang contaminé, le juge pénal a décidé que l'intention de donner la mort, dol spécial, était requis au titre de l'élément moral de l'empoisonnement, « élément moral *commun* à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne »⁹⁰⁸. La Cour de cassation a motivé sa décision au moyen d'une analogie, sans qu'à l'époque⁹⁰⁹, il soit vraiment possible de déterminer le sens et la portée qu'elle avait souhaité conférer à cet attendu. Il était douteux, tant cela paraissait évident, qu'elle ait simplement souhaité rappeler que l'infraction d'empoisonnement est une infraction intentionnelle, comme n'importe quel crime. La doctrine⁹¹⁰ s'est demandée si la Cour a voulu signifier l'abandon du caractère formel de l'infraction, la mort de la victime participant alors de la matérialité de l'empoisonnement comme en matière de meurtre. Il a été aussi observé⁹¹¹ que la Chambre criminelle a pu vouloir exclure toute logique de risques au profit d'une logique de mort, l'intention de tuer devant résulter du caractère *nécessairement* mortifère, et non seulement probablement ou potentiellement. Cette décision consacrant l'exigence d'un dol spécial est d'autant plus intéressante qu'elle aurait pu semble-t-il être évitée. Le premier pallier de l'élément moral, la conscience du caractère mortifère du produit administré, était discuté et aurait pu rendre inutile

⁹⁰⁷ Cass. crim., 28 novembre 1972, Bull. crim. 1972, n° 363.

⁹⁰⁸ Cass. crim., 18 juin 2003, (nous soulignons), Bull. crim. 2003, n° 127 ; BICC, 15 sept. 2003, n° 583, p. 7, concl. Mme COMMARET, rapp. M. ROMAN ; JCP éd. G, 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; Dr. pén. 2003, comm. 97, p. 13, note M. VERON ; Dr. pén., 2004, chron. n° 2, p. 4, obs. V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU ; Rev. sc. crim. 2003, p. 781, n° 1, obs. Y. MAYAUD ; D. 2004, jurispr. p. 1620, note D. REBUT ; D. 2004, somm. p. 2751, obs. S. MIRABAIL ; D. 2005, jurispr. p. 195, note A. PROTHAIS.

⁹⁰⁹ À l'occasion d'une affaire où un homme avait volontairement contaminé ses partenaires par le virus mortel du sida, la Cour de cassation a réaffirmé l'exigence d'un dol spécial en matière d'empoisonnement. L'infraction n'est constituée que si l'auteur de l'empoisonnement a agi dans l'intention de donner la mort. Cass. crim., 10 janvier 2006, Bull. crim. 2006, n° 11, Dr. pén. 2006, comm. 30, note M. Véron ; D. 2006, p. 1068, note A. Prothais ; D. 2006, p. 1653, obs. S. Mirabail. *Rejet de Colmar*, 4 janvier 2005, Bull. inf. C. cass. 2005, n° 976 ; D. 2005, p. 1069, note A. Paulin (en l'absence de preuve du dol spécial, l'infraction d'administration d'une substance nuisible ayant entraîné une infirmité permanente est retenue).

⁹¹⁰ Notes préc.

⁹¹¹ Yves MAYAUD, obs. préc.

l'appréciation d'un éventuel dol spécial.

Dans ce cas de figure, l'argument *a pari* a rendu la loi plus exigeante, de sorte qu'il serait possible d'en déduire que l'exclusion du raisonnement analogique ne vise que l'analogie *in malam partem*, c'est-à-dire défavorable à la personne poursuivie⁹¹². En réalité, il est arrivé que la Cour de cassation retienne des actes matériels d'omission⁹¹³ au titre d'une infraction d'action, ainsi que certains actes fautifs qui n'entraient pas, ou pas vraiment, dans les prévisions du législateur. Considérer que « la soustraction », nécessaire à la réalisation du vol, n'a pas à être matérielle et peut consister en un simple maniement juridique visant à s'arroger une possession alors que le propriétaire n'avait consenti qu'une détention précaire, est en ce sens significatif. Une partie de la doctrine⁹¹⁴ explique, à la suite de Garçon⁹¹⁵, que cette définition de la soustraction était déjà présente en droit romain, ainsi que sous l'Ancien Droit. Selon elle, il n'est donc pas évident que le législateur ait entendu rompre avec cette tradition... Sous l'impulsion de cette définition de la soustraction, le vol a pris des développements considérables et il est tout à fait remarquable que ceux-ci aient été les bienvenus tant que l'abus de confiance a eu une portée restreinte. Depuis que le Nouveau Code pénal a consacré une nouvelle extension à cette dernière infraction, faisant en sorte qu'elle englobe la plupart des usurpations de possession consécutives à une remise volontaire, il paraît subitement opportun de réduire le champ du vol aux cas où la remise volontaire suivie d'une détention précaire a été faite « sous la contrainte » ou par « une personne dénuée de discernement »⁹¹⁶, par exemple. En somme, après avoir expliqué que le législateur n'a pas entendu déroger à une longue tradition juridique, il ne paraît pas illogique de restreindre cette dernière « aux seuls cas qui ne se coulent pas dans le moule de l'abus de confiance »⁹¹⁷, alors même que la

⁹¹² Telle est, semble-t-il, la position adoptée par la Cour de Strasbourg. Cependant, c'est moins le principe abstrait de la méthode que l'intention du législateur et de son interprète qui est visée. CEDH, 29 mars 2006, req. n° 67335/01, *Achour c. France* : Le principe de légalité « commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale ».

⁹¹³ A propos de l'incrimination « d'outrage à agents de la force publique », retenue contre un automobiliste qui laisse les gendarmes le verbaliser, sans préciser qu'il était dispensé médicalement du port de la ceinture. La décision a été principalement critiquée en ce qu'elle sanctionne un acte d'omission, alors que l'infraction visait un acte de commission. En outre, l'infraction impliquait, pour sa réalisation, le recours à l'un des supports matériel énumérés par la loi (paroles, gestes, menaces, etc.). Cass. crim., 14 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 417, JCP éd. G. 1990, II, 21441, note A. VITU, Gaz. Pal. 1990, 1, p. 240, note J.-C. FOURGOUX ; D. 1991, jurispr. p. 447, note A. FOURNIER. Pour un commentaire favorable, J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, rev. sc. crim. 1990, obs., p. 561, n° 1. À ses yeux, il ne s'agit pas d'un raisonnement analogique, la matérialité des faits étant constituée par « l'activité que vont déployer, en vain, le autorités induites en erreur ».

⁹¹⁴ Wilfried JEANDIDIER, J.Cl. code pénal, art. 311-1 à 311-16, 2006, n° 53.

⁹¹⁵ Code pénal annoté, art. 379, n° 8 et 9, cité par Wilfried Jeandidier, op. cit.

⁹¹⁶ Wilfried JEANDIDIER, op. cit.

⁹¹⁷ Wilfried JEANDIDIER, op. cit., n° 61.

définition du vol n'a pas été modifiée et suppose toujours une soustraction frauduleuse de la chose d'autrui... Assurément, la solution relève du bon sens. Mais il n'est pas contestable que ce dernier soit issu d'un raisonnement analogique.

156. — **La distinction « des appréciations subjectives » et « des appréciations objectives » au fondement de l'exclusion discutable du raisonnement analogique au profit de la méthode téléologique.** L'opposition des appréciations supposées objectives et supposées subjectives est récurrente dans le domaine juridique et a fait l'objet d'un précédent développement critique visant à interroger les raisons possibles du rejet des antinomies comme mode d'interprétation⁹¹⁸. Nous avons tenté de mettre en évidence les limites de cette distinction à partir d'une étude de Norberto Bobbio montrant que la recherche d'une appréciation objective dans le cadre d'une science humaine guidée par un projet de justice plutôt que de vérité, s'avère discutable par essence. Il est parfois souhaitable de privilégier une appréciation dite subjective nécessitant un surcroît de réflexion, d'interprétation et *in fine* de conscience des valeurs partagées par la société. Dans la mesure où aucune donnée ne peut prétendre au statut d'évidence naturelle, toute méthode intégrant ce paramètre dans ses conditions d'élaboration est potentiellement plus apte à induire une solution juste, résultat d'une confrontation dans le cadre juridique de plusieurs valeurs partagées par une société.

La téléologie, une forme d'analogie dans sa première acception. Doit-on considérer que les décisions de la Chambre criminelle usant du raisonnement analogique constituent un « dévoiement de la loi »⁹¹⁹ ? La réponse doit être nuancée si la nature de la méthode téléologique est reconsidérée. Celle-ci entre traditionnellement dans le cadre de l'interprétation stricte, cette dernière ne se réduisant pas à une interprétation littérale, selon la doctrine unanime. La méthode téléologique est censée n'avoir rien de commun avec l'analogie⁹²⁰. Elle se contente de réaliser « les finalités du texte » en permettant au juge de définir les termes employés par la loi, de déterminer le domaine d'application des textes et de l'adapter « aux nécessités de la vie moderne ». Le juge aurait pour tâche « d'imaginer la réaction des auteurs du texte s'ils avaient eu connaissance de toutes les

⁹¹⁸ Cf. *supra*, première partie, tit. II, chap. II, sect. 1, §2.

⁹¹⁹ Wilfried JEANDIDIER, « Droit pénal général », 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1991, n° 125, p. 134.

⁹²⁰ Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, « Droit pénal général », 13^{ème} éd., Economica, Paris, 2006, n° 221 s. et 226 s., p. 165 s. et 171 s. Les auteurs nuancent l'opposition, mais à peine, en fin de développement : « Même si incontestablement, l'analogie est prohibée, les exemples rapportés ci-dessus témoignent que certaines interprétations dites téléologiques sont "aux confins de l'analogie" », *ibid.*, n° 230, p. 178. V. cepend. Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, « Droit pénal général », 7^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2007, n° 128, p. 79. Les auteurs voient, à juste titre, l'extension des normes répressives à des comportements similaires à ceux prohibés, et apparus « en raison de progrès techniques », comme un type de raisonnement par analogie non prohibé.

données apparues depuis »⁹²¹. La téléologie nécessite donc une subsumption et vise fondamentalement la fonctionnalité de la règle, deux propriétés de l'analogie mises en évidence dans sa première acception. À partir du moment où la téléologie règle le traitement de situations inconnues en fonction d'un point de référence juridique connu, elle constitue nécessairement une forme d'analogie.

La « modernité » et « les innovations technologiques » conçues comme des réalités non construites. Il semble acquis qu'en droit pénal, la première acception de l'analogie doive systématiquement recevoir le nom de téléologie, reflétant sa nature objective et marquant les limites du pouvoir des juges : « Lorsque l'évolution de la technique suscite l'apparition de formes de criminalité qui n'entrent dans les prévisions d'aucun texte répressif, le juge pénal ne peut combler les lacunes de la répression en raisonnant par analogie. Mais, souvent, les innovations technologiques ne modifient pas fondamentalement la nature des infractions »⁹²². Il est intéressant d'observer que, du point de vue de Frédéric Desportes et de Francis Le Gunehec, les innovations technologiques entrent généralement dans les prévisions de la loi « quitte à en forcer un peu la lettre »⁹²³. Lorsque, en revanche, l'interprétation concerne l'évolution des mentalités, elle est censée ne pas relever d'une adaptation à la vie moderne, ni d'une référence à la *ratio juris*⁹²⁴. Le constat est brutal dans la mesure où la technologie modifie les mœurs et que les mœurs encouragent la technologie. L'une accompagne l'autre et, dans cette perspective, il semble assez artificiel de les séparer. La méthode téléologique devrait plutôt permettre de dégager toutes les virtualités du texte, sans distinction *a priori* des situations en cause, en fonction des objectifs poursuivis. Parlant des règles d'interprétation en droit pénal, Gabriel Roujou de Boubée⁹²⁵ rappelle avec justesse qu'appliquer la loi, c'est-à-dire passer du général au singulier, implique une interprétation qui plus ou moins concerne en réalité toutes les lois, pas seulement celles obscures. Et, ajoute-t-il, « c'est là une évidence à laquelle vient s'en ajouter tout de suite une autre : l'interprète fait un apport personnel, constatation qui se vérifie tout autant en matière juridique qu'en matière musicale »⁹²⁶. La situation, qu'elle soit d'origine technologique ou morale, induisant une interprétation de la loi ne devrait donc pas influencer *a priori* le juge, dont l'interprétation est justifiée, en amont, par les

⁹²¹ Wilfried JEANDIDIER, « Droit pénal général », op. cit., n° 124, p. 134.

⁹²² Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, « Droit pénal général », op. cit., n° 228, p. 172. Dans le même sens, Michèle-Laure RASSAT, « Droit pénal général », op. cit., n° 122, p. 133 et 134.

⁹²³ Ibid. V. cepend. Bernard FILLION, La réception de l'innovation technologique en droit pénal, rev. sc. crim. 1990, p. 270, spéc. p. 276. L'auteur tente de tracer les limites du pouvoir d'interprétation du juge en distinguant deux situations : celle où « le moyen technologique » est nouveau, ce qui autoriserait le juge à adapter le texte existant et celle où c'est le « processus délictueux lui-même qui est nouveau », ce qui constituerait un obstacle à la qualification du juge.

⁹²⁴ Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Grandeur et décadence de l'interprétation stricte, Mél. Michelle Gobert, Economica, Paris, 2004, p. 197.

⁹²⁵ Ibid.

⁹²⁶ Ibid., p. 197.

définitions et les distinctions légales issues du principe de légalité.

Telle qu'elle est présentée, l'interprétation téléologique semble effacer toute implication du juge, lequel est présumé se contenter de prendre acte de « données nouvelles », par exemple l'apparition de l'électricité, comme si ces données n'étaient pas le fait des Hommes. Cette manière de concevoir la téléologie s'inscrit dans la philosophie du progrès, de l'évolution, en conséquence de quoi, elle est considérée comme une méthode objective qu'il est du devoir du juge d'user pour être en conformité avec « la réalité ». La soustraction d'électricité, avant qu'elle ne fasse l'objet d'une disposition législative distincte, a été jugée comme entrant dans les prévisions du vol, en dépit du fait que l'objet du vol pouvait être restreint aux choses corporelles selon une autre interprétation⁹²⁷. L'assimilation de la soustraction d'électricité à un vol pouvait prêter à discussion⁹²⁸, mais la Cour a, par une élégante pirouette, estimé que l'électricité passe « par l'effet d'une transmission qui peut être matériellement constatée de la possession de l'un à celle de l'autre »⁹²⁹, réglant le double problème de la corporéité du bien et du vol d'usage. S'agit-il d'une interprétation téléologique, au motif qu'elle a trait à la modernité ? Le législateur semble avoir consacré comme de soi la thèse de l'analogie⁹³⁰ : au terme de l'article 311-2 du Code pénal, « la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est *assimilée* au vol » (lequel est défini par l'article 311-1).

Le choix d'une méthodologie particulière, une fausse garantie contre l'arbitraire. Le principe de légalité ne doit pas dissimuler le fait que les méthodes téléologique, comme analogique, sont tributaires de données socioculturelles. Dans cette optique, il est discutable de couper la téléologie de son mécanisme analogique et de poser en principe que l'interprétation de la législation pénale est garantie de cette manière des déviations arbitraires. L'analogie présente l'avantage de réintégrer le juge dans son rôle d'interprétation⁹³¹ et ce constat ne la rend ni plus, ni moins

⁹²⁷ Tel a par exemple été l'interprétation des tribunaux allemands à la même époque. L'ancien tribunal du Reich avait refusé d'étendre le vol à la soustraction d'électricité, cette dernière ne pouvant être incluse dans le concept de choses. Le législateur a réformé le Code pénal allemand afin d'incriminer la « distraction subreptice de fluide électrique ». *Reichsgericht*, Band 29, p. 111 s., Band 32, p. 165 s., cité par José Manuel DELGADO-OCANDO, La fiction dans le Code civil vénézuélien, op. cit. p. 80 et 81.

⁹²⁸ Pierre BINET, op. cit.

⁹²⁹ Cass. crim., 3 août 1912, S. 1913, 1, p. 439, note P. BINET.

⁹³⁰ Même s'il était inutilement compliqué d'exposer le raisonnement à l'origine de cette solution. V. jugeant cette formule « absurde, maladroite et dangereuse », Michèle-Laure RASSAT, « Droit pénal spécial », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 77, p. 100 à 102. Selon elle, l'énergie est, au même titre que tout type de fluide comme l'eau, l'électricité, le gaz, le chaud et le froid industriels, une réalité tangible et, donc, une chose susceptible d'appropriation. De son point de vue, il était inutile de préciser que le vol d'énergie était assimilé au vol, d'autant, observe-t-elle avec justesse, que l'appropriation d'énergie est susceptible de tomber sous le coup du vol, mais aussi de l'escroquerie et de la tromperie.

⁹³¹ En ce sens, v. Norberto BOBBIO, « L'analogia nella logica del Diritto », (Presso l'Istituto giuridico della R. Università, Turin, 1938), cité par Luis Jimenez DE ASUA, L'analogie en droit pénal, op. cit., p. 190 et 191. Selon N. Bobbio, l'analogie est interprétation : « une interprétation dans le sens le plus pur du mot,

dangereuse que la téléologie⁹³². L'analogie n'est pas, par nature contraire, au principe d'interprétation stricte prévu par l'article 111-4 du Code pénal⁹³³ et, dans cette optique, les garanties contre l'arbitraire apparaissent d'abord individuelles, mais aussi institutionnelles et sociales. La méthodologie aide à raisonner correctement en posant les bonnes problématiques, mais elle ne constitue que le paravent de la solution qui est aussi un fait individuel⁹³⁴, arbitraire ou pas. L'analogie doit pouvoir permettre au juge d'appliquer la loi correctement, de manière conforme au texte incriminant et c'est uniquement dans cette perspective que la première acception du raisonnement analogique doit être conçue.

puisqu'elle reproduit, sans le répéter, mais en le développant, le noyau même de la norme, configuré dans sa raison suffisante, et elle ne va pas hors du système, mais y demeure, contribuant à configurer le système juridique comme un organisme qui croît et se développe, mais toujours en vertu d'une force intérieure, et jamais, parce que c'est impossible, hors de lui-même ». L'analogie n'est, à ses yeux, pas autre chose qu'un raisonnement juridique et il est, en conséquence, absurde de s'interroger sur les pratiques des Etats totalitaires, puisqu'il s'agissait alors d'une libre création du droit, d'une fausse analogie, d'un abus.

⁹³² Sur l'usage édifiant, et néanmoins éclairant, de l'analogie par le parti national-socialiste en 1936, v. E. HAMBURGER, L'analogie dans le droit pénal allemand, rev. sc. crim. 1937, p. 182. Un paragraphe 2 avait été introduit dans le Code pénal et il était ainsi rédigé : « Sera puni quiconque commet un délit déclaré punissable par la loi, ou méritant une sanction suivant l'idée fondamentale de la loi pénale et le sain esprit du peuple (...) Si aucune loi pénale déterminée ne peut être directement appliquée au délit, il sera puni conformément à la loi dont l'idée fondamentale y est la mieux applicable ». Le commentaire, écrit en 1937, constate la résistance des juges allemands qui, globalement, n'appliquent pas l'idée de l'analogie « telle qu'elle se manifeste dans la doctrine nationale-socialiste ». Aux dires du commentateur, les juges sont restés fidèles aux méthodes d'interprétation traditionnelles : « Le "sain instinct du peuple", point de départ pour l'analogie dans l'idée du parti national-socialiste exige dans l'esprit de la magistrature nationale-socialiste les réalisations par la loi écrite. Voici le cercle fermé et la tradition rétablie », (ibid., p. 190). Même pour des magistrats déferents et obéissants à la loi du troisième Reich, toute méthode d'interprétation a le caractère d'une subsumption dont le point de départ est le texte légal.

⁹³³ En ce sens, v. Marie-Anne FRISON-ROCHE, Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit), RRJ 1995-47, p. 1043 s., spéc. n° 4, p. 1044 : « En toute hypothèse, dès l'instant que l'analogie est un raisonnement qui rattache le jugement à une loi, même si c'est par le détour d'une similitude de situations, la dépendance du juge à l'égard de la loi n'est pas refoulée et la création jurisprudentielle ne s'opère que d'une façon que l'on pourrait qualifier de périphérique. Dès lors, on peut considérer que l'analogie est bonne dans la mesure où un système juridique a vocation à la plénitude et où elle permet au juge ce tour de force qui constitue à créer dans la dépendance ». Dans le même sens, v. Hakki DEMIREL, « L'analogie en droit pénal », th. Paris, s.n., 1952. *Contra*, Salih MAHSOUB, « La force obligatoire de la loi pénale pour le juge », th. Genève, LGDJ - Librairie de l'université F. Rouge, Paris – Lausanne, 1952, spéc. p. 75 s. L'auteur conçoit l'analogie comme une création prétorienne contraire au principe de légalité, à l'exception du procédé particulier de « l'interprétation analogique » par lequel « le législateur admet d'avance que la disposition incluse dans un texte déterminé doit être appliquée à d'autres cas analogues, qu'embrace indirectement la norme juridique envisagée » (p. 99). En dépit ces définitions et de manière très contestable, l'auteur estime nécessaire de privilégier « le sentiment naturel de justice » quitte à « sacrifier la règle légaliste » dans des cas exceptionnels, (p. 108 à 112).

⁹³⁴ V. Jean GRAVEN, L'analogie en droit pénal suisse, rev. sc. crim. 1954, p. 685 et 686. L'auteur insiste sur la responsabilité éminente du juge, plutôt que sur la mise en cause d'une méthodologie particulière : « "Interroger la loi", comme si dans son "silence" elle pouvait répondre ; parler de la "volonté de la loi", comme si elle pouvait réellement en avoir une ; réputer toute loi écrite absolument "fermée" comme un cercle parfait (...) (La meilleure garantie contre l'arbitraire est) le juge qui montre non seulement une conscience, un scrupule et un sens des responsabilités, mais aussi une *formation technique, criminologique, et des connaissances professionnelles* à la mesure même du large pouvoir d'appréciation, de l'autonomie que lui remet si souvent le législateur en lui confiant l'application d'une loi moderne aussi souple, pleine de nuances, relativement indéterminée, soucieuse d'individualisation, que l'est en particulier le Code pénal suisse », (l'auteur souligne et nous ajoutons).

Pour illustrer le refus de la Cour de cassation « d’aboutir à une interprétation extensive ou par analogie », Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec citent certaines notions non définies comme celle de viol, applicable exclusivement aux rapports sexuels imposés par un homme à une femme jusqu’à une loi de 1980 ou, plus récemment, la notion d’homicide involontaire, applicable aux êtres humains déjà nés à l’exclusion des fœtus⁹³⁵. Selon eux, ces décisions illustrent le difficile « point d’équilibre entre la volonté de donner au texte pénal toute sa portée et la nécessité de ne pas enfreindre le principe de légalité »⁹³⁶. Mais précisément, le raisonnement analogique ne remet pas en cause ces décisions. Elle suppose une subsumption, qui dans le cadre du principe de légalité, est conçue de manière étroite. Elle ne rompt pas cet équilibre et, d’une certaine manière, elle le renforce. À cet égard, Robert Garron⁹³⁷ voit en l’analogie le seul remède possible à la dispersion des textes, spécialement dans le domaine du droit pénal économique. Pour se garder de l’arbitraire qui menace aussi le législateur, il propose un critère permettant de distinguer deux types d’analogie en fonction de l’objectif poursuivi. Il différencie les délits « adaptés », qui se caractérisent par une similarité de contenu, des délits « assimilés », dont la similarité se limite aux régimes. À chaque fois que le législateur incriminerait une nouvelle infraction, spécialisée par rapport à une infraction de droit commun, pour prendre en compte une contingence pratique, il s’agirait de délits adaptés. Par exemple, l’escroquerie a donné lieu à la création d’un délit spécial, lorsqu’une personne procédait à une fausse déclaration afin d’obtenir des prestations indues au préjudice de certaines collectivités ou de certains organismes⁹³⁸. Robert Garron considère que ces infractions au contenu similaire justifient que leurs rapports soient maintenus, notamment au regard des solutions acquises par l’interprétation. La technique de l’assimilation se différencie, en revanche, de celle de l’adaptation, car l’analogie consiste à confondre le régime d’infractions qui manifestent un même degré de criminalité. L’objectif est alors de soumettre une infraction particulière au régime répressif d’une infraction générale, généralement fortement sanctionnée. L’analogie est, dans cette hypothèse, plus relâchée et c’est pourquoi Robert Garron est davantage critique. Il considère que le procédé est plus « artificiel » et doit être cantonné à l’exacte similitude de régimes recherchée par le législateur. Cependant, il relève là encore l’utilité de l’analogie et s’emploie à démontrer que les infractions assimilées englobent une criminalité de « même direction »⁹³⁹. Ainsi, l’infraction d’importation ou d’exportation de marchandises sans déclaration et par dissimulation, est, quant à la sanction, assimilée par le Code des douanes au délit de contrebande⁹⁴⁰.

⁹³⁵ Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, préc., n° 229-1, p. 176 et 177.

⁹³⁶ Ibid., n° 229-1, p. 178.

⁹³⁷ Les infractions similaires et l’interprétation des lois spéciales, rev. sc. crim. 1966, p. 737.

⁹³⁸ Robert GARRON, op. cit., p. 746.

⁹³⁹ Robert GARRON, ibid., p. 767.

⁹⁴⁰ Robert GARRON, ibid., p. 768.

Raymond Garron fait donc la part entre les infractions qui sont de simples variétés d'une infraction générale et celles qui n'ont que de lointains points communs et ne sont rapprochées que sur le plan de la sanction, pour en déduire des directives d'interprétation. Son étude montre bien que l'analogie est susceptible de plusieurs acceptions possibles, qu'elle est maîtrisable, qu'elle est utilisée en droit pénal, qu'elle peut même être utile dans la mesure où elle constitue une amorce de classification. Dans tous les cas, l'analogie constitue un acte d'interprétation supposant une subsumption et, de ce point de vue, elle est un procédé d'indexation.

157. — **CONCLUSION**

À travers l'étude des mises en rapport inhérentes à l'opération de distinction, nous avons tenté de mettre en évidence les procédés juridiques permettant aux objets du droit de faire sens autrement que par des définitions et des notions catégorielles. La distinction, en tant qu'elle est par nature une liaison, confère son sens à l'objet car ce n'est pas l'objet en lui-même qui fait sens.

Les mises en rapport axées sur le temps et l'espace, c'est-à-dire sur le cycle et la hiérarchie, ont permis de relativiser le rang assigné aux objets lorsqu'il est conçu comme absolu et définitif, réellement ou idéalement. Les mises en rapport de type arbitraire ont, quant à elles, permis de montrer les limites de l'indexation elle-même. Il s'avère d'autant plus discutable d'établir une corrélation entre des concepts qui ne se rapportent pas au même index, qu'aucune mise en rapport n'est totalement neutre et qu'elle devient en théorie reproductible dès le moment où elle fait sens. L'acte d'enfant sans vie indexé plus ou moins étroitement au concept de la personnalité juridique en constitue une illustration forte, dans la mesure où il produit des effets juridiques en dehors des limites administratives de l'acte lui-même.

Bien que la notion d'analogie soit plurivoque et puisse recevoir quatre acceptions différentes, elle ne se confond pas avec la mise en rapport arbitraire. Elle suppose une subsumption étrangère à cette dernière ou, au minimum, une abduction. Ces caractères justifient que l'analogie puisse être considérée comme un procédé apte à procurer une sûreté des résultats. Comme l'explique Umberto Eco, l'analogie n'est pas une « sorte de parenté mystérieuse entre choses et images (ou mieux entre choses et choses) »⁹⁴¹. L'analogie n'est pas un mystère de l'esprit, elle suppose des pré-requis dont il est possible de prendre conscience, ainsi qu'une méthode rigoureuse d'application. Son objectif s'apparente au juste et non au vrai, de sorte que sa légitimité dans tel ou tel contexte d'application peut toujours être discutée. Son apport ne l'est probablement pas car elle constitue l'unique moyen de penser l'inconnu sans avoir à créer de nouveaux statuts.

Les mises en rapport de la distinction peuvent faire l'objet d'une typologie rendant prévisibles les divers procédés d'indexation. L'indexation ne part pas du postulat d'unité et de non contradiction du droit, mais garantit la cohérence des solutions juridiques dans la mesure du possible. En ce sens, elle participe bien à la réalisation du corpus signifiant.

⁹⁴¹ Umberto ECCO, « La production des signes », *op. cit.*, p. 47.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

158. — La philosophe Jeanne Parain-Vial explique : « J’entends par concept le résultat d’un double acte de généralisation et d’abstraction symbolisé par un mot, qui nous permet de penser les choses absentes soit par leur éloignement dans l’espace, soit par leur éloignement dans le temps. Cette possibilité de penser l’absence caractérise l’intelligence humaine et lui assure l’efficacité. Mais il est bien évident que la représentation conceptuelle ne peut être utilisée qu’entre consciences ayant les mêmes expériences et qu’elle reste – par rapport à l’expérience concrète et déterminée, inadéquate, puisque abstraite et générale donc essentiellement indéterminée »⁹⁴². Cette analyse si juste permet de résumer les objectifs poursuivis dans ce titre, ainsi que de rappeler l’optique de travail.

Assurément, les concepts juridiques permettent de penser les réalités auxquelles les juristes sont confrontés. L’éloignement de ceux-ci, rendu possible par la généralisation et l’abstraction, est nécessaire à leur visée normative. Cela étant, la réalisation des concepts n’est possible qu’entre consciences ayant les mêmes expériences. Cette observation implique que c’est l’expérience qui fait les concepts et non l’inverse. Cette dernière n’est cependant pas conçue comme empirique, c’est-à-dire visant à vérifier la manière dont les concepts sont réellement reçus ou interprétés. L’expérience est à la fois interne et externe et regroupe l’ensemble des données socioculturelles organisées en fonction d’un projet spécifique au droit ou bien spécifique à un autre univers socioculturel donné, mais dont la vocation est à un certain moment d’être intégré au droit. C’est dans cette optique que les index du droit ont été conçus et c’est à partir de cette dernière que nous avons tenté d’établir une typologie possible de ces index.

En premier lieu, cette typologie a permis de nous intéresser aux concepts lesquels font l’objet de définitions et de catégories juridiques. À travers les modes référentiel et différentiel de raisonnement, il s’est agi de montrer que l’assimilation de ces concepts à des statuts marqués par des oppositions et des exceptions ne permet pas de refléter le processus d’indexation qui s’opère dans le droit. Le sens et la référence constituent deux dimensions des définitions et des catégories et, dans cette perspective, il ne s’agit plus seulement de distinguer les critères qui font la définition ou la catégorie, mais de distinguer les réalisations contextuelles de ces dernières pour comprendre la manière dont elles participent à l’élaboration d’un corpus signifiant. En somme, ce qui est donné à

⁹⁴² Jeanne PARAIN-VIAL, Note sur l’épistémologie des concepts juridiques, APD, 1959, t. 4, p. 131, note 1.

voir à travers des définitions et des catégories constitue le principal mode apparent d'indexation du droit.

En second lieu, nous nous sommes proposés de démontrer que l'indexation s'opère aussi de manière dissimulée, voilée, presque inconsciente. Nous verrons à l'occasion du prochain chapitre que cette manière d'indexer les objets du droit revêt une grande importance pour parvenir à dépasser l'opération de qualification qui parfois se révèle impossible. À ce stade, nous avons tenté de mettre en lumière les potentialités propres aux différentes mises en rapport découlant par nature de l'opération de distinction. Nous avons dressé une typologie possible de ces mises en rapport en l'axant sur l'espace et la hiérarchie qu'il implique ; le temps et les cycles qu'il suppose ; l'arbitraire de certains actes souverains ; mais aussi l'analogie, qui seule permet un saut dans l'inconnu. Ces mises en rapport, toutes construites, jamais données, ont permis de montrer que les objets du droit ne prennent pas seulement sens en tant qu'unités, mais aussi en tant qu'ils sont liés entre eux selon une opération originelle de distinction.

Il a résulté de l'ensemble de ces développements que la distinction n'a pas pour fonction première d'ordonner des objets en vue de parvenir à une vue d'ensemble unitaire et harmonieuse. Elle a d'abord pour fonction d'indexer ces objets pour parvenir à des solutions juridiques cohérentes, même possiblement contradictoires. Bien entendu cette fonction de la distinction n'empêche pas par ailleurs que l'indexation s'opère aussi d'elle-même parce que le droit participe de la réalité et que la réalité, parce qu'elle est socioculturelle, s'apparente par essence à un découpage indexé à des valeurs.

TITRE SECOND

L'INDEXATION : UNE APPROCHE APORETIQUE DE LA DISTINCTION

159. — L'aporie se définit comme une contradiction insoluble dans un raisonnement⁹⁴³. Selon Christian Atias, les apories du savoir juridique qu'il convient d'analyser « non pas pour les réduire ou les éliminer, mais pour tenter de saisir ce que leur existence révèle, tiennent à la conception du réel ou, à plus précisément parler, à la réception du réel en droit »⁹⁴⁴.

D'après cette définition, les apories intéressent directement ce travail qui vise à remettre en cause la manière dont les juristes appréhendent parfois la réalité juridique à travers la distinction. Dans la première partie, il était apparu que la distinction - opposition est utilisée essentiellement dans une logique de classification, ce qui se révèle problématique tant sur le plan conceptuel que technique. Lorsque l'index de la distinction se confond avec celui de la classification, celle-là ne peut plus être remise en cause car elle apparaît consciemment ou non comme une émanation du donné, lequel englobe à la fois des éléments de la nature et de la réalité socioculturelle construite. Cette manière d'appréhender la distinction a des incidences tant sur la notion de qualification à laquelle est assignée une fonction essentielle de justification par la catégorie, que sur les savoirs juridiques, découpés en branches spécialisées ordonnées autour d'un droit commun. Ce dernier s'est avéré guidé en très grande partie par une conception unitaire, en fait idéale, du droit.

⁹⁴³ TLF, v° Aporie.

⁹⁴⁴ « Philosophie du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004, n° 78, p. 341. V. aussi Léon HUSSON, « Nouvelles études sur la pensée juridique », Dalloz, Paris, 1974, Sixième étude : Les apories de la logique juridique, p. 197 à 234.

De ce fait, il convient de recourir aux index apparents et voilés dégagés lors du titre précédent, afin d'examiner ces notions dont il est apparu que la définition n'était pas entièrement satisfaisante du point de vue de la distinction - opposition. La distinction – indexation devrait permettre de mettre en lumière les avantages à ne pas vouloir réduire toute contradiction du droit au moyen d'un principe et à ne pas rechercher non plus à n'importe quel prix des statuts qui, dans une logique d'opposition, conduisent à reconnaître des anomalies juridiques généralement conçues comme une défaillance du droit dans son œuvre de structuration de la matière juridique. Par le prisme de la distinction – indexation, nous envisagerons la notion de qualification pour tenter de cerner les cas où son dépassement se révèle utile (chapitre I), ainsi que les contours redessinés d'un savoir juridique qui ne serait ni organisé, ni guidé par les postulats relatifs à la dualité et à la non contradiction des propositions du droit (chapitre II).

CHAPITRE I

LA QUALIFICATION JURIDIQUE RENOVEE PAR LA DISTINCTION - INDEXATION

160. — La distinction – indexation a permis d’envisager certains procédés de pensée permettant de saisir la réalité juridique sans entrer dans une logique taxinomique d’opposition. Les modes référentiels et différentiels de raisonnement ont ainsi permis de définir les objets de manière dynamique, c’est-à-dire en fonction de leur contexte de réalisation au sein du corpus juridique. De même, les mises en rapport de la distinction ont eu pour objet de montrer qu’une législation de statuts et de catégories n’était pas la seule voie envisageable propre à satisfaire aux impératifs de prévisibilité et de sécurité juridiques.

Dès lors, il convient de s’interroger sur la place de la qualification juridique au sein du droit. La question se pose de savoir si elle constitue la seule voie possible de rencontre de la règle générale et du cas singulier. En réalité, il s’agit de se demander si le nominalisme inhérent à la qualification juridique constitue l’unique moyen de reconnaître une identité aux objets et aux situations saisis par le droit. La problématique de l’identité juridique est profondément liée à celle de la distinction qui, dans son sens le plus strict, vise à discerner les qualités pertinentes des objets comparés les uns par rapport aux autres, pour pouvoir les reconnaître isolément en tant que tels. Par nature, ce qui est indifférencié ou non pertinent n’a pas vocation à recevoir un traitement juridique. En fait, il n’existe pas.

Aussi, nous nous proposons de tenter de déterminer quelle portée il conviendrait d’accorder au nominalisme si tant est qu’il est inhérent à la qualification. Pour ce faire, il paraît de bonne logique de recourir à une notion particulière, celle de l’embryon, qui présente un intérêt majeur pour ce

travail puisqu'il est à la fois pertinent pour le droit et que pour l'heure, il n'a encore jamais reçu de statut définitif ou de qualification indiscutée. Après avoir tenté de discerner les qualités de la notion d'embryon en recourant à la technique de l'index (section 1), nous envisagerons l'hypothèse d'un possible abandon de la notion de qualification, lorsqu'elle est conçue non comme un moyen empirique de rencontre du fait singulier dans la règle générale, mais comme un concept dont le caractère essentiel permet de structurer le droit pour l'ériger en un système (section 2).

Section 1 Le dépassement des limites de la qualification juridique par l'indexation : l'illustration de l'embryon

161. — La notion d'embryon⁹⁴⁵ constitue une illustration forte de la nécessité de sortir de la distinction – opposition au profit de la distinction – indexation, car elle représente typiquement cette zone intermédiaire légitimant en apparence un recours parfois discutable aux fictions et aux exceptions. Les juristes se trouvent confrontés à une notion qui ne se subsume sous aucun concept englobant connu, sous aucune *summa divisio* apte à constituer un genre. L'embryon n'est pas vraiment une chose, il n'est à coup sûr pas une personne juridique, il est « une personne en devenir », « une personne future », « une personne par destination »⁹⁴⁶, « un sujet de droit, conditionnel au regard du droit civil, potentiel au regard du droit pénal »⁹⁴⁷ ou encore « une chose sacrée »⁹⁴⁸. La notion d'embryon se révèle alors à la fois curieusement étrangère et familière. Elle ne relève pas d'une définition unanimement reconnue tout en étant soumise à une kyrielle de régimes législatifs.

Dès lors, peut-on raisonnablement toujours accuser un supposé manque de volonté politique ? Il peut certes être reproché au législateur d'empiler les lois. Mais est-on bien sûr que cette absence de statut n'est que transitoire ? Pouvons-nous affirmer que, forcément, le droit parviendra à vaincre cette incertitude du statut devenue si intenable ? Mais se pourrait-il que, la notion d'embryon ne soit pas si étrangère au droit, - puisqu'elle le modifie -, mais en réalité bien *étrangère à une manière habituelle de penser*. En ce cas, ce qui serait ressenti en soi comme insupportable réside dans cet arrachement-attachement aux réflexes juridiques habituels voulant que l'interprétation parvienne toujours et ait pour unique fonction d'unifier afin d'aboutir à une signification unique, à une définition émanant du donné et répondant à toutes les exigences de clarté, de distinction et surtout de normativité. Les juristes recourent alors parfois à la notion de fiction ou à celle de la rétroactivité pour expliquer tel ou tel effet lié à la conception d'un enfant, mais ces dernières sont utilisées par défaut, comme à regret. Tout est fait pour qualifier une situation qui ne peut pourtant pas être résolue, le juriste étant acculé à faire des choix que justement il ne peut pas faire. Il n'est en effet

⁹⁴⁵ Cf. *supra*, partie I, tit. I, chap. I, sect. 2.

⁹⁴⁶ Xavier LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant "in utero" personne par destination ?, J.-Cl. Code civil, 2007, art. 16 à 16-13, fasc. 54.

⁹⁴⁷ V. sur ce point René THÉRY, La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D. 1982, chron. n° 35, p. 231.

⁹⁴⁸ Sur la notion de sacralité du corps humain, Jean-Pierre BAUD, « L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain », op. cit. Xavier LABBÉE, Respect et protection du corps humain. L'enfant "ex utero" chose sacrée ?, J.-Cl. Code civil, 2006, art. 16 à 16-13, fasc. 52.

pas en mesure d'expliquer la capacité à succéder de l'enfant conçu en recourant à la notion de personnalité juridique, puisque l'embryon ne la possède pas ; mais il ne peut pas ne pas expliquer l'origine d'un régime, puisque tout régime est déterminé par une règle explicite ou implicite. Le juriste se retrouve un peu dans la même situation que le robot d'Azimov⁹⁴⁹, coincé entre deux lois de la robotique incompatibles entre elles. Il est alors recouru à des artifices tout en souhaitant que le législateur, tel le Créateur, finisse par trouver une solution qui concilie le respect dû à l'embryon en tant qu'être humain et la possibilité soit de mettre fin à ses jours en cas d'interruption volontaire de grossesse, soit d'effectuer des recherches scientifiques sur les cellules embryonnaires dans le cadre des lois bioéthiques.

162. — La condition juridique de l'embryon et la mise en rapport de type cyclique. L'embryon recèle des facettes contradictoires et lorsqu'il est indexé à la distinction des choses et des personnes, son analyse est d'une complexité qui confine au chaos. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à un ordre contextuel restreint pour pouvoir analyser ce concept sur un plan juridique. Selon nous, l'embryon doit être appréhendé dans le cadre de la mise en rapport de type cyclique, précédemment définie à travers l'illustration du contrat⁹⁵⁰.

Dans cette perspective, l'embryon est conçu par le biais de séquences temporelles qui se définissent les unes par rapport aux autres de la conception à la naissance : la cellule embryonnaire (susceptible de faire l'objet de recherches scientifiques) se définit par rapport à l'embryon (susceptible de faire l'objet d'une interruption volontaire de grossesse) qui se définit par rapport au fœtus (susceptible de faire l'objet d'un avortement thérapeutique, par exemple). Mais ce dernier se définit aussi par rapport à l'embryon, qui se définit par rapport à la cellule embryonnaire et ainsi de suite. Ces séquences sont évolutives et non hiérarchisées. Ainsi, en augmentant le délai légal de l'interruption volontaire de grossesse de 10 à 12 semaines, le champ de réalisation du fœtus a augmenté, ce qui a modifié celui de l'embryon. Chaque séquence temporelle dépend des critères pertinents de sa voisine et c'est pour cette raison qu'il est possible de parler de mise en rapport de type cyclique. À cet égard, l'analyse de René Théry⁹⁵¹ présente un grand intérêt. L'auteur tire parti d'un calendrier découpé autour de « trois trimestres » : celui de « la formation de l'embryon », celui

⁹⁴⁹ Dans une nouvelle intitulée « Cercle vicieux », in « le grand livre des robots », Omnibus, Paris, 1990, l'écrivain Isaac AZIMOV décrit le cas d'un robot que son créateur a mis – volontairement - dans une situation insurmontable en programmant trois lois incompatibles que le robot n'a pas le droit de transgresser. Quoi qu'il fasse, ce dernier est voué à entrer dans un processus de transgression qui équivaut à un processus de mort, pour lui. Finalement, le robot gèle ses circuits et toute l'intrigue du roman consiste à savoir s'il y a « meurtre » ou « suicide », en sachant que les deux hypothèses revêtent un caractère d'absurdité pour un robot. Il s'agit en quelque sorte d'une version actualisée d'Antigone, soumise à une double contrainte beaucoup plus forte que le simple dilemme.

⁹⁵⁰ Cf. *supra*, partie II, tit. I, chap. II, sect. 1, §2.

⁹⁵¹ La condition juridique de l'embryon et du fœtus, op. cit.

du « développement fœtal en deçà de la viabilité », celui du « seuil de viabilité », enfin.

Selon René Théry, « il n'est pas question d'identifier l'enfant par rapport à ses auteurs »⁹⁵². En effet, l'auteur observe que les liens entre l'enfant conçu et chacun de ses auteurs varient selon la perspective adoptée : « la perspective traditionnelle mettait surtout en relief *le père de l'enfant conçu* : qu'il s'agisse de la légitimité, de la reconnaissance ou de la succession (...) la relation à la mère émerge tout juste à la surface du droit, et plutôt comme une menace pour sa vie (avortement). Tout à l'inverse, une perspective biologique ne retient de l'enfant à naître que son développement dans l'organisme maternel (...) la législation sanitaire et sociale ne s'adresse qu'à elle »⁹⁵³. Ce point pourrait être d'importance pour mieux comprendre la difficulté à saisir la réalité juridique de l'embryon. Lorsque l'on recourt au concept de la personnalité juridique pour tenter de définir le statut de l'enfant à naître, il est parfois fait référence à celle de ses auteurs directement ou indirectement. C'est ainsi, par exemple, que pour expliquer l'interruption volontaire de grossesse, il est énoncé que « l'enfant conçu est absorbé dans la personnalité de la femme qui le porte »⁹⁵⁴. De même, il est fait référence au droit du père⁹⁵⁵ pour expliquer la reconnaissance prénatale, le don ou le legs, bien qu'ici, la maxime *infans conceptus* soit aussi utilisée pour reconnaître la qualité de sujet de droit à l'embryon, conditionnée par la naissance⁹⁵⁶. Pourtant, lier la définition de l'enfant à naître aux droits subjectifs de ses parents et donc indirectement à leur personnalité juridique, ne contribue pas vraiment à clarifier les termes du débat⁹⁵⁷. Si c'est bien un statut que l'on souhaite conférer à l'embryon, il ne paraît pas opportun de le faire systématiquement dépendre de celui des personnes juridiques reconnues comme telles. De ce point de vue, l'argumentation de René Théry consistant à mettre en évidence une progressivité dans la protection de l'enfant à naître se traduisant par le passage d'un statut similaire à celui d'une « chose » à celui d'un « être à protéger », est

⁹⁵² Ibid., p. 232.

⁹⁵³ Ibid.

⁹⁵⁴ En ce sens, René THÉRY, op. cit. p. 233.

⁹⁵⁵ Ibid., p.

⁹⁵⁶ Jean CARBONNIER, « Droit civil », vol. 1, 1^{ère} éd., PUF, Quadriga, Paris, 2004, n° 205, p. 395.

⁹⁵⁷ V. cepend. les obs. de Frédéric SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, JCP éd. G., I, 159, chron. n° 14, p. 1454. L'auteur commente une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme du 2 juin 2005, *Znamenskaya c/ Russie*, condamnant cet État pour violation de la vie privée de la mère d'un enfant né sans vie, sous le visa de l'article 8 de la Convention européenne. La requérante avait accouché en août 1997 d'un enfant mort-né, qui fût enregistré sous le nom de son ex-mari dont elle était divorcée depuis cinq mois. Sa demande tendant à établir la paternité de son concubin, avec lequel elle vivait depuis trois ans (et lui aussi décédé au moment des faits), fût rejetée par les tribunaux russes. Frédéric Sudre regrette que la Cour ait exclu l'atteinte à la vie familiale pour ne retenir que la violation de la vie privée de la mère, impliquant que la vie familiale ne puisse être protégée en tant que telle qu'à condition que l'enfant naisse vivant et viable. Dans le même sens et sous le même arrêt, v. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, RTDCiv. 2005, chron. n° 2, p. 737. Bien que critique sur le point du motif tiré de la vie familiale, l'auteur défend l'idée que l'enfant à naître puisse, « par l'intermédiaire de la mère », accéder, à un certain stade de grossesse, à « une certaine forme de reconnaissance de la personnalité juridique », c'est-à-dire ici « une sorte de personnalité posthume qui, comme le mariage posthume, n'aurait que des effets symboliques », (p. 738).

discutable lorsqu'il affirme que « jusqu'à la fin de la dixième semaine, la société abandonne l'embryon à la mère : *il est hors de la sphère du droit* »⁹⁵⁸. Cette idée de dépendance des êtres, qui aurait été transposée en droit spécialement au moyen de l'adage *pars viscerum matris*, pose problème dès lors qu'il traduit un sentiment d'impuissance face à une réalité qui est pourtant bien juridique. L'interruption de grossesse, qu'elle soit légale ou illégale, n'est nullement hors du droit⁹⁵⁹. Il est d'ailleurs permis de se demander si cet adage n'a pas été quelque peu surdéterminé dans sa traduction, puisque *viscerum* pourrait aussi bien être traduit par « sein » plutôt que par « viscères » ou plutôt « entrailles », ces termes ayant un caractère matriciel (« le fruit des entrailles »). Auquel cas, cette phrase ne voudrait ni plus ni moins dire que l'enfant à naître se trouve dans le sein de sa mère... ce qui n'équivaut pas tout à fait à penser qu'il se confond avec elle comme n'importe lequel des viscères de cette dernière. Dès lors, il convient de se demander par quel biais le droit indexe l'embryon à son corpus et le rend signifiant, c'est-à-dire le différencie en tant que tel. Pour ce faire, il est nécessaire de s'interroger plus avant sur une analyse de l'embryon selon une lecture axée sur les mises en rapport de type cyclique et, à cet égard, le parallèle du contrat s'avère éclairant.

Le processus d'indexation de l'embryon au corpus juridique. À l'occasion de l'étude des modes de réalisation du contrat⁹⁶⁰, l'hypothèse a été émise que chaque séquence temporelle est susceptible de précéder une autre et d'en influencer le contenu (l'exécution pouvant influencer la formation du contrat, par exemple). Il en est de même pour l'embryon et le célèbre adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* en constitue une illustration forte. La doctrine⁹⁶¹ s'est longtemps demandée comment interpréter le fait qu'un enfant simplement conçu puisse succéder à compter du moment où il naît vivant et viable. S'agit-il d'une fiction ? D'une disposition rétroactive ? La seconde approche semble plus proche de la réalité de l'embryon sauf qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une rétroactivité. Pour prendre une image, la naissance de l'enfant pourrait être comparée à l'exécution du contrat : l'exécution est le but ultime du contrat qui ouvre un nouveau régime de responsabilité, comme la naissance ouvre le nouveau régime des droits de la personnalité juridique. Dans cette perspective, la conception de l'enfant équivaut à la formation du contrat, l'une et l'autre étant inévitables. Dans un ordre temporel, la punctuation, procédé d'exécution, influence les séquences de la formation du contrat qui se réalise d'une autre

⁹⁵⁸ La condition juridique de l'embryon et du fœtus, op. cit. p. 234, (nous soulignons).

⁹⁵⁹ En ce sens, Jean CARBONNIER, « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 231 : « il est vrai que l'expression "non-sujet de droit" a pu venir promptement à l'esprit parce qu'elle évoquait cette notion du non-droit qui aujourd'hui court les rues (...) il vaut mieux poser au départ que le non-sujet de droit n'est pas un sujet de non-droit, il a sa place dans le système juridique. C'est à l'intérieur de ce système que le concept de sujet de droit a opéré sa propre inversion ».

⁹⁶⁰ Cf. *Supra*, partie II, tit. I, chap. II, sect. 1, §2.

⁹⁶¹ Sur ce point, v. par ex. Henri ROLAND et Laurent BOYER, « Introduction au droit », Litec, Paris, 2003, n° 1119, p. 389.

manière une fois formé : grâce à la ponctuation, le contrat est riche d'un passé ; de la même façon, le testament influence les séquences juridiques auxquelles est soumis l'embryon qui toujours sur un plan juridique ne naîtra pas tout à fait identique. Cela permet, par exemple, d'expliquer pourquoi l'enfant conçu à partir d'une insémination artificielle *post mortem* ne peut pas succéder par interprétation de l'article 725 du Code civil⁹⁶². Ici, la conception intervient trop tard après l'ouverture de la succession, de sorte que celle-ci ne peut pas influencer les séquences temporelles de la gestation. Evidemment, il est des raisons beaucoup plus pratiques à cette impossibilité de succéder puisque la science permettrait dans l'absolu de pouvoir procéder à une insémination artificielle sans limite de temps, plusieurs dizaines d'années après le décès du géniteur. Cependant, il s'agit d'une lecture possible de la condition de l'embryon et le propos consiste à montrer qu'il n'est pas forcément toujours nécessaire, à défaut de statut, de recourir à des exceptions ou à des fictions.

Les séquençages intervenant de la conception à la naissance permettent de mieux comprendre les réalités de l'embryon, en sachant que ce sont eux qui le différencient et lui donnent une identité. Celle-ci n'a rien à voir avec la personnalité juridique, laquelle est une classification axée sur les droits et les obligations des personnes en vie⁹⁶³. Le doyen Carbonnier avait parfaitement perçu l'enjeu de la question du sujet de droit. Au détour d'un exemple sociologique, il enseigne la manière de se garder des classifications lorsqu'elles conduisent l'observateur à se tromper de problématique. Jean Carbonnier évoque le cas de ce chauffeur de taxi perplexe devant certains de ses clients : « les clients ? Ils racontent entre eux des histoires comme si je n'étais pas là ; ils se querellent même dans mon dos ; je suis pour eux une *non-personne* »⁹⁶⁴. Jean Carbonnier observe alors « qu'il y a là, en dehors du droit, un mécanisme très général, de psychologie interindividuelle ou sociale (...) nous pouvons conjecturer qu'amateur de classements comme il est, le droit attachera sa curiosité moins au processus de classements qui fait les non-sujets qu'à la catégorie qui en est l'aboutissement : que sont donc, qui sont donc ces non-sujets de droit ? »⁹⁶⁵. Voilà l'enseignement principal de l'index. Il existe une part dissimulée, cachée du droit qui fait sens et que seul le processus de construction permet de mettre en lumière. Le résultat, observé à travers les imperfections d'une classification n'apporte rien à ce sujet. Jean Carbonnier poursuit remarquablement en écrivant que « le non-sujet

⁹⁶² La loi dispose que « pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ».

⁹⁶³ *Comp.* Henri ROLAND et Laurent BOYER, « Introduction au droit », op. cit. n° 1126, p. 393. Les auteurs évoquent la possibilité d'une émergence de la personnalité juridique qui ne soit pas « instantanée » au moment de la naissance vivante et viable, mais « graduelle », marquée par le passage du fœtus à l'embryon. Et d'observer à la suite de cette proposition doctrinale : « Ne rejoint-on pas le chancelier d'Aguesseau qui proposait une distinction entre l'*effluxio* ou expulsion d'un fœtus informe que l'âme n'habite pas encore et l'*abortio* ou élimination d'un fœtus formé et animé ? ».

⁹⁶⁴ « Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », op. cit., p. 232, (l'auteur souligne).

⁹⁶⁵ *Ibid.*

de droit, c'est l'être, la chose au sens le plus vague de ces termes, qui n'est titulaire ni de droits, ni d'obligations, qui n'est pas assujetti au droit subjectif, qui n'a pas de personnalité, etc. On peut varier les formules négatives, mais il importe d'être en garde contre une négativité sans rivages. Tout ce qui n'est pas sujet de droit, n'est pas un non-sujet de droit (...) L'essentiel est dans un mouvement de rejet ou d'inhibition »⁹⁶⁶.

En bonne logique, l'index de l'embryon ne peut pas se rapporter à la distinction des choses et des personnes, conçue à partir de la notion de propriété. Cette dernière a, à son tour, produit la notion de personnalité juridique qui regroupe le patrimoine de droits et d'obligations conférés aux personnes dès l'instant où elles naissent vivantes et viables. Dans ce cas, l'objet étudié ne se définit pas en fonction d'une *summa divisio* ; ce sont les mises en rapport des différents régimes de l'embryon qui font sens et qui le différencient sur le plan du droit. Cette différenciation est tout sauf indifférente car le droit se saisit de l'embryon par le biais d'un index voilé, qui rend le corpus signifiant, ce dernier faisant, en retour, de l'embryon, un élément pertinent du droit en tant que tel.

Cette lecture de la condition juridique de l'embryon permet d'ailleurs d'émettre certaines observations critiques relativement à son régime et l'acte d'enfant sans vie en constitue une illustration.

163. — **Les critiques possibles de la condition de l'embryon à partir de la mise en rapport de type cyclique.** L'indexation de l'embryon par le biais d'une mise en rapport de ses traits pertinents sur un mode cyclique permet d'avoir une vision critique des lois, des interprétations jurisprudentielles ou doctrinales lorsqu'elles brouillent la différenciation des séquences temporelles définissant l'embryon. L'acte d'enfant sans vie a précédemment été qualifié de « mise en rapport arbitraire ». En effet, celle-ci se révélait arbitraire en tant qu'elle conférait des droits analogues (ou ressemblants ou familiers) à ceux conférés dans le cadre de la personnalité juridique, une classification parfaitement étrangère à l'embryon. Cependant, après avoir constaté que la personnalité juridique est la qualité qui consacre les droits et les obligations des personnes en vie, de la naissance à la mort, nous avons émis l'hypothèse que le contexte de deuil qui caractérise l'acte d'enfant sans vie faisait logiquement perdre leur sens aux concepts de la filiation et de la personnalité juridique et c'est en vertu de cette situation particulière que nous avons estimé en bonne logique, que cette corrélation ne devrait pas être considérée comme reproductible.

Dans le cadre de l'analyse de l'embryon, l'acte d'enfant sans vie permet de saisir une nouvelle réalité de l'embryon. Avant que la Cour de cassation n'intervienne récemment, la délivrance d'un

⁹⁶⁶ Ibid., p. 233.

acte d'enfant sans vie était subordonnée, au terme d'une circulaire de 2006, à deux critères alternatifs : la viabilité *in utero* (22 semaines d'aménorrhée ou un poids de 500 gr.) ou la naissance vivante mais non viable. Les critères s'inscrivaient donc dans une temporalité biologique identique à celle déterminant l'acquisition de la personnalité juridique. Si ce parallélisme était discutable puisque indexée à une classification étrangère, ces critères permettaient au moins de déterminer un séquençage de l'embryon, qui passé un certain délai, accédait au titre d'enfant sans vie. Sous le visa de l'article 79-1 du Code civil, la Cour de cassation⁹⁶⁷ a estimé, par trois décisions du 6 février 2008, que les distinctions instituées par la circulaire ajoutaient une condition non prévue par la loi. Finalement, un décret du 20 août 2008 a validé cette jurisprudence en supprimant toute référence aux critères de viabilité. Cependant, suivant les vœux de la doctrine unanime⁹⁶⁸, ce décret accompagné d'un arrêté d'application⁹⁶⁹, a dans le même temps institué les nouvelles conditions d'établissement de l'acte d'enfant sans vie, réglant le problème des fœtus expulsés naturellement ou à la suite d'une interruption de grossesse en deçà d'un certain seuil. Il n'était en effet pas tenable de laisser les choses en l'état dans la mesure où la jurisprudence du 6 février 2008 suggérait qu'un acte d'enfant sans vie pouvait être dressé dès la conception de l'enfant, ce qui à l'évidence était de nature à porter atteinte tant à la vie privée de la mère ayant subi une fausse couche prématurée ou une interruption volontaire de grossesse, qu'à la fiabilité de l'état civil⁹⁷⁰. Il avait en outre été craint que ces nouvelles décisions n'engendrent certaines dérives dans la mesure où certaines femmes pouvaient décider d'interrompre volontairement leur grossesse tout en sollicitant les avantages sociaux liés à ces dispositions⁹⁷¹. Grâce à l'intervention du gouvernement, un nouveau séquençage

⁹⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, n° 06-16.498, 06-16.499, 06-16.500, FS P+B+R+I, BICC, 15 février 2008, avis de M. LEGOUX, avocat général, rapp. de Mme TRAPERO ; Dr. fam., 2008, repère n° 3, note B. BEIGNIER, *ibid.*, comm. n° 34, p. 21, note P. MURAT ; JCP éd. G. 2008, II, jurispr. 10045, p. 35, note G. LOISEAU ; Defrénois, 2008, n° 8, art. 38753, p. 866, obs. J. MASSIP ; Defrénois, 2008, n° 13, doct. 38800, p. 1443, obs. H. POPU.

⁹⁶⁸ Jacques MASSIP, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, Defrénois, 2008, n° 19, doct. 38850, p. 2148 ; Marie LAMARCHE, Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation ?, Dr. fam., 2008, n° 9, alerte 67 ; Guillaume ROUSSET, De l'état civil des enfants nés sans vie, À propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008, JCP éd. G., 2008, n° 38, act. 553 ; Damien DUTRIEUX, Enfant sans vie et livret de famille, JCP éd. A., 2008, n° 38, act. 800 ; Jean-René BINET, Inscription à l'état civil des enfants nés sans vie, JCP éd. N., 2008, n° 37, act. 611.

⁹⁶⁹ Décret n° 2008-800 du 20 août 2008 relatif à l'application de l'article 79-1 du Code civil et son arrêté d'application pris à la même date, relatif au modèle de certificat médical d'accouchement en vue d'une demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie. Par ailleurs, un autre décret n° 2008-798 du 20 août 2008, relatif au livret de famille et son arrêté d'application fixant le modèle du livret de famille prévoit que, désormais, l'événement lié à la demande d'établissement d'un acte d'enfant sans vie entraîne en lui-même la délivrance d'un livret de famille. Auparavant, les parents étaient sujets à une différence de traitement constitutive d'une véritable rupture d'égalité, selon qu'ils étaient mariés ou non. En effet, seuls les couples détenteurs d'un livret de famille en raison d'un événement extérieur au décès de leur enfant pouvaient l'inscrire, de sorte que seules les personnes mariées (antérieurement ou postérieurement au décès de l'enfant) ou bien celles devenues ultérieurement parents d'un enfant né vivant et viable, pouvaient procéder à une telle démarche. Sur les principes internes et internationaux d'égalité et de non-discrimination, v. par ex. Jacques MASSIP, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, *op. cit.*, p. 2152.

⁹⁷⁰ V. Jacques MASSIP, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, *op. cit.*, p. 2149.

⁹⁷¹ En ce sens, v. Hélène POPU, La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né, Defrénois,

de la grossesse a été adopté prévoyant des seuils en deçà desquels l'acte d'enfant sans vie ne pourra être dressé. Le décret du 20 août 2008 dispose que l'acte d'enfant sans vie est dressé par l'officier d'état civil sur production d'un certificat médical établi dans les conditions définies par arrêté du ministre chargé de la Santé et mentionnant les heure, jour et lieu de *l'accouchement*. Il n'est dès lors plus recouru à des seuils mathématiques de viabilité utérine, mais à la notion d'accouchement, cette dernière étant en partie laissée à l'appréciation des médecins. L'arrêté pris en application du décret précise que le certificat médical d'accouchement est établi par le médecin praticien qui a effectué l'accouchement ou par celui qui dispose des éléments cliniques permettant d'en affirmer l'existence. Il distingue les cas d'accouchements spontanés ou provoqués pour raison médicale, qui ouvrent la possibilité d'établir un certificat d'accouchement, des cas d'interruption spontanée précoce de grossesse et d'interruption volontaire de grossesse dans lesquels le médecin ne doit pas délivrer de certificat d'accouchement. De cette manière, la réglementation applique la lettre de l'article 79-1 du code civil qui subordonne l'établissement de l'acte d'enfant sans vie à un accouchement dont le jour, la date et le lieu doivent être précisés dans l'acte⁹⁷². Sans totalement écarter le critère du développement du fœtus, les nouvelles dispositions évitent de faire appel à la notion de viabilité, laquelle se révèle problématique dans la mesure où il n'est pas question de conférer la personnalité juridique à l'enfant à naître.

L'étude des trois régimes successifs applicables à l'inscription à l'état civil de l'enfant né sans vie présente l'intérêt de mettre en évidence l'absolue nécessité d'individualiser l'embryon, et pas seulement dans l'intérêt des parents. Dans le laps de temps pendant lequel la jurisprudence du 6 février 2008 a perduré, l'acte d'enfant sans vie pouvait théoriquement être dressé dès la conception de l'enfant. Autrement dit, on était passé d'une temporalité juridico-biologique à une temporalité purement sociale entièrement tournée vers la reconnaissance du deuil des parents souhaitant éventuellement conférer un prénom à leur enfant et procéder à des funérailles. La distinction de l'enfant, de l'embryon et du fœtus était passablement brouillée. Cela n'était pas sans conséquence et le problème avait bien été perçu par l'avocat général près la Cour de cassation qui avait estimé que ce nouveau régime risquait d'une façon ou d'une autre de remettre en cause le délai légal de

2008, n° 13, doct. 38800, op. cit., p. 1447.

⁹⁷² V. les obs. élogieuses de Jacques MASSIP, Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, op. cit., p. 2150, bien que l'auteur regrette que le gouvernement n'ait pas profité de cette occasion pour affirmer le droit à un nom et à une filiation de l'enfant sans vie. *Comp.* le jugement plus réservé de Marie LAMARCHE, qui estime que « la distinction entre un accouchement spontané et une interruption spontanée précoce de grossesse, laissée à l'appréciation du corps médical n'est pas forcément aussi évidente qu'il y paraît. À des conditions qui pouvaient sembler trop rigides, on a certainement substitué un critère plus malléable mais incertain, difficile à manier pour les praticiens directement confrontés à la douleur des parents », Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation ?, op. cit. ; Dans le même sens, Guillaume ROUSSET, De l'état civil des enfants nés sans vie, À propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008, op. cit.

l'interruption volontaire de grossesse ou encore la recherche sur les cellules embryonnaires. Dans une telle situation, de deux choses l'une : soit l'on considère que l'embryon n'a de toutes les façons pas de « statut », qu'on doit dès lors se résoudre à le laisser manipuler au gré des besoins et fluctuations de la science car il est, en réalité, *indifférencié* ; soit l'on considère, et c'est notre point de vue, que l'embryon s'inscrit dans une temporalité séquencée permettant autant que possible de protéger tous les intérêts en jeu et que l'embryon se *différencie sur le mode cyclique*. En ce cas, il était possible de prendre conscience de la nécessité absolue d'isoler de toutes les autres séquences la temporalité sociale dans laquelle s'inscrivait l'enfant sans vie et de la dénoncer comme une voie périlleuse qui exposait à de graves confusions. Pour comprendre la réalité de l'embryon, il est nécessaire de l'indexer à un cycle de nature à réaliser une différenciation de ses facettes. L'embryon a une identité qui n'a rien à voir avec celle de la personnalité juridique. Dans cette perspective, mettre tous les régimes sur un même plan, dans une même classification, aboutit à une indifférenciation, un chaos juridique qui rend impossible l'appréhension des réalités auxquelles sont confrontés les juristes et expose à des confusions d'ordres, dangereuses pour la prévisibilité du droit.

Dans tous les cas, l'idée que l'embryon acquiert une identité selon un cycle et non par rapport à l'index de la personnalité juridique conduit à remettre en cause la pertinence de la recherche systématique d'un statut, ainsi que la nécessité de nommer absolument les objets du droit. Manifestement, la qualification ne constitue pas une panacée à partir du moment où elle est conçue comme une notion essentielle plutôt qu'empirique.

Section 2 L'abandon de la conception essentielle de la qualification juridique au profit de l'indexation

164. — Christian Atias écrit que « l'une des tendances majeures du droit français depuis la révolution a porté sur une forme d'objectivation. Tout a convergé sur l'adhésion commune à la conviction que le système juridique serait unifié, voire unitaire, mais aussi désincarné, anonyme et que la rationalité démocratique en aurait évincé les caractères personnels. Un juge anonyme et transparent n'est que la bouche par laquelle s'exprime une loi impersonnelle, égale pour tous. Ce mythe là est complexe ; il se compose de plusieurs éléments étroitement associés. À la base, il y a *une conception de la règle qui est supposée avoir vocation à l'application, à la détermination immédiate de la solution juridiquement correcte dans une espèce connue* »⁹⁷³. C'est la notion même de qualification qui est en cause.

Mais qu'est-ce au juste que le nominalisme dans une perspective de qualification ? Nomme-t-on pour identifier et classer en fonction d'une catégorie pré-existante ou peut-on considérer que le fait même de nommer crée un rapport à la catégorie qui fait sens dans une optique d'indexation de l'objet et modifie les contours de la catégorie ? Lorsque la qualification juridique est conçue comme ayant une faculté de structuration de l'ordre juridique, qu'ainsi, elle participe à l'unité du système juridique, alors elle devient une notion dont l'essentialité se révèle discutable. Son caractère empirique devrait plutôt la porter vers une adaptation aux index du droit conçus dans leur globalité, c'est-à-dire issus de constructions catégorielles, mais aussi sérielles, cycliques, arbitraires et analogiques.

165. — **Le dévoilement de la notion de qualification juridique par les principes systémiques de l'unité et de la non-contradiction du droit.** Dans le domaine du droit, l'opération visant à appliquer une règle dont on considère qu'elle contient potentiellement mais nécessairement la solution correcte applicable à une espèce connue, s'appelle la qualification juridique. Dans le cadre de la pensée systémique, la qualification tend à devenir une notion essentielle au mauvais sens du terme car ce qu'elle gagne en abstraction et en conceptualisation, elle le perd en empirisme et surtout en pragmatisme⁹⁷⁴.

⁹⁷³ « Philosophie du droit », 2^{ème} éd., op. cit., n° 78, p. 341, (nous soulignons).

⁹⁷⁴ Cf. *supra*, à propos de la distinction du droit civil et du droit commercial, partie I, tit. II, chap. II, sect. 2, §2.

Remise en cause du paradigme de la qualification parfaite. Les thèses récentes portant sur la notion de qualification juridique développent toutes l'idée d'une qualification supposée parfaite. Ce postulat est posé soit comme vrai, soit comme construit, mais dans tous les cas, il n'est pas remis en cause en tant que tel.

La qualification parfaite, vraie. Dans un développement précédent⁹⁷⁵, nous avons présenté la manière dont Stéphane Asencio⁹⁷⁶ envisage la notion de qualification en élaborant le concept de « disqualification » comme contrepoint. Cette dernière est conçue à la fois comme subjective, dans la mesure où elle est le fait des « acteurs juridiques » et non de la systématisation « objective » dont découle la qualification, et « a-normale », car dès lors, elle serait dysharmonie et incohérence. Vraisemblablement, Stéphane Asencio pense que la qualification s'inscrit dans un processus prédéterminé de structuration du droit, la cohérence de ce dernier étant assimilé à une nécessaire harmonie de ses composantes, en fait, à leur non-contradiction. L'auteur écrit en ce sens que « la qualification n'est qu'une coquille dont le contenu est conféré par les éléments (le concept et la catégorie) qui en sont le fondement »⁹⁷⁷. Il poursuit en estimant que la systématisation est « à l'origine du développement de la qualification »⁹⁷⁸, que « la systématisation, la structuration du droit est une nécessité (que) personne ne peut raisonnablement nier », de sorte qu'*in fine* « la disqualification constitue une véritable négation de cette structuration et elle mérite d'être sanctionnée »⁹⁷⁹. La notion de qualification est mise au service de l'idée d'une systématisation fixe, objective et antérieure qui s'avère très discutable dans son principe, d'autant que ces postulats sont présentés comme vrais. Tel n'est, cependant pas toujours le cas, la qualification parfaite découlant du principe de la systématisation du droit étant parfois présentée comme construite.

La qualification parfaite, construite. Bien que la qualification « parfaite » soit, selon Patricia Partyka, possible et même souhaitable⁹⁸⁰, le postulat de la qualification parfaite n'est pas posé comme avéré par l'auteur. En effet, l'idée que le droit serait soumis à un « paradigme de la qualification parfaite » est à porter au crédit de cet auteur. Or, si paradigme il y a, la perfection dont il s'agit est nécessairement construite. En effet, le paradigme s'inscrit par nature dans une réalité socioculturelle construite et a vocation à être abandonné sous la pression d'une modification culturelle de la vision du monde. C'est ce qu'à la suite de Thomas Kuhn⁹⁸¹, on a appelé le saut

⁹⁷⁵ Cf. *supra*, l'introduction générale de cette thèse.

⁹⁷⁶ « La disqualification en droit privé interne », th. Bordeaux, s.n., 1999.

⁹⁷⁷ Ibid., p. 582, (nous ajoutons).

⁹⁷⁸ Ibid., p. 583.

⁹⁷⁹ Ibid., p. 585.

⁹⁸⁰ « Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français », th. Montpellier, s.n., 2004, n° 586, p. 433.

⁹⁸¹ Thomas Samuel KUHN, « La structure des révolutions scientifiques », trad. Laure Meyer, Flammarion,

épistémologique, lequel traduit un renversement des représentations scientifiques. Le paradigme peut ainsi se définir soit comme « tout l'ensemble de croyances, de valeurs et de techniques reconnues par les membres d'un groupe donné »⁹⁸², soit, de manière appliquée, comme « l'ensemble "de solutions d'énigmes, qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale" »⁹⁸³. Il est, dans tous les cas, construit sur des données socioculturelles, c'est-à-dire sur des évidences partagées qui déterminent un certain découpage du monde structurant la vision de ce dernier. Pourtant, la position de Patricia Partyka vis-à-vis de ce paradigme s'avère quelque peu ambiguë.

Patricia Partyka consacre la première partie de son travail à décrypter les mécanismes du « paradigme de la qualification parfaite ». À cet égard, elle relève un certain nombre de principes qui caractérisent la pensée systémique, établissant un lien de causalité entre ces principes et les « postulats relatifs à la qualification » : « le discours principal laisse entendre que la qualification des faits comme opération est *possible*, qu'elle est *nécessaire*, que le résultat immédiat consistant en l'accueil du fait par la catégorie est *unique*, et que le résultat médiat résidant dans la détermination du régime est *fiable*. En effet, les auteurs posent implicitement la présomption de l'existence d'une catégorie pouvant recevoir le fait et celle de l'impossibilité d'appliquer le droit correctement sans recourir à cette phase de raisonnement : ils en font une étape possible et nécessaire. Leur discours appelle ensuite le postulat d'unicité : les auteurs emploient les termes de "*la*" qualification, de "*quelle*" catégorie. Enfin, ils visent "*le*" régime juridique applicable et par-là imposent un postulat de fiabilité »⁹⁸⁴. Les ingrédients de la pensée systémique semblent ainsi réunis. L'unicité du système, la prédétermination de la catégorie à imposer un régime induit du principe de non-contradiction, la logique taxinomique, enfin, paraissent aptes à déterminer la nature de la qualification. Pourtant ce n'est pas tellement cette nature qui est remise en cause par l'auteur qui concentre son travail sur les qualifications empiriques ne correspondant pas à ce modèle paradigmatique, mais bien plutôt les cas de qualifications « à l'écart ».

Dans la deuxième partie de sa thèse, Patricia Partyka recherche empiriquement les cas de

Paris, 1983.

⁹⁸² Christian ATIAS, « Épistémologie juridique », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1985, n° 66, p. 117. Et d'ajouter, dans l'édition suivante, que, dans la conception de Thomas Kuhn, « la science est étrangère, indifférente à la réalité ; la vérité n'est pas son but (...) c'est par conversion, changement de foi, que la communauté scientifique se livre toute entière à une conviction qui ordonne l'ensemble des connaissances. La réalité n'y est pour rien ; ce n'est pas elle qui guide le choix de tel ou tel principe fondamental », « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 65, p. 46.

⁹⁸³ Ibid., 1^{ère} éd., n° 66, p. 117, (l'auteur cite Th. S. Kuhn dans le texte).

⁹⁸⁴ « Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français », op. cit., n° 17, p. 18, (l'auteur souligne).

qualification qui ne correspondent pas au paradigme de la qualification parfaite en estimant que « l'écart existant entre le modèle et ses applications donnera une mesure de la force de ce dernier et de sa résistance à l'épreuve des faits »⁹⁸⁵. L'auteur n'envisage pas l'hypothèse que le paradigme puisse lui-même être partiel, partial, imparfait et que les qualifications qui ne se conforment pas au modèle théorique décrit traduisent en réalité la relativité de ce dernier. Dans son esprit, ce sont les qualifications empiriques qui ne correspondent pas à ce paradigme qui doivent être considérées comme imparfaites, ce qui conduit inexorablement l'auteur à constater « les réalités de certaines qualifications imparfaites ». C'est ainsi que les qualifications dites imparfaites se traduisent par le sacrifice soit du « résultat »⁹⁸⁶, soit de « l'opération »⁹⁸⁷ de qualification. Dans le premier cas, le régime accompagnant une catégorie n'est finalement pas appliqué car il se révèle inadapté ou insuffisant. Patricia Partyka estime alors que « la cause de l'atteinte ne provient pas de l'inaptitude du modèle lui-même à s'exercer correctement, mais de l'incapacité de la structure juridique sur laquelle il s'appuie, pour se réaliser, d'accueillir et de traiter le fait de manière satisfaisante »⁹⁸⁸. Dans le second cas, un régime est appliqué en contradiction « du rapport descriptif entre les faits et la catégorie d'accueil »⁹⁸⁹. L'existence des fictions juridiques, ainsi que des catégories *sui generis* caractérisent cette deuxième configuration. Selon l'auteur, « cette technique promet cependant la recherche instantanée de règles applicables ponctuellement à un cas particulier et l'établissement éventuel, à terme d'un nouveau régime juridique avec la reconnaissance d'une nouvelle catégorie » de sorte qu'en réalité, les atteintes portées au paradigme de la qualification parfaite ne sont que « partielles et relatives »⁹⁹⁰, qu'elles sont même « une manifestation ostensible de l'intérêt porté au modèle qualificatif et s'inscrivent directement dans la voie du paradigme »⁹⁹¹. Que la conception généralement admise des fictions et des situations *sui generis* manifestent consciemment ou inconsciemment l'appréhension du droit au travers des principes de la pensée systémique n'est pas niable, selon nous. La question est alors de savoir si ce sont véritablement les « faits » qui résistent au droit⁹⁹² ou si ce n'est pas le droit qui mutile la réalité socioculturelle construite et organisée en

⁹⁸⁵ Ibid., n° 18, p. 19.

⁹⁸⁶ Ibid., n° 326 s., p. 261 s.

⁹⁸⁷ Ibid., n° 457 s., p. 345 s.

⁹⁸⁸ Ibid., n° 589, p. 435. *Adde*, n° 456, p. 343.

⁹⁸⁹ Ibid., n° 590, p. 435.

⁹⁹⁰ Ibid., n° 593, p. 436.

⁹⁹¹ Ibid. *Adde*, n° 577, p. 427.

⁹⁹² Pour une critique de la distinction du fait et du droit dans le raisonnement judiciaire, v. Gabriel MARTY, « La distinction du fait et du droit », th. Toulouse, 1929, estimant que le pouvoir normatif d'interprétation de la Cour de cassation constitue sa véritable particularité et la distingue des autres juridictions. V. aussi Charles PERELMAN, « Ethique et droit », éd. de l'université de Bruxelles, 1990, p. 691 ; Raymond MARTIN, Retour sur la distinction du fait et du droit, D. 1987, chron. p. 272, *adde*, Le juge devant la prétention, D. 1987, chron. p. 35. Insistant sur le principe du contradictoire, Jacques NORMAND, Le juge et le fondement du litige, Mél. Pierre Hebraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595, *adde*, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, RTDCiv., 1983, p. 378, n° 1. Analysant les concepts « d'objet de la prétention » et de « cause de la demande », Patrice JOURDAIN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, JCP 1984, II, 20152. V. aussi Alain PERDRIAU, Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière

adoptant un modèle de découpage unique conçu comme idéal sinon vrai.

Du paradigme de la qualification parfaite, l'auteur glisse insensiblement au paradigme parfait de la qualification⁹⁹³. Patricia Partyka ne remet pas en cause le paradigme mais tente plutôt d'expliquer les raisons du décalage entre la réalité des qualifications et le modèle théorique. En optant pour une explication théorique et pratique du décalage de certaines qualifications réelles avec le modèle abstrait, Patricia Partyka prend implicitement mais nécessairement position en faveur de ce paradigme bien qu'elle se défende de porter tout jugement de valeur⁹⁹⁴. Pourtant, la manière de traiter une problématique est porteuse d'un jugement de valeur et l'approche épistémologique ne peut, à notre sens, départir l'observateur de toute subjectivité. Ce dernier modifie l'objet qu'il étudie et cet aspect contribue à définir cet objet qui n'est jamais extérieur ou donné.

166. — **L'indexation conçue comme le prolongement de la qualification.** La notion d'indexation n'a pas pour objet de remettre en cause l'utilité de l'opération de qualification qui n'est pas niable dans la très grande majorité des cas. Elle vise à relativiser sa portée tout en offrant une alternative possible lorsque le processus de qualification atteint ses limites. Cela suppose néanmoins que la conception essentielle de la qualification soit au préalable abandonnée dans la mesure où cette technique n'a rien d'absolu, ni de définitif et ne peut valablement être conçue comme une panacée. La qualification s'inscrit dans une conception particulière du droit et ne peut en bonne logique résoudre tous les problèmes de confrontation de la règle interprétée au cas singulier en fonction d'un unique *modus operandi*.

civile, JCP éd. G, 1991, 3538, *adde*, Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ?, JCP, 1993, I, 3683. Critiquant l'élargissement du champ de contrôle de la Cour de cassation par le biais du moyen tiré du manque de base légale dépourvu de rigueur, à ses yeux : Jean BEL, Le bicentenaire de la révolution - retour aux sources pour la Cour de cassation, D. 1989, chron. p. 105. Et Fanny LUXEMBOURG, La Cour de cassation, juge du fond, D. 2006, chron. p. 2358.

⁹⁹³ « Ainsi, le mécanisme de la qualification est dépendant de l'ordre juridique. Il lui est subordonné et soumis. Il est, de ce fait, d'une rassurante rigueur. Afin de souligner le lien entre les deux, notons que dans les introductions au droit, la qualification est régulièrement décrite au cœur des réflexions sur l'ordre juridique ou le système de droit, voire sur la science du droit. Si la qualification exige l'existence antérieure d'un ordre, elle est en elle-même un élément structurant, une technique de systématisation car elle participe à sa redéfinition, à sa constante création, à son renouvellement. La qualification concourt, en ce sens, à l'ordonnancement juridique, à l'établissement de l'ordre et contribue aussi à le perpétuer ». « Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français », op. cit., n° 112, p. 93. *Adde*, n° 581, p. 432.

L'auteur met en garde contre les excès de la systématisation conduisant à une rigidité du droit, mais les attribuent à un excès de théorisation qui ferait obstacle à la nécessaire adaptabilité des catégories aux faits. Ibid., n° 123 à 130, p. 104 à 109. Ce n'est pas tellement le modèle mais l'utilisation du modèle qui est en cause.

⁹⁹⁴ « Les réflexions sur la valeur de l'opération comme du résultat de qualification ponctuent toute l'analyse. Il ne sera par recherché de quelconque valeur de vérité. C'est la cohérence du raisonnement qui est intéressante et celle des différents discours des auteurs (...) la vérification des postulats de possibilité, de nécessité, d'unicité et de fiabilité sera ainsi la source de la réflexion ». Ibid., n° 33, p. 28 et 29.

Tel est spécialement le cas lorsque les juristes sont confrontés à des réalités qui invalident la conception reçue du système juridique. François Terré⁹⁹⁵ a montré combien le rôle des volontés individuelles est important dans le processus de qualification. Par son travail, l'auteur incite à penser qu'il serait pour le moins hasardeux de penser que la volonté individuelle entre en opposition du droit qui serait, de ce point de vue, réduit à sa simple dimension legaliste. Par exemple, François Terré⁹⁹⁶ illustre le rôle joué par les volontés individuelles au niveau des qualifications de vente et d'échange. Si un bien est échangé contre un autre en étant accompagné d'une somme d'argent, il devrait s'agir d'un échange avec soulte. Au contraire, si la contrepartie consiste en une somme d'argent accompagnée d'un bien de moindre valeur, il s'agirait plutôt d'une vente. Pourtant, l'auteur indique, exemples à l'appui, que les cocontractants peuvent, dans une certaine mesure, décider de qualifier librement le premier de vente et le second d'échange. Charles Perelman estime, pour sa part, que la notion d'appréciation souveraine est le moyen pour la Cour de cassation de signaler aux justiciables qu'elle estime pouvoir laisser aux juges du fond « la responsabilité de la qualification, aussi longtemps qu'elle ne lui paraît pas aberrante »⁹⁹⁷. Il existe donc une large gradation dans le pouvoir de qualification qui s'exerce moins en fonction d'une validité axée sur les compétences (la loi déterminant le pouvoir des juges qui contrôlent à leur tour les actes des justiciables en fonction des catégories) que d'une validité contextuelle réalisée en fonction de divers types d'index et à laquelle chaque acteur du droit participe à son niveau. C'est ainsi que la qualification de vente ou d'échange sera laissée à la libre appréciation des parties jusqu'à ce qu'une certaine limite définie au cas par cas, soit franchie : si la somme d'argent qui accompagne le bien dépasse très nettement et de loin la valeur de ce dernier, alors l'éventuelle qualification d'échange devrait être requalifiée en vente. Au delà d'un certain seuil, le juge se demande logiquement s'il n'y a pas volonté de fraude⁹⁹⁸, une constante dans le droit qui participe de la validité, puisqu'il s'agit d'un aspect de la réalisation contextuelle des volontés individuelles.

Cela explique d'ailleurs que la doctrine dénonce parfois la rigidité des solutions du juge. À titre d'illustration, le fait d'avoir considéré que le statut du bien, meuble ou immeuble, est « d'ordre public »⁹⁹⁹ se révèle critiquable, non parce qu'il porterait atteinte au principe de l'autonomie de la

⁹⁹⁵ « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », th. Paris, LGDJ, Paris, 1957.

⁹⁹⁶ Ibid., n° 98, p. 97.

⁹⁹⁷ Charles PERELMAN, « Ethique et droit », éd. de l'université de Bruxelles, 1990, p. 691.

⁹⁹⁸ François Terré observe ainsi que divers intérêts peuvent expliquer le choix de la qualification d'échange plutôt que de vente : outre que la rescision pour cause de lésion est exclue dans le cas de l'échange (art. 1706 du Code civil), ce dernier peut présenter un intérêt fiscal. « L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », op. cit., n° 99 à 101, p. 98 à 100.

⁹⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 26 juin 1991, Bull. civ., III, n° 197, JCP éd. G., 1991, IV, p. 339, JCP éd. G., 1992, II, 21825, p. 107, note J.-F. BARBIERI, JCP éd. N., 1992, II, jurispr. p. 60, JCP éd. N., 1993, II, jurispr. p. 132, note J.-F. BARBIERI, D., 1991, I.R. p. 204, RTDCiv., 1992, p. 144, obs. F. ZENATI-CASTAING, D., 1993, somm. p. 291, (3^{ème} esp.), obs. F. PEROCHON.

volonté¹⁰⁰⁰, lequel est discuté dans sa rigueur, mais parce que le recours à la notion de fraude aurait sans doute suffi à régler une situation faisant fi de tout bon sens, tout en prenant en compte la nature du bien, réglée à bien des égards par le propriétaire¹⁰⁰¹ qui en l'attachant à perpétuelle demeure, qui en le considérant comme meuble par anticipation¹⁰⁰². Au XIX^e siècle, Charles Demolombe en avait conclu pragmatiquement qu'un élément de volonté est nécessaire pour rendre la distinction des biens conforme à « l'équité et à la raison »¹⁰⁰³ et que, s'agissant par exemple des articles 520 et 521 du Code civil, ils n'ont d'autre vocation que « de régler les droits respectifs des propriétaires, des usufruitiers, et des différents légataires »¹⁰⁰⁴.

La qualification met en jeu des ordres contextuels restreints. Elle permet même d'approfondir le sens de certaines notions qui, considérées abstraitement, apparaissent parfois comme une simple pétition de principe destinée à justifier « d'un état de fait », en réalité d'un état considéré comme émanant du donné. Tel est par exemple le cas de la notion d'indivisibilité, qui s'abrite parfois derrière des formules comme la nature des choses, à juste titre critiquées par Jean Boulanger¹⁰⁰⁵. Cet auteur a pu écrire que « la notion d'indivisibilité permet de légitimer tel effet de droit que l'on juge souhaitable (...) or, comme elle exprime la manière d'être d'un objet de pensée, elle s'affirme, elle ne se prouve pas : telle chose est, ou non, indivisible ». Et de citer les exemples de l'indivisibilité du patrimoine ou, encore, celle de la République.

L'index de l'indivisibilité en matière de contrats de location financière. Il est pourtant un cas où la notion d'indivisibilité a permis d'élaborer le régime particulier d'un contrat, - celui de la location financière -, qu'il est habituel de considérer comme *sui generis* parce qu'il ne rentre dans aucune catégorie connue. Ce contrat n'est pas habituel dans la mesure où il est le produit de la pratique et que, de surcroît, il suppose une relation tripartite, ce qui ne correspond pas aux cadres habituels de pensée souvent axés sur la recherche d'un débiteur et d'un créancier. Or, c'est précisément cette relation tripartite qui a conduit la jurisprudence à devoir approfondir la signification du concept d'indivisibilité en ce domaine et, nous le verrons, à repenser des notions propres à tout contrat comme celui de la cause et de l'objet.

¹⁰⁰⁰ En ce sens, v. Isabelle FREIJ-DALLOZ, note sous Cass. civ 3^{ème}, 26 juin 1991, D., 1993, jurispr. p. 93.

¹⁰⁰¹ Michèle MESTROT, Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles, RRJ, 1995-3, p. 809.

¹⁰⁰² La vente des meubles par anticipation induit un régime particulier puisqu'ils sont considérés comme des meubles à l'égard des parties et restent des immeubles à l'égard de certains tiers, comme les créanciers ou l'acquéreur du fonds. Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI, Sylvie CINAMONTI, « Traité de droit civil. Les biens », LGDJ, Paris, 2000, n° 28, p. 28 ; François TERRE, Philippe SIMLER, « Droit civil. les biens », 7^{ème} éd., Précis Dalloz, Paris, 2006, n° 40 s., p. 45 s. ; Frédéric ZENATI-CASTAING, « Les biens », PUF, Paris, 1988, n° 63, p. 75.

¹⁰⁰³ Charles DEMOLOMBE, « Traité de droit civil », t. IX-I, A. Lahure, Paris, 1881, n° 111, p. 48 et 49.

¹⁰⁰⁴ Ibid., n° 143, p. 64.

¹⁰⁰⁵ Jean BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, RTDCiv., 1950, p. 1.

Les professionnels recourent aujourd'hui de manière répandue à l'opération de location financière pour satisfaire les besoins de leur entreprise. Il s'agit d'une location sans option d'achat qui confère l'usage du bien, et non la propriété, et présente l'avantage d'une grande souplesse d'utilisation et de remplacement. Le professionnel conclut un contrat de fourniture et d'entretien de matériel, ce peut être de l'informatique, de la téléphonie, de la télésurveillance ou, même, une machine à café, qui étant d'un prix élevé fait l'objet d'un contrat de vente parallèle. La société prestataire de services vend le matériel à une autre société, spécialisée dans ce type de transaction, qui loue le matériel au client. Une relation tripartite est créée entre la société qui s'engage à fournir et à entretenir le matériel, la société bailleuse et le client. Le locataire est supposé choisir son fournisseur, ainsi que le bien dont il connaît les spécificités, il négocie le prix et la durée du contrat de maintenance, ce, indépendamment du versement des loyers dus au titre du contrat de louage. Dans les faits, il arrive néanmoins qu'il soit démarché par le fournisseur¹⁰⁰⁶ qui le met en contact avec la société bailleuse, ce qui explique que les contrats soient signés le même jour, que le bailleur puisse être le mandataire du fournisseur au titre des redevances et que le client soit, en réalité, parfaitement ignorant des caractéristiques du matériel. La location financière n'est pas soumise à la législation sur le crédit-bail¹⁰⁰⁷ et peut être pratiquée par toute entreprise, y compris celles qui n'ont pas le statut d'établissement de crédit. Elle permet au bailleur-propriétaire de garantir les loyers et au locataire d'éviter, au plan économique, une immobilisation des fonds propres et un alourdissement du budget d'investissement. Au plan fiscal, il déduit les loyers et les frais d'entretien de l'assiette des résultats¹⁰⁰⁸.

La société bailleuse prend toujours le soin d'écarter conventionnellement les obligations habituelles instituées par les articles 1709 et suivants du Code civil, en matière de louage de choses. Elle prévoit notamment une indépendance¹⁰⁰⁹ des contrats, tant du point de vue de l'*instrumentum*, les contrats sont signés séparément, que du point de vue du *negotium*, le contrat de location contient une clause de non-responsabilité pour toutes obligations liées à la fourniture et à l'exécution des prestations de services (tous droits et actions contre le vendeur étant cédés au preneur), ainsi qu'une

¹⁰⁰⁶ Certaines décisions ont annulé le contrat de fourniture et de prestation de service sur le fondement du dol. En ce cas, la nullité du contrat de louage est moins problématique et les juges se contentent de relever l'interdépendance des obligations pour prononcer la nullité de l'ensemble. Nîmes, 26 septembre 2002, RG n° 00/1433, « ADT Télésurveillance c/ Mme X », JurisData n° 2002-201673 et Lyon, 8 octobre 1993, RG n° 90/05836, « M. X c/ Société Locam », JurisData n° 1993-047486.

¹⁰⁰⁷ Articles L 313-7 à L 313-11, L 515-2 et L 515-3 du Code monétaire et financier, issus de l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000, relative à la partie législative du Code monétaire et financier.

¹⁰⁰⁸ Christian GAVALDA et Danièle CREMIEUX-ISRAËL, J. Cl. Banque, Crédit, Bourse, fasc. 640, Crédit-bail mobilier, 2000, n° 102 à 110.

¹⁰⁰⁹ Dans le cas contraire, la jurisprudence est moins exigeante quant aux conditions de l'indivisibilité. Voir, par exemple, Douai, 16 décembre 2004, RG n° 03/03731, JurisData n° 2004-269880.

clause claire et précise d'indépendance juridique. Elle stipule, en outre, une clause pénale, en cas de non-paiement des loyers, d'un montant généralement égal à la totalité des loyers échus et à échoir jusqu'au terme du contrat. Par la suite, le matériel tombe en panne, la société prestataire de services ne remplit plus ses obligations et le client, apprenant qu'elle est mise en liquidation judiciaire et insolvable, cesse de verser les loyers. Il invoque, en justice, l'indivisibilité des contrats pour voir prononcer la résolution de l'un et la résiliation de l'autre, ce dernier étant privé de cause.

L'hypothèse décrite est proche de celle qui a donné lieu à une controverse jurisprudentielle et qui concernait la résiliation d'un contrat de crédit-bail consécutive à la résolution du contrat de vente, prononcée à l'initiative du crédit-preneur. La Cour de cassation statuant en Chambre mixte¹⁰¹⁰ a mis fin au conflit qui a opposé la première Chambre civile¹⁰¹¹ à la Chambre commerciale¹⁰¹². Elle s'est montré favorable à la résiliation en décidant, sous le visa de l'article 1184 du Code civil, que « la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de l'application de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ». Elle n'a fait référence ni à la cause, ni à l'indivisibilité et se contente d'un allusif « nécessairement », alors que la première Chambre civile avait fermement visé l'article 1131 du Code civil relatif à la cause de l'obligation. Elle évite ainsi d'entrer dans le débat relatif à l'extension des effets de la cause lors de la phase d'exécution des contrats, mais n'en résout pas moins le problème.

La problématique de la notion de cause. Renouvelée sous l'impulsion de Henri Capitant¹⁰¹³, la doctrine est partagée¹⁰¹⁴ sur la question de savoir si la cause constitue l'explication la mieux

¹⁰¹⁰ Cass. ch. mixte (trois arrêts), 23 novembre 1990, Bull. civ., ch. mixte, n° 2 et 3, JCP éd. N., 1991, II, p. 142, obs. Dominique LEGEAIS, D. 1991, jurispr., p. 121, note Christian LARROUMET, RTDCiv. 1991, rev. jurispr., Philippe REMY, n° 2, p. 360 et Jacques MESTRE, p. 326, Gaz. Pal., 1991, I, jurispr., p. 380, concl. av. gén. M. DONTENWILLE.

¹⁰¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1982, Bull. civ., I, n° 97, Gaz. Pal. 1983, I, jurispr., p. 71, note Michel DEFOSSEZ, JCP éd. G. 1983, II, jurispr. 20115, obs. E. M. BEY, RTDCiv., 1983, rev. jurispr., Philippe REMY, n° 4, p. 152.

¹⁰¹² Cass. com., 15 mars 1983, Bull. civ., IV, n° 103, JCP éd. G. 1983, II, jurispr. 20115, obs. E. M. BEY, RTDCiv. 1983, rev. jurispr., Philippe REMY, n° 3, p. 758.

¹⁰¹³ « De la cause des obligations », Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 1927, n° 7, n° 120 s., et sur la résolution, spéc. n° 147 s.

¹⁰¹⁴ En faveur de la thèse de la cause-exécution : Jean CARBONNIER, « Droit civil », t. IV, PUF, Paris, 22^{ème} éd., 2000, n° 59 et 185 ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, « Droit civil. Les obligations », 6^{ème} éd., t. II, Litec, Paris, 1998, n° 854 ; Christian LARROUMET, « Droit civil », 5^{ème} éd., t. III, Economica, Paris, 2003, n° 472 ; Jacques MESTRE, RTDCiv., 1987, rev. jurispr., n° 6, p. 750 ; Bernard TEYSSIE, « Les groupes de contrats », LGDJ, 1975, n° 302 et 350 ; François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », 9^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005, n° 348, 353 et 635 ; Alain SERIAUX, « Droit des obligations », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1998, n° 56, avec toutefois une préférence pour la notion de « réciprocité » en raison de « l'impropriété terminologique de la cause ». En défaveur de la thèse de la cause-exécution sans que son influence ne soit cependant méconnue : Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, « Leçons de droit civil », 8^{ème} éd., t. II, Montchrestien, Paris, 1991, n° 266

appropriée à l'exception d'inexécution, la théorie des risques et, dans le cas étudié, la résolution du contrat. De manière incontestable, les tenants de la cause-exécution observent que le contrat synallagmatique se caractérise par une interdépendance des obligations qui perdure de la formation jusqu'à la complète exécution du contrat. Chaque créancier entend obtenir la prestation pour laquelle il s'est engagé. Ils admettent que, classiquement, la cause a pour seul objet de constater l'existence d'une promesse réciproque au moment de l'échange des consentements. Mais, s'appuyant sur le caractère social du contrat, ils font valoir que la cause constitue un instrument utile de justice contractuelle en ce qu'il permet au juge de maintenir un équilibre entre les obligations. Celui-ci prononce, le cas échéant, la résolution ou la résiliation du contrat, lorsque la contrepartie objective n'a pas été ou ne sera plus exécutée de manière certaine. Dans cette optique, l'argument tiré de ce que la disparition de la cause devrait en bonne logique aboutir à la nullité¹⁰¹⁵ et non à la résolution, ne tient pas, car il s'agit d'une extension des effets de la cause impliquant un renversement de perspective. Elle n'est plus conçue comme le domaine réservé du régime des nullités, mais, selon le degré de conviction des auteurs, soit comme le fondement de la sanction de l'exécution du contrat synallagmatique¹⁰¹⁶, soit comme le critère préalable d'appréciation du contenu et de la portée de l'interdépendance des obligations, nécessaire à l'application des mécanismes, autonomes, de sanction de l'exécution¹⁰¹⁷.

Le contrat de crédit-bail comporte un aspect institutionnel irréductible qui ne peut être éludé. Il s'agit de l'obligation essentielle de mise à disposition du bien, même non conforme et même vicié, qui permet la jouissance exclusive et la levée de l'option d'achat, consubstantielles au crédit-bail¹⁰¹⁸. La résolution de la vente contredit *de facto* ces obligations essentielles dans la mesure où le crédit-preneur doit restituer le bien. En admettant la résiliation du contrat de crédit-bail, ainsi que la survie de certaines clauses, notamment celle de garantie du crédit-preneur, vis-à-vis du bailleur, de la restitution du prix à la charge du vendeur en cas de résolution, la Cour de cassation tient néanmoins compte des intérêts du crédit-bailleur. Aucun manquement contractuel ne peut lui être reproché puisque la mise à disposition a eu lieu. La résolution est, dès lors, inadaptée tant du point de vue juridique, qu'économique. Cela explique qu'elle ait opté pour la résiliation plutôt que pour la résolution. Dans le prolongement de cette idée, il n'aurait pas été illogique de constater la caducité du contrat de crédit-bail, dans la mesure où la résiliation a le caractère d'une sanction en dépit de la

et 1089 ; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, « Droit civil », t. II, vol. 1, Sirey, Paris, 1962, n° 190 et 311 à 314 ; Jacques GHESTIN, « Traité de droit civil. Le contrat », t. I, LGDJ, Paris, 1980, n° 689 et 725 ; René CASSIN, Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTDCiv., 1945, p. 159 ; Muriel FABRE-MAGNAN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, JCP éd. G., 1995, I, doct. 3843, n° 4.

¹⁰¹⁵ En faveur d'une nullité non rétroactive, voir Christian LARROUMET, préc., n° 8 et 9, p. 122 et 123.

¹⁰¹⁶ En ce sens, Arnaud CERMOLACCE, « Cause et exécution du contrat », PUAM, th. Aix-Marseille, 2001, spéc. p. 150 à 172.

¹⁰¹⁷ En ce sens, Judith ROCHEFELD, « Cause et type de contrat », LGDJ, th. Paris, 1999, n° 322 s.

¹⁰¹⁸ En ce sens, Christian LARROUMET, préc., n° 4 et 5, p. 22.

non-rétroactivité qui l'accompagne¹⁰¹⁹. La Cour de cassation reconnaît, dans son rapport annuel, que la résiliation ne s'explique pas par le fait d'un manquement contractuel : « ces arrêts de cassation ne disent pas que la résolution du contrat de vente prive de cause et aussi d'objet le contrat de crédit-bail. Le jeu de ces notions est cependant sous-jacent dans la constatation que, lorsque deux contrats sont aussi étroitement liés, la disparition de l'un ne peut qu'entraîner la disparition de l'autre. Le second contrat, celui de crédit-bail étant à exécution successive, c'est par voie de résiliation qu'il disparaît »¹⁰²⁰.

En matière de location financière, il s'agit aussi de savoir sur qui faire peser le risque, puisque, comme en matière de crédit-bail, le véritable responsable est la société prestataire de service. Le contexte diffère néanmoins quelque peu, puisque l'obligation essentielle du bailleur est moindre. Il est tenu de mettre le matériel à disposition, obligation qu'il exécute, puisqu'il ne confirme le bail que sous réserve de l'original du bon de réception et de conformité signé, imprudemment, par le preneur. En l'absence de promesse unilatérale de vente, la nécessaire continuité de la jouissance est plus discutable.

Dès lors, plusieurs solutions s'offrent au juge. Il peut rejeter le moyen tiré de l'indivisibilité et faire peser le risque sur le client sachant, qu'en l'absence de location, le client devenu propriétaire aurait dû le supporter seul. La société bailleuse n'a, somme toute, pas vocation à endosser le rôle d'une assurance. Cependant, même en ce cas, cela ne fait pas obstacle à la diminution du montant de la clause pénale, ce qui revient à partager les risques. Une décision rendue en appel est, à ce titre, significative. La Cour de Douai a jugé que « bien que le contrat de location et le contrat d'exploitation aient été signés le même jour et que la redevance d'exploitation et le loyer mensuel soient d'un même montant, les appelantes n'ont pu à aucun moment se méprendre sur la portée de leur engagement, même si elles ont fait un mauvais calcul en n'imaginant pas le cas où la société (prestataire de services) ne pourrait plus faire face à ses propres engagements (...) toutefois il appartenait à la société (bailleuse) d'indiquer conformément au contrat (...) le lieu où (les

¹⁰¹⁹ Cela est d'autant plus vrai depuis que, par un arrêt rendu le 30 avril 2003, la troisième Chambre civile a modifié les critères de distinction de la résolution et de la résiliation. Celle-ci ne dépend plus de l'opposition du contrat instantané et du contrat à exécution successive. Elle repose sur l'appréciation croisée du moment et de l'étendue de l'inexécution : si l'inexécution intervient dès la formation et est totale, la résolution avec effet rétroactif est prononcée, alors que si elle intervient en cours de contrat et est partielle, seule une résiliation pour l'avenir se justifie. Outre le fait qu'une résolution partielle est possible (voir, par ex., Cass. com., 13 février 2007), cela signifie que la résiliation a bien pour fonction de reconnaître un manquement contractuel. Bull. civ. 2003, III, n° 87, Rép. Defrénois, 2003, art. 37810, n° 91, p. 1175, note Eric SAVAUX, JCP éd. G., 2003, I, chron. n° 170, p. 1826, obs. Alexis CONSTANTIN, JCP éd. E., 2004, jurispr. n° 30, p. 35, note Mamadou KEITA, JCP éd. G., 2004, II, jurispr. n° 10031, p. 402, note Christophe JAMIN, Petit. aff., 8 déc. 2003, n° 244, p. 6, obs. Geneviève PIGNARRE, RTDCiv., 2003, chron. p. 501, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, RDC, 2004, chron. p. 365, obs. Jean-Baptiste SEUBE.

¹⁰²⁰ Rapport de la Cour de cassation, 1990, III, jurispr. p. 363.

matériels) devaient être restitués afin de pouvoir immédiatement procéder à leur revente (...) la Cour dispose des éléments suffisants pour réduire l'indemnité de résiliation (...) »¹⁰²¹, ce qui a abouti à ne retenir que le cinquième de son montant... La cause ne constitue pas le seul vecteur de l'équité qui peut prendre des formes surprenantes. Il s'agissait bien ici de répartir les risques, quitte à sanctionner le bailleur au titre d'une défaillance contractuelle non essentielle.

La subjectivisation de l'objet. La solution choisie par la Cour de Douai n'est néanmoins pas systématique. La Cour d'appel de Lyon opte pour l'indivisibilité tout en posant des conditions extrêmement restrictives. Elle estime que l'indivisibilité ne résulte ni du fait que les contrats ont été présentés par la même personne, ni de leur signature à la même date, ni même du mandat donné au bailleur d'encaisser les redevances dues au prestataire de service. Elle ne doit être retenue que s'il s'avère que « le matériel est rendu inutilisable à la suite de la défaillance du prestataire »¹⁰²², ce en quoi on voit mal le rapport avec l'indivisibilité des contrats. Elle semble, en réalité, exiger la preuve *d'une spécificité telle de l'objet*, qu'il est impossible pour le preneur de continuer à honorer ses engagements en concluant un contrat de maintenance avec un autre prestataire de service. Le contrat de bail doit perdre toute utilité face à la défaillance de ce prestataire précis¹⁰²³, dont le contrat doit avoir été préalablement résolu¹⁰²⁴, à défaut de quoi l'indépendance juridique contractuelle ne nuit pas à « l'économie générale du contrat ».

Telle est, en définitive, aussi la position de la Cour de cassation¹⁰²⁵ qui a rejeté le moyen tiré de la divisibilité d'un contrat de licences informatiques, d'une part, et de contrats de formation et de maintenance, d'autre part. Elle relève qu'ils « poursuivaient le même but et n'avaient aucun sens indépendamment les uns des autres, les prestations de maintenance et de formation ne se concevant pas sans les licences sur lesquelles elles portaient et l'acquisition de ces licences n'ayant aucune raison d'être si le contrat de mise en œuvre n'était pas exécuté ». La divisibilité est, dans ce cas de figure, invoquée par une société qui a participé à la conclusion de tous les contrats. Par ailleurs, les licences litigieuses n'ont jamais été livrées, de sorte que, s'il s'agit bien d'un problème d'exécution, la gravité du manquement contractuel ne laisse aucun doute. Néanmoins, c'est bien la stricte dépendance des contrats les uns par rapport aux autres en raison *de la spécialisation de l'objet* qui

¹⁰²¹ Douai, 17 mars 1994, RG n° 92/07882, « Mme X c/ SARL Centre de Gaulle », JurisData n° 1994-052816 (nous ajoutons).

¹⁰²² Lyon, 25 janvier 2007, RG n° 05/06563, « Société KBC Lease France c/ Société Caro et Flo », inéd.

¹⁰²³ Lyon, 11 janvier 2007 (deux décisions), RG n° 05/04331, « Société KBC Lease France c/ Société Sud Est Aquatique » et RG n° 05/02131, « M. X c/ Société KBC Lease France », inéd.

¹⁰²⁴ Cass. com., 22 février 2005, RG n° 02-18.366, « Les milles pièces Auto Moto c/ KBC Lease France », JurisData non signalé ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 2006, RG n° 04-11.965, « Fondation de la Faculté de médecine c/ Auxifip », JurisData n° 2006-034298 ; Cass. com., 27 juin 2006, RG n° 05-16.981, « Maisons Monaco c/ Parfip France », JurisData non sign.

¹⁰²⁵ Cass. com., 13 février 2007, op. cit.

motive la décision dans un premier temps. Après la subjectivisation de la cause, la Cour de cassation semble s'orienter vers une subjectivisation de l'objet des contrats.

La prévision des parties n'intervient que dans un second temps et incidemment : « la Cour d'appel n'avait pas à relever que (le fournisseur et prestataire de services) était informé (de la non-exécution), dès lors que cette société avait elle-même conclu les quatre contrats concernés ». La Cour de cassation constate que l'indivisibilité est, en dépit des clauses de non-responsabilité, entrée dans le champ contractuel. Elle confirme ainsi une jurisprudence antérieure¹⁰²⁶, où avait été jugé déterminant, le fait que le crédit-bailleur ait été informé de la destination du bail et qu'il se soit réservé la possibilité d'autoriser l'exploitation du matériel. Il s'agissait du financement, au titre d'un crédit-bail, de matériel diffusant de la publicité dans une officine de pharmacie, laquelle payait les loyers grâce à une partie des redevances versées par le diffuseur, bientôt mis en liquidation judiciaire.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 février 2007¹⁰²⁷ ne contient, pour autant, pas de visa. Cela est saisissant dans la mesure où il s'agit d'une décision qui, à l'occasion d'un autre moyen tendant à voir écarter une clause limitative de réparation, confirme¹⁰²⁸ la dernière jurisprudence dite « Chronopost »¹⁰²⁹. Elle vise explicitement la cause sur le fondement de l'article 1131 du Code civil et relève, *in concreto*, que le comportement du débiteur constitue un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à la clause limitative de responsabilité. La Cour de cassation revient à la première doctrine de la Chambre commerciale et

¹⁰²⁶ Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ. 2000, IV, n° 29.

¹⁰²⁷ Op. cit.

¹⁰²⁸ Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, « Chronopost » (deux arrêts), Bull. civ. 2005, CM, n° 4, JCP éd. G., 2005, II, jurispr. n° 10066, p. 969, obs. Grégoire LOISEAU. Elle a jugé, au visa de l'article 1150 du code civil, que la faute lourde ne devait être appréciée que subjectivement. La jurisprudence avait été confirmée précédemment : Cass. com., 30 mai 2006, P+B+R+I et Cass. com., 13 juin 2006, P+B+R+I, « Chronopost », Bull. civ. 2006, IV, n° 143, JCP éd. E., 2006, jurispr. n° 2591, p. 1892, note Christophe PAULIN, Rev. Lamy droit civil, 2006, n° 31, act. p. 17, obs. François-Xavier TRAIN.

¹⁰²⁹ Elle met un terme à la longue évolution de la jurisprudence. Voir Cass. com., 22 octobre 1996, « Chronopost », Bull., IV, n° 261, D., 1997, jurispr., p. 121, note Alain SERIAUX, D., 1997, chron. p. 145, obs. Christian LARROUMET, D. aff. 1997, p. 235 et p. 247 notes Philippe DELEBECQUE, Rép. Defrénois, 1997, doct. n° 20, p. 333, obs. Denis MAZEAUD, JCP 1997, I, chron. n° 4002, p. 88, obs. Muriel FABRE-MAGNAN ; Cass. com., 9 juillet 2002, « Chronopost », Bull. civ., IV, n° 121, JCP éd. G., 2002, II, jurispr. n° 10176, p. 2031, obs. Grégoire LOISEAU et Marc BILLIAU ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, « Brink's », Bull. civ. 1997, I, n° 349, JCP éd. G., 1998, IV, somm. n° 1158, p. 159, JCP éd. G., 1998, I, chron. n° 144, p. 1097, note Geneviève VINEY, D., 1998, somm., p. 200, obs. Denis MAZEAUD. La Chambre commerciale avait d'abord estimé que la clause limitative de responsabilité du transporteur contredisait la portée de son engagement, dont l'obligation essentielle résidait dans la célérité, et devait donc être écartée sur le fondement de la cause. Puis, elle a considéré qu'écarter la clause, en raison de l'obligation de résultat de la société Chronopost, devait aboutir à appliquer le plafond légal d'indemnisation prévu par décret en matière de transport. La Chambre civile avait, de son côté, refusé de recourir à la cause et estimé que le manquement « aux conditions substantielles » du contrat constituait en soi une faute lourde équipollente au dol permettant d'écarter les clauses limitatives de responsabilité, sur le fondement de l'article 1150 du Code civil.

subjectivise la cause. Elle apprécie la validité d'une clause en ayant égard, non pas à son essence, mais au comportement fautif du débiteur qui a entraîné la ruine de « l'objectif final des contrats ». D'une appréciation abstraite de la contrepartie, il est substitué une analyse concrète de l'utilité et de l'équilibre des obligations contractuelles. Pratiquement, alors que le choix d'écarter une clause limitative de responsabilité sur le fondement de la faute objective, limite le pouvoir d'appréciation du juge au caractère essentiel de l'obligation sur laquelle porte la clause, le recours à la cause teintée de subjectivisme permet, en outre, de prendre en compte le comportement du débiteur. La question préalable de la résiliation du contrat de louage par effet de la résolution des contrats de vente et de prestation de service n'est pas similaire. Le défaut de cause, relié à la spécificité de l'objet, qui seuls peuvent expliquer l'indivisibilité sont conçus comme des préalables au raisonnement. Ils n'en constituent pas le fondement. La motivation est centrée sur l'impossibilité de sauver le contrat de louage en raison de la spécificité de l'objet et cela correspond davantage à l'esprit de la résolution judiciaire, qu'à celui de la nullité. Si, d'une façon ou d'une autre, le preneur avait eu la possibilité de trouver un autre prestataire de service et s'il n'a pas effectué les démarches nécessaires, alors son comportement est constitutif d'une faute qui justifie la résolution du bail à ses torts.

La résolution ne permet pas de justifier la résiliation aux torts du bailleur. Aucun manquement contractuel, fautif ou pas, ne peut lui être reproché, en raison de la clause de non-responsabilité relativement à la conformité de l'objet, et de la clause de cession de tous ses droits et actions contre le vendeur. Telle est la différence majeure avec la configuration de la jurisprudence Chronopost. L'obligation essentielle du bailleur est réduite à rien, sinon au constat de l'acte purement matériel de livraison du matériel par le prestataire de service. Cependant, l'utilisation de l'article 1184 du code civil est mieux adaptée que la nullité, dans la mesure où il ne s'agit pas simplement d'invalidier une clause limitative de réparation, mais bien de remettre en cause la raison sociale de la société bailleuse. Celle-ci donne à bail du matériel acheté à des professionnels, en étant, certes, informée de sa destination, mais sans en connaître les spécificités techniques. La Cour de cassation ne s'est pas octroyé le pouvoir d'anéantir une branche professionnelle en imposant une garantie lourde au bailleur. Elle se réserve la possibilité d'apprécier concrètement l'utilité et l'équilibre de l'ensemble contractuel, *en se servant de la cause, indexée à la spécificité de l'objet*. C'est ainsi que le matériel diffusant des publicités pour une société, les logiciels et les licences d'exploitation informatiques ne sont pas divisibles des prestations d'installation et de maintenance, contrairement à celles qui accompagnent du matériel non spécifique comme une machine à café, un distributeur d'eau ou du matériel photographique et téléphonique.

La cause n'est pas cristallisée au stade de l'exécution du contrat par analogie à la cause -

formation classique. Elle joue le rôle d'une condition préalable qui, sans préjuger du sort du contrat, offre les moyens aux parties, puis au juge, d'apprécier concrètement les conséquences de l'inexécution qui relève à l'origine de la responsabilité de la société prestataire de service. Même en présence de clauses de non-responsabilité, ce ne sont pas exclusivement les motifs, objectifs ou établis dans une commune intention, qui forment la cause. Elle se double de l'appréciation, pragmatique et subjective de l'objet, de sorte que le champ de la résolution est étendu dans des limites raisonnables et prévisibles. *L'intention des cocontractants, l'interdépendance de leurs obligations et la spécificité de l'objet du contrat forment un écheveau de conditions d'appréciation de l'indivisibilité qui, dans ce cas précis, ne se réduit pas, elle et son pendant, l'économie générale du contrat, à une formule de style.* Dans ce cas de figure, l'indivisibilité résulte d'un subtil recoupement de concepts et permet de répartir les risques sans préjuger de la capacité financière, de la volonté ou de la bonne foi de chacun.

Sans passer par une nomination de l'objet, la qualification a permis d'indexer une notion apparemment discutable dans son principe, mais c'est bien en l'indexant aux conditions particulières du contrat que la jurisprudence est parvenue à motiver la solution qu'elle estimait équitable.

Il paraît, en conséquence, exagéré d'assigner à la notion de qualification une fonction de justification de l'ordre juridique préétabli et c'est en ce sens que l'indexation devient utile et nécessaire à la qualification. La qualification ne s'appuie pas sur une structure juridique préétablie pour la raison que cette dernière se modifie au moment même où la qualification est utilisée pour indexer une situation particulière au corpus juridique. La qualification ne s'appuie pas sur un ordre ontologique, mais contextuel. Or, le contexte implique des sujets qui se situent eux-mêmes objectivement par rapport au droit, des projets pluriels du droit, mais aussi différentes stratégies de définitions, de regroupements catégoriels et de mises en rapport toutes assises sur la distinction – indexation. De ce point de vue, cette dernière constitue un point d'ancrage nécessaire à la qualification.

167. — **CONCLUSION**

La distinction reflète la manière dont les juristes envisagent la réalité juridique et offre donc la possibilité de repenser certaines notions du droit, spécialement celles dont la conceptualisation est perçue comme un échec. La notion d'embryon participe de ce sentiment probablement parce qu'elle est rattachée directement ou indirectement au concept de la personnalité juridique, mais aussi parce qu'elle est problématisée dans une optique de résolution et de subsomption sous la *summa divisio* des choses et des personnes. L'indexation présente l'avantage de problématiser le processus de construction des notions juridiques, plutôt que leur résultat. Elle implique que ce n'est pas l'ordre global qui fait sens en étant plus harmonieux ou mieux défini, mais les contextes entre eux interprétés, regroupés au travers des séries d'index. Les façons de les utiliser sont plurielles en sorte que plusieurs solutions peuvent être acceptées simultanément dans des contextes différents et que toutes sont exactes et prévisibles. En analysant les séries d'index ouverts dont le droit est constitué, l'indexation permet de résoudre les difficultés de raisonnement juridique engendrées par les conceptions socioculturelles de départ. Elle permet de dépasser les interrogations du juriste confronté à une classification qui fait obstacle à la construction d'un statut particulier et qui aboutit, dans son esprit, à des exceptions, des fictions ou des situations *sui generis*. Il lui faut pour cela abandonner ses réflexes de qualification axés sur le nominalisme. L'étude des ordres contextuels restreints convainc de ce qu'une solution juridique ne requiert pas forcément le dévoilement d'un sens véritable, c'est-à-dire une nomination de l'objet conditionnant sa réalisation dans le droit.

CHAPITRE II

LE SAVOIR JURIDIQUE OUVERT AUX CONFLITS D'INTERPRETATION

168. — L'objet de ce chapitre vise à sortir des principes de dualité et de non-contradiction issus de la pensée systémique et qui conduisent, d'une part, à exclure les antinomies du mode de raisonnement juridique et, d'autre part, à envisager le savoir juridique selon une division du Genre et de l'espèce sans conscience du processus d'indexation propre au droit¹⁰³⁰.

Bien entendu, tout savoir repose sur *des* distinctions qui sont nécessaires à la compréhension d'un corpus particulier, lequel est guidé par un projet qui lui est propre. Toutefois, ce constat ne devrait pas nécessairement aboutir à en déduire que *la* distinction a alors pour fonction d'ordonner la matière juridique selon des principes descriptifs issus d'un savoir juridique d'ensemble. En effet, « c'est verser dans un vain optimisme que de penser que *savoir* sert automatiquement à savoir »¹⁰³¹. Il est possible d'envisager que, dans le cadre du savoir juridique, la distinction a aussi pour fonction d'indexer au droit la réalité socioculturelle construite, c'est-à-dire de confronter les projets propres à un univers culturel donné aux projets propres à l'univers du droit en les transformant en fonction d'un troisième projet préalablement construit. Ce dernier qui aboutit à constituer un savoir est, en tant que tel, élaboré en fonction d'évidences partagées et dépendant de qui l'utilise. En somme, il s'avère fondamentalement sujet au doute.

Il n'est toutefois pas question de confondre le savoir juridique et son objet, le droit. Le savoir

¹⁰³⁰ Cf. *supra* partie I, tit. II, chap. II.

¹⁰³¹ Gaston BACHELARD, « La formation de l'esprit scientifique », Librairie Vrin, Paris, 1938, p. 15, (l'auteur souligne).

n'a de raison d'être que dans la mesure où il n'assure pas la même fonction que le droit. Dans cette optique, alors que ce dernier a une visée normative, le savoir juridique a une visée descriptive. Mais est-ce à dire que ces visées leur confèrent une structure fondamentalement différente : que le droit *est* normatif et le savoir descriptif ? Cette perspective est discutable dans le cadre de l'indexation, qui part du postulat que toute réalité est construite sur des données socioculturelles organisées modifiant la vision du sujet connaissant. De ce point de vue, le droit ne peut pas être uniquement normatif et le savoir seulement descriptif.

Dès lors, il convient d'envisager certains procédés d'interprétation aptes à remettre en cause les principes de la pensée systémique et à montrer que le savoir se construit de manière analogue au droit en dépit de leur différence d'objet. Pour ce faire, nous envisagerons le savoir juridique sous deux angles : celui, en premier lieu, des antinomies, conçues comme un mode d'interprétation à part entière (section 1) ; celui, en second lieu, de la fonction résolutoire indirecte du savoir due à sa capacité d'indexation, laquelle relativise la dichotomie du normatif et du descriptif fondant habituellement la science juridique dans une conception normativiste (section 2).

Section 1 La réhabilitation de l'antinomie comme mode d'interprétation

169. — Une approche aporétique – ou complexe – des antinomies consiste à tenter de considérer ces dernières autrement que dans une perspective de résolution.

Réduire l'antinomie à « un problème avec des solutions » conduit invariablement à vouloir la résoudre par l'interprétation, parfois au moyen de la distinction des antinomies « réelles » et des antinomies « apparentes », méthode qui s'est pourtant avérée discutable. De surcroît, le fait de considérer l'antinomie comme une anomalie passagère du système juridique induit une confiance trop absolue envers les classifications, lesquelles codifient des solutions interprétatives sans avoir toujours égard à la source de la problématique. L'utilité interprétative des antinomies est alors sacrifiée au nom du principe d'unité et de non contradiction du droit conduisant à une certaine rigidité des solutions juridiques¹⁰³².

Admettre que l'antinomie n'est pas seulement un problème, mais aussi un mode d'interprétation à part entière permet de l'appréhender comme une trace normale du processus d'indexation propre au droit. L'antinomie se conçoit alors comme une distinction qui n'a pas vocation à être réduite, au sens absolu que ce terme revêt habituellement, pour la simple raison qu'elle est le résultat d'une confrontation entre plusieurs projets socioculturels et juridiques. La diversité des projets au sein du corpus, concrétisés par des séries d'index ouverts à visée normative permet de mieux comprendre la dynamique de l'antinomie au sein du droit lorsqu'elle est conçue comme un indice du processus d'indexation (§1) impliquant la nécessité pour l'observateur de ne pas vouloir maîtriser entièrement chaque étape de l'interprétation. Cette dernière consiste alors en une sorte de lâcher-prise qui admet « l'erreur » comme moyen d'évolution vers une solution juste et qui, en tant que telle, garantit la cohérence des solutions juridiques (§2).

§1 L'antinomie, une trace du processus d'indexation

170. — Dès lors que l'antinomie n'est pas conçue comme un problème à résoudre par l'interprétation, mais comme un type de distinction dont l'objet est de relier - sans réduire - les projets complexes issus de la réalité socioculturelle et du corpus juridique, elle devient non

¹⁰³² V. le développement de l'ensemble de ces arguments, *supra*, partie I, tit. II, chap. II, sect. 1.

seulement possible intellectuellement, mais aussi nécessaire à la réalisation du droit. L'antinomie met en lumière certains paradoxes de pensée qui contribuent à rendre le corpus juridique signifiant.

171. — **Les paradoxes de pensée révélés par l'antinomie.** L'antinomie est présente à chaque fois que deux ou plusieurs significations prêtées à une ou plusieurs règles dans le cadre de l'interprétation se révèlent incompatibles, c'est-à-dire ne peuvent être appliquées simultanément. Par règle, il est bien entendu possible d'entendre le texte de loi, les définitions et les catégories, en somme, tout outil rendant les index du droit apparents. Dans un précédent développement¹⁰³³, nous avons tenté de montrer que, d'une manière générale, plus le sens d'une règle s'approfondit, c'est-à-dire opère une différenciation de ses fonctions, moins le sens apparent du texte de la règle devient évident. La règle disparaît derrière l'interprétation axée sur une scission des fonctions qui lui ont été rétrospectivement attribuées. Ce paradoxe est inhérent à l'approche antinomique et, dans cette logique, il semble nécessaire de rester prudent face à une codification des fonctions d'une règle qui peut parfois appauvrir les possibilités de réalisations textuelles – donc non arbitraires – de cette dernière. Par ailleurs, rendre apparentes les solutions possibles de l'interprétation est d'autant moins opportun lorsqu'une notion peut être traitée par le biais d'une mise en rapport de la distinction n'ayant pas vocation à aboutir à des statuts qualifiés. L'interprétation antinomique est en effet présente à ce niveau et la manière dont l'égalité juridique est appréhendée en constitue un bon exemple.

172. — **Illustration du paradoxe de pensée à travers la notion d'égalité.** La distinction de l'égalité formelle ou égalité devant la loi et de l'égalité matérielle ou égalité dans la loi, illustre un paradoxe de pensée à l'œuvre dans le droit.

L'égalité formelle devrait apparemment être relativement simple à cerner en raison de l'absolu qui la caractériserait. Elle est parfois perçue comme la conséquence directe de la généralité et de l'universalité de la loi impliquant que « l'auteur des règles de droit est contraint de ne poser que des règles qui s'appliquent à tous de façon identique, sans pouvoir déroger au caractère universel de leur application ; quant au juge, son office est des plus réduits puisqu'il ne sanctionne que les ruptures les plus flagrantes à ce principe »¹⁰³⁴. Adhémar Esmein écrit, dans la même logique, que « l'égalité devant la loi (...) consiste en ce que tous les citoyens ne forment qu'une classe unique de sujets à l'égard desquels la loi statue uniformément et indistinctement sans acception de personnes »¹⁰³⁵. L'égalité formelle s'oppose alors nettement à l'égalité matérielle qui intéresse le

¹⁰³³ Cf. *supra*, partie I, tit. II, chap. II, section 1, §2.

¹⁰³⁴ Jacques BUISSON, *Principe d'égalité et discriminations positives*, RFFP, 1998, n° 63, p. 38.

¹⁰³⁵ Adhémar ESMEIN, « *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* », t. I, 8^{ème} éd., rev. par Henri

contenu des droits et qui ne sont en aucun cas uniformes, puisqu'ils tiennent compte de différences de situations tenant aux ressources, aux mérites, à la situation géographique, à l'âge, la capacité, la profession, le statut familial, et ainsi de suite. Dès lors, certains auteurs¹⁰³⁶ portent leurs efforts de conceptualisation sur la notion d'égalité matérielle, laquelle doit pouvoir justifier des raisons fondant une différenciation catégorielle des situations juridiques. Pourtant, l'opposition de l'égalité devant la loi et par la loi n'est pas aussi tranchée qu'il y paraît au premier abord et la notion de justice formelle mise en évidence par Charles Perelman, permet de relativiser cette frontière.

Remise en cause de la distinction – opposition égalité formelle/égalité matérielle. Selon Charles Perelman, le recours à la justice formelle correspond à la règle de justice qui signifie « qu'il est juste de traiter de la même façon des situations essentiellement semblables »¹⁰³⁷. Loin de se confondre avec une uniformité réelle de départ, la justice formelle suppose donc des distinctions. Le critère de la similarité des situations rapproche sensiblement les notions d'égalité formelle et d'égalité matérielle, l'une ayant des incidences sur l'autre. La question se pose toutefois de savoir comment la dialectique de la justice formelle se traduit dans les faits. Le rapport annuel du Conseil d'État consacré, en 1996, au principe d'égalité, fait référence dès ses toutes premières pages¹⁰³⁸ à la dichotomie de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle. Au terme d'une brève introduction historique, il y est écrit que, sous l'influence de Jean-Jacques Rousseau, « l'égalité est alors réalisée par et devant la loi tandis que, réciproquement, la généralité et l'universalité de la loi contiennent par elles-mêmes le principe d'égalité. La conséquence de cette philosophie pourrait être "d'épuiser le principe d'égalité dans la légalité" si dès l'époque jacobine n'était apparue, au-delà de l'égalité formelle devant la loi, une volonté de tendre vers l'égalité réelle »¹⁰³⁹. Cette opposition apparente de l'égalité devant et dans la loi devrait toutefois être relativisée au vu de la manière dont le Conseil d'État aborde les applications pratiques du principe d'égalité. La juridiction administrative fait état de la théorie de la différence de situations qui remplit un double office : forger une grille de lecture apte à déterminer les critères de légalité des lois ; limiter l'étendue de son propre contrôle afin de ne pas empiéter sur le pouvoir législatif. Les hauts magistrats distinguent à cet effet trois catégories de différences de traitement¹⁰⁴⁰ :

Nézard, L. Ténin, Paris, 1927-1928, p. 583.

¹⁰³⁶ V. par ex. Gérard CORNU, Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, trav. de l'assoc. Henri Capitant, t. XIV, 1965, p. 87.

¹⁰³⁷ Charles PERELMAN, « Logique juridique. Nouvelle rhétorique », Dalloz, Paris, 1999, n° 49, p. 100 ; et « Justice et raison », 2^{ème} éd., Université de Bruxelles, 1972, p. 9 à 80, spéc. p. 26. V. pour une conception assez proche de la notion de justice formelle, Charles LEBEN, Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité, RDP, 1982, I, p. 295.

¹⁰³⁸ Conseil d'Etat, « Rapport public 1996 : Sur le principe d'égalité », La documentation française, Paris, 1997.

¹⁰³⁹ Ibid., p. 23.

¹⁰⁴⁰ Ibid., p. 39 s.

- Celles « interdites en toutes circonstances » ;
- Celles « acceptables au regard de différences de situation concrètes » ;
- Celles « justifiées par un motif d'intérêt général ».

La relativité de la notion d'égalité. Si le Conseil d'État s'en tenait à cette seule classification, ce qui n'est pas le cas, elle serait éminemment critiquable. En effet, le Conseil d'État définit « les distinctions interdites en toute circonstances » comme celles « incompatibles avec la condition humaine », c'est-à-dire essentiellement fondées sur « l'origine, la race et la religion »¹⁰⁴¹. Dans un deuxième temps, les distinctions sont considérées comme légales lorsque, d'une part, elles ne sont pas interdites absolument, et que, d'autre part, les conditions d'une différence de situation sont remplies. À défaut, les distinctions sont, dans un troisième temps, justifiées « par dérogation » : dès lors que la différence de situation, qui doit faire l'objet d'un contrôle préalable, n'est pas constituée, elle n'est admise qu'à la double condition qu'elle ne relève pas du domaine des distinctions interdites et qu'elle soit justifiée par un motif d'intérêt général. Autrement dit, la classification repose sur l'exclusion de qualités censées relever de la dignité de l'être humain, conçu comme un être doté de qualités naturelles constituant l'être humain par nature, par opposition aux conditions socioéconomiques qui interviennent en aval de cet être humain, et qui ne sont qu'accessoires à lui. Elles sont alors conçues comme susceptibles de créer des inégalités auxquelles la loi peut remédier. La nature est opposée à la culture et comme cette opposition ne permet pas de comprendre toute la réalité, il est recouru à l'exception – exorbitante ? – de l'intérêt général. Un exemple tiré du rapport sur l'égalité illustrant « les distinctions interdites en toute circonstance », permettra d'éclairer ce propos plus avant.

Par une décision du 24 octobre 1990, le Conseil d'État a annulé une circulaire réservant par priorité les emplois publics vacants dans un département d'outre-mer aux candidats originaires ou dont le conjoint est originaire de ce département¹⁰⁴². Pour expliquer cette décision, le Conseil d'État estime que « le droit public français "s'attache à la généralité de la règle là où la personne est en cause" alors que, comme on va le voir, "il s'adapte au concret là où il se trouve en présence des hommes face à leurs travaux et à leurs peines" »¹⁰⁴³. Précisément, dans cet exemple, on voit mal en quoi « la personne » est davantage en cause que « le travailleur » originaire d'outre-mer placé dans une difficulté d'emploi en outre-mer. L'homme n'est-il pas placé face à ses travaux et à ses peines dans un contexte de chômage en outre-mer ? Si le critère de la dignité apparaît séduisant, il ne

¹⁰⁴¹ *Rappr.* Charles LEBEN, qui estime que les distinctions matérielles « interdites en toutes circonstances par la Constitution » sont celles portant sur la race, la religion et la croyance. Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité, op. cit., p. 341 s.

¹⁰⁴² CE, 24 octobre 1990, Ministère des postes, des Télécommunications et de l'Espace c/ Vignon, n° 99457, cité par le Conseil d'État, rapport préc., p.40.

¹⁰⁴³ Conseil d'État, rapport préc., p. 40 et 41, (cite Jean Rivero dans le texte).

résiste pas à l'épreuve d'une philosophie pratique.

Pour prendre un autre exemple, il n'est pas niable que certains handicaps sont naturels au sens de biologiques, mais *leur définition en tant que handicap et leur prise en charge est, en revanche, toujours culturelle* et c'est pour cette raison que la distinction n'est pas valable. Ce n'est pas le handicap – différence naturelle – qui pose problème, mais bien l'exclusion qu'il engendre – exclusion socioculturelle due à l'organisation du travail dans la société, à une précompréhension de l'anormalité, à la manière d'envisager et de découper le temps, qui justifie l'intervention du droit¹⁰⁴⁴. Dans le cadre des notions construites d'efficacité et de rendement, axées sur le rapport qualité/quantité, le handicap, facteur de ralentissement, donc de perte de temps, constitue logiquement une cause d'exclusion dans les sociétés occidentales.

Il ne s'agit nullement de remettre en cause l'intervention du droit pour remédier à des inégalités consécutives à la réalité du fonctionnement de la société¹⁰⁴⁵, mais seulement de prendre conscience

¹⁰⁴⁴ *Comp.* Gérard CORNU, Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, op. cit. L'auteur distingue les inégalités dont l'origine est « naturelle » comme l'âge, le sexe, l'infirmité et les inégalités dont l'origine est « sociale », comme la richesse, la classe, le milieu, la profession. Selon lui, la prise en compte d'une inégalité naturelle ne conduit pas nécessairement à une atteinte à l'égalité civile, alors que le traitement des inégalités sociales traduit une discrimination positive. Gérard Cornu prend l'exemple des protections salariales de la femme pendant et après la grossesse. Il estime que, bien qu'il s'agisse juridiquement d'un « privilège de féminité », « la concession à la nature » est justifiée car elle bénéficie à la femme, « aux éventuels maris », « aux enfants à naître » et, finalement, à « la nation toute entière (...) ces vacances dans l'immunité ne gênent que les employeurs », (p. 99). À notre sens, cette dernière remarque remet précisément en cause le fait que le critère de protection juridique se soit effectivement forgé à partir d'une différence d'origine naturelle. C'est bien la réaction sociale, due à la manière dont la société est organisée et pensée, qui rend la grossesse problématique, non le fait de grossesse lui-même. La grossesse s'accompagne de tout un imaginaire social et qu'elle ait une connotation positive ou négative, selon le contexte, montre bien qu'elle ne devient un trait pertinent du droit qu'à partir des élaborations socioculturelles que le droit indexe selon ses propres projets et son propre découpage.

¹⁰⁴⁵ Sur le plan de l'accès à l'assurance et au crédit des personnes handicapées, si la discrimination est rationnelle sur le plan économique, statistiquement fondée sur le plan médical, elle reste inadmissible sur le plan moral. C'est pourquoi, en droit, le critère discriminant du critère de santé est plus ou moins encadré par un dispositif légal destiné à en atténuer les effets. La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du service de santé, (modifiée par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 relative à l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées), prévoit que l'Etat, les associations et les organismes intéressés doivent conclure « une convention relative à l'assurance des personnes exposées à un risque aggravé du fait de leur état de santé ou d'un handicap (qui) détermine les modalités particulières d'accès à l'assurance contre les risques d'invalidité ou de décès en faveur de ces personnes qui ne peuvent trouver dans le cadre des pratiques habituelles de l'assurance de garantie des prêts à la consommation, immobiliers ou à caractère professionnel » (articles L. 1141-2 du Code de la santé publique et L. 133-1 du Code des assurances). Cette loi constitue le cadre de la convention professionnelle du 19 septembre 2001, dite convention Bellorgey, remplacée le 1^{er} janvier 2007 par la convention du 26 juin 2006, dite convention AERAS destinée à limiter l'intrusion des organismes de crédit et d'assurance dans la vie privée des personnes en instituant des questionnaires médicaux types et en renforçant le devoir d'information des établissements concernés, des pouvoirs publics et des associations. Elle élargit le dispositif en prévoyant des seuils d'âge, de durée et de montant de prêts moins restrictifs et elle inclut le risque d'invalidité « pour la partie de ce risque qui peut être techniquement assurable » dans son champ d'application. Les banques s'engagent, quant à elles, à « fonder leur décision de prêt sur le seul critère de la solvabilité du candidat à l'emprunt ». Enfin, la convention met en place un système de mutualisation privée des surprimes (pour les

qu'il ne peut pas exister de « distinctions interdites en toutes circonstances » au sens définitif du Conseil d'État. Pour prendre un dernier exemple dans le domaine des distinctions interdites, comment admettre l'absolu de l'égalité en matière de religion, de croyances et de race, dès lors, qu'en droit français, l'excision fait l'objet de poursuites pénales et non la circoncision pour motifs religieux ? Cette position est justifiée au regard de tout un ensemble de valeurs essentielles de la République, dans la mesure où l'excision présente un caractère de violence d'une très grande gravité pour les femmes, alors que la circoncision est sans conséquence pour les hommes. Mais sur le plan des stricts principes, l'atteinte à l'intégrité physique est caractérisée¹⁰⁴⁶ dans les deux cas. L'ampleur ou la nature du préjudice – la mutilation invalidante dans un cas, sans conséquence dans l'autre -, ne devrait en principe pas être pris en compte par le droit pénal dès lors que l'acte de violence est avéré. L'absence de poursuite pénale des personnes ayant recours à la circoncision se justifie par la tradition, la coutume étant un fait justificatif du droit pénal au même titre que la loi. S'agissant de l'excision, le motif tiré de la permission de la coutume a été rejeté par les tribunaux français¹⁰⁴⁷ au nom de l'ordre public international, ce qui est encore une fois justifié au regard des valeurs de la société française. Il n'est pourtant pas niable que celle-ci concerne de près les religions et les croyances africaines. Il est donc clair que l'interdit dans un cas et la permission dans l'autre ne reposent pas sur une approche *logique*, mais qu'ils renvoient à la culture occidentale. En conséquence, dire qu'il existe des « distinctions interdites en toutes circonstances », spécialement celles fondées « sur un motif religieux », s'avère inexact. L'égalité est relative car elle est tributaire du caractère acceptable d'une solution qui n'a pas d'équivalence rationnelle. Comme a pu l'écrire Henri Buch, « traduction d'une réalité sociale combien mouvante et empreinte de contradiction, le droit ne peut ni ne doit vouloir être une mécanique céleste »¹⁰⁴⁸.

La dialectique de l'égalité formelle dans l'égalité matérielle. La position du Conseil d'État ne saurait toutefois se résumer à une opposition de l'égalité absolue et de l'égalité relative, complétée par une dérogation liée à l'intérêt général. La théorie de la différence de situations est suffisamment porteuse pour créer une dialectique de l'égalité formelle dans l'égalité matérielle.

personnes dont le revenu est inférieur ou égal au plafond de la Sécurité sociale). La loi a, dans ce cas de figure, une fonction comminatoire. Le législateur s'appuie sur les associations professionnelles pour chercher un compromis et laisse planer la menace de la modification ou de la substitution législative unilatérale si l'accord est jugé insuffisant. Dans le même esprit, le législateur consacre des principes au profit des personnes dites à risque aggravé qui interdisent théoriquement une régression.

¹⁰⁴⁶ Elle justifie d'ailleurs que la circoncision soit parfois traitée dans son volet civil. V. Jean HAUSER, Exercice en commun de l'autorité parentale et personne de l'enfant : la circoncision n'est pas un acte usuel, note sous Lyon, 2^e civ., 25 juillet 2007, RTDCiv. 2008, chron. p. 99, n° 24, JCP 2007, IV, p. 1028.

¹⁰⁴⁷ Paris, 10 juillet 1987, D. 1987, I.R. p. 197. V. aussi Cass. crim., 9 mai 1990, Droit pénal, 1990, n° 291 ; Rev. sc. crim. 1991, p. 565, obs. G. LEVASSEUR.

¹⁰⁴⁸ Henri BUCH, Conception dialectique des antinomies juridiques, in « Les Antinomies en droit », œuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 382.

Conçue comme « une adaptation du principe (d'égalité) aux réalités »¹⁰⁴⁹, une différence de traitement se justifie au moyen de quatre critères cumulatifs¹⁰⁵⁰ :

- La différence de situation doit être « objective et rationnelle » afin d'assurer « la sécurité juridique des personnes et de les protéger de l'arbitraire ».
- Elle doit être en rapport avec l'objet ou le but de la loi ou du règlement qui l'établit.
- Elle doit être suffisamment nette pour justifier la différence de traitement.
- La différence de situation doit, enfin, être proportionnelle à la différence de traitement.

Bien que le premier critère soit discutable dans son principe dans la mesure où toute appréciation est nécessairement subjective et que la subjectivité n'équivaut en aucun cas à une appréciation arbitraire¹⁰⁵¹, le Conseil d'État ne procède pas par voie de statut. Il établit une grille de lecture apte à la fois à établir les limites de son contrôle formel et à dégager les critères de l'égalité matérielle. Les juges doivent en effet satisfaire à la mission antithétique consistant à examiner la légalité et la conventionnalité des actes administratifs, tout en n'empiétant pas – ou le moins possible¹⁰⁵² – sur le pouvoir souverain du législateur. Cela explique que le Conseil d'État ne soit pas aussi volontariste que les juridictions communautaires et européennes et notamment, que contrairement à la Cour de justice des communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'Homme, il ne contrôle pas pleinement la règle de la proportionnalité¹⁰⁵³. Le principe d'égalité est réalisé sous ses deux aspects, formel et matériel, puisque la théorie de la différence de situations permet d'offrir la possibilité aux justiciables d'accéder au juge dans la limite du pouvoir juridictionnel de ce dernier, lequel se définit de manière abstraite, mais aussi par les termes matériels de chaque loi contestée (égalité formelle) ; limite de pouvoir qui influence nécessairement le contenu de l'égalité matérielle. Cette dialectique de l'égalité formelle dans l'égalité matérielle est particulièrement frappante dans la manière dont le Conseil d'État apprécie la proportionnalité de la différence de traitement par rapport à la différence de situation.

La dialectique de l'égalité réalisée par le contrôle matériel de proportionnalité, consécutif au refus d'établir la règle formelle de proportion. À l'occasion de l'étude du raisonnement analogique, nous avons démontré que l'analogie peut consister en une proportion et nous avons alors insisté sur le fait que ce n'est pas l'analogie qui crée le rapport de proportionnalité mais bien la

¹⁰⁴⁹ Conseil d'État, rapport préc., p. 43, (nous ajoutons).

¹⁰⁵⁰ Conseil d'État, rapport préc., p. 41 s.

¹⁰⁵¹ Cf. *supra*, sur la distinction des appréciations objectives, subjectives et arbitraires, partie I, tit. II, chap. II, sect. 1, § 2 ; et sur la distinction des mises en rapport de type arbitraire et de type analogique, partie II, tit. I, chap. II, sect. 1, § 3 et sect. 2.

¹⁰⁵² V. les remarques critiques de Guy BRAIBANT, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, in « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence », colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, Paris, 1989, p. 97.

¹⁰⁵³ Conseil d'État, rapport préc., p. 37.

proportion qui institue l'analogie dans une stratégie bien comprise¹⁰⁵⁴. On comprend dès lors que le Conseil d'État se refuse à apprécier la proportion elle-même et se contente d'apprécier l'ampleur et les modalités de la différence de traitement instituée par la loi au regard de la différence de situation¹⁰⁵⁵. Le rapport de proportionnalité lui-même relève du domaine du souverain. C'est ainsi que le Conseil d'État¹⁰⁵⁶ a estimé que le fait de subordonner l'allocation aux adultes handicapés à une condition de régularité de séjour, n'est pas incompatible avec l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales consacrant le principe de non-discrimination, ni même avec l'article 1^{er} du protocole additionnel relatif au respect de ses biens. « Le critère est objectif et rationnel » et « en rapport avec les buts de la loi ». En outre, le décret qui fixe la liste des titres de séjour ouvrant droit à une telle prestation et qui en exclut les autorisations provisoires n'est pas illégal malgré la discrimination instituée par rapport à d'autres prestations comme l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale. Le Conseil d'Etat estime que le principe d'égalité devant la loi n'est pas méconnu car les prestations « sont de nature différente ». Autrement dit, alors que l'exclusion de certains titres de séjour pour l'affiliation à la sécurité sociale aurait pu apparaître inadéquate, elle se justifie dans le cadre de prestations de nature différente.

Dans une autre décision, la haute juridiction¹⁰⁵⁷ considère que le fait pour la Polynésie française de prévoir, par une loi de pays, une taxe particulière pour les tabacs et les alcools d'importation n'est pas illégale au regard de l'objectif de santé publique de réduction de la consommation de ces produits. En revanche, le Conseil d'Etat invalide la dérogation prévue au profit « des établissements de restauration qui auront passé une convention d'agrément touristique avec le territoire » et motivée par l'intérêt que ces établissements représentent pour le développement touristique. Le Conseil d'Etat estime que la différence de situation résultant de cette exonération ne repose pas sur des bases clairement définies et qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'elle est en rapport avec l'objectif d'intérêt général poursuivi, soit le développement touristique. Surtout, il observe qu'il n'est pas démontré qu'elle ne porte pas une atteinte excessive à l'objectif de santé publique poursuivi par la loi, ainsi qu'au principe d'égalité devant l'impôt. Il ressort de cette décision que les juges s'interdisent, comme dans le premier exemple, d'établir le rapport de proportionnalité qui, sur le plan matériel, permettrait de juger de l'opportunité d'une différence de traitement, en fait de l'intérêt public défini par les assemblées législatrices. Ils se limitent à un jugement d'adéquation, qui suppose une appréciation de la différence de traitement par rapport à la norme d'intérêt général

¹⁰⁵⁴ Cf *supra*, partie II, tit. I, Chap. II, sect. 2, §2, 2.4.

¹⁰⁵⁵ V. Nicole BELLOUBET-FRIER, qui assimile le contrôle de la proportionnalité à « un principe d'adéquation qui s'apprécie concrètement ». Le principe d'égalité, AJDA, n° spéc. 20 juill-20 août 1998, p. 160.

¹⁰⁵⁶ CE, 12 décembre 2003, n° 235234, *Mokrane et Barbara*, Lebon tables.

¹⁰⁵⁷ CE, 22 mars 2006, n° 288757, *SARL Sajega c. La Polynésie française*, JCP éd. A. 2006, act. 293.

définie par la loi. Le Conseil d'État ne définit pas ce qui relève ou ne relève pas de l'égalité en s'interdisant de contrôler le rapport de proportionnalité en lui-même. Il apprécie ses réalisations en fonction du double enjeu de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle.

L'influence de l'égalité formelle sur l'égalité matérielle. Un dernier exemple, commun aux deux ordres de juridictions, permet de mieux comprendre l'impact de l'égalité formelle sur l'égalité matérielle. Loin de mettre un terme à l'affaire qu'il est désormais convenu d'appeler *Perruche*¹⁰⁵⁸, la loi du 4 mars 2002¹⁰⁵⁹ a donné lieu à de nouvelles interprétations relativement à son application dans le temps. Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁰⁶⁰, le Conseil d'État¹⁰⁶¹, puis la Cour de cassation¹⁰⁶² ont écarté l'application immédiate de la loi du 4 mars 2002 aux instances en cours et même, plus généralement, à toute action en réparation d'un dommage antérieur à son entrée en vigueur¹⁰⁶³. Les hautes juridictions se sont ainsi conformées à la jurisprudence européenne qui considère que le respect dû aux biens englobe les créances dûment constatées, mais aussi celles pour lesquelles il existe « une espérance légitime de les voir consacrées parce qu'elles s'appuient sur une base suffisante en droit interne tel qu'interprété par les juridictions internes ». L'égalité devant la loi – interprétée – a eu une incidence directe sur l'égalité matérielle, puisque, de fait, le régime d'indemnisation varie selon la date du préjudice, ce que le législateur n'avait pas prévu, ni très probablement voulu. Chacun est mis face à ses

¹⁰⁵⁸ Cass. Ass. plé., 17 novembre 2000, *Nicolas Perruche*, BICC 15 déc. 2000, p. 3, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. P. SARGOS ; Bull. Ass. plé., n° 9 ; Avis du CCNE du 29 mai 2001, n° 68, http://www.ccne-ethique.fr/français/avis/a_068.htm ; D. 2002, point de vue p. 579, obs. A. SERIAUX ; JCP éd. G., 2000, p. 2267, obs. F. TERRE ; JCP éd. G., 2000, p. 2275, G. MEMETEAU ; RTDCiv., 2001, chron., p. 103, obs. J. HAUSER ; D. 2001, chron. p. 492, L. AYNÈS ; D. 2001, chron. p. 489 J.-L. AUBERT ; JCP éd. G. 2001, I, p. 287, obs. P.-Y. GAUTHIER ; Resp. civ. et assur. 2001, chron. n° 4, obs. F. LEDUC ; JCP éd. G. 2001, I, p. 286, obs. G. VINEY ; RTDCiv., 2001, p. 547, obs. Ph. JESTAZ ; RTDCiv., 2001, p. 77, obs. B. MARKESINIS ; D. 2001, chr. p. 352, obs. D. MAZEAUD ; Petit. aff., 8 déc. 2000, p. 4, obs. M. GOBERT. *Comp.* pour les conditions d'indemnisation, Cass. ass. plé., 13 juillet 2001, JCP éd. G. 2001, II, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS, D. 2001, jurispr. p. 2325, note P. JOURDAIN.

¹⁰⁵⁹ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Cette loi a mis un terme à la jurisprudence *Nicolas Perruche* en retenant des conditions moins favorables d'indemnisation du préjudice lié à la naissance handicapée et non diagnostiquée d'un enfant. Aux termes de l'article premier de la loi, la faute de diagnostic du médecin doit désormais être caractérisée, lorsqu'elle n'a pas directement causé ou aggravé le handicap. Outre un mécanisme de solidarité nationale, la loi prévoit que l'indemnisation ne couvre désormais que le seul préjudice moral des parents et non les charges particulières dues au handicap pendant la vie de l'enfant. En outre, elle exclut l'action de l'enfant.

¹⁰⁶⁰ CEDH, 6 octobre 2005, n° 1513/03, *Draon c. France* et n° 1118/03, *Maurice c. France*, RDA, 2005, n° 12, comm. 177, (la rédaction), Dr. fam., 2005, n° 11, comm. 258, Ch. RADÉ. V. précéd. l'avis contraire du Conseil d'État, 6 décembre 2002, *Epoux Draon*, Lebon, p. 423.

¹⁰⁶¹ CE, 24 février 2006, *Levenez c. Centre hospitalier universitaire de Brest*, JCP éd. A., 2006, 1074, note T. OLSON, Resp. civ. et assur. 2006, comm. 127, note Ch. RADÉ.

¹⁰⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006, FP P+B, Dr. fam., 2006, n° 4, comm. 105, B. BEIGNIER, note J. SAINTE-ROSE ; JCP éd. A., act. 123 ; JCP éd. G., 2006, II, 10062, note A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON ; D. 2006, IR p. 325, obs. I. GALLMEISTER ; RTDCiv. 2006, p. 263, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 2007, panor. p. 1102, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT.

¹⁰⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, n° 07-12.159, FP P+B+R+I, JCP éd. G., 2008, II, 10166, avis Ch. MELLOTTÉE, note P. SARGOS ; D. 2008, p. 2765, note S. PORCHY-SIMON.

responsabilités : le juge, d'abord, qui en fixant les limites de sa propre mission rend une justice formelle dont chacun peut se prévaloir à un instant T ; le législateur, ensuite, appelé à motiver les distinctions qu'il établit au regard des buts visés par la loi, c'est-à-dire « l'éthique, l'équité et la bonne organisation du système de santé » s'agissant de celle du 4 mars 2002. La cohérence des solutions juridiques s'en trouve, à notre sens, renforcée.

§2 L'interprétation antinomique, une garantie de cohérence des solutions juridiques

173. — Si l'on admet que l'antinomie constitue bien un mode d'interprétation, alors elle doit en bonne logique garantir la cohérence des solutions juridiques puisqu'elle concourt à la réalisation du corpus en tant qu'ensemble signifiant. La dialogique, dont l'intérêt est de mettre en lumière l'utilité des processus antagonistes¹⁰⁶⁴ au sein du droit, permet d'éclairer cette fonction. Elle se définit comme une logique qui n'admet pas qu'une vérité puisse en chasser une autre, dans la mesure où le droit est issu de constructions socioculturelles et qu'il est donc éminemment contextuel. Dès lors, la dialogique consiste à rechercher le point d'enchevêtrement ou le point d'interaction des différents niveaux d'interprétation, non leur hiérarchisation systématique dans la mesure où cette dernière implique que ces niveaux se commandent les uns les autres. La dialogique – qui peut être considérée comme l'équivalent ou l'héritière de la dialectique¹⁰⁶⁵ – permet d'envisager sereinement certains paradoxes du droit comme celui consistant à admettre que la fiction juridique approfondit le sens des notions juridiques avec lesquelles elle est pourtant en rupture du point de vue du régime. Le raisonnement par abduction¹⁰⁶⁶ met en lumière un de ces paradoxes qui, bien qu'invisible, permet au corpus de faire sens dans l'interprétation. « Voilà sans doute la marque de notre époque : la superposition de tous les codes, leur mise en résonance instantanée – une manière d'accélération qui rend quasi simultanés et la cause et l'effet, et l'action et la réaction, une idée et son contraire (...) Voilà la nouveauté : une idée simple ne chasse plus une idée simple pour en prendre la place, un niveau ne se superpose plus à un autre niveau pour le commander ou le faire disparaître : ils interagissent désormais »¹⁰⁶⁷.

Il paraît douteux qu'un mode d'interprétation quel qu'il soit, et même antinomique, participe par nature à un processus de dissémination du sens des textes, lequel induirait une appréciation

¹⁰⁶⁴ Edgar MORIN, *La réforme de pensée, Psychologie de la motivation*, n° 24, 1997, p. 8

¹⁰⁶⁵ En ce sens, Edgar MORIN, *La réforme de pensée*, op. cit. V. aussi sa conception de la dialectique hégélienne, « Science avec conscience », Fayard, Paris, 1982, p. 288 s.

¹⁰⁶⁶ Cf. *supra*, partie II, tit. I, chap. II, sect. 2, §2, 2.3., 2.3.2.

¹⁰⁶⁷ François OST et Michel Van De KERCHOVE « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Paris, 1992, p. 8.

arbitraire. Le paradoxe propre à l'antinomie conduit au contraire à admettre qu'une part d'incertitude dans l'interprétation peut s'avérer nécessaire à la solution juste.

174. — **La dialogique, un rempart contre l'arbitraire.** Plusieurs auteurs ont mis en évidence la nécessité d'éviter la confusion entre la possibilité d'un paradoxe de pensée et l'arbitraire dans l'interprétation d'une règle de droit, conduisant à une dissémination du sens. En précurseur, Herbert Hart dénonçait « le paradis des concepts (...) atteint lorsqu'on donne à un terme général la même signification, non seulement dans chacune des applications particulières d'une même règle, mais encore chaque fois qu'il apparaît dans n'importe quelle règle appartenant au système juridique »¹⁰⁶⁸. L'auteur parlait alors de texture ouverte du droit signifiant par là qu'il existe « des domaines de la conduite pour lesquels on laisse aux tribunaux ou à l'administration le soin de développer de nombreux points, en établissant une balance, à la lumière des circonstances, entre des intérêts concurrents dont le poids varie d'une espèce à l'autre »¹⁰⁶⁹. Le propos ne vise pas à renier les distinctions, puisqu'il n'est pas de vision du monde qui ne s'appuie sur elles. Il s'agit de tenter de saisir le processus de distinction à l'œuvre dans le droit, c'est-à-dire la manière dont elle se joue des concepts et des mises en rapport qui lui sont inhérentes pour parvenir à des régimes qui soient acceptables pour la société.

À cet égard, la théorie de l'intégration de Gérard Timsit présente un grand intérêt. Partant du constat que tout lecteur interprète nécessairement le texte juridique qu'il souhaite comprendre ou appliquer et que, de ce fait, il lui imprime un sens selon une logique et des valeurs qui peuvent différer de celles de son auteur, Gérard Timsit pense qu'il est nécessaire de recourir à des outils qui ménagent à la fois ce fait incontournable d'écriture jointe à la lecture qui fait la « juridicité » même de la loi, et cet impératif non moins impérieux de ne pas verser dans ce qu'il dénomme « le paradigme du palimpseste »¹⁰⁷⁰. Dans l'esprit de Gérard Timsit, ce dernier conduit à détruire l'essence même de la juridicité car, poussé au bout de sa logique, le paradigme conduit à reconnaître pratiquement une interprétation par lecteur. Selon Gérard Timsit, une réponse possible à ce paradoxe réside dans la théorie de l'intégration : « nommer la loi d'un seul nom serait lui donner un sens – un seul. Pour redonner à la loi tout son sens, il faut la traiter de tous les noms – à la fois (...) c'est par l'intégration des différents sens qu'elle revêt qu'elle accède à la juridicité »¹⁰⁷¹. Dans cette optique, l'auteur a forgé différents niveaux de lecture permettant de comprendre les différents équilibres qui s'opèrent entre les processus de pré-, co- et sur-détermination du texte. Il

¹⁰⁶⁸ Herbert L. A. HART, « Le concept de droit », Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976, n° 127, p. 162.

¹⁰⁶⁹ Ibid., n° 132, p. 167 et 168.

¹⁰⁷⁰ Cf. précéd. les développements relatifs au « paradigme indiciaire », partie II, tit. I., chap. II, sect. 2, §2, 2.2., 2.2.2.

¹⁰⁷¹ « Les noms de la loi », PUF, Les voies du droit, Paris, 1991, p. 179.

s'agit, en quelque sorte, d'élaborer « une lecture de la lecture » : une lecture des possibilités offertes à l'interprète pour conférer sa propre vision juridique du texte.

Sans entrer dans le détail, Gérard Timsit¹⁰⁷² distingue deux modalités d'intégration du sens des normes, selon que le contrôle est « hétéroréférentiel » ou « autoréférentiel » et trois degrés d'intégration du sens des normes : « maximale », « moyenne ou relative » et « faible ». L'hétéroréférentialité signifie que les éléments de référence servant au décodage des normes sont externes au système de contrôle, par opposition à l'autoréférentialité où ils lui sont internes. Aux yeux de Gérard Timsit, l'autorité administrative fait typiquement appel à des éléments hétéroréférentiels lors des contrôles administratifs. En effet, elle « détermine librement les valeurs servant au décodage de la norme (...) elle fixe les orientations, indique les objectifs à atteindre, explicite de manière plus ou moins formelle le code culturel qui s'impose en l'espèce (...) l'autorité dispose d'une entière liberté dans la définition de la référence »¹⁰⁷³. En revanche, les contrôles juridictionnels relèvent d'un contrôle autoréférentiel, puisque la juridictionnalité – qui s'inscrit dans le cadre de la séparation des pouvoirs – fait devoir au juge de rechercher d'abord la prédétermination du texte et de n'user de la faculté de codétermination que dans les limites textuelles de la norme, c'est-à-dire en se limitant à décrypter le « code culturel *inscrit* dans la norme »¹⁰⁷⁴. À partir de ces observations, Gérard Timsit¹⁰⁷⁵ distingue différents degrés d'intensité d'intégration du sens des normes selon l'importance que tiennent respectivement les trois mécanismes de pré-, co- et sur-détermination du sens des normes. C'est « de leur combinaison, en proportions variables » que résulte « un contrôle plus ou moins strict, plus ou moins rigoureux, plus ou moins intégré »¹⁰⁷⁶. Le niveau d'intégration du sens d'un texte résulte donc du niveau d'intégration du contrôle lui-même, lequel dépend essentiellement du degré de codétermination. Plus la codétermination est importante, moins le contrôle est intégré, ce qui, dans l'esprit de l'auteur, se répercute sur le niveau d'intégration du sens de la norme. Gérard Timsit écrit en ce sens que « la juridicité réside dans le degré de contrôle exercé sur le décodage de la norme, et que plus ce degré est élevé – plus ce contrôle est strict-, plus la juridicité de la norme s'accroît et s'absolutise »¹⁰⁷⁷. Par exemple, l'intégration est « maximale » lorsque « la prédétermination est la plus forte, la codétermination minimale, réduite à son minimum non seulement par la place que tient la prédétermination dans le système, mais encore par l'adhésion commune des instances d'émission et d'édiction de la norme (instances de pré- et de codétermination) à un code culturel

¹⁰⁷² Ibid., p. 180 à 187.

¹⁰⁷³ Ibid., p. 184.

¹⁰⁷⁴ Ibid., p. 185, (l'auteur souligne).

¹⁰⁷⁵ Ibid., p. 187 à 196.

¹⁰⁷⁶ Ibid., p. 180.

¹⁰⁷⁷ Ibid., p. 187 et 188.

commun »¹⁰⁷⁸. Autrement dit, il y a une parfaite similitude entre la solution individuelle et la règle qui la prédétermine, une conformité, ensuite, des normes inférieures aux normes qui les conditionnent, et qui traduit un phénomène de « transitivity du droit », une stabilité, enfin, de la logique interne qui ne varie que dans et par le système¹⁰⁷⁹. Le point important dans cette manière d'envisager le droit réside dans la démonstration que plusieurs logiques peuvent coexister à un même moment et que toutes sont également valables dans la mesure où elles contribuent toutes à la juridicité du droit, c'est-à-dire pas nécessairement son unité ou sa complétude, mais au moins sa cohérence des solutions juridiques. Celle-ci résulte moins des résultats de l'interprétation que de ces procédés mêmes puisque tous sont admissibles. Il s'agit purement et simplement d'abandonner toute pensée systémique pour la remplacer par la pensée complexe.

La dialogique et la pensée complexe. Selon Edgar Morin, un des principaux théoriciens français de la pensée complexe, toute organisation, qu'elle soit physique, biologique ou sociétale, comporte un même principe de complexité dans la mesure où elle se fonde sur des interactions, conçues comme « des actions réciproques modifiant le comportement ou la nature des éléments,

¹⁰⁷⁸ Ibid., p. 188.

¹⁰⁷⁹ Le contrôle réunit alors trois propriétés : « l'unité », « la conformité », « la stabilité » et l'ordre est dit « monologique ».

L'intégration est « moyenne » ou « relative » lorsque « la codétermination augmente », (« Les noms de la loi », op. cit. p. 191). En ce cas, soit la pré-détermination, soit la sur-détermination est absente. La technique des directives en constituent une illustration (p. 130) dans la mesure où elles visent une « régulation » plutôt qu'une réglementation typique de l'usage du pouvoir de codétermination (p. 177). Aux yeux de Gérard Timsit, cette manière de légiférer est particulière et traduit la nécessité de réserver le pouvoir d'appréciation des circonstances individuelles. Cette technique s'exerce dans la durée et constitue « une forme "différée" de l'exercice du pouvoir normatif » incluant « une fonction de traitement des situations d'incertitude », (p. 198). La loi devient alors « *pouvoir de déclinaison* (...) des orientations générales inscrites dans une norme, à l'occasion de chacune des situations singulières, concrètes, auxquelles est confronté le titulaire du pouvoir normatif », (p. 198). Les normes d'orientations générales et les normes édictées dans le cadre de ces orientations forment la régulation, laquelle reflète une conception du droit, de la société et de l'égalité qui s'accomplit dans la singularité. La régulation suppose donc que les mécanismes de sanction qui accompagnent habituellement les normes soient remplacés par des mécanismes de coopération, c'est-à-dire de persuasion, d'incitation et de recommandation, (p. 202). Néanmoins, ce type de norme dont la codétermination constitue l'essence, révèle une intégration moyenne du sens des normes car, dans cette hypothèse, seule la surdétermination, peut servir d'élément de référence à l'interprète.

L'intégration est, enfin, « faible » lorsque la codétermination tient toute la place en l'absence à la fois de pré-détermination et de sur-détermination. Pour illustrer cette hypothèse, Gérard Timsit prend l'exemple des autorités administratives indépendantes qui « fonctionnent "à l'influence" plutôt qu'à coup de décision et de sanctions », (p. 194). Dans ce système où la dialogique prédomine, une place majeure est faite à la codétermination. Cela s'explique par la pluralité de logiques et la coexistence de principes générateurs de codes culturels différents, qui commandent simultanément au décodage des normes. C'est ce que l'auteur appelle « l'intransitivité du droit ». Trois propriétés caractérisent alors ce mode d'intégration des normes : « la totalité », « la compatibilité » et « la mutabilité ». Elles sont inverses à celles du système transitif et monologique. La totalité s'oppose à l'unité, car elle suppose l'abandon de toute référence à un centre, à un sommet ou à un principe unique. Elle équivaut à reconnaître l'existence d'un ensemble dans lequel les considérations peuvent être non concordantes, voire antithétiques. La compatibilité diffère de « la conformité » car elle intègre l'indétermination de la signification des normes, ainsi que de leurs relations, résultant de la dualité des principes générateurs du décodage. La mutabilité, enfin, reflète une plasticité, une logique du devenir, qui n'offrent ni la sécurité, ni la stabilité des systèmes monologiques, selon Gérard Timsit.

corps, objets, phénomènes en présence ou en influence »¹⁰⁸⁰. À ses yeux, « pour qu'il y ait organisation, il faut qu'il y ait interactions : pour qu'il y ait interactions, il faut qu'il y ait rencontres, pour qu'il y ait rencontres il faut qu'il y ait désordres (agitation, turbulences) »¹⁰⁸¹. Dès lors, la dialogique consiste à rechercher « la présence nécessaire et complémentaires de *processus* ou d'*instances* antagonistes (...) permettant de relier des idées qui en nous se rejettent »¹⁰⁸² comme, par exemple, l'idée d'une *autonomie* qui se construit à partir de *dépendances*¹⁰⁸³. Cela n'est pas sans rappeler les propriétés précédemment dégagées¹⁰⁸⁴ des savoirs spécialisés, lorsque ces derniers ne sont pas conçus par le biais de la distinction – opposition. On comprend mieux pourquoi la division du Genre et de l'espèce est vouée à l'échec, lorsqu'elle est utilisée pour fonder l'unité des disciplines juridiques. Précisément, cette unité fait obstacle à toute pensée complexe, c'est-à-dire à l'idée que l'autonomie puisse interagir, au sens fort du terme, avec une complète dépendance des disciplines juridiques.

Dans le domaine du droit, la dialogique consiste donc à rechercher des modes de lecture possiblement incompatibles aptes à rendre le corpus signifiant. S'agissant de la théorie d'Edgar Morin, il est toutefois permis d'observer que, selon nous, ce n'est pas tant le fait d'organisation qui confère la complexité, mais bien le fait de réalité socioculturelle. Celle-ci est élaborée et organisée en fonction de valeurs qui prennent sens en fonction des divers projets juridiques lesquels impliquent, par conséquent, la nécessité d'une pensée complexe. Dans tous les cas, la méthode dialogique permet au juge de prendre conscience de ces projets et d'éviter l'arbitraire en motivant les distinctions qu'il effectue, lorsqu'il est confronté à une antinomie qu'il élabore en fonction d'un état du droit propre à la société à laquelle il appartient. Dans cette optique, la cohérence ne réside pas dans le système, mais dans la manière de motiver les décisions retraçant un parcours d'interprétation antinomique, lequel, à son tour, reflète tout en le modifiant un état du droit à un instant T.

Par ailleurs, si l'on admet que l'interprétation antinomique constitue une garantie de cohérence des solutions juridiques dans la mesure où elle constitue un mode de lecture du droit permettant de raffiner les solutions juridiques en fonction de divers enjeux contradictoires, alors la part d'incertitude dans l'interprétation ne pose guère de difficultés.

¹⁰⁸⁰ Edgar MORIN, « La méthode », t. I, Le seuil, Paris, 1977, p. 51.

¹⁰⁸¹ Ibid.

¹⁰⁸² La réforme de pensée, op. cit., p. 9, (nous soulignons).

¹⁰⁸³ « Introduction à la pensée complexe », éd. ESF, Paris, 1991, p. 29 s., spéc. p. 32. Edgar Morin a conceptualisé cette idée sous les expressions de « causalité circulaire » ou de « récursivité de la boucle », afin de mettre en évidence le circuit de connaissance des parties vers le tout et de celle du tout vers les parties. Sur ce point, v. « La méthode », t. I, op. cit., p. 186. V. aussi la conception de la boucle récursive de François OST et Michel van de KERCHOVE, « Le droit ou les paradoxes du jeu », op. cit., p. 107.

¹⁰⁸⁴ Cf. *supra*, partie I, tit. II, chap. II, sect. 2, §1.

175. — **La part nécessaire d'incertitude dans le parcours de l'interprétation.** « Ne croyez pas qu'en récusant la simplification, je répudie la distinction. Il n'y a que la pensée mystique qui puisse outrepasser les distinctions et transformer la communication en communion. Mais, dans les limites d'une pensée rationnelle, il faut à la fois distinguer et jouer du clair-obscur »¹⁰⁸⁵, expose Edgar Morin.

Cette phrase si lumineuse permet de réitérer l'affirmation selon laquelle la distinction n'a pas pour fonction essentielle d'ordonner la matière juridique pour acquérir des certitudes. La distinction relève bien plutôt du probable, car elle permet aux juristes de tâtonner dans l'espoir d'aboutir à une solution juste, c'est-à-dire répondant à une problématique juridique élaborée en fonction des index du droit tout en étant dans le même temps issue de découpages socioculturels dont l'observateur ne peut se départir. En définitive, la distinction n'amène aucun progrès dans le champ de la vérité car la contextualisation du droit remet en cause l'idée même de progrès. Il est certes des erreurs d'interprétation qu'il est nécessaire de dénoncer. Christian Atias critique à juste titre le peu de cas que le Code de procédure civile fait de l'erreur de raisonnement juridique : « l'erreur de qualification du jugement n'est reconnue dans le Code que pour être aussitôt effacée, purement et simplement neutralisée (art. 536 CPC) »¹⁰⁸⁶ et cet artifice est attribué à la volonté de ne pas saper « les bases de la confiance populaire ou, au moins, les conditions de l'acceptation des décisions juridictionnelles »¹⁰⁸⁷. Toutefois, il est des incertitudes qui ne sont pas à proprement parler des erreurs et c'est bien la difficulté d'une « théorie de l'erreur »¹⁰⁸⁸, qui avait pu être proposée par Christian Atias¹⁰⁸⁹. L'auteur expose avec une grande clarté les différents types d'erreurs possibles allant de « l'ignorance du fait, voire du droit applicable » jusqu'à l'usage discutable du raisonnement *a contrario*, en passant par la transposition douteuse d'une notion propre à un domaine vers un autre ou, à l'inverse, du refus de cette transposition alors qu'elle paraissait justifiée¹⁰⁹⁰. En réalité, Christian Atias donne la clef du savoir juridique lorsqu'il écrit que « l'erreur

¹⁰⁸⁵ « Science avec conscience », op. cit., p. 300. Edgar Morin récuse l'idée d'une pensée « simple » visant à dissiper les brouillards, les obscurités, mettre de l'ordre et de la clarté dans le réel en révélant les lois qui le gouvernent. Il rejette la connaissance scientifique dont l'objet consiste à résoudre l'apparente complexité des phénomènes pour révéler l'ordre simple auquel ils obéissent. L'auteur écrit ainsi que « les modes simplificateurs de la connaissance mutilent plus qu'ils n'expriment la réalité ou les phénomènes dont ils rendent compte », « Introduction à la pensée complexe », op. cit., p. 9.

¹⁰⁸⁶ « Philosophie du droit », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1999, p. 337, (la théorie de l'erreur n'est cependant pas reprise dans la seconde édition de 2004 de cet ouvrage).

¹⁰⁸⁷ Ibid.

¹⁰⁸⁸ Ibid., p. 335 à 346.

¹⁰⁸⁹ Dans son ouvrage d'épistémologie juridique, Christian ATIAS estime qu'il est certes des erreurs de raisonnement juridique, mais l'auteur axe désormais sa réflexion sur les constructions conceptuelles qui ont pu conduire à surdéterminer la valeur de telle ou telle notion juridique. « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 371 s., p. 216 s.

¹⁰⁹⁰ Ibid., p. 343 et 344.

qui affecte le raisonnement juridique procède de l'étroitesse du point de vue adopté. Elle se traduit généralement par une perte de liberté dans la recherche du juste. C'est ce qui en fait la gravité »¹⁰⁹¹. Et d'ajouter que « certains jugements disent presque expressément que le juge aurait aimé pouvoir décider autrement, mais qu'il ne le pouvait pas. L'autre décision envisagée se heurtait-elle vraiment à l'état du droit positif ou une autre façon de raisonner est-elle demeurée inaperçue ? »¹⁰⁹². Ce que Christian Atias remet en cause ce sont les préjugés qui fondent les mythes juridiques lorsqu'ils sont perçus comme perpétuellement vrais. Dès lors, le savoir juridique s'améliore certes « par rectification et par réfutation »¹⁰⁹³, mais il semble devoir aussi intégrer dans sa recherche de la solution juste le fait qu'il dépende étroitement de constructions socioculturelles d'une société qui déterminent la structure mentale de l'observateur, c'est-à-dire sa vision du droit, du juste, de l'adéquat. Le savoir s'améliore par rectification, par réfutation et par l'évolution des mentalités, laquelle comporte nécessairement une part d'incertitude¹⁰⁹⁴. À partir de ce constat, nous ne pouvons manquer de considérer la fonction résolutoire indirecte du savoir juridique.

¹⁰⁹¹ Ibid., p. 345.

¹⁰⁹² Ibid.

¹⁰⁹³ Ibid., p. 339.

¹⁰⁹⁴ V. François OST et Michel van de KERCHOVE, « Le droit ou les paradoxes du jeu », op. cit. Bien que les auteurs considèrent l'incertitude comme « le prix à payer » (p. 109), à la lecture de leur ouvrage, celui-ci ne semble pas bien lourd. Selon eux, l'incertitude permet de remettre en cause les hiérarchies traditionnelles pour examiner la possibilité de causes multiples à un même phénomène. François Ost et Michel Van de Kerchove inversent les rapports classiques et considèrent, par exemple, que l'universel peut perdre son empire sur le local, que « le structurel doit compter avec l'accidentel », que les frontières, enfin, qui séparent l'objet de son environnement, et l'observateur de son objet, sont floues. Trois pôles interdépendants conditionnent la pensée complexe, « tout objet d'étude "complexe" doit désormais être analysé en fonction de son organisation, de son environnement et de son observateur », (p. 197).

Section 2 Le savoir juridique et sa fonction résolutoire indirecte

176. — Dans un précédent développement¹⁰⁹⁵, il était apparu que la distinction – opposition exacerbait les effets de la pensée systémique en élaborant des savoirs juridiques fondamentalement clivés. Non seulement ces derniers reflètent la division du Genre et de l'espèce sans conscience du processus d'indexation, mais ils sont parfois davantage conçus comme l'argument de l'unité réelle ou idéale du droit que comme le moyen de parvenir à des solutions juridiques cohérentes. C'est dans cette optique que la notion de droit commun a été remise en cause. À ce stade, il convient de tenter de cerner les contours d'un savoir juridique qui ne serait pas soumis au principe de l'universalité du système sous-jacent à l'unité et à la non-contradiction du droit, notions permettant de maîtriser une réalité inorganisée suivant un processus linéaire de création n'impliquant pas nécessairement l'observateur, exclu ou fortement objectivé par la notion de système¹⁰⁹⁶.

Les développements qui vont suivre auront pour objet de répondre aux questions soulevées par ces postulats. Pour ce faire, il sera nécessaire d'introduire la notion d'herméneutique laquelle constitue l'outil épistémologique d'étude de l'indexation. Elle se définit comme la « théorie, science de l'interprétation des signes, de leur valeur symbolique », ou encore comme « l'art de découvrir le sens exact d'un texte »¹⁰⁹⁷. L'herméneutique suppose en effet un couple compréhension – interprétation qui permet de saisir la manière dont s'opère l'indexation au niveau du savoir juridique. Dans cette optique, nous tenterons de montrer que si le savoir juridique a bien le droit pour objet, ce dernier modifie en retour le savoir en tant qu'il repose sur des données socioculturelles. Par ailleurs, le savoir juridique ne peut être conçu en dehors de l'observateur qui l'élabore, ni même des données socioculturelles avec lesquelles il est en prise. Nous analyserons la manière dont le savoir juridique influence le droit constitué d'index (§1) ; droit qui, en retour, participe à la constitution du savoir dont l'objet consiste à révéler un état de la vision du droit à un instant T et qui, de ce point de vue, ne peut être objectivé (§2) ; cette analyse conduisant, en définitive, à concevoir le savoir juridique comme la composante d'un cercle herméneutique sans fin composé de la réalité socioculturelle construite, du droit et du savoir juridique (§3).

¹⁰⁹⁵ *Supra*, partie I, tit. II, chap. II, sect. 2.

¹⁰⁹⁶ *Supra*, partie I, tit. II, chap. I.

¹⁰⁹⁷ TLF

§1 L'influence du savoir juridique sur les index du droit

177. — La fonction résolutoire ou non du savoir juridique a donné lieu à une controverse doctrinale engagée par Jean-Luc Aubert à la suite d'une étude publiée par Jacques Ghestin proposant un nouvel agencement de la distinction des parties et des tiers au contrat. Elle donne l'occasion de relativiser le postulat selon lequel la science et l'objet de la science devraient en toutes hypothèses être distingués. En effet, si comme le pense Jean-Luc Aubert, le savoir juridique ne semble effectivement pas comporter de fonction résolutoire directe, en revanche il est douteux que ce savoir n'exerce aucune influence sur le droit (1.1). De fait, l'observateur modifie son objet : le droit. La distinction de la science et de l'objet, systématisée dans le domaine du droit par Hans Kelsen, n'équivaudrait donc pas à une séparation – opposition (1.2). Des exemples relatifs à la distinction des obligations de moyens et de résultat, ainsi qu'à la distinction de l'obligation de couverture et de règlement en matière de cautionnement, devraient *in fine* contribuer à éclairer ce propos (1.3).

178. — 1.1. Présentation de la controverse doctrinale engagée entre Jean-Luc Aubert et Jacques Ghestin

La controverse engagée par Jean-Luc Aubert¹⁰⁹⁸ à l'occasion d'un article de Jacques Ghestin¹⁰⁹⁹ relatif à la manière d'envisager la distinction des parties et des tiers au contrat, traduit deux conceptions différentes du rôle de l'observateur et spécialement de la doctrine.

179. — **Point de départ de la controverse : la proposition de centrer la distinction des parties et des tiers sur les manifestations sociales du contrat prises en compte par le droit, plutôt que sur la manifestation d'une volonté contractuelle au moment de la formation.** Selon Jacques Ghestin, bien que le contrat soit formé par la volonté des parties, ses effets sont en réalité déterminés par le droit objectif et non par la volonté autonome des contractants. L'auteur pense que la justice contractuelle et l'utilité sociale constituent les principes directeurs communs aux conditions de formation du contrat et à ses effets. Dans cette logique, il propose de modifier la catégorie traditionnelle des tiers en intégrant les personnes dites « liées » par les effets obligatoires du contrat dans la catégorie des parties, à côté des cocontractants proprement dits. Selon lui, le seul fait que les « parties liées » n'aient pas contribué à la formation du contrat par un échange des volontés ne constitue pas une différence suffisamment pertinente pour justifier leur classement dans la catégorie des tiers étrangers au contrat.

¹⁰⁹⁸ Jean-Luc AUBERT, À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDCiv. 1993, p. 263.

¹⁰⁹⁹ Jacques GHESTIN, La distinction entre les parties et les tiers au contrat, JCP, 1992, I, 3628, p. 517.

Jacques Ghestin élargit donc la catégorie des parties dont le seul critère réside dans la manifestation d'une volonté d'adhérer au lien d'obligation, quel que soit le moment où celle-ci intervient, y compris au stade de l'exécution du contrat. Toute personne qui se soumet par un acte de volonté au lien d'obligation préalablement formé entre les cocontractants est exclue de la catégorie des tiers et est, par voie de conséquence, soumise aux effets obligatoires du contrat. Les tiers sont ceux qui ne peuvent opposer (ou ne se voir opposer) que la situation juridique née du contrat, ainsi que ceux liés par certains effets obligatoires du contrat en raison de « certaines exceptions légales ». Par exemple, l'acquéreur d'une entreprise tenu de continuer les contrats de travail ou le créancier qui engage la responsabilité de son débiteur sur le fondement de l'action directe appartiennent à la catégorie des tiers obligés en raison d'exceptions légales. Jacques Ghestin estime que seul l'effet de la loi permet d'expliquer que des personnes puissent devenir des débiteurs ou des créanciers nonobstant leur qualité de tiers, qualité pourtant incontestable à ses yeux, en l'absence de volonté manifestée. L'auteur en déduit que « l'effet relatif du contrat ne peut plus se déduire du principe de l'autonomie de la volonté, mais ne se justifie qu'en raison de la fonction sociale que le droit objectif reconnaît à la volonté dans la création par un contrat d'effets obligatoires »¹¹⁰⁰.

Observations critiques sur la fonction des distinctions et des classifications. Aux yeux de Jean-Luc Aubert, ce raisonnement ne peut prospérer car, en substance, les conclusions sont contenues dans les prémisses. Jean-Luc Aubert reproche à Jacques Ghestin de ne pas avoir cherché à rendre plus efficace la classification des parties et des tiers, ce qui équivaldrait, dans son esprit, à la rendre cohérente et utile au regard du droit positif. Il estime que Jacques Ghestin a tenté de rendre plus convaincante sa propre conception générale des contrats. Or, à ses yeux, telle n'est pas la fonction de la classification : « on ne peut manquer d'être surpris d'un tel passage du plan de la classification à celui du fond du droit (...) M. Ghestin entend promouvoir une distinction qui ne se borne pas à rendre compte des solutions du droit positif mais qui mette aussi en lumière le pourquoi de ces solutions (...) c'est dire que, dans l'esprit de cet auteur, la distinction doit avoir une double fonction : de description, d'abord ; de résolution, ensuite (...) la vérité est qu'une classification - celle des parties et des tiers, comme les autres - n'a d'autre vertu que d'ordonner, plus ou moins bien, une réalité donnée ; elle n'a pas le pouvoir de modeler celle-ci. Fondée sur des critères qui peuvent être choisis pour des raisons variées, elle se borne à traduire ces choix sans les justifier »¹¹⁰¹. On ne saurait être plus clair.

¹¹⁰⁰ Jacques GHESTIN, *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, op. cit., p. 523.

¹¹⁰¹ Jean-Luc AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, op. cit., n° 36, p. 271 et 272.

Selon Jean-Luc Aubert, une théorie ne peut prétendre forger des classifications objectives si certains éléments du droit positif sont de nature à la contredire et il s'emploie d'ailleurs à analyser les failles de la classification de Jacques Ghestin. Par exemple, il est, selon lui, paradoxal d'affubler la qualité de partie au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui alors que l'article 1165 du Code civil prévoit une dérogation légale au principe de l'effet relatif des contrats au profit de ce tiers¹¹⁰². En outre, il constate que les deux catégories ainsi mises en relief sont en fait « extraordinairement hétérogènes »¹¹⁰³. Ainsi, dit-il, des personnes très différentes sont englobées dans la catégorie des parties : celles ayant voulu le contrat et l'ensemble de ses effets directement ou par représentation, celles qui sont soumises à ses effets en raison d'une transmission héréditaire ou, encore, le cessionnaire d'une créance contractuelle et le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. Jean-Luc Aubert conduit la même analyse pour la catégorie des tiers et en conclut que cette classification nouvelle ne résout pas les difficultés liées aux catégories intermédiaires des tiers et des parties. Au mieux, elle déplace le problème puisqu'il reste nécessaire de distinguer des sous-ensembles au sein de chaque catégorie proposée¹¹⁰⁴. Enfin, Jean-Luc Aubert remet implacablement en cause une méthode qui prétend « tirer des conséquences particulières du constat qu'un *tiers* se trouve parfois obligé par le contrat du seul effet de la loi quand on a décidé, au préalable, de refuser la qualité de *partie* à toute personne obligée par le contrat sans l'avoir voulu. Comme le lapin au fond du chapeau, la conclusion figure déjà dans les prémisses du raisonnement »¹¹⁰⁵. Jean-Luc Aubert pense que, de manière générale, la classification « n'a pas de fonction de résolution » à moins de faire preuve « d'une intention limitante »¹¹⁰⁶. Selon lui, dans le cas d'espèce, il est tout au contraire « nécessaire et utile de revenir à une conception simple, et débarrassée de tout préjugé idéologique ou dogmatique, de l'article 1165 »¹¹⁰⁷. À ses yeux, la classification ne doit avoir d'autre but que de traduire les choix de régimes opérés préalablement.

180. — **L'absence de fonction résolutoire directe du savoir, sa fonction résolutoire indirecte.** Il n'est guère douteux que ni la distinction, ni l'ordonnancement n'ont de fonction de résolution. Ils traduisent une manière d'envisager les rapports d'obligations, ils ne permettent ni de résoudre directement les conséquences nées de ces rapports d'obligations, ni de les modifier. Cependant, quelques observations semblent nécessaires.

¹¹⁰² Ibid., n° 29, p. 269. Jean-Luc Aubert observe d'ailleurs que Jacques Ghestin modifie sa position dans son traité de droit civil, v. note 35, p. 269.

¹¹⁰³ Ibid., n° 26, p. 269.

¹¹⁰⁴ Ibid., n° 31, p. 270.

¹¹⁰⁵ Ibid., n° 35, p. 271, (l'auteur souligne).

¹¹⁰⁶ Ibid., n° 33, p. 270.

¹¹⁰⁷ Ibid., n° 54, p. 276.

La distinction n'a pas de fonction de résolution, en revanche son auteur se donne à travers elle les moyens de résoudre autrement. Pour prendre un exemple étranger au droit, la mécanique quantique a remis en cause l'opposition classique de la matière et de la non matière en démontrant qu'il existe des quanta qui revêtent simultanément les deux propriétés. Cette théorie n'a rien résolu directement, mais elle a révolutionné la physique en offrant les moyens de résoudre autrement. La présentation de Jacques Ghestin de la distinction des parties et des tiers mérite donc d'obtenir le bénéfice du doute. Par ailleurs, il paraît excessif de considérer que la classification qui n'ordonne pas toute la réalité positive est nécessairement idéologique. L'exemplarité rend discutables toute distinction et tout ordonnancement et, comme l'observe Marie-Laure Mathieu-Izorche, « lorsqu'on ordonne, on ne se contente pas de distinguer, on *préfère*. *L'ordre implique le choix* et même un double choix : d'abord celui d'un mode d'organisation (une hiérarchie plutôt qu'un autre mode de structuration de l'univers), ensuite le choix des prévalences »¹¹⁰⁸. En réalité, tout dépend de ce que l'on entend par « idéologie ». Si ce vocable signifie seulement que son auteur traduit sa vision du monde à travers des découpages, alors toute classification est idéologique.

Les index distincts de la distinction et de la classification. L'idée que la classification doit traduire les choix faits à travers les régimes juridiques ne se vérifie pas vraiment sauf à rester dans la généralité. La classification n'a pas pour fonction de reproduire l'ensemble des choix, dans la mesure où ces choix évoluent alors que la classification a vocation à demeurer. Par ailleurs, la classification prend sens à travers les choix qui sont faits. La responsabilité civile pour faute en constitue un exemple parmi d'autres. L'ordonnancement –faute – préjudice - lien de causalité - permet des choix beaucoup plus complexes que celui d'indemniser la victime d'une faute délictuelle. Elle ne permet ni de traduire, ni d'invalider le choix d'indemniser l'enfant né handicapé consécutivement à une erreur de diagnostic¹¹⁰⁹ et il a été jugé, à tort ou à raison, qu'une loi était nécessaire pour préciser qu'il n'existait pas « de préjudice de naissance indemnisable ». À cet égard, Philippe Jestaz¹¹¹⁰ a dénoncé à juste titre les arguments de ceux qui contestaient cette

¹¹⁰⁸ L'ordre et le droit, Mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 734, (l'auteur souligne).

¹¹⁰⁹ Cass. Ass. plé., 17 novembre 2000, *Nicolas Perruche*, BICC 15 déc. 2000, p. 3, concl. J. SAINTE-ROSE, rapp. P. SARGOS ; Bull. Ass. plé., n° 9 ; Avis du CCNE du 29 mai 2001, n° 68, http://www.ccne-ethique.fr/français/avis/a_068.htm ; D. 2002, point de vue p. 579, obs. A. SERIAUX ; JCP éd. G., 2000, p. 2267, obs. F. TERRE ; JCP éd. G., 2000, p. 2275, G. MEMETEAU ; RTDCiv., 2001, chron., p. 103, obs. J. HAUSER ; D. 2001, chron. p. 492, L. AYNÈS ; D. 2001, chron. p. 489 J.-L. AUBERT ; JCP éd. G. 2001, I, p. 287, obs. P.-Y. GAUTHIER ; Resp. civ. et assur. 2001, chron. n° 4, obs. F. LEDUC ; JCP éd. G. 2001, I, p. 286, obs. G. VINEY ; RTDCiv., 2001, p. 547, obs. Ph. JESTAZ ; RTDCiv., 2001, p. 77, obs. B. MARKESINIS ; D. 2001, chr. p. 352, obs. D. MAZEAUD ; Petit. aff., 8 déc. 2000, p. 4, obs. M. GOBERT. *Comp.* pour les conditions d'indemnisation, Cass. ass. plé., 13 juillet 2001, JCP éd. G. 2001, II, 10601, concl. J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS, D. 2001, jurisp. p. 2325, note P. JOURDAIN.

¹¹¹⁰ Philippe JESTAZ, Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire Perruche), note préc. V. aussi Denys de BECHILLON, Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », RTDCiv 2002, variétés, p. 47.

jurisprudence sous couvert de technique juridique et en niant tout positionnement moral. *La classification ne traduit pas les choix de régimes parce que ces choix dépassent la classification.* Pour pouvoir prendre une mesure plus précise de ces choix, il conviendrait d'avoir égard à l'index de la distinction qui n'est pas forcément le même que celui de la classification. Indéniablement, la classification n'a pas pour fonction d'être normative et Jean-Luc Aubert avait toute raison de le rappeler. Cependant, la distinction est porteuse de sens dès lors qu'elle est indexée à une conception socioculturelle de la volonté contractuelle. La distinction traduit certains choix et, au travers du savoir qu'elle crée, permet de comprendre autrement et donc de faire d'autres choix. Bien entendu, il serait loisible de se demander qui de la distinction, de la classification ou du régime est premier puisqu'il est nécessaire de distinguer pour classer ; que la classification n'est pas nécessairement guidée par le même projet que la distinction ; que, de ce point de vue, la classification acquiert une certaine autonomie qui, en pratique, a des incidences sur la manière de concevoir la distinction ; la signification de cette dernière étant *in fine* modifiée par les choix de régimes. La question n'a donc ni réponse, ni vraiment de sens et de ce fait, perd beaucoup de sa pertinence. Le caractère heuristique de la distinction des parties et des tiers est de toutes les manières un aspect du droit qu'il serait désavantageux de sacrifier au nom de l'objectivité de la réalité juridique.

Jean-Luc Aubert remet en cause avec raison « le goût, parfois immodéré de la synthèse », mais c'est pour vanter les mérites de « l'analyse » qui permet de « solliciter directement la qualité première du juriste : l'art de distinguer »¹¹¹¹, la classification tendant alors à devenir un instrument purement technique¹¹¹². L'analyse qui est « proprement et essentiellement la résolution du composé en ses éléments »¹¹¹³, n'a pourtant pas le caractère d'objectivité qui lui est parfois prêté. En témoigne sa parenté, très présente dans le raisonnement juridique, avec la méthode inductive : « quand on dit que l'analyse est la méthode qui va des effets à la cause, des conséquences au principe, du particulier au général, on ajoute à l'analyse une idée qui en fait la méthode inductive »¹¹¹⁴. L'analyse, prônée par Jean-Luc Aubert en réaction à la synthèse, procède à partir d'exemples et paraît en cela plus convaincante – bien que moins brillante – que la déduction qui part des principes. Elle implique tout autant des choix de la part de l'observateur. Un dernier exemple tiré de la doctrine permettra de s'en convaincre.

¹¹¹¹ Jean-Luc AUBERT, À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, op. cit., p. 278. La même concordance entre distinction et analyse est présente dans son ouvrage d'introduction au droit. V. spéc. « Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 12^{ème} éd., Sirey, Paris, 2008, n° 73.

¹¹¹² Cf. *supra*, sur les index distincts de la distinction et de la classification, partie I, tit. I, chap. II, sect. 1.

¹¹¹³ LITTRE, v° Analyse.

¹¹¹⁴ Ibid.

Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper¹¹¹⁵ exposent avec une grande clarté la difficulté à constituer des classifications qui ne déforment pas le droit positif et qui comportent dans le même temps une aptitude de conceptualisation. Selon eux, les classifications sont affectées d'un défaut « scientifique »¹¹¹⁶ lorsque le critère choisi n'est pas « significatif », c'est-à-dire lorsque sa présence n'est pas « une indication scientifiquement intéressante »¹¹¹⁷. Ils estiment que « pour présenter un intérêt scientifique, une classification doit faire progresser la connaissance, en permettant de révéler quelque phénomène caché. Ceci est possible si les objets qui sont rangés dans une même classe, parce qu'ils possèdent un même caractère apparent (le critère), possèdent également un autre caractère, celui-là plus difficile à apercevoir, mais toujours associé au premier et dont on pourra ainsi déceler la présence, dès lors que l'on aura constaté celle du critère de la classification »¹¹¹⁸. Par exemple, dire qu'un régime est parlementaire en se fondant sur le critère de la possibilité pour les assemblées de renverser le gouvernement devrait conduire à révéler un implicite : celui de la prédominance politique de cet organe. Selon les auteurs, la distinction des régimes parlementaire et présidentiel est affectée à la fois de défauts logiques et scientifiques car les critères sur laquelle elle se fonde ne s'opposent pas et, de surcroît, le fonctionnement réel d'un régime ne correspond pas aux *motivations* de la classification. En réalité, il existe un décalage entre la classification et son index juridique et pour cause : cette classification n'a de réelle utilité que dans le domaine de la politique et non du droit. Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper relèvent l'usage politique de cette classification en indiquant que lorsque certains hommes politiques plaident en faveur d'un « vrai régime présidentiel », ils préconisent en réalité la suppression de la responsabilité politique et de la dissolution ; dans leur discours, « le vrai régime parlementaire » équivaut quant à lui à vouloir supprimer l'élection du Président de la République au suffrage universel. Dès lors, les constitutionnalistes en concluent que cette classification reflète une simple « communication rudimentaire »¹¹¹⁹, (ce que ne nous ne pouvons manquer de considérer comme peu aimable pour l'univers culturel de la politique).

Dès lors, il convient de déterminer s'il s'agit d'un dévoiement d'une classification pure de tout préjugé, parce qu'analytique, ou d'un simple décalage entre deux corpus, l'un juridique, l'autre politique. Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper introduisent une nuance intéressante en faisant la part entre les classifications scientifiques, c'est-à-dire qui apportent des connaissances

¹¹¹⁵ « Droit constitutionnel », 27^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, p. 108 à 112. V. aussi Michel TROPER, Les classifications en droit constitutionnel, RDP, 1989, p. 945.

¹¹¹⁶ L'autre défaut est, selon les auteurs, « logique » et caractérise la classification pourvue de critères conduisant soit à constituer des classes qui ne s'opposent pas, soit à faire naître des difficultés de classement en raison de leur caractère trop vague.

¹¹¹⁷ « Droit constitutionnel », op. cit., p. 110.

¹¹¹⁸ Ibid.

¹¹¹⁹ Ibid., p. 112.

supplémentaires, et les classifications normatives, utilisées pour préconiser une modification de la réalité. Ils écrivent que « les vrais régimes sont seulement ceux que la doctrine a imaginés et il n'existe aucune raison valable de rendre les régimes réels conformes à des constructions doctrinales »¹¹²⁰. Les auteurs différencient la normativité proprement dite de la signification des notions juridiques (leur « scientificité »), ce qu'un autre auteur comme Gérard Timsit a appelé la juridicité¹¹²¹. Cette dernière ne peut être comprise que dans le cadre du droit, mais le droit en tant qu'il participe de la réalité devrait se confronter aux autres manifestations tout aussi réelles de ces notions pour prendre la pleine mesure de l'utilité de ses propres définitions¹¹²². Dès lors que la distinction des régimes présidentiel et parlementaire n'a d'utilité que sur le plan de la politique et n'est pas indexé, en droit, à la prédominance de tel ou tel organe de l'État, la question se pose de l'éventuel abandon de cette classification dans le contexte juridique.

Pour conclure sur l'exemple de la distinction des parties et des tiers, la classification est imparfaite en tant qu'elle ne permet pas de classer toute la réalité sans recourir à des sous-ensembles plus ou moins éloignés les uns des autres. Il est cependant discutable d'interdire sous ce prétexte toute remise en cause de la fonction de la *distinction* des parties et des tiers. L'éventuelle absence de succès dans les faits de la classification nouvelle proposée par Jacques Ghestin n'empêche pas que la fonction sociale du contrat puisse bien être un des index cachés du contrat, au même titre que la volonté contractuelle. Surtout, la divergence entre Jacques Ghestin et Jean-Luc Aubert provient d'une différence dans leur conception du contrat, ce qui renforce l'idée de l'index. Cette fonction de la distinction au sein du savoir juridique conduit dès lors à s'interroger sur la portée qu'il convient d'attribuer à la distinction, nécessaire en toute hypothèse, du savoir juridique et du droit.

¹¹²⁰ Ibid., p. 111.

¹¹²¹ Cf. *supra*, partie II, tit. I, chap. I, sect. 2, §2.

¹¹²² *Rappr.* Michel van de KERCHOVE et François OST, « Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Paris, 1992, p. 198 et 199. Les auteurs distinguent « la pluridisciplinarité », la « transdisciplinarité » et « l'interdisciplinarité ». La première admet « la légitimité, voire la nécessité, de voir se développer des "éclairages" différents sur le même objet », mais « aboutit à une simple juxtaposition des points de vue qui ne fait, fondamentalement, que maintenir le cloisonnement des disciplines et écarte toute forme de communication entre elles ». La deuxième « entendant « dépasser la diversité des points de vue particuliers projetés par les différentes disciplines en présence, prétend pouvoir les intégrer dans un savoir unique » de sorte qu'*in fine* elle s'érige en nouvelle science unique et souveraine. Troisième et dernière position, l'interdisciplinarité constitue « une forme de dialogue entre les disciplines en présence qui, tout en n'abolissant pas leurs différences respectives, établit une communication réelle entre elles ». Les auteurs expliquent que la convergence des points de vue étant loin d'être acquise, l'interdisciplinarité présente « la nature d'une « intercritique », susceptible d'aboutir à « des réorganisations partielles des connaissances qui ont fait l'objet d'une telle confrontation ». Ce troisième cas de figure correspond, dans leur esprit, à « un "jeu des jeux" caractéristique d'une épistémologie de la complexité ».

181. — **1.2. Les interactions du savoir juridique et du droit, son objet**

Selon un postulat partagé depuis longtemps par les théoriciens du droit, il convient de « distinguer les deux objets que sont le droit et le savoir sur le droit »¹¹²³. Hans Kelsen pense l'étude du droit en termes de science, notion plus restreinte que la notion de savoir, car si toute science est un savoir, tout savoir ne constitue pas une science. Afin de mieux comprendre les implications de cette distinction, il convient d'explorer ce qu'il est possible d'entendre par science et par savoir.

182. — **La distinction du savoir scientifique et du savoir profane.** Dans le domaine du droit, le terme « profane » existe, mais il revêt un sens très restreint. Le profane est personnifié et il désigne toute personne qui n'est pas initiée au droit. Pourtant, la notion de savoir profane est susceptible d'apporter des éclairages sur les propriétés du savoir juridique. Dans cette perspective, nous aborderons ces notions dans un domaine qui les utilise de manière courante: la médecine.

La science médicale utilise la distinction du scientifique et du profane, ce qui permet d'envisager leurs caractéristiques respectives. La médecine savante est traditionnellement opposée à la médecine profane et la première est dite scientifique dans la mesure où elle est soumise à des procédures codifiées de recherche fondamentale et de vérifications expérimentales. La seconde est née de la pratique et des croyances qui ont établi des corrélations qualitatives entre des symptômes et des remèdes. Cette médecine est dite traditionnelle et s'inscrit dans un système profane dans la mesure où elle ne suit pas la même méthodologie que la médecine savante et ne s'enseigne pas dans les universités d'État. Après vérification, les remèdes traditionnels peuvent se révéler soit totalement inefficaces, soit efficaces mais pour des raisons autres que celles invoquées dans le système profane, soit encore redoutablement efficaces. Ce dernier cas ne signifie pas que la médecine d'école adoptera ces remèdes car cette dernière ne se contente pas de l'observation d'un résultat et se trouve, de ce fait, limitée par des choix et des protocoles de recherche longs et coûteux.

¹¹²³ Christian ATIAS, « Épistémologie juridique », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1985, n° 14 à 26, p. 30 à 51. Selon l'auteur, le mérite de cette systématisation revient à Hans Kelsen, dans le domaine du droit (n° 19, p. 40). Cependant, dans la seconde édition de son ouvrage, Christian Atias pose immédiatement la question de la définition du savoir juridique et l'objectivité que les juristes lui prêtent parfois. C'est ainsi que la problématique de départ du positivisme permet, selon lui, de poser en doute un tel caractère d'objectivité et d'extériorité de la science : « Hans Kelsen a justifié son normativisme par la nécessité de donner au savoir juridique un objet qui permette d'en faire une science. Par conséquent, sa formulation d'un positivisme est fondée sur l'affirmation de la possibilité et de la nécessité de définir le droit de façon qu'il puisse être la matière d'une science. L'aspiration à une connaissance de ce type a commandé la définition de l'objet (...) ce n'est pas le droit qui a servi de point de départ ou de ligne de mire (...) le paradoxe est de la fonder (la science) sur les exigences constitutionnelles et démocratiques, alors que son origine est dogmatique et théorique et relève de la conception de la science ». « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 246, p. 141 et 142.

Caractéristiques du savoir savant. À l'aune de cet exemple, le savoir savant comporte plusieurs caractéristiques.

- En premier lieu, le savoir savant est protocolaire. Il construit son objet d'étude à partir de connaissances validées par des procédures et des principes méthodologiques préalablement reconnus par lui. En droit, le terme de protocole n'est pas utilisé et les juristes évoquent plus volontiers la systématique du droit ou encore les critères de reconnaissance de validité des normes. La systématique joue toutefois le même rôle de reconnaissance de l'objet dans une optique de validation.

Le savoir profane obéit lui aussi, dans une certaine mesure, à un protocole et à un « isolement » de l'objet. Simplement, ce protocole est généralement tacite et repose sur une base consensuelle de nature socioculturelle. Ainsi, la théorie des signatures¹¹²⁴ qui postule qu'une plante dont les feuilles ont une forme de poumon soigne le poumon ou que les racines de mandragore revigorent le corps qu'elles évoquent, s'inscrit dans un protocole analogue à celui de la médecine savante. Le savoir profane n'est pas officiellement enseigné, ce qui ne signifie pas qu'il soit anarchique. Le fait de reconnaître une similarité de formes, d'en déduire une similarité de fonctions, puis d'efficacité constitue une pensée ordonnée et donc élaborée et c'est pourquoi on peut parler de protocole.

Par ailleurs, *le savoir profane ne consiste pas à s'approprier des notions, mais à les élaborer.* Le dévoiement d'une notion n'entre pas dans le savoir profane. Par exemple, le simple fait de penser que le meuble juridique désigne une table, mais n'englobe pas le chien, n'est pas constitutif d'un tel savoir. Pour qu'il y ait savoir profane, il est nécessaire que les notions soient élaborées en fonction d'un projet donné, qu'elles soient adaptées à ce projet, ce qui peut aller jusqu'à conférer une nouvelle nomination à la notion. Dans le domaine de la médecine, bon nombre de croyances traditionnelles n'étaient en réalité que des savoirs savants déclassés. Ce qui faisait la science du XVIII^e siècle se retrouve aujourd'hui au service des croyances. Ce transfert s'accompagne d'une réinterprétation contextuelle, d'une adaptation au monde moderne pouvant aller jusqu'à une renomination. Par exemple, la purification du corps par le jeûne, l'idée qu'il est ainsi possible d'éliminer les toxines n'est pas sans rappeler le rôle joué par les fameuses saignées préconisées par la médecine ancienne¹¹²⁵. De même, l'emploi profane du mot « hormone » n'est

¹¹²⁴ Michel DENIZOT, La théorie des signatures des plantes et ses implications, Bull. de l'Académie des sciences et lettres de Montpellier, n° 37, 2007, p. 205.

¹¹²⁵ Mirko GRMEK, « Histoire de la pensée médicale en Occident », t. II, Le Seuil, Paris, 1997, p. 89 à 90 et p. 127 à 129.

autre que la transposition de la théorie des humeurs¹¹²⁶ qui a régné officiellement pendant plus de deux millénaires avant de tomber en désuétude aux yeux de la Faculté, mais pas de certaines couches de la population.

- En deuxième lieu, le savoir savant n'est pas nécessairement ontologique et s'appuie très souvent sur des connaissances empiriques. Pour les rendre savantes, il suffit de les inclure dans le protocole de validation.

- En troisième et dernier lieu, le savoir savant construit son objet d'étude. Sur le plan philosophique, il n'exclut donc pas les autres formes de savoirs intervenant dans le même champ. Le savoir profane revêt une utilité négative (ou par défaut), puisqu'il permet de définir les limites du savoir savant en l'excluant de son champ. Il peut aussi revêtir une utilité positive complémentaire puisqu'il constitue une base d'expérimentation possible et accessible pour le savoir savant. Les plantes traditionnelles ont engendré de nombreux médicaments. Elles ont toutefois fait l'objet de toute une série d'étude scientifiques : elles ont été réindexées au corpus savant.

183. — **L'hypothèse du pluralisme juridique.** Le pluralisme juridique offre une piste d'étude intéressante dans la mesure où il part de l'hypothèse que le droit se manifeste sous d'autres formes que légales. Les familles, les entreprises, chaque individu auraient une aptitude à créer des règles de conduites sociales, efficaces et cohérentes, mais seulement dans leur domaine. Cela permet d'envisager la constitution d'un savoir profane *à la condition essentielle qu'il ne se réduise pas à un savoir d'école dénaturé*. À défaut, il paraîtrait de bonne logique d'admettre avec les legalistes et les réalistes que le législateur et le juge ont seuls l'autorité nécessaire pour conférer l'interprétation la plus juste aux regards des principes de l'ordre juridique et que, de toutes les manières, c'est eux qui en définitive disent ce qu'il faut entendre par telle ou telle notion, la manière dont elle doit être interprétée et appliquée. Cette condition d'élaboration exclusive de la réinterprétation implique que le rejet par le juge d'un concept issu du savoir profane ne conduit nullement à invalider l'existence de ce savoir. Par ailleurs, il ne s'agit pas de chercher à déterminer les sources du droit, mais seulement de cerner les différentes manières d'envisager le droit en admettant qu'elles sont potentiellement toutes en mesure de participer à l'élaboration d'un savoir susceptible de modifier les interprétations actuelles ou futures du droit.

L'accent mis sur la juridicité par une définition stipulative du droit. Ce positionnement théorique implique que la visée normative du droit et ce qui constitue ce dernier en tant qu'objet en

¹¹²⁶ François LUPU, Des humeurs aux hormones : changement de terme, continuité de sens, in Cours d'anthropologie médicale, CHU Cochin, 1987, p. 90 à 92.

constante élaboration soient distingués. Dans cette optique, une définition stipulative du droit telle que proposée, par exemple, par André-Jean Arnaud¹¹²⁷ apporte des éclairages intéressants. L'auteur définit le droit comme « l'ensemble des principes et des règles à caractère normatif régissant les rapports entre individus et des groupes en société, et tel qu'il repose, dans l'esprit de ceux qui y sont assujettis, par attache personnelle, réelle ou territoriale, sur la croyance : a/ dans le caractère légitime de l'autorité dont il émane ; b/ dans le caractère supérieur, vrai et valide des règles posées, et leur correspondance aux valeurs de la civilisation où il émerge (justice, paix, moralité, ordre, conformité à une tradition culturelle, voire religieuse) ; c/ dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé ; d/ dans la nécessité et la légitimité d'une sanction ainsi que de l'autorité chargée de l'appliquer »¹¹²⁸.

Dans l'esprit d'André-Jean Arnaud, cette définition est stipulative en ce qu'elle vise exclusivement à donner des outils aptes à s'interroger sur les frontières du « juridique » et à mettre en lumière la pluralité des solutions juridiques susceptibles de gérer un problème né dans un contexte donné. Cette définition n'a donc pas pour but de révéler la nature ou l'essence du droit, mais de décrypter ses évolutions réelles ou possibles. L'auteur s'inscrit dans « une triple démarche marquée par l'abandon des critères *a priori* de la juridicité, un retour au pluralisme juridique et la reconnaissance d'une nature propre de la normativité du droit »¹¹²⁹. Dans cette perspective, André-Jean Arnaud observe qu'une période définie s'écoule entre le moment où un problème spécifique naît et celui où il est résolu au moyen d'une solution promue règle de droit par « le diseur de droit ». Plusieurs solutions sont préalablement envisagées et lorsqu'une solution est écartée au profit d'une autre, elle peut néanmoins être adoptée en un autre temps et en un autre lieu. C'est pourquoi l'analyse des autres solutions possibles est importante aux yeux de André-Jean Arnaud, car elle permet de s'interroger et de relativiser les frontières du droit lorsqu'elles revêtent une dimension « parallèle et concurrentielle »¹¹³⁰ aux règles de droit. Les « vécus » ou les « conçus », c'est-à-dire les solutions portées par une petite minorité, ne sont pas du « droit » mais revêtent le caractère du « juridique » ce qui rend possibles les comparaisons et s'avère utile dans la perspective « de la connaissance du phénomène juridique ou dans celle d'un changement juridique »¹¹³¹. André-Jean Arnaud en conclut que « le juriste est parfaitement autorisé à comparer ce que, vulgairement, on oppose sous le nom de "droit" et de "faits" (...) pour cette raison qu'ils relèvent de l'ordre juridique, et que deux choses "juridiques" peuvent être l'objet d'une comparaison. On ne dira plus, désormais, que les faits influent sur le droit, qu'ils le modifient ou parviennent à l'abroger. Les faits ne sauraient

¹¹²⁷ Essai d'une définition stipulative du droit, rev. Droits, 1989, n° 10/1, p. 11.

¹¹²⁸ Essai d'une définition stipulative du droit, op. cit., p. 14.

¹¹²⁹ Ibid., p. 13.

¹¹³⁰ Ibid.

¹¹³¹ Ibid.

toucher au droit : *les uns et les autres sont d'un ordre différent*. Mais on pourra dire légitimement que des systèmes juridiques (informels, non en vigueur, etc.) peuvent venir affronter un système de droit ; et *de cet affrontement pourra résulter soit une innovation, soit une adaptation d'un système à l'autre, soit une récupération du système nouveau par l'ancien, soit encore une vaccination du système en vigueur* »¹¹³².

La démarche préconisée par André-Jean Arnaud s'apparente beaucoup à celle consistant à confronter un savoir profane à un savoir savant, préalablement défini comme tel (par le critère de la règle de droit, en l'espèce). Le juridique déborde les frontières du droit et c'est de la confrontation de divers plans de solutions juridiques minoritaires, simplement vécues ou légalement sanctionnées, que peut naître une meilleure connaissance de l'ordre juridique et de son évolution. En réalité, il ne s'agit pas de valider un contenu qui relèverait du droit proprement dit, mais d'imaginer les moyens de prévoir ces contenus en ouvrant le savoir à tous les modes de connaissance possibles du juridique. Dans cette perspective, le savoir juridique ne résout rien directement, mais c'est dans l'interaction avec son objet, le droit, qu'il devient un instrument possible de connaissance.

184. — **1.3. Illustrations : la distinction des obligations de moyens et de résultat ; la distinction des obligations de règlement et de couverture**

La comparaison de l'élaboration de la distinction des obligations de moyens et de résultat, d'une part, et de la distinction des obligations de règlement et de couverture, d'autre part, présente un grand intérêt car les auteurs de ces constructions juridiques ne se sont pas inscrits dans la même démarche. Pourtant, René Demogue et Christian Mouly ont tous deux respectivement contribué à l'élaboration d'un véritable savoir juridique.

185. — **La nature des responsabilités civiles interrogée par le prisme de la distinction des obligations de moyens et de résultat.** Même si la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat a progressivement pris forme, le mérite de sa systématisation est généralement attribué à René Demogue¹¹³³.

¹¹³² Ibid., p. 13 et 14, (nous soulignons).

¹¹³³ V. l'historique de l'élaboration de la distinction des obligations de moyens et de résultat de Henri et Léon MAZEAUD, André TUNC, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », t. I, réimpr. 6^{ème} éd., Bad Feilnbach : Schmidt Periodicals, Allemagne, 2000, n° 103-2, p. 114. V. aussi Joseph FROSSARD, « La distinction des obligations de moyens et de résultat », th. Lyon, LGDJ, Paris 1965, n° 20 s., p. 12 s.

À l'origine, René Demogue¹¹³⁴ avait pour projet de démontrer que la notion de faute était une notion commune aux responsabilités civiles et c'est dans ce but qu'il a systématisé la distinction des obligations de moyens et de résultat. Tout comme Jacques Ghestin¹¹³⁵, René Demogue n'a donc pas cherché à rendre une classification, - celle de la responsabilité civile - plus efficace en mettant en lumière les différents degrés d'intensité des obligations. Il a simplement tenté de rendre plus convaincante sa propre conception de la responsabilité. Est-ce à dire que la distinction des obligations de moyens et de résultat n'est pas valable ? Positivement, en dépit de nombreuses critiques¹¹³⁶ et de propositions de remaniement¹¹³⁷, l'utilisation de la distinction n'est pas niable et a même exercé aux dires de certains auteurs¹¹³⁸, une influence non négligeable sur le développement et l'orientation générale du droit de la réparation, dans la deuxième moitié du XX^e siècle.

Le fondamental au service de l'appliqué. René Demogue se propose d'analyser les « rapports de la responsabilité délictuelle avec la responsabilité contractuelle » et précise que s'agissant de savoir « si les responsabilités délictuelle et contractuelle sont différentes ou s'il n'y a qu'une seule catégorie de responsabilité (...) le problème est uniquement un problème de technique juridique ou, de façon plus précise, de construction juridique (...) il faut donc procéder non par voie déductive, mais par voie de constatation et de comparaison »¹¹³⁹. Dans son esprit, il s'agit de tirer les conséquences d'une réalité juridique qui s'impose et non de la déduire d'une théorie arrêtée au préalable. Pourtant, il est permis de se demander s'il ne s'agit pas d'un vœu pieux dans la mesure où l'auteur se demande un peu plus loin « si *rationnellement* elles (les responsabilités civiles) *doivent* différer »¹¹⁴⁰.

¹¹³⁴ « Traité des obligations en général », t. V, Rousseau et Cie, Paris, 1925, spéc. n° 1230 s., p. 523 s.

¹¹³⁵ *supra*, 1.1.

¹¹³⁶ V. par ex. Henri CAPITANT, Les effets des obligations, RTDCiv. 1932, p. 724 ; BRETON, S. 1937, 1, p. 321 ; G. MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyens, RTDCiv. 1935, p. 499 ; Paul ESMEIN, L'obligation et la responsabilité contractuelle, Etudes Georges Ripert, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 101 ; Georges RIPERT et Jean BOULANGER, « Traité de droit civil », t. II, LGDJ, Paris, 1956, n° 783 ; Ambroise COLIN, Henri CAPITANT et Léon JULLIOT de la MORANDIERE, « Traité de droit civil », t. II, Dalloz, Paris, 1959, n° 691 et 833, Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, « Droit civil. Les obligations », 2^{ème} éd., t. II, Sirey, Paris, 1989, n° 469 ; Jean BRUNET, JCP, 1950, II, 5716.

¹¹³⁷ V. par ex. Henri et Léon MAZEAUD et André TUNC, « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile », op. cit., n° 103-2 s., p. 113 s. Ils considèrent qu'en dépit des différences sensibles de régimes qui caractérisent les deux sortes de responsabilité, elles entrent en réalité dans une seule et même grande classification, celle des obligations de moyens et de résultat, qu'il rebaptise en « obligations déterminées », « obligations générales de prudence et diligence » et « obligations de garantie ».

¹¹³⁸ Jean BELLISSENT, « Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilités civiles », th. Montpellier 1999, LGDJ, Paris, 2001.

¹¹³⁹ René DEMOGUE, « Traité des obligations en général », op. cit. n° 1230, p. 523 et 524.

¹¹⁴⁰ René DEMOGUE, « Traité des obligations en général », op. cit. n° 1231, p. 524, (nous soulignons et nous ajoutons).

De fait, René Demogue fait valoir toute une série d'arguments plaidant en faveur d'une unité des responsabilités et il s'efforce spécialement de combattre ce qu'il considère comme des préjugés. Par exemple, vouloir sanctionner par des degrés de gravité différents la violation d'un contrat ou d'un délit au motif que commettre un délit est plus grave que violer un contrat, est une idée largement reçue selon lui : « il y a dans cette idée (...) un souvenir de la théorie critiquée par nous suivant laquelle l'obligation contractuelle est une situation exceptionnelle, la liberté dans le cadre des obligations légales étant la règle ». Et d'ajouter que cela est « de moins en moins exact à mesure que l'on admet que l'on peut être responsable en vertu de la loi pour de simples risques créés »¹¹⁴¹. René Demogue estime à cet égard que, de manière générale, les obligations de résultat caractérisent les responsabilités « en raison du risque créé » en matière délictuelle. L'auteur tente de modifier la conception du contrat en mettant en lumière les points communs du droit de la réparation liée à la responsabilité et, partant du principe que les différences entre les responsabilités ne sont pas pertinentes de ce point de vue, il élabore une grille de lecture unique. La théorie fondamentale se retrouve ainsi au service de la théorie pratique et, dans tous les cas, c'est bien de réalité juridique dont il s'agit.

L'élaboration d'un savoir en première intention. Le savoir ainsi construit n'a pas de vocation résolutoire directe. Il ressort clairement des écrits de René Demogue que la distinction des obligations de moyens et de résultat n'a *a priori* pas eu pour fonction de faciliter l'opération de qualification¹¹⁴². La distinction peut donc ici être conçue comme le support d'un savoir élaboré en première intention. Ce dernier revêt une visée synthétique : l'observateur part d'abord d'une problématique juridique axée sur la pertinence de la distinction des responsabilités civiles, alors que du point de vue de l'observateur toutes deux sont marquées par une objectivation consécutive à la prise en compte du risque créé ; puis il établit une grille de lecture en fonction de cette nouvelle pertinence.

Cette démarche est sans doute subjective, mais est-elle pour autant non scientifique ? Pour répondre à cette question, il convient de s'interroger sur la démarche suivie par Christian Mouly lorsqu'il a systématisé la distinction des obligations de règlement et des obligations de couverture, en matière de cautionnement.

186. — **La créance des dettes futures garantie par le biais de la distinction de l'obligation de règlement et de l'obligation de couverture.** Lorsque Christian Mouly¹¹⁴³ a

¹¹⁴¹ René DEMOGUE, « Traité des obligations en général », op. cit. n° 1231, p. 525.

¹¹⁴² « Traité des obligations en général », op. cit., n° 1237, p. 536 s., spéc., p. 538.

¹¹⁴³ « Les causes d'extinction du cautionnement », 1977, th. Montpellier, Librairies techniques, Paris, 1979,

façonné cette distinction, il n'a probablement pas été guidé par le même type de projet que René Demogue dans son domaine. L'auteur explique qu'il a eu la volonté « de préserver la valeur économique des créances que le bénéficiaire du cautionnement détient contre le débiteur »¹¹⁴⁴.

De fait, la distinction de l'obligation de couverture et de l'obligation de règlement revêt une valeur explicative qui a largement permis de régler les problèmes posés par les cautionnements de dettes futures. Sans rien régler directement, elle a permis de résoudre autrement, si ce n'est résoudre tout court. Comparés aux cautionnements de dettes présentes dont l'objet est déterminé, les cautionnements de dettes futures, seulement déterminables, ont fait naître des hésitations : le cautionnement existe-t-il dès sa conclusion ou seulement lorsque des dettes naissent à la charge du débiteur principal ? Le créancier peut-il prendre des mesures conservatoires avant la naissance de toute dette ? De même, s'est posé la question de l'étendue de la garantie et du mode d'extinction de ce cautionnement. Christian Mouly s'est proposé de prévenir les confusions touchant à la nature et à la portée du cautionnement et a donné une assise solide à la créance future et éventuelle contre la caution. D'après sa théorie, aujourd'hui consacrée par la jurisprudence¹¹⁴⁵ et par la grande majorité de la doctrine¹¹⁴⁶, l'obligation de couverture permet à la fois de délimiter l'étendue du cautionnement des dettes futures et de préserver ce dernier. Dans cette optique, le cautionnement des dettes futures donne naissance à deux obligations : l'une spécifique, appelée « obligation de couverture » et l'autre propre à tout cautionnement, appelée « obligation de règlement »¹¹⁴⁷. L'obligation de couverture détermine les dettes qui sont garanties par la caution lorsqu'elle s'engage. Elle est « une obligation de durée à exécution successive »¹¹⁴⁸ car elle a pour objet les dettes à naître. L'obligation de règlement apparaît à chaque fois que naît une dette à la charge du débiteur

spéc. n° 256 à 260 et n° 506 à 515. V. aussi Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, « Droit des sûretés », 8^{ème} éd., Litec, Paris, 2007, n° 101s., p. 71 s. et n° 216, p. 137.

¹¹⁴⁴ Ibidem.

¹¹⁴⁵ Cass. com., 10 décembre 2003, 01-03.502, *inéd.*, rev. dr. banc. fin., 2003, p. 66, obs. D. LEGEAIS, RTDCom. 2003, p. 352, obs. M. CABRILLAC.

¹¹⁴⁶ Philippe SIMLER, « Cautionnement et garanties autonomes », 3^{ème} éd., Litec, Paris, 2000, n° 212 ; Laurent AYNES, Philippe MALAURIE, « Cours de droit civil. Les sûretés, La publicité foncière », t. IX, 10^{ème} éd., Cujas, Paris, 2000, n° 240 ; Philippe THERY, « Sûretés et publicité foncière », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1998, n° 49 ; Dominique LEGEAIS, « Sûretés et garanties du crédit », 6^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008, n° 227, p. 180 ; Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, Yves PICOD, « Leçons de droit civil. Sûretés, publicité foncière », t. III, vol. 1, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1999, n° 21-1 ; *Rappr.* avec les conceptions axées sur une obligation globale de garantie dont la couverture et le règlement forment les deux éléments, « le règlement n'étant qu'une forme possible d'exécution, par la caution, de son obligation de garantir » : Naoki KANAYAMA, De l'obligation de couverture à la prestation de garantir – donner, faire, ne pas faire... et garantir ?, Mél. Christian Mouly, t. II, Litec, Paris, 1998, p. 375 ; Pour un point de vue critique : Pascal ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTDCiv. 1999, p. 771 ; Jérôme FRANCOIS, « Droit civil, Les sûretés personnelles », t. VII, Economica, Paris, 2004, n° 121 et 122.

¹¹⁴⁷ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL « Droit des sûretés », op. cit., n° 101, p. 71.

¹¹⁴⁸ Ibid.

principal. L'obligation de couverture définit le cadre des dettes, toutes les dettes correspondant à autant d'obligations de règlement mises à la charge de la caution. L'obligation de couverture s'éteint par l'effet de la résiliation, du terme ou de la mort de la caution et cette extinction est indépendante de l'obligation de règlement conçue comme une obligation à exécution instantanée¹¹⁴⁹. La caution demeure débitrice des dettes nées antérieurement à la survenance de la cause d'extinction du cautionnement de dettes futures.

L'élaboration d'un savoir en deuxième intention. Christian Mouly a bien élaboré un savoir juridique puisqu'il a ordonné des connaissances en fonction d'un projet axé sur une cohérence et une prévisibilité des solutions juridiques. Les dettes sont conçues comme évolutives et, le temps passant, prennent corps jusqu'à engendrer une obligation de règlement. Chaque type d'obligation possède désormais son propre régime, tant au niveau du mode de formation, l'une naissant dès la conclusion du contrat alors que l'autre n'est que future et éventuelle ; de l'objet, un service dans un cas, une chose et principalement une somme d'argent dans l'autre ; et surtout leur régime d'exécution, l'obligation de couverture étant à exécution successive alors que l'obligation de règlement est à exécution instantanée. Elles sont pourtant étroitement dépendantes, « les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre, à la façon d'obligations gigognes »¹¹⁵⁰.

Toutefois, ce n'est pas parce que cette distinction s'avère si utile qu'elle est dénuée de toute subjectivité ou qu'elle ne fait que traduire des choix de régimes. En fait, ces choix la dépassent : la théorie de Christian Mouly a rencontré un tel succès qu'elle a été étendue à d'autres hypothèses. Ainsi, en matière d'hypothèques rechargeables, le législateur prévoit désormais que l'hypothèque consentie pour des créances futures et pour une durée indéterminée peut être résiliée à la condition que le constituant respecte un préavis de trois mois. Et l'article 2423 alinéa 3 du Code civil précise que l'hypothèque demeure après sa résiliation « pour la garantie des créances nées antérieurement ».

Christian Mouly a élaboré sa théorie selon une méthode de type analytique avec l'ambition de garantir le régime des dettes futures. De ce point de vue, le savoir juridique a été élaboré en deuxième intention, alors que la théorie de René Demogue était plutôt apparue comme un savoir élaboré en première intention. Différencier les intentions dans le savoir permet de comprendre un cheminement de pensée et éventuellement de critiquer l'argument d'autorité voulant que tout savoir repose sur et reflète uniquement et exclusivement la réalité juridique dite positive. Il n'en reste pas moins que tout savoir est appelé à modifier le contenu du corpus et que sa caractéristique essentielle

¹¹⁴⁹ Ibid.

¹¹⁵⁰ Christian MOULY, « Les causes d'extinction du cautionnement », op. cit., n° 261.

réside dans sa fonction résolutoire indirecte, non dans sa faculté d'ordonnement. Dans cette perspective, la distinction du savoir juridique et de son objet, le droit, perd quelque peu de sa pertinence lorsqu'elle consiste à déterminer si le savoir doit être uniquement descriptif – selon le principe de la pureté axiologique de Hans Kelsen¹¹⁵¹, ou s'il doit au contraire être utile, ce caractère étant à tort assimilé à un point de vue prescriptif. De fait, le savoir traduit plus qu'un état du droit : un état de l'observateur du droit qui s'inscrit dans une communauté juridique de pensée.

§2 Le droit comme objet non objectivable du savoir juridique

187. — Christian Atias¹¹⁵² a montré que l'opposition de la science fondamentale et de la

¹¹⁵¹ La science du droit est, selon Hans Kelsen, extérieure au droit lui-même. Son objet est construit et repose sur toutes les normes juridiques valides dans un système globalement efficace, à l'exclusion des normes ayant un caractère social, moral, religieux, et ainsi de suite. Contrairement à « la dogmatique juridique » qui cherche à rendre le droit plus efficace en l'organisant différemment, la science appartient au domaine du *sein* et n'est donc pas censée influencer le droit conçu comme un *sollen*. Le droit prescrit, la science du droit décrit (« Théorie pure du droit », 1962, trad. Charles Eisenmann, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1999, n° 26, p. 111). Fort de la distinction du *sein* et du *sollen* inspirée de Hume, Hans Kelsen pose ainsi le premier principe méthodologique de la science en opposant le point de vue prescriptif qui caractérise, par exemple, les positions sociologique ou réaliste, au point de vue descriptif. Selon lui, la description permet d'éviter de porter des jugements de valeur sur le contenu du droit et de garantir « la pureté axiologique » de la science. Celle-ci doit être pure de tout jugement de valeur et donc se limiter à l'observation empirique des normes prescriptives et à leur articulation en fonction de l'expérience donnée.

Il est pourtant discutable de postuler que les principes d'une méthode sont vrais en tant qu'énoncés et de refuser d'y voir des actes de volonté normatifs et, sur ce point, Hans Kelsen s'est démarqué des autres scientifiques du début du XX^e siècle. Sur ce point, v. Valentin PETEV, Hans Kelsen et le cercle de Vienne, in « Théorie du droit et science », œuv. coll. sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 233 s. et spéc. p. 243 à 247.

Hans Kelsen met ainsi sur le même plan l'objectif de la science, décrire un objet prescriptif, et les principes méthodologiques de la science, qui définissent le concept de science. Norberto Bobbio a mis en lumière cette faille du système d'Hans Kelsen. Il estime à juste titre que les principes méthodologiques de toute science sont prescriptifs et que la description de ces principes relève d'une méta-science. Il considère toutefois que cette méta-science n'est pas elle-même prescriptive, ce qui est discutable. Norberto BOBBIO, « Essais de théorie du droit », LGDJ – Bruylant, Paris – Bruxelles, 1998, p. 185 à 206.

Comp. Michel TROPER, Le positivisme juridique, in « Pour une théorie juridique de l'Etat », PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 27 à 44. L'auteur considère comme « un fait incontestable que la science du droit exerce sur l'évolution du droit une influence, variable selon les systèmes juridiques, les époques, les branches du droit, mais toujours réelle », (p. 32). Il propose de sortir de l'alternative consistant à s'en tenir à une vision positiviste de la science du droit contenant des propositions vraies sur un objet extérieur et qui la prive de la possibilité de rendre compte des rapports entre la science du droit et le droit ou à rendre compte de ses rapports en renonçant à l'idée d'une science descriptive pourtant essentielle à la conception positiviste. Michel Troper tente de préserver le dualisme de fonctions qui oppose la science du droit et le droit ainsi que le caractère descriptif de la science, tout en nuancant les caractéristiques. Il propose dès lors deux directions : admettre que les normes posées par les Hommes sont empreintes d'idéologie et « peut se trouver dans une représentation fautive de la science du droit et de ses propositions », (ce qui signifie que ce n'est pas la science elle-même qui est prescriptive) ; considérer que les propositions descriptives d'une science peuvent être exprimées sous la forme de normes techniques, l'existence de tels énoncés n'affectant pas le caractère descriptif de la science dans la mesure où la proposition ne prend pas parti sur la fin et est susceptible d'être vraie ou fautive, (spéc. p. 34 et 35).

¹¹⁵² « Épistémologie juridique », 1^{ère} éd., op. cit., n° 30 s., p. 58 s. Cette distinction n'est pas reprise *in extenso* dans la seconde édition, mais il convient d'observer que l'auteur considère toujours que la mise à l'épreuve des notions par le savoir permet à la fois de faire progresser le savoir (fondamental) en le révoquant en doute

science appliquée n'a pas vraiment de sens, que les deux sont liées et que, finalement, la distinction des deux approches n'a d'intérêt que dans la mesure où elle permet de prendre conscience de leur profonde interdépendance. L'auteur n'envisage pas la distinction de la science fondamentale et de la science appliquée comme une option théorique d'analyse, mais comme une méthode explicative de formation et d'application du droit. Selon lui, la science fondamentale a une vocation généralisante et abstractive par rapport à la science appliquée. Par exemple, s'agissant de la formation du contrat, la science appliquée « énumère les hypothèses où l'annulation est exclue et celles où elle peut être décidée ; elle construit déjà une théorie explicative, en admettant probablement qu'elle doit laisser de côté certaines décisions de justice (qui ne sont pas, pour autant, nécessairement erronées ou aberrantes) ». La science juridique fondamentale consiste alors à insérer « cette théorie partielle dans une théorie beaucoup plus large ; c'est le rôle de la volonté individuelle dans le contrat, c'est l'appréciation de l'aptitude des parties à consentir... qui devront être présentés, expliqués, justifiés »¹¹⁵³. Christian Atias estime que la science juridique fondamentale possède la capacité de dégager des « lois » dont l'intérêt est double. En premier lieu, celles-ci permettent de comprendre la manière dont les règles et les solutions de droit se forment et évoluent. Autrement dit, elles permettent de dégager « les "lois" d'évolution du droit »¹¹⁵⁴ et, par voie de conséquence, d'améliorer la prévision des décisions. Surtout, et c'est le véritable intérêt de ces lois, elles déterminent « les prises de position des juristes »¹¹⁵⁵. Ainsi, dit-il, François Gény « examina le rôle tenu par les fictions qui facilitent l'accueil de certaines innovations juridiques dans la société ; il se préoccupa également du degré de précision que devaient atteindre les lois (...) »¹¹⁵⁶. Les incidences de la science fondamentale sur les conduites théoriques présentes et futures des juristes transforment la science juridique fondamentale « en une science appliquée de la norme »¹¹⁵⁷ ; elle est « fille de la science appliquée »¹¹⁵⁸.

Le droit : l'objet du savoir ou un objet de savoir ? Dans le prolongement de cette analyse, il est permis de se demander si le fait que le savoir juridique soit parfois réduit à un bloc monolithique de disciplines juridiques ordonnées autour d'un droit commun ne serait pas dû en partie à l'idée que le droit n'est pas seulement l'objet *du* savoir, mais qu'il *constitue* un objet de savoir en tant que tel.

et de mettre en lumière toute évidence de nature à emporter la conviction « des incrédules et des ignorants ». Aux yeux de Christian Atias, c'est un des intérêts fondamentaux du savoir que de se servir de l'expérience pour *apprendre et montrer*. « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2002, n° 352, p. 206 et 207.

¹¹⁵³ Ibid., n° 30, p. 59.

¹¹⁵⁴ Ibid., n° 30, p. 60.

¹¹⁵⁵ Ibid., n° 30, p. 59.

¹¹⁵⁶ Ibid.

¹¹⁵⁷ Ibid., n° 30, p. 60 et 61.

¹¹⁵⁸ Ibid., n° 32, p. 62.

Le glissement de sens est patent et conduit à dévoyer le postulat selon lequel « il est nécessaire de distinguer les deux objets que sont le droit et le savoir sur le droit »¹¹⁵⁹. Toutefois, sur un plan épistémologique, cette confusion pourrait s'expliquer par le fait que les juristes ont parfois tendance à considérer que toute objectivation est bonne par nature¹¹⁶⁰ et que celle du droit constitue un moyen de garantir ce dernier contre les risques d'arbitraire. En évacuant les paramètres individuels : le paramètre de l'observateur qui élabore le savoir ; celui du juriste qui reçoit et interprète le droit et qui construit à son tour un savoir, le droit devient maîtrisable et donc plus sûr. Cette déshumanisation du droit n'est pourtant pas sans présenter de danger. Précisément, une objectivation excessive ne permet pas de remettre en cause les prises de positions des juristes consécutives aux résultats issus de la science fondamentale¹¹⁶¹. Par ailleurs, résoudre le problème en affirmant que le droit est normatif, que le savoir ou la science du droit est dans une certaine mesure prescriptive pour les raisons susdites, mais que la méta-science – spécialement l'épistémologie – est quant à elle descriptive¹¹⁶², ne fait, à notre sens, que déplacer le problème. L'épistémologie, conçue comme « l'étude critique des événements qui émaillent l'histoire du corps de connaissances qu'une collectivité savante alimente, corrige et travaille, et dont l'objet est relativement déterminé »¹¹⁶³, consiste avant tout en une vue de l'esprit et tel est son intérêt. En adoptant une vue critique de l'ensemble des paramètres ayant conduit à différencier et à organiser un ensemble de connaissances et en tirant certaines conséquences d'une attitude d'esprit, jugée utile ou non, erronée ou non, l'épistémologue hiérarchise nécessairement ces paramètres et intègre ses propres convictions.

Le savoir comme étude des interprétations constitutives du droit. La spécificité du savoir juridique ne réside pas dans son objet, mais dans les manières que les juristes ont d'envisager cet objet. Ces manières constituent le droit au sens strict du terme, c'est elles qui le réalisent. Assurément, le savoir prend le droit comme objet et offre ainsi la possibilité d'accéder à une

¹¹⁵⁹ Cf. *supra* §1, 1.2.

¹¹⁶⁰ *Rappr.* Christian ATIAS, « Philosophie du droit », 1^{ère} éd., op. cit., p. 308 : « Avant de s'abandonner à la facilité coutumière qui consiste, pour assurer la naissance d'une discipline, à lui dessiner un territoire arraché aux domaines des disciplines préexistantes, mieux vaut commencer par établir l'utilité d'une attitude d'esprit. L'étude du savoir juridique – qu'elle soit dénommée "épistémologie" ou autrement – n'a besoin, pour exister, ni de se présenter comme l'adversaire de la philosophie du droit, ni de se dire ou de se croire scientifique ».

¹¹⁶¹ V. Christian ATIAS, « Philosophie du droit », 1^{ère} éd., op. cit., p. 310 : « Le savoir est mis en œuvre toutes les fois que le juriste, qu'il soit investi ou non d'un pouvoir, se donne pour tâche, non d'imaginer, de créer, de poser du droit, mais de trouver ou de retrouver un droit préexistant. Le législateur adopte cette attitude d'esprit, par exemple, lorsqu'il suppose devoir réformer "un droit positif" qu'il croit connaître ou lorsque, réformant telle disposition, il envisage son articulation sur les règles et solutions établies qui demeureront inchangées. Le juge qui ne prend pas le parti du revirement ou de la consécration d'un nouveau droit prétorien, use du savoir du droit positif qu'il estime avoir acquis. Les praticiens consacrent leurs efforts quotidiens à rechercher dans ce même droit les solutions propices aux intérêts qu'ils sont chargés de défendre. La doctrine aussi travaille sur ce savoir ». Et d'ajouter que « la règle de droit se fonde sur des convictions relatives à la vérité, par exemple des effets néfastes du vol. Surtout, si le juge est persuadé qu'elle est erronée, il ne rendra probablement pas la même décision que s'il y adhère totalement ».

¹¹⁶² V. Norberto BOBBIO, « Essais de théorie du droit », op. cit., p. 185 à 206. Cf. *supra*, note 1151.

¹¹⁶³ Christian ATIAS, « Épistémologie juridique », 2^{ème} éd., op. cit., n° 3, p. 3.

meilleure connaissance des mécanismes conduisant à telle ou telle solution. Mais cette compréhension ne peut être qu'éthique dans la mesure où elle subit en partie les influences du droit et qu'elle-même est de la réalité organisée en fonction de valeurs socioculturelles. Le savoir (ou le méta-savoir) ne peut prétendre à la vérité de ses propositions, pas plus que le droit qu'il prend comme objet.

§3 Le cercle herméneutique *réalité construite – droit – savoir juridique*

188. — La notion de « cercle herméneutique » évoquée par Hans-Georg Gadamer¹¹⁶⁴ a vocation à remplacer la linéarité créatrice, caractéristique de la notion de système juridique¹¹⁶⁵. Elle vise à permettre d'envisager le savoir juridique comme une forme d'interprétation qui ne s'inscrit pas en bout de chaîne, selon le schéma de pensée suivant : la réalité sociale est complexe, diffuse, inorganisée ; même en admettant que le droit sort du fait¹¹⁶⁶, il a pour fonction de traiter cette réalité qui, de ce point de vue, lui est extérieure ; le droit peut être appréhendé dans son ensemble selon un petit nombre de principes opératoires¹¹⁶⁷, *in fine* parfois fondés sur une norme qui, quelle que soit sa nature, ferme le système unitaire. Selon ce schéma, la vision du droit est structurée selon une chaîne hiérarchisée avec un socle : la réalité (qui comprend généralement des éléments conçus à la fois comme construits et émanant du donné) ; un mode d'organisation à visée normative de cette réalité : le droit – et, tout en haut, un savoir qui prend le droit comme objet et qui, parfois, au prétexte que le savoir construit son objet vient à considérer que le droit est un objet de connaissance objectivable. Ce découpage présente le grave inconvénient de déconnecter le savoir juridique des autres éléments avec lesquels il est en rapport, comme si aucune interdépendance n'était envisageable et, plus

¹¹⁶⁴ « Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique », 1960/1990, Le Seuil, Paris, 1996, n° 270, p. 286.

¹¹⁶⁵ Cf. *supra*, partie I, tit. II, chap. I.

¹¹⁶⁶ *Ex facto oritur jus*, selon une formule attribuée à Bartole.

¹¹⁶⁷ V. sur ce point Michel TROPER, Pour une définition stipulative du droit, Droits, 1989, n° 10/1, p. 101. V. aussi Paul AMSELEK, « Méthode phénoménologique et théorie du droit », LGDJ, Paris, 1964, p. 390 s. L'auteur distingue « la mise en ordre proprement scientifique » de « la mise en ordre technologique » propre au normativisme, selon lui. La première vise à donner une certaine place à la normativité au sein du flux d'ensembles que compose la réalité historique. La science décrit l'apparition et l'existence phénoménale de ces normes dans les rapports qu'elles paraissent entretenir avec d'autres phénomènes. La mise en ordre technologique consiste, quant à elle, « à envisager les normes juridiques dans leur perspective instrumentale, comme constitutives d'un ensemble d'instruments, d'un "arsenal", et à ranger ces instruments en tâchant d'harmoniser l'ensemble par des exercices de logique formelle et dans un but de perfectionnement, d'aménagement rationnel de la technique artisanale, sans égard à la réalité même dans laquelle ces instruments acquièrent leur phénoménalité, sans égard à leur historicité », (p. 390). Paul Amselek déduit de cette définition que la critique consistant à reprocher un excès de formalisme aux positivistes, et spécialement à Hans Kelsen, est inopérante. À ses yeux, la critique faite au nom de la « réalité juridique » censée déborder le cadre des normes, méconnaît le caractère technologique du positivisme juridique : « Toute dogmatique est, par définition même, purement formaliste. Elle s'en tient au dogme lui-même, aux propositions, aux formes propositionnelles, qui le constituent, et c'est de ce seul dogme que l'on va tirer, par des exercices de logique formelle, toute la "substantifique moelle" qu'il renferme. Le positivisme juridique rejoint ici la scolastique : ce débat sur le formalisme repose donc sur un malentendu », (p. 391).

précisément, comme si cette interdépendance risquait de remettre en cause son caractère scientifique.

189. — **Le cercle.** Cette vision du droit pourrait être utilement remise en cause par une autre sorte de division structurée autour des mêmes éléments - réalité construite, droit, savoir -, mais s'inscrivant dans un cercle plutôt que dans une linéarité. Cette manière plus dynamique d'envisager le droit présente deux avantages.

Elle permet de relativiser la notion de savoir juridique qui n'a rien d'un absolu ou d'un idéal. Dans cette optique, le savoir juridique consiste en un corpus organisé en fonction d'un projet (une meilleure compréhension du droit en fonction d'une problématique de départ), ce qui signifie qu'il a fondamentalement la même structure que le droit en ce sens qu'il participe *de* la réalité et qu'il est fonction des données socioculturelles.

Ensuite et surtout, inscrire le savoir juridique dans un cercle permet d'éviter de porter des jugements de valeur sur le droit. En effet, l'idée du cercle ôte toute velléité de progrès dans le champ de la vérité. L'abstraction propre au savoir est fonction de la réalité construite, laquelle est cependant organisée et subtile de sorte qu'elle est susceptible de fournir des traits pertinents devenant critères du savoir, et ainsi de suite. Pour prendre un exemple, l'empoisonnement, qui est une forme éminemment classique d'homicide, a changé de nature dans les années 90. Jusque-là personne n'aurait pensé découvrir un aspect méconnu de cette infraction aussi vieille que l'humanité. Pourtant, une particularité socioculturelle est devenue pertinente sur le plan juridique et s'est finalement imposée comme un élément constitutif nécessaire de l'infraction pour toutes les situations qu'elle recouvre. La soudaine nécessité de caractériser l'intention homicide, *dol spécial*, est née des conséquences sociales de l'épidémie du virus du sida. Outre la connaissance du caractère mortifère de la substance et la volonté de l'administrer, la Chambre criminelle a consacré la nécessité de constater une intention de tuer de la part de l'auteur poursuivi du chef d'empoisonnement¹¹⁶⁸. Les dispositions du Code pénal identiques depuis 1810¹¹⁶⁹ ont acquis un

¹¹⁶⁸ Cf *supra*, partie II, chap. II, sect. 2, §3. S'agissant de l'affaire où un homme avait délibérément contaminé sa partenaire, v. Cass. crim., 2 juillet 1998, Bull. crim. 1998, n° 211 ; JCP éd. G. 1998, II, 10132, jurispr. p. 1435, note M.-L. RASSAT ; JCP éd. G. 1999, I, 112, p. 326, n° 3, obs. M. VERON ; D. 1998, jurispr. p. 457, note J. PRADEL ; D. 2000, somm. comm. p. 26, obs. Y. MAYAUD ; petit. aff. 1998, n° 126, p. 9, note F. COURTRAY ; A. PROTHAIS, N'empoisonnez donc plus à l'arsenic !, D. 1998, chron. p. 334. S'agissant de l'affaire dite du sang contaminé, v. Cass. crim., 18 juin 2003, Bull. crim. 2003, n° 127 ; BICC, 15 sept. 2003, n° 583, p. 7, concl. Mme COMMARET, rapp. M. ROMAN ; JCP éd. G. 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; Dr. pén. 2003, comm. 97, p. 13, note M. VERON ; Dr. pén., 2004, chron. n° 2, p. 4, obs. V. MALABAT et J.-Ch. SAINT-PAU ; Rev. sc. crim. 2003, p. 781, n° 1, obs. Y. MAYAUD ; D. 2004, jurispr. p. 1620, note D. REBUT ; D. 2004, somm. p. 2751, obs. S. MIRABAIL ; D. 2005, jurispr. p. 195, note A. PROTHAIS.

¹¹⁶⁹ En droit français, le caractère formel de l'infraction remonterait à un édit de Louis XIV (1682) promulgué

sens particulier dans un contexte particulier. Le nouveau dol spécial a alors engendré certaines prises de position des juristes : certains y ont vu une dénaturation de l’empoisonnement, plus tout à fait aussi particulier et se rapprochant dangereusement des conditions du meurtre ; d’autres y ont vu une dénaturation de l’infraction d’administration de substances « nuisibles », retenue¹¹⁷⁰ par défaut alors que le virus du sida est pour l’heure mortel. Précisément, si cette réalité là devait changer et que l’on ne mourait plus du sida, que cette maladie, qui n’est pas la cause fortuite des interrogations juridiques, perde son statut d’ennemi public numéro 1 (avec les peurs que cette affection engendre, ainsi que son caractère honteux), alors ces prises de positions changeraient à nouveau.

Dans cette optique, le savoir apparaît éminemment contextuel et n’a rien d’universel. L’utilité de la recherche d’une « synthèse des réalités » prônée par François GénY¹¹⁷¹ s’avère dès lors discutable pour la bonne raison que cette synthèse sera partielle, contingente, relative et évidemment évolutive. L’abstraction, qui est le propre du savoir, n’est pas un but en soi dès lors que le savoir est lui-même conçu comme de la réalité sujette au doute. C’est pourquoi la philosophie herméneutique présente un si grand intérêt. Elle offre un outil de compréhension du processus d’indexation.

190. — **L’herméneutique.** Selon la philosophie herméneutique développée par Paul Ricœur¹¹⁷² et Hans-Georg Gadamer¹¹⁷³, le sujet connaissant a une précompréhension du monde, une manière prédéterminée de distinguer, de classer, de retenir certaines différences pertinentes dépassant un certain seuil d’acceptabilité en fonction d’une époque, d’un lieu, d’un savoir qui déterminent la manière de percevoir l’objet de la connaissance. Par ailleurs, la perception ou la non-perception de l’objet influence en retour la conception du monde du sujet connaissant.

Le « cercle herméneutique » sans fin permet de saisir le va-et-vient de la compréhension à la pré-compréhension qui équivaut à une anticipation du sens. La pré-compréhension est nécessaire à la compréhension qui à son tour est productive d’une pré-compréhension car « dès que l’on

dans le cadre de l’affaire dite des poisons. Cet édit disposait que « seront punis de mort tous ceux qui seront convaincus de s’être servi de poison que la mort s’en soit suivie ou non ». Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, « Droit pénal spécial », 4^{ème} éd., Cujas, Paris, 2007-2008, n° 27, p. 45. *Comp.* Michèle-Laure RASSAT, « Droit pénal spécial », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, n° 277, p. 317, qui classe l’empoisonnement dans une catégorie appelée « meurtres spécifiés ». Cette dernière englobe aussi « l’assassinat », lequel suppose une préméditation, et le « meurtre lorsqu’il est combiné avec une autre infraction ».

¹¹⁷⁰ Cass. crim., 10 janvier 2006, Bull. crim. 2006, n° 11 ; Dr. pén. 2006, comm. 30, note M. VERON ; D. 2006, p. 1068, note A. PROTHAIS et -, p. 1653, obs. S. MIRABAIL.

¹¹⁷¹ François GENY, « Science et technique en droit privé positif », t. I, Sirey, Paris, 1913-1924, n° 43, p. 122. Cf. *supra*, partie I, tit. I, chap. I, sect. 1.

¹¹⁷² « Du texte à l’action. Essais d’herméneutique, II », Le Seuil, Esprit, Paris, 1986, p. 32 et 33.

¹¹⁷³ « Vérité et Méthode » op. cit.

comprend, on comprend autrement »¹¹⁷⁴. Pour parvenir à une interprétation juste d'un texte, il est, en quelque sorte, nécessaire de lâcher prise afin de s'abandonner dans le texte de manière à se garantir de « l'étroitesse de ses habitudes de pensée ». Le lecteur doit « diriger son regard » sur les choses mêmes » et « se laisser déterminer »¹¹⁷⁵ par elles. Son rôle n'est pour autant pas effacé : « quiconque veut comprendre un texte réalise toujours une ébauche. Dès que se montre un premier sens dans le texte, l'interprète se donne en ébauche un sens du tout. A son tour, ce premier sens ne se dessine que parce qu'on lit déjà le texte, guidé que l'on est par l'attente d'un sens déterminé. C'est dans l'accomplissement d'une telle pré-esquisse, constamment révisée à partir il est vrai de ce que livre le progrès dans la pénétration du sens, que consiste la compréhension de ce qui est donné »¹¹⁷⁶. Hans-Georg Gadamer met en lumière la dialectique du tout et des parties, une partie étant prise pour le tout dans un mouvement de compréhension. Il réhabilite ainsi le sens positif de l'erreur qui, à ses yeux, fait partie du cheminement de l'interprétation.

L'exposé de ces quelques idées montre que, dans l'esprit de Hans-Georg Gadamer, l'herméneutique revêt plusieurs fonctions. Elle constitue d'abord un cadre épistémologique. Le couple interprétation-compréhension permet d'envisager la science différemment en ne raisonnant pas en termes de causalité et en intégrant le facteur humain. En mettant l'accent sur le sens, Gadamer place l'humanité, par le vecteur du langage et du dialogue, au cœur de l'interprétation. Il ne s'agit pourtant pas d'effacer les apports de la science, mais de renouveler son approche. L'auteur poursuit en affirmant que « le fait que l'être propre de celui qui connaît y entre également en jeu dans la connaissance, marque bien la limite de la "méthode", mais non celle de la science. Ce que l'on ne peut pas demander à l'instrument de la méthode, il faut au contraire et on peut aussi l'atteindre, grâce à une discipline de l'interrogation et de la recherche qui garantisse la vérité »¹¹⁷⁷.

La philosophie herméneutique d'Hans-Georg Gadamer est donc davantage qu'un cadre épistémologique. Elle constitue aussi une philosophie pratique qui poursuit un double dessein : remettre en cause ce qu'il appelle « la méthode », c'est-à-dire la situation actuelle « pour avoir abouti à la fois à la séparation de l'homme et de la nature, par fait de sciences et de techniques, et à la division de l'homme avec lui-même, par fait de sciences humaines, et, secondement, tenter de montrer que la seule voie de sortie possible hors de cette réalité culturelle et historique est celle de la restauration d'un fond originaire unifiant commun à l'humanité (le langage), en même temps qu'il est susceptible de réunifier l'homme avec soi-même »¹¹⁷⁸. Le langage, conçu comme « le

¹¹⁷⁴ Ibid., n° 302, p. 318.

¹¹⁷⁵ Ibid., n° 271, p. 287.

¹¹⁷⁶ Ibid., n° 271, p. 288.

¹¹⁷⁷ Ibid., n° 493, p. 516.

¹¹⁷⁸ Christian RUBY, Hans-Georg Gadamer. L'herméneutique : description, fondation et éthique,

milieu dans lequel se réalisent l'entente entre les partenaires et l'accord sur la chose même »¹¹⁷⁹, permet, aux yeux de Hans-Georg Gadamer, de progresser vers une vérité herméneutique, c'est-à-dire vers une vérité « à laquelle il importe de participer »¹¹⁸⁰. L'auteur combat de la sorte le fantôme de la subjectivité qui entrave les entreprises de connaissance¹¹⁸¹. Dans son esprit, la force de l'herméneutique qui suppose un retour sur l'intentionnalité¹¹⁸², réside dans le regard critique apporté à la phénoménologie. Hans-Georg Gadamer explique que si l'on admet que toutes les questions d'ordre phénoménologique, comme le temps, la mort ou l'être, sont « des phénomènes recouverts de concepts », il est alors nécessaire de s'interroger sur le rôle joué par l'interprétation. Telle est la tâche de l'herméneutique. « L'herméneutique n'est donc pas seulement le complément, elle est surtout le mode d'accomplissement, critique et destructeur, ou désobstruant, de la phénoménologie. Une phénoménologie sans herméneutique est aveugle, et une herméneutique sans phénoménologie reste vide »¹¹⁸³.

Paul Ricœur se situe dans une même école de pensée. Un détour herméneutique est, à ses yeux, nécessaire pour pouvoir prétendre décrire des phénomènes impossibles à saisir directement. Plus structuraliste que Hans-Georg Gadamer, Paul Ricœur tend vers une logique d'objectivation du sens. Ainsi, Jean Grondin¹¹⁸⁴ définit l'herméneutique ricœurienne comme une approche destinée à comprendre « un sens qui s'est déposé dans une forme objective (un symbole, un texte, un récit, etc.). Si l'on veut comprendre cette forme, il faut aussi tenir compte de ses approches plus objectivantes, plus explicatives, celles de l'économie freudienne ou du structuralisme. La compréhension du sens ne peut, selon Ricœur, faire l'économie d'un détour par l'ordre des objectivations »¹¹⁸⁵. Si dans le cas de Hans-Georg Gadamer, la compréhension est conçue comme un *abandon* au texte, qui efface toute idée de subjectivité, dans l'esprit de Paul Ricœur, elle est décrite comme un être *face* au sens. La mise en cause de la distinction de l'objectif et du subjectif

EspacesTemps.net, Textuel, 16.10.2002, <http://espacestemps.net/document355.html>, (revue éditée sur support papier jusqu'en 2002).

¹¹⁷⁹ Hans-Georg GADAMER, « Vérité et méthode », op. cit., n° 387, p. 406.

¹¹⁸⁰ Ibid., n° 3, p. 13.

¹¹⁸¹ « Une conscience formée à l'herméneutique doit donc être ouverte d'emblée à l'altérité du texte. Mais une telle réceptivité ne présuppose ni une "neutralité" quant au fond, ni surtout l'effacement de soi-même, mais inclut *l'appropriation* qui fait ressortir les préconceptions du lecteur et les préjugés personnels. Il s'agit de se rendre compte que l'on est prévenu, afin que le texte lui-même se présente en son altérité et acquiert ainsi la possibilité d'opposer sa vérité, qui est de fond, à la pré-opinion du lecteur », « Vérité et Méthode », op. cit., n° 273 et 274, p. 290, (l'auteur souligne).

¹¹⁸² « Vérité et méthode », op. cit., n° 229, p. 245 : « Toute conscience est conscience de quelque chose, tout comportement est comportement envers quelque chose ».

¹¹⁸³ Jean GRONDIN, « Le tournant herméneutique de la phénoménologie », PUF, Paris, 2003, p. 84 à 102.

¹¹⁸⁴ Il relève les différences de conceptions qui séparent Hans-Georg Gadamer et Paul Ricœur, notamment en les attribuant à leurs influences philosophiques respectives : Husserl et Heidegger pour le premier, Dilthey, voire Descartes, pour le second, Jean GRONDIN, op. cit., spéc. p. 90, 91, 95.

¹¹⁸⁵ Jean GRONDIN, op. cit., p. 90.

diffère, puisqu'elle passe par une phase d'objectivation plus marquée pour Paul Ricœur. Cependant, dans les deux pensées, le rapport explication – compréhension - interprétation interagit¹¹⁸⁶.

La théorie de la relativité et la physique quantique ont largement contribué à infléchir l'idée selon laquelle le savoir n'aurait pas d'influence sur son objet, l'observateur constituant ce dernier. Elles ont permis de mettre en lumière la relativité du savoir scientifique¹¹⁸⁷. Aucun savoir n'est vrai à partir du moment où l'observateur et sa machinerie font partie du système observé et doivent de ce fait être intégrés dans les paramètres de calcul. L'enseignement principal de la théorie de la relativité et du principe d'incertitude est qu'il est nécessaire de relativiser, pour reprendre la distinction kantienne, tant les phénomènes, les objets mentaux de la pensée, que les noumènes. Selon ces théories, ils ne subissent pas de déterminisme du fait de leur nature ou de leur essence. Par ailleurs, le conditionnement du savoir par une ou plusieurs finalités déterminées par l'auteur, l'observateur ou l'utilisateur n'invalide en aucun cas sa nature scientifique. Décrire un objet implique des choix qui le constituent. Il ne s'agit pas de reconstituer un objet Réel mais de le constituer à partir d'un schéma du monde dont il est impossible de s'abstraire¹¹⁸⁸. On ne connaît un objet qu'en discernant ses qualités. Elles ne sont pertinentes que dans un schéma mental du monde, pré-élaboré et évolutif. Elles ne sont pas nécessairement les mêmes d'une culture à l'autre, et quand tel est le cas, elles n'ont pas toujours la même signification. C'est pourquoi l'observateur et l'univers traditionnel et historique dans lequel il s'inscrit sont importants.

Distinguer réalité, droit et savoir est nécessaire à une bonne compréhension du phénomène juridique, mais la distinction ne vaut que si elle est en capacité de montrer ce qui relie les objets mis à distance, sans les séparer. À ce stade, il importe peu qu'il y ait ou non unité du droit. Ce qui distingue fondamentalement le droit des autres disciplines sociales ce sont les manières spécifiques dont il indexe les projets socioculturels au sein de son propre corpus, en les organisant en fonction de ses propres projets. L'unique voie pour tenter de saisir ce processus d'indexation de manière globale réside dans l'herméneutique, laquelle constitue son outil épistémologique d'étude dans la

¹¹⁸⁶ « L'intention de l'auteur (du texte) n'est plus immédiatement donnée comme veut l'être celle du locuteur dans une parole sincère et directe. Elle doit être reconstruite en même temps que la signification du texte lui-même (...) quant à l'autre subjectivité, celle du lecteur, elle est autant l'œuvre de la lecture et le don du texte qu'elle est le porteur des attentes avec lesquelles ce lecteur aborde et reçoit le texte (...) Se comprendre, c'est se comprendre *devant le texte* et recevoir de lui les conditions d'un soi autre que le moi qui vient à la lecture. Aucune des deux subjectivités, ni celle de l'auteur, ni celle du lecteur, n'est donc première au sens d'une présence originaire de soi à soi-même ». Paul RICŒUR, « Du texte à l'action », op. cit., p. 31, (l'auteur souligne et nous ajoutons). *Adde*, L'herméneutique et la méthode des sciences sociales, in « Théorie du droit et science », œuv. coll. sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 15.

¹¹⁸⁷ V. Danièle LOCHAK, La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?, in « Théorie du droit et science », œuv. coll. sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 293.

¹¹⁸⁸ Ce que Gaston BACHELARD résumait par la formule : « l'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit, plutôt que de l'œil ». « La formation de l'esprit scientifique », op. cit., p. 242.

mesure où elle prend acte de la participation du sujet connaissant dans l'élaboration de son objet d'étude et de la pré-compréhension de cet objet qui en résulte. Elle seule permet de comprendre l'enjeu de la distinction – indexation dans le processus d'interférence de la réalité, du droit et du savoir, étant entendu que ces trois objets constituent un aspect de la réalité socioculturelle construite. Il s'agit de relativiser la confiance dévolue au « savant sachant » à juste titre dénoncée par Michel Villey¹¹⁸⁹, tout en évitant de recourir à une notion transcendante de la justice. Issue de la pensée d'Aristote, cette dernière contribue probablement à structurer la manière que les juristes ont d'envisager le droit. L'utilisation de la distinction de la justice distributive et de la justice commutative en témoigne, cette dernière fondant l'idée d'égalité dans l'esprit de la plupart des juristes Français¹¹⁹⁰. Le fait que, de ce point de vue, la justice conçue comme mesure de partage soit *réelle* (toujours d'un point de vue socioculturel), ne signifie pas pour autant qu'elle soit vraie. Dès lors qu'elle n'implique pas ou ne rend pas compte de la participation du sujet connaissant, la vérité supposerait un acte de foi, ce qui est une toute autre histoire.

¹¹⁸⁹ Dans l'esprit de Michel Villey, il n'existe pas de césure entre le droit et le savoir, lequel consiste dans l'art de mettre en lumière les procédés rendant opératoire la mesure du partage des biens. La dialectique constitue le principal rouage de cet art, dont une des applications, la controverse, permet de poursuivre « une compréhension plus complète et plus adéquate de la chose dont on dispute », (n° 159, p. 194). L'auteur écrit que « la dialectique tient le milieu entre la science et la rhétorique. Elle n'atteindra pas au savoir, dont se targuent les savants, seulement à des conclusions toujours imparfaites et provisoires. Car elle n'est pas démonstrative. Elle est une recherche (*zététique*) ; *approche* de la vérité. Le statut de l'intellect humain est moins le repos du savoir, que la quête de la vérité », (n° 159, p. 193). Michel Villey, qui assimile le savant à un technicien (n° 35, p. 50 et 51), considère que l'art de dire le droit n'influence pas la nature profonde de ce dernier, donnée et indémontrable. Pour autant, cet art n'est pas extérieur à la nature du droit car il tend vers l'idéal de justice que représente la mesure de partage des biens et ainsi, vers « une connaissance vraie » par « la découverte des prémisses qui serviront de base à la science », (n° 159, p. 194). Michel VILLEY, « Philosophie du droit », 1984-1986, Dalloz, Paris, 2001.

¹¹⁹⁰ Sur la manière dont le Conseil d'État appréhende la notion d'égalité dans son rapport annuel de 1996, en distinguant l'égalité absolue de l'égalité réelle ou, encore, l'égalité devant la loi et l'égalité dans la loi, cf. *supra* sect. 1, §1.

191. — CONCLUSION

Au terme de ce chapitre, nous avons tenté de démontrer que le savoir juridique peut utilement s'ouvrir aux conflits d'interprétation en se départissant des craintes découlant d'une logique de distinction – opposition. Dans la mesure où les antinomies juridiques ne sont pas conçues comme une anomalie passagère du système juridique mais comme un mode d'interprétation à part entière, elles ne conduisent vraisemblablement ni à un éclatement du droit, ni à une iniquité insupportable. Au contraire, elles permettent de raffiner les solutions juridiques en permettant de prendre conscience des enjeux de la règle dans un contexte d'application restreint du droit. Il est des paradoxes de pensée qui sont révélés par l'antinomie et tenter d'en saisir les différents aspects permet de mieux comprendre la conduite d'un raisonnement, ce qui rend cette dernière automatiquement plus prévisible. La manière dont le Conseil d'État a forgé sa théorie de la différence de situation permet ainsi d'appréhender les implications de la dialectique de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle. Partant d'un paradoxe de pensée cette lecture est dite dialogique, car elle a pour objet de comprendre le processus de construction des notions en mettant en lumière la part d'incertitude qu'il révèle. De ce point de vue, elle participe à la recherche d'une solution juste, c'est-à-dire acceptable au regard des constructions culturelles partagées de la société.

Par ailleurs, dès lors que les antinomies ont été conçues comme un mode d'interprétation à part entière et que leur utilité pour le droit a été reconnue, il est devenu nécessaire de s'interroger sur la fonction résolutoire du savoir, dans une perspective de découpage de la réalité juridique axée sur la distinction - indexation. La controverse engagée entre Jean-Luc Aubert et Jacques Ghestin nous a enseigné que cette fonction résolutoire ne peut être qu'indirecte, puisque ni la distinction, ni l'ordonnancement ne permettent de traiter des conséquences nées d'une manière d'envisager des rapports catégoriels. Toutefois, si la distinction n'a pas de fonction de résolution, son auteur se donne à travers elle les moyens de résoudre autrement. Tel est, à notre sens, la clef du savoir juridique par nature herméneutique, dans la mesure où il se réalise essentiellement à travers ses interactions avec le droit qui participe de la réalité et la réalité socioculturelle elle-même. À la suite de cette réflexion, nous avons donc proposé de cesser d'envisager le savoir juridique d'un point de vue linéaire, c'est-à-dire selon une hiérarchie *réalité/Réel – droit – savoir juridique* et de la remplacer par la perspective du cercle herméneutique, *réalité socioculturelle – droit – savoir juridique*. Ce dernier présente l'avantage inestimable d'abandonner toute idée de création au sens philosophique du terme, c'est-à-dire toute recherche d'une fin ultime destinée à fermer le droit selon une vision unitaire.

CONCLUSION DU TITRE SECOND

192. — L'approche aporétique du droit par la distinction a consisté à réintégrer dans le giron du droit des manières de raisonner qui s'avèrent exclues ou au moins réduites au rang d'épiphénomènes par la pensée systémique. Dans cette perspective, nous avons tenté de déterminer les implications de la distinction - indexation pour le droit tant sur le plan technique que conceptuel.

S'agissant de la technique, il est apparu qu'il est possible et utile de relativiser la portée de la qualification juridique, lorsqu'elle est conçue comme un élément essentiel de structuration du système. La condition juridique de l'embryon a eu pour objet de montrer que sa compréhension ne devrait pas nécessairement passer par une nomination qui perd son sens dès lors qu'elle est rattachée à la distinction des choses et des personnes. L'application des ordres contextuels restreints et spécialement dans ce cas, de la mise en rapport de type cyclique a permis d'envisager d'autres voies possibles de compréhension de ces régimes. L'objectif a été d'envisager la possibilité d'une réalisation dissimulée du droit, un aspect du droit innomé et toutefois bien du droit, puisque la condition juridique de l'embryon prend sens à travers lui et qu'en retour elle modifie la signification du corpus. À cet égard, l'éclairage sociologique de Jean Carbonnier s'est avéré précieux. Dès lors, l'indexation a permis d'appréhender les limites de la notion de qualification, lorsqu'elle est conçue comme essentielle plutôt qu'empirique.

Dans le prolongement de cette réflexion, l'étude des propriétés du savoir juridique dans la perspective de l'indexation a permis de sortir, sur le plan conceptuel, des principes d'unité et de non-contradiction caractéristiques de la pensée systémique. Si l'on admet que le droit participe de la réalité, il ne peut valablement être conçu comme entièrement normatif ; de même, le savoir ne s'avère pas totalement descriptif. Ce dernier a une fonction résolutoire indirecte dans la mesure où il participe de l'interprétation du droit, le sujet connaissant modifiant nécessairement son objet d'étude. Les antinomies constituent un aspect important de ce savoir car elles relèvent aussi de l'interprétation, la dialectique de l'égalité formelle et de l'égalité matérielle en constituant une bonne illustration. Le point important est que ce sont les modes de lecture du droit qui constituent la meilleure garantie de cohérence des solutions juridiques, non leurs résultats, lesquels dépendent d'un contexte de réalisation et s'avèrent par nature relatifs.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

193. — La distinction – indexation remédie aux inconvénients de la distinction – opposition et offre des issues juridiques aux impasses découlant de la réduction des exceptions, des fictions et des situations *sui generis* à des anomalies juridiques, ainsi que de la confusion des index de la distinction et de la classification, dans la mesure où ces dernières conduisent quasi inévitablement à entrer dans une logique à la fois taxinomique et nominaliste.

La distinction - indexation permet de relativiser les constructions du droit, issues de données socioculturelles. Le droit est envisagé comme une série d'index ouverts, qui prennent sens grâce à l'interprétation. Elle ouvre sur toute une série de procédés d'indexation, qui sont prévisibles et donc conformes à l'impératif de sécurité juridique.

De surcroît, cet outil permet de rénover la qualification en luttant contre une logique nominaliste et en proposant d'autres modes de réflexion axés sur la réalisation contextuelle du droit.

La distinction- indexation permet enfin d'introduire l'herméneutique, laquelle permet d'envisager l'indexation comme moyen de replacer le droit à sa place, c'est-à-dire un corpus à visée normative dépendant de la réalité socioculturelle construite dans la mesure où lui-même participe de la réalité et sujet à plusieurs modes de lecture qui le modifient indirectement.

CONCLUSION GENERALE

Descartes voyait dans la distinction une sorte de vérité ontologique : « Les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies »¹¹⁹¹ et Montaigne rassurait sa condition de simple être humain par un prisme logique : « Je n'ay rien à dire de moy, entièrement, simplement, et solidement, sans confusion et sans meslange, ny en un mot. DISTINGO est le plus universel membre de ma Logique »¹¹⁹².

194. — Si contrairement à une idée répandue, la distinction n'a pas pour visée première de simplifier les mécanismes de pensée en ordonnant le droit et en créant des statuts juridiques, elle constitue, dans tous les cas, un moyen de clarifier cette pensée. En ce sens, il s'agit d'un outil qui s'avère au service de la prévisibilité du droit et de la cohérence des solutions juridiques. Cette cohérence n'équivaut cependant pas à une harmonie du droit, bien au contraire.

Les écueils de la distinction – opposition. Au terme de cette thèse, il est apparu que la distinction est traditionnellement conçue comme une opposition et une émanation du donné, ce qui conduit, d'une part, à la confondre avec la classification et, d'autre part, à enfermer le droit dans une pensée systémique qui, en retour, exacerbe la distinction – opposition. Cette manière d'appréhender la distinction peut entraîner un certain nombre d'écueils.

Confondre distinction et classification ne permet pas d'appréhender certaines réalités juridiques autrement que par le biais d'exceptions, de fictions et de situations *sui generis*. Celles-ci sont conçues comme des anomalies juridiques soit provisoires, soit irréductibles qu'il conviendrait dans l'absolu de dépasser. Le raisonnement juridique se polarise sur la recherche de statuts qui se subsument sous une *summa divisio* alors même que les juristes ont conscience des limites de ces dernières et de leurs imperfections. Cette difficulté est essentiellement liée au fait que certaines oppositions sont conçues comme émanant du donné. Les trahir interdirait au droit de parvenir à une solution adéquate à la réalité, laquelle sous-tend l'idée du juste. Aussi, même si la distinction est considérée comme reconstruite par le droit, l'observateur se fixe lui-même certaines limites, de

¹¹⁹¹ « Discours de la méthode », 4^{ème} partie, Librairie A. Hatier, Paris, 1936, p. 50.

¹¹⁹² « Essais », Bibliothèque de La Pléiade, Paris, 1950, L. II, chap. I, p. 371.

crainte de déformer la réalité. Il est vrai que ces limites existent. Cependant, elles ne sont pas le fait du donné, mais de la réalité socioculturelle. Contrairement à la nature (ou au Réel) qui par définition n'est pas connaissable, la réalité socioculturelle est le fait des Hommes qui élaborent leur propre vision du monde selon leurs cultures. Cette vision est à la fois organisée, mouvante et complexe. Dans cette perspective, il est douteux que le droit puisse trahir cette réalité puisque lui-même y participe. De fait, la meilleure manière de déformer cette réalité résiderait dans le refus de prendre conscience des organisations qui structurent les mentalités et ont une incidence sur le droit. Aussi, il s'avère fructueux pour la compréhension des réalités juridiques de cesser de penser qu'une distinction re-construit le donné puisqu'en réalité, elle le construit. Si reconstruction du droit il y a, ce ne peut-être qu'à partir d'une autre construction socioculturelle. Tenter de discerner les contours de cette dernière offre l'intérêt de se réapproprier tous les paramètres d'élaboration de telle ou telle distinction. La distinction – opposition présente l'inconvénient de soumettre le droit à des paramètres non maîtrisables parce que non identifiés. Dès lors que la distinction est conçue comme émanant du Réel, elle ne peut plus être remise en cause, sauf à émettre des jugements de valeur, par définition, relatifs.

Ne pas prendre conscience du caractère construit des distinctions se traduit par l'adhésion à une pensée systémique. Bien que le rapprochement ne soit de prime abord pas évident, l'étude de différents systèmes juridiques a permis de dégager plusieurs caractéristiques propres à la notion de système qui se sont avérées similaires à celles de la distinction – opposition. Ces caractères sont les suivants :

- La recherche d'une généralisation des principes de classification du système s'accompagnant d'une visée universelle du modèle ;
- Le postulat de l'unité par la non-contradiction ;
- La volonté de maîtriser une réalité conçue comme molle et fuyante ;
- La recherche d'une création au sens philosophique ;
- L'exclusion ou, au minimum, l'objectivation de l'observateur dans le système.

Le système juridique, appuyé par l'impératif de sécurité juridique, implique une harmonie du droit se traduisant par un principe d'unité et de non-contradiction. La prévisibilité du droit tend à se confondre avec une harmonie des classifications, des qualifications et des régimes, comme si le droit se réalisait uniquement par un effort d'abstraction dû à la seule intelligence. Il n'a pas été dans

notre intention de remettre en cause l'utilité d'une cohérence des solutions juridiques, ni de discuter l'impératif de sécurité juridique, mais seulement de nous interroger sur le concours du principe d'unité spécialement en ce qu'il implique un principe de non-contradiction.

195. — **Les remèdes de la distinction – indexation.** L'indexation implique deux principes fondamentaux :

- En premier lieu, le droit ne s'élabore pas seulement grâce à l'abstraction, il se réalise aussi de manière contextuelle, selon des index restreints et possiblement incompatibles entre eux.

- En second lieu, si l'intelligence des juristes est sans aucun doute nécessaire à l'élaboration du droit, elle ne suffit pas. Les constructions socioculturelles qui président au droit ne peuvent en aucun cas être réduites à une action de l'intelligence ou de la volonté, ces deux notions correspondant d'ailleurs à une représentation occidentale de l'Homme, qui se pense à travers la binarité du corps et de l'esprit en tant qu'être humain. Les mythes juridiques évoqués par Christian Atias et développés dans ce travail sous l'angle des évidences partagées montrent bien que le droit participe de la réalité aux antipodes d'un simple outil normatif d'ordonnancement d'une réalité qui lui serait extérieure de ce point de vue.

Les notions d'index et de corpus. L'abandon de toute idéalisation de la distinction concrétisée par la recherche d'une vue d'ensemble de l'objet étudié, a permis de la concevoir uniquement comme un mode d'indexation par et dans le droit. Pour ce faire, il a été nécessaire de recourir à des outils d'ordre épistémologique capables d'approfondir l'étude de la distinction. Dans un premier temps, et toujours dans une perspective de construction, il a été recouru aux notions d'index et de corpus pour présenter la manière générale dont le droit se réalise. Ces notions, issues de la linguistique, ont été d'un grand secours dans la mesure où elles ont permis de comprendre que le droit se présente avant tout comme un ensemble signifiant et que cette signification peut revêtir une forme tout aussi bien apparente que voilée. Le droit doit se comprendre comme un corpus, c'est-à-dire comme un discours à visée normative d'un ensemble de pratiques. Ce discours est organisé et s'appuie pour cela sur des définitions, des divisions, des catégories, mais aussi sur d'autres procédés destinés à intégrer dans le droit des notions non qualifiées ou bien considérées comme appartenant à une catégorie qui n'est pas considérée comme totalement adéquate sur le plan juridique. Certains meubles devenus immeubles « par assimilation » ou « par accessoire » entrent « de force » dans cette catégorie. Nous avons tenté d'expliquer que le droit n'a pas vocation à rendre tous les statuts apparents et que les notions se réalisent aussi et même *grâce* à l'impossibilité de les nommer par des statuts entrant dans un tout unifié. S'il souhaite prendre en compte les évidences partagées de la

société qu'il traite et, ainsi, parvenir à une solution juste c'est-à-dire conforme aux valeurs communes de cette société, alors le droit ne peut pas aller contre l'organisation de ces valeurs lorsqu'elles font obstacle à la mise en place d'un statut en raison d'une distinction qui permet aux individus de se penser comme tels ou comme appartenant à une communauté de pensée.

Par exemple, la distinction des choses et des personnes qui implique une certaine conception de l'appropriation par la société fait, pour l'heure, obstacle à l'érection d'un statut de l'embryon. À vrai dire, il n'est pas certain, ni même souhaitable que l'on parvienne un jour à élaborer un statut de l'embryon auquel ce type de distinction fait obstacle. L'indexation des données socioculturelles pose l'éternelle question du rapport de l'Homme à l'Histoire. Si « c'est l'Histoire qui fait l'Homme », il suffit de s'interroger sur les origines socioculturelles de la distinction des choses et des personnes, de scruter son évolution pour modifier notre conception de la propriété et peut-être parvenir à bâtir un statut de l'embryon. En revanche, si « c'est l'Homme qui fait l'Histoire », il devient peut-être tout bonnement impossible de penser autrement la propriété dans notre culture et dans notre système. Cela signifierait que la distinction des choses et des personnes ne peut que faire obstacle à un statut de l'embryon - à la fois appropriable et non appropriable -, - non une chose, mais pas une personne -. Il est dès lors réconfortant que d'autres séries d'indexations permettent de le protéger autrement que par la création d'un statut, nécessairement réducteur dans notre culture.

Ces séries d'index qui rendent le corpus signifiant, peuvent, quant à elles, faire l'objet d'une typologie et tel a été l'objet de notre travail, dans un second temps. Nous avons tenté de montrer que non seulement les modes apparents et voilés du droit sont tous deux soumis à un processus d'indexation, mais qu'ils sont l'un comme l'autre nécessaires à la réalisation du discours du droit et à une cohérence des solutions juridiques. Plus précisément, l'étude des mises en rapport des objets distingués a permis d'étayer l'idée que l'interprétation fait sens, c'est-à-dire qu'elle participe au processus de différenciation des objets du droit en leur conférant une identité juridique. Dans le prolongement de ce raisonnement, l'étude des index du droit à visée normative a permis de relativiser tant la notion de qualification juridique, lorsqu'elle est conçue comme un élément objectif de structuration du droit, que l'appréhension du savoir, lorsqu'il est réduit à un ensemble de disciplines spécialisées s'ordonnant autour d'un droit commun. Il a été envisagé que la réalisation du droit ne passe, en réalité, ni par un nominalisme conçu comme exact voire vrai, ni par une ordonnance éventuellement parfaite. Il passe par des procédés d'interprétation possiblement contradictoires et par un savoir qui ne se pense ni totalement descriptif, ni totalement linéaire, car lui aussi est en prise avec la réalité socioculturelle construite à travers le droit participant de la réalité et à travers l'observateur, devenant de fait une composante à part entière de l'objet qu'il étudie puisque celui-ci révèle avant tout un état culturel du sujet connaissant.

Cette thèse relativise le droit, mais elle ne le relativise que pour tenter de mieux comprendre les procédés réguliers et performants capables de saisir les différences de situation nécessaires à la réalisation de l'égalité de droit.

196. — **L'épistémologie juridique de la distinction.** Le point de vue de cette thèse a été résolument épistémologique puisque nous nous sommes proposés d'étudier les différentes manières d'utiliser la distinction et que nous avons tenté de cerner leurs effets sur et dans le droit. L'épistémologie juridique présente l'intérêt inestimable de permettre à l'observateur de se distancier de ses propres cohérences en analysant les modes de connaissance du droit sous l'angle des évidences partagées. Dans ce travail, l'épistémologie a eu pour objet de dépasser les interrogations de l'observateur confronté à une distinction faisant obstacle à la construction d'un statut particulier des objets du droit et aboutissant, dans son esprit, à des exceptions, des fictions ou des situations *sui generis*. Pour cela, il lui a fallu abandonner les conditionnements réflexes habituels de qualification et s'interroger sur la nature des ordres contextuels restreints mis en jeu.

197. — **L'anthropologie juridique de la distinction.** Pour ouvrir de nouvelles perspectives à ce travail, il serait loisible de s'intéresser davantage à l'anthropologie juridique de la distinction. Celle-ci viserait à recenser les constructions socioculturelles ayant présidé à une élaboration juridique précise et à émettre des hypothèses permettant de l'expliquer sur un plan socioculturel. Nous avons par exemple tenté d'expliquer la philosophie de la responsabilité pénale à partir de la binarité corps/esprit qui définit l'être humain sur un plan socioculturel occidental. Il y a fort à parier que cette dichotomie est riche de sens et d'implications pour le droit dans son ensemble. Sur le plan pratique, l'anthropologie permettrait d'améliorer grandement le contenu de la motivation du juge. À partir de ses résultats, celui-ci aurait une bien meilleure connaissance de la diversité culturelle à laquelle il est tous les jours confronté, ne serait-ce qu'en ayant conscience des constructions socioculturelles auxquelles il est lui-même soumis en tant qu'individu et professionnel du droit. Dès lors, le juge pourrait adapter ses motivations pour expliquer sa décision, voire choisir une sanction adéquate lorsque la loi lui ouvre des alternatives éducatives, en un mot, juger en pleine conscience.

BIBLIOGRAPHIE

DICTIONNAIRES

ALLAND (D.) et RIALS (S.)

« Dictionnaire de la culture juridique », Lamy – PUF, Paris, 2003

ARNAUD (A.-J.),

« Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du Droit », LGDJ, Paris, 1993

DUBOIS (J.) et al.,

Grand dictionnaire de linguistique et science du langage, Larousse, Paris, 2007

GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.),

« Lexique de termes juridiques », 16^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007

IMBS (P.) et QUEMADA (B.),

« Le Trésor de la Langue Française », <http://atilf.atilf.fr>

LALANDE (A.),

« Vocabulaire technique et critique de la philosophie », PUF - Numilog, Paris - Bagneux, 2006

LANG (A. Van), GONDOUIN (G.), INSERGNET (V.),

« Dictionnaire de droit administratif », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008

LITTRE (É.)

« Dictionnaire de la langue française », 5 vol., Hachette et Cie, Paris, 1885

REY (A.),

« Dictionnaire Historique de la Langue Française », 2^{ème} éd., 2 t., Le Robert, Paris, 1993

OUVRAGES GENERAUX

ADAM (J.-M.),

« La linguistique textuelle », Armand Colin, Paris, 2005

AMSELEK (P.),

« Méthode phénoménologique et théorie du droit », LGDJ, Paris, 1964

AQUIN (Th. d'),

« Somme théologique », éd. du Cerf, Paris, 2004

ARISTOTE,

« Topiques », trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1965

« Seconds Analytiques », trad. et notes J. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1995

« La Métaphysique », trad. et notes J. Tricot, J. Vrin, Paris, 2000

ATIAS (Ch.),

« Philosophie du droit », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1999

« Philosophie du droit », 2^{ème} éd. refond., PUF, Paris, 2004

« Épistémologie juridique », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 1985

« Épistémologie juridique », 2^{ème} éd. refond., PUF, Paris, 2002

AUBERT (J.-L.),

« Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 12^{ème} éd., Sirey, Paris, 2008

BACHELARD (G.),

« La formation de l'esprit scientifique », Librairie Vrin, Paris, 1938

BATIFFOL (H.),

« Problèmes de base de philosophie du droit », LGDJ, Paris, 1979

BAUD (J.-P.),

« L'affaire de la main volée. Histoire juridique du corps humain », Le Seuil, coll. « Des travaux », Paris, 1993.

BENVENISTE (É.),

« Problèmes de linguistique générale », t. I, Gallimard, Paris, 1966

BERGEL (J.-L.),

« Méthodologie juridique », PUF, Paris, 2001

BOBBIO (N.),

« Essais de théorie du droit », LGDJ – Bruylant, Paris – Bruxelles, 1998

BOURDIEU (P.),

« Raisons pratiques », Le Seuil, Paris, 1994

« La Distinction », Minuit, Paris, 1979

CARBONNIER (J.),

« Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur », 10^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001

CISLARN (G.) et al.,

« L'acte de nommer, une dynamique entre langue et discours », Sorbonne nouvelle Presses, Paris, 2007

CORNU (C.),

« Linguistique juridique », 3^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2005

DABIN (J.),

« Théorie générale du droit », Dalloz, Paris, 1969

« Le droit subjectif », Dalloz, Paris, 1952

DELMAS-MARTY (M.),

« Le flou du droit », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2004

« Le relatif et l'universel », Le Seuil, Paris, 2004

« Le pluralisme ordonné », Le Seuil, Paris, 2004

DESCARTES (R.),

« Discours de la méthode », 4^{ème} partie, Librairie A. Hatier, Paris, 1936

« Méditations métaphysiques », 1641, Hatier, Paris, 2007

DOMENACH (J.-L.) et HUA (Ch.-M.),

« Le mariage en chine », Presses de Science Po, Paris, 2001

DU CAURROY (A.M.),

« Institutes de Justinien nouvellement expliquées », t. I, Alex-Gobelet, Paris, 1829

DUGUIT (L.),

« Traité de droit constitutionnel », t. I, 3^{ème} éd., Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, Paris, 1927

« Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon », 1920, éd. La mémoire du droit, Paris, 1999

« Manuel de droit constitutionnel », 4^{ème} éd., 1923, LGDJ, coll. Les introuvables, Paris, 2007

DU PASQUIER (Cl.),

« Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit », 1937, 4^{ème} éd., Delachaux et Niestlé, Neuchâtel - Paris, 1988

DURKHEIM (E.),

« Les règles de la méthode sociologique », 1895, 15^{ème} éd., PUF, Paris, 1963

ECO (U.),

« La production des signes », 1976, Librairie générale française, coll. Poche, 1992

ELLUL (J.),

« Le système technicien », Calmann-Lévy, Paris, 1977

FOUCAULT (M.),

« Les mots et les choses », Gallimard, Paris, 1966

FREUND (J.),

« Sociologie de Max Weber », PUF, Paris, 1966

GADAMER (H.-G.),

« Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique », 1960/1990,
Le Seuil, Paris, 1996

GAUDEMET (J.),

« Les institutions de l'antiquité », 7^{ème} éd., Domat Droit public - Montchrestien, Paris, 2002

GENY (F.),

« Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », 2 t., LGDJ, Paris, 1932

« Science et technique en droit privé positif », 4 t., Sirey, Paris, 1913-1924

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.),

« Traité de droit civil. Introduction générale », 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1994

GOYARD-FABRE (S.),

« Jean Bodin et le droit de la République », PUF, Paris, 1989

GRMEK (M.),

« Histoire de la pensée médicale en Occident », t. II, Le Seuil, Paris, 1997

GRONDIN (J.),

« Le tournant herméneutique de la phénoménologie », PUF, Paris, 2003

HAMELIN (O.),

« Le système d'Aristote », Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 4^{ème} éd., 1985

HART (H.-L.-A.),

« Le concept de Droit », 1961, trad. Michel Van de Kerchove, Facultés universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 1976

HUSSON (L.),

« Nouvelles études sur la pensée juridique », Dalloz, Paris, 1974

JEZE (G.),

« Les principes généraux du droit administratif », t. I, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005

JHERING von (R.),

« La lutte pour le droit », 1890, trad. Meulenaere, Dalloz, Paris, 2006

JULLIEN (F.),

« La grande image n'a pas de forme », Le Seuil, Paris, 2003

« Éloge de la fadeur. À partir de la pensée et de l'esthétique chinoises », éd. Philippe Picquier, Paris, 1991

KELSEN (H.),

« Théorie générale du droit et de l'Etat », 1945, trad. Béatrice Laroche, Bruylant - LGDJ, Bruxelles - Paris, 1997

« Théorie pure du droit », 1962, trad. Charles Eisenmann, Bruylant - LGDJ, Bruxelles - Paris, 1999

« Théorie pure du droit » de Hans Kelsen, 2^{ème} éd., La Baconnière - Neuchâtel, 1988

« Théorie générale des normes », trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, PUF, Paris, 1979

KERCHOVE Van De (M.),

« L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone », à la suite de « Théorie pure du droit » de Hans Kelsen, 2^{ème} éd., La Baconnière - Neuchâtel, 1988

KUHN (Th. S.),

« La structure des révolutions scientifiques », trad. Laure Meyer, Flammarion, Paris, 1983

MATTHIEU-IZORCHE (M.-L.),

« Le raisonnement juridique », PUF, Paris, 2001

MONTAIGNE (M.),

« Essais », Bibliothèque de La Pléiade, Paris, 1950

MORIN (E.),

« Introduction à la pensée complexe », éd. ESF, Paris, 1991

« Science avec conscience », Fayard, Paris, 1982

« La méthode », 6 t., Le seuil, Paris, 1977-2004

NICOLAS (M.-J.),

« Introduction à "la Somme théologique" de St Thomas d'Aquin », t. 1, Ed. du Cerf, Paris, 1999

ORS (A. d'),

« Une introduction à l'étude du droit », 2^{ème} éd., Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001

OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.),

« Le droit ou les paradoxes du jeu », PUF, Les voies du droit, Paris, 1992

PERELMAN (Ch.) et OLBRECHTS-TYTECA (L.),

« Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique », 6^{ème} éd., Université de Bruxelles, 2008

PERELMAN (Ch.),

« Ethique et droit », éd. de l'université de Bruxelles, 1990

« Logique juridique et nouvelle rhétorique », 1979, Dalloz, Paris, 2001

« Justice et raison », 2^{ème} éd., Université de Bruxelles, 1972

« Les Antinomies en droit », œuv. coll., Bruylant, Bruxelles, 1965

PERELMAN (Ch.) et FORIERS (P.),

« Les présomptions et les fictions en droit », œuv. coll., Bruylant, Bruxelles, 1974

PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.),

« Les notions à contenu variable en droit », œuv. coll., Bruylant, Bruxelles, 1984

PORPHYRE,

« Izagoge », trad. et notes J. Tricot, J. Vrin, Librairie philosophiques J. Vrin, Paris, 1947

PORTALIS (J.-E.-M.),

« Discours préliminaire au premier projet de Code civil », collection voix de la Cité, éd. confluences, Paris, 1999

REVEL (J.-F.),

« Histoire de la philosophie occidentale. De Thalès à Kant », éd. Nil, Paris, 1994

RICŒUR (P.),

« Du texte à l'action. Essais d'herméneutique, II », Le Seuil, Esprit, Paris, 1986

ROLAND (H.) et BOYER (L.),

« Introduction au droit », Litec, Paris, 2003

ROULAND (N.),

« Introduction historique au droit », PUF, Paris, 1998

SAUSSURE de (F.),

« Cours de linguistique générale », 1916, 5^{ème} éd., Payot, Paris, 1962

SAVIGNY,

« Traité de droit romain », t. I, trad. Charles Guenoux, Firmin Didot, Paris, 1840

SERIAUX (A.),

« Le droit. Une introduction », Ellipses, Paris, 1997

TERRÉ (F.),

« Introduction générale au droit », Dalloz, Paris, 1991

« Introduction générale au droit », 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006

TEUBNER (G.),

« Le droit, un système autopoïétique », trad. Gaby Maier et Nathalie Boucquey, PUF, Les voies du droit, Paris, 1993

TIMSIT (G.),

« Thèmes et systèmes de droit », PUF, Les voies du droit, 1986

« Les noms de la loi », PUF, Les voies du droit, Paris, 1991

« Archipel de la norme », PUF, Les voies du droit, Paris, 1997

VECCHIO (G. del),

« Philosophie du droit », 1953, Dalloz, Paris, 2003

VILLEY (M.),

« Philosophie du droit », 1984 -1986, Dalloz, Paris, 2001

« Leçons d'histoire de la philosophie du droit », 1962, Dalloz, Paris, 2002

« Le droit romain », PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 1945

VIRALLY (M.),

« La pensée juridique », 1960, LGDJ, Paris, 1998

WEBER (M.),

« Economie et société », 1921, Plon, Paris, 1971

WITTGENSTEIN (L.),

« Tractatus logico-philosophicus », Gallimard, Paris, 1961

OUVRAGES SPECIALISES

AUBRY (Ch.), RAU (Ch.-F.) et ESMEIN (P.),

« Droit civil français », t. IX, 6^e éd., Librairies Techniques, Paris, 1953

« Droit civil français », t. II, 7^{ème} éd., Librairies techniques, Paris, 1961

AYNES (L.) et MALAURIE (Ph),

« Cours de droit civil. Les sûretés, La publicité foncière », t. IX, 10^{ème} éd., Cujas, Paris, 2000

BAUDRY-LACANTINERIE (G.),

« Précis de droit civil », t. 1, L. Larose et Forcel, Paris, 1882

« Traité théorique et pratique de droit civil », 2^{ème} éd., t. II, « Des personnes », par H. Houques-Fourcade, Sirey, Paris, 1900

« Traité théorique et pratique de droit civil », 3e éd., t. III, par H. Houques-Fourcade, Sirey, Paris, 1908

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CINAMONTI (S.),

« Traité de droit civil. Les biens », LGDJ, Paris, 2000

BURDEAU (G.), HAMON (F.), TROPER (M.),

« Droit constitutionnel », 27^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.),

« Droit des sûretés », 8^{ème} éd., Litec, Paris, 2007

CARBONNIER (J.),

« Droit civil », 1^{ère} éd., 2 vol., PUF, Quadrige, Paris, 2004

COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT de la MORANDIERE (L.),

« Traité de droit civil », t. II, Dalloz, Paris, 1959

CONSEIL D'ETAT,

Rapport public, 1996, « Sur le principe d'égalité », La documentation française, Paris, 1997

CONTE (Ph.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.),

« Droit pénal général », 7^{ème} éd., Armand Colin, Paris, 2007

CORNU (G.),

« Droit civil. Les biens », 13^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2007

CORNU (G.) et FOYER (J.),

« Procédure civile », 3^{ème} éd., PUF, Paris, 1996

DABIN (J.),

« Le droit subjectif », Dalloz, Paris, 1952

DEMOGUE (R.),

« Traité des obligations en général », t. V, Rousseau et Cie, Paris, 1925

DEMOLOMBE (C.),

« Traité de droit civil », t. IX-I, A. Lahure, Paris, 1881

DESPORTES (F.), LE GUNEHEC (F.),

« Droit pénal général », 13^{ème} éd., Economica, Paris, 2006

DUGUIT (L.),

« Traité de droit constitutionnel », 3^{ème} éd., t. I, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, 1927

ESMEIN (A.),

« Eléments de droit constitutionnel français et comparé », t. I, 8^{ème} éd., rev. par Henri Nézard, L. Ténin, Paris, 1927-1928

FRANCOIS (J.),

« Droit civil, Les sûretés personnelles », t. VII, Economica, Paris, 2004

GARRAUD (R.),

« Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale », t. I, Sirey, Paris, 1907

GHESTIN (J.),

« Traité de droit civil. Le contrat », t. I, LGDJ, Paris, 1980

« Traité de droit civil, Les obligations, les contrats : formation », LGDJ, 3^{ème} éd., 1993

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.),

« Traité de droit civil. Introduction générale », 4^{ème} éd., LGDJ, Paris, 1994

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.),

« Traité de droit civil. Les effets du contrat », 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001

GIRARD (P. F.),

« Manuel élémentaire de droit romain », 8^e éd., Dalloz, Paris, 2003

GOLDMAN (B.), LYON-CAEN (A.) et VOGEL (L.),

« Droit commercial européen », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1994

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.) et CHAINAIS (C.),

« Procédure civile. Droit interne et droit communautaire », 29^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008

GUINCHARD (S.) et al.,

« Droit processuel », 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2005

GUYON (Y.),

« Droit des affaires », t. I, 12^{ème} éd., Economica, Paris, 2003

JEANDIDIER (W.),

« Droit pénal général », 2^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1991

J.Cl. code pénal, art. 311-1 à 311-16, 2006

LARROUMET (Ch.),

« Les obligations. Le contrat », 5^{ème} éd., t. III, Economica, Paris, 2003 6^{ème} éd., Economica, Paris, 2007, t. I ou II

LAURENT (F.),

« Principes de droit civil français », t. 1, 3^e éd., Bruylant et A. Marescq, Bruxelles et Paris, 1878

LEGEAIS (D.),

« Sûretés et garanties du crédit », 6^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P. de),

« Droit international privé », Précis Dalloz, 9^{ème} éd., Paris, 2007

MALAURIE (Ph.), (AYNES L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.),

« Les obligations », 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2007

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),

« Droit civil », t. II, vol. 1, Sirey, Paris, 1962

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.),

« Droit civil. Les obligations », 2^{ème} éd., 2 vol., Sirey, Paris, 1989

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.),

« Leçons de droit civil », t. II, 8^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1991

MAZEAUD (H. et L.), TUNC (A.),

« Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle », t. I, réimpr. 6^{ème} éd., Bad Feilnbach : Schmidt Périodicals, Allemagne, 2000

MAZEAUD (H. et L.), MAZEAUD (J.), CHABAS (F.), PICOD (Y.),

« Leçons de droit civil. Sûretés, publicité foncière », t. III, vol. 1, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1999

MERLE (R.) et VITU (A.),

« Traité de droit criminel », t. II, 5^{ème} éd., Cujas, Paris, 2001

OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de),

« Histoire du droit privé », 2^e éd., t. II, PUF, Paris, 1971

PÉDAMON (M.),

« Droit commercial », 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2000

PLANIOL (M.),

« Traité élémentaire de droit civil », 5^e éd., t. I, LGDJ, Paris, 1908

PRADEL (J.),

« Procédure pénale », 14^{ème} éd., Cujas, Paris, 2008/2009

PRADEL (J.) et DANTI-JUAN (M.),

« Droit pénal spécial », 4^{ème} éd., Cujas, Paris, 2007-2008

RASSAT (M.-L.),

« Droit pénal général », 2^{ème} éd., Ellipses, Paris, 2006

« Traité de procédure pénale », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 2001

« Droit pénal spécial », 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006

REINHARD (Y.) et CHAZAL (J.-P.),

« Droit commercial », 6^{ème} éd., Litec, Paris, 2001

RIPERT (G.), DURAND (P.), ROBLOT (R.),

« Traité élémentaire de droit commercial », 4^{ème} éd., t. I, LGDJ, Paris, 1959

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.),

« Traité de droit civil », t. II, LGDJ, Paris, 1956

SERIAUX (A.),

« Droit des obligations », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1998

SIMLER (Ph.),

« Cautionnement et garanties autonomes », 3^{ème} éd., Litec, Paris, 2000

SOLUS (H.) et PERROT (R.),

« Droit judiciaire privé », t. I, Paris, 1961

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.),

« Droit civil. Les obligations », 6^{ème} éd., t. II, Litec, Paris, 1998

STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.),

« Droit pénal général », 20^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2007

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.),

« Droit civil. Les biens », 7^{ème} éd., Précis Dalloz, Paris, 2006

THERY (Ph.),

« Sûretés et publicité foncière », 2^{ème} éd., PUF, Paris, 1998

TOULLIER (C. B. M.),

« Le droit civil français suivant l'ordre du Code », 3^e éd., t. 3, B. Warée, Paris, 1821

« Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil », 1811 – 1831, continué et complété par J.-B. DUVERGIER, vol. 3 (ancien t. V), F. Cotillon et J. Renouard et Cie, Paris, 1845

VEDEL (G.),

« Droit administratif », Thémis, PUF, Paris, 1961

VINEY (G.),

« Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité », 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.),

« Les biens », 3^e éd., PUF, Paris, 2008

« Manuel de droit des personnes », 1^{ère} éd., PUF, Paris, 2006

THESES

ASENCIO (S.),

« La disqualification en droit privé interne », th. Bordeaux, s.n., 1999

BELLISSENT (J.),

« Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat : à propos de l'évolution des ordres de responsabilités civiles », th. Montpellier 1999, LGDJ, Paris, 2001

CERMOLACCE (A.),

« Cause et exécution du contrat », PUAM, th. Aix-Marseille, 2001

DEMOGUE (R.),

« Les notions fondamentales du droit privé », Arthur Rousseau, Paris, 1911

DEMIREL (H.),

« L'analogie en droit pénal », th. Paris, s.n., 1952

DESPAX (M.),

« L'entreprise et le droit », LGDJ, Paris, 1957

FAUDEMAY (A.),

« La distinction à l'âge classique », th. de Lettres, Genève, 1988, 2^{ème} éd., Librairie Honoré Champion, Paris, 1992

FROSSARD (J.),

« La distinction des obligations de moyens et de résultat », th. Lyon, LGDJ, Paris 1965

GOUNOT (E.),

« Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique », th. Dijon, Paris (s. n.), 1912

ISRAËL (J.),

« Les qualifications multiples en droit pénal », th. Paris, s.n., 2003

JANVILLE (Th),

« La qualification juridique des faits », th. Paris, s.n., 2002

JOURDAIN (P.),

« Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale », th. Paris, 1982

LABBÉE (X.),

« La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », th. Lille, Presses universitaires de Lille, 1990

LE FLOCH (P.),

« Le fonds de commerce. Essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles », LGDJ, Paris, 1986

LEVENEUR (L.),

« Situations de fait et droit privé », th. Paris, 1988, LGDJ, Paris, 1990

MAHSOUB (S.),

« La force obligatoire de la loi pénale pour le juge », th. Genève, LGDJ - Librairie de l'université F. Rouge, Paris – Lausanne, 1952

MARTY (G.),

« La distinction du fait et du droit », th. Toulouse, 1929

MOINE (I.),

« Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique », bib. de droit privé, t. 271, LGDJ, Paris, 1997

MORVAN (P.),

« Le principe de droit privé », th., LGDJ, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999

MOULY (Ch.),

« Les causes d'extinction du cautionnement », 1977, th. Montpellier, Librairies techniques, Paris, 1979

PARTYKA (P.),

« Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français », th. Montpellier, s.n., 2004.

PERROT (R.),

« De l'influence de la technique sur le but des institutions », th. Paris, Sirey, Paris, 1947

PETEL (I.),

« Les durées d'efficacité du contrat », th. Montpellier, 1984

PIROVANO (A.),

« Faute civile et faute pénale », th. Nice, LGDJ, Paris, 1966

ROCHEFELD (J.),

« Cause et type de contrat », LGDJ, th. Paris, 1999

SAVAUX (É.),

« La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ? », th. Angers, LGDJ, Paris, 1997

TERRÉ (F.),

« L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications », th. Paris, LGDJ, Paris, 1957

TEYSSIÉ (B.),

« Les groupes de contrats », th. Montpellier, LGDJ, Paris, 1975

ARTICLES

ANCEL (P.),

Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTDCiv. 1999, p. 771

ARHEL (P.),

Nouvelles règles relatives aux comportements restrictifs de concurrence, cont. conc. cons. 2001, chron. 17

ARNAUD (A.-J.),

Essai d'une définition stipulative du droit, rev. Droits, 1989, n° 10/1, p. 11

ASUA (L. J. de),

L'analogie en droit pénal, rev. sc. crim. 1949, p. 187

ATIAS (Ch.),

La chose dans le contrat : un bien en général ou des biens spéciaux ?, assoc. Henri Capitant, t. IV, « La relativité du contrat », LGDJ, Paris, 1999, p. 67

Hypothèses sur la doctrine en droit commercial (1898 – 1947 – 1975), Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 29

Les biens en propre et au figuré : destitution du propriétaire et disqualification de la propriété, D. 2004, doct. p. 1459

AUBERT (J.-L.),

À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDCiv. 1993, p. 263

BAILLON-WIRTZ (N.),

La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français, dr. fam., 2007, n° 4, étude n° 13

BANDRAC (M.),

L'action en justice, droit fondamental, Mél. Roger Perrot, Dalloz, Paris, 1996, p. 1

BAYART (A.),

Peut-on éliminer les fictions du discours juridique ?, *in* « Les présomptions et les fictions en droit », œuv. coll., Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 27

BECHILLON (D. de),

Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », RTDCiv 2002, variétés, p. 47

BECHILLON (D. de) et JAMIN (Ch.),

La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché, D. 2007, chron. p. 2313

BEHAR-TOUCHAIS (M.),

Chronique d'une mort annoncée, Lamy concurrence, 2007, n° 2, p. 33

BEIGNIER (B.) et NICOD (M.),

Donations entre époux : d'un droit à l'autre, Defrénois, 2005, art. 38104, p. 265

BEIGNIER (B.),

Enfant sans vie : un congé de paternité sans "paternité", Dr. fam., 2008, alerte n° 18, p. 6

BEL (J.),

Le bicentenaire de la révolution - retour aux sources pour la Cour de cassation, D. 1989, Chr. p. 105

BELLOUBET-FRIER (N.),

Le principe d'égalité, AJDA, n° spéc. 20 juill-20 août 1998, p. 152

BENABOU (V.-L.),

La propriété schizophrène, propriété du bien et propriété de l'image du bien, Dr. et patr., 3/2001, p. 84

BENOIT (F.-P.),

Les fondements de la justice administrative, Mél. Marcel Waline, op. cit., t. II, p. 283

BERGEL (J.-L.),

Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique, RRJ, 1995-4, p. 1080

Différence de nature égale différence de régime, RTDCiv., 1984, p. 255

BINET (J.-R.),

Inscription à l'état civil des enfants nés sans vie, JCP éd. N., 2008, n° 37, act. 611.

BLAISE (J.-B.),

Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité, RTDCom. 1966, p. 827

BOBBIO (N.),

Des critères pour résoudre les antinomies, *in* « Les Antinomies en droit », *oeuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 237

BOLARD (G.),

Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky, JCP éd. G., 1993, I, doctr. 3693

BORÉ (L.),

L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ?, D. 1995, chron. p. 267

BOUCHE (N.),

Le droit de propriété et l'image des biens, RJDA, 2004, n° 10, p. 978

BOULANGER (J.),

Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques, RTDCiv., 1950, p. 1

BRAIBANT (G.),

Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, *in* « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence », colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, Paris, 1989, p. 97.

BREMONT (V.),

Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis*, JCP éd. N., 2006, n° 1366, p. 2080

BRUGGEMAN (M.),

Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui, dr. fam., n° 9, 2008, alerte 77

BRUN (Ph.),

Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction, Etudes Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 191

BUCH (H.),

Conception dialectique des antinomies juridiques, *in* Les antinomies en droit, op. cit., p. 382.

BUISSON (J.),

Principe d'égalité et discriminations positives, RFFP, 1998, n° 63, p. 37

BURDEAU (F.),

Les crises du principe de dualité de juridictions, même revue, p. 724

BUREAU (D.),

La réglementation de l'économie, APD, t. 41, 1997, p. 317

CABRILLAC (M.),

Vers la disparition du droit commercial ?, Etudes Jean Foyer, 1997, p. 329

Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, Mél. Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235

CANTIN CUMYN (M.),

L'avant-projet de la loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique, D. 1992, chron. p. 117

CAPITANT (H.),

Les effets des obligations, RTDCiv. 1932, p. 724

CASEY (J.),

Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille, RJPF, 2004, n° 10, p. 6

Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnees ? À propos de la loi du 23 juin 2006, dr. fam. 2006, n° 11, étude 49

CASSIN (R.),

Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution, RTDCiv., 1945, p. 159

CERLES (A.),

La fiducie, nouvelle reine des sûretés ?, rev. dr. banc. fin., 2007, n° 5, étude 18

CHAMPAUD (Cl.),

Contribution à la définition du droit économique, D. 1967, chron. XXIV, p. 215

L'idée d'une magistrature économique, Justices, 1995, n° 1, p. 61

CHAPUS (R.),

Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique, RFDA, 1990, p. 739

CHARMONT (J.),

Les analogies de la jurisprudence administrative et de la jurisprudence civile, RTDCiv. 1906, variétés p. 813

CHAZAL (J.-P.),

Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron. p. 260

Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux, Etudes Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279

De la signification du mot loi dans l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil, RTDCiv. 2001,

chron. p. 265

CHENOT (B.),

La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, Etudes et Documents, 1950, p. 77

Concl. sous CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, rec. cons. d'Et., 1950, p. 100

CHEVALLIER (J.),

Du principe de séparation au principe de dualité, RFDA, 1990, p. 712

Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, Justices, 1995, n° 1, p. 81

CHEVRIER (G.),

Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du « *jus privatum* » et du « *jus publicum* » dans les œuvres des anciens juristes français, APD, t. I, « La distinction du droit privé et du droit public et l'entreprise publique », 1952, p. 5

COING (H.),

Signification de la notion de droit subjectif, APD, t. IX, 1964, p. 15

CONTE (Ph.) et MONTANIER (J-C.),

Les actes patrimoniaux du mineur non émancipé, JCP éd. N. 1986, I, doct. p. 401

CORNU (G.),

Le règne discret de l'analogie, RRJ, 1995-4, p. 1068

L'élaboration du Code de procédure civile, in « La codification », actes du colloque de Toulouse du 27 et 28 octobre 1995, sous la dir. de Bernard Beignier, Dalloz, Paris, 1996, p. 71

Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français, trav. de l'assoc. Henri Capitant, t. XIV, 1965, p. 87

Les définitions dans la loi, Mél. Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1981, p. 77

COURBE (P.),

Le rejet des répudiations musulmanes, D. 2004, chron. p. 815

L'ordre public de proximité, Mél. Paul Lagarde, Dalloz, Paris, 2005, p. 227

DABIN (J.),

Droit subjectif et subjectivisme juridique, APD, t. IX, Paris, 1964, p. 17

DAIGUEPERSE (C.),

L'animal, sujet de droit : réalité de demain, Gaz. Pal. 1981, 1, doct. p. 160

DAMIEN (A.) et BORÉ (J.),

Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile, RFDA, 1990, p. 777

DAMMANN (R.) et PODEUR(G.),

Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession, D. 2008, chron. p. 2300

DANET (D.),

La science juridique servante ou maîtresse de la science économique, RID éco. 1993, p. 5

DEBBASCH (Ch.),

Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ?, mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 127

DECOCQ (G.),

L'action exercée par le ministre (C. com., art. L. 442- III) est-elle conforme à l'article 6 §1 de la Convention EDH ?, JCP éd. E., 2007, 2303

DELGADO-OCANDO (J. M.),

La fiction juridique dans le Code civil vénézuélien avec quelques références à la législation comparée, *in* « Les présomptions et les fictions en droit », oeu. coll. sous la dir. de Charles Perelman et Paul Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 72

DELMAS-MARTY (M.),

La question des droits de l'homme en Chine, D. 2008, chron. p. 2182

DELVOLVÉ (P.),

Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, Mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 135

DENIZOT (M.),

La théorie des signatures des plantes et ses implications, Bull. de l'Académie des sciences et lettres de Montpellier, n° 37, 2007, p. 205

DEPADT-SEBAG (V.),

Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par CA Paris, 25 oct. 2007), D. 2008, p. 434

DESHAYES (O.),

L'office du juge à la recherche de sens, D. 2008, chron. p. 1102

DEVERS (A.),

Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains, les conventions franco-marocaines face aux droits européens et communautaires, dr. fam., 2006, étude n° 15

DOUET (F.),

L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides, Defrénois, 2005, n° 19, article 38240, p. 1479

Présentation de la loi instituant la fiducie, dr. fam., 2007, n° 6, étude 26

DRAGO (R.),

Le juge judiciaire, juge administratif, RFDA, 1990, p. 757

DRAGO (R.) et FRISON-ROCHE (M.-A.),

Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative, APD, t. 41, 1997, p. 135

DRAI (P.),

Être juges... et juger..., RFDA, 1990, p. 694

DREYER (E.),

Image des choses, J-Cl. Communication, fasc. 3760, 2006

DROSS (W.),

Retour aux sources, R.I.E.J., 2003.50, p. 155

DURKHEIM (E.),

Communication du 27 mars 1906 à la Société française de Philosophie, *in* « Sociologie et philosophie », 3^{ème} éd., présentation Bruno Karsenti, préface Célestin Bouglé, PUF, Quadrige, Paris, 2004, p. 106

Détermination du fait moral, 1906, *in* « Sociologie et philosophie », 3^{ème} éd., présentation Bruno Karsenti, préface Célestin Bouglé, PUF, Quadrige, Paris, 2004, p. 49

DUTRIEUX (D.),

Enfant sans vie et livret de famille, JCP éd. A., 2008, n° 38, act. 800

EDELMAN (B.),

De la propriété - personne à la valeur désir, D. 2004, chron. p. 155

EISENMANN (Ch.),

Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, APD, 1966, n° 11, p. 29

Droit public, Droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle), RDP, 1952, p. 903

Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français, Mél. Jacques Maury, t. II, Dalloz-Sirey, Paris, 1960, p. 279

ESMEIN (P.),

L'obligation et la responsabilité contractuelle, Etudes Georges Ripert, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 101

FARGE (M.),

La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 comporte-t-elle des règles de compétence directe ?, *dr. fam.*, 2005, comm. n° 232

FARJAT (G.),

La notion de droit économique, *APD*, t. 37, 1992, p. 27,

FAVOREU (L.),

La constitutionnalisation du Droit, *Mél. Roland Drago, Economica*, Paris, 1996, p. 25

L'influence de la jurisprudence du conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit, *Mél. Léo Hamon, Economica*, Paris, 1982, p. 235

FILLION (B.),

La réception de l'innovation technologique en droit pénal, *rev. sc. crim.* 1990, p. 270

FORIERS (P.),

Les antinomies en droit, *in* « Les Antinomies en droit », *oeuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles*, 1965, p. 20

Présomptions et fictions, *in* « Les présomptions et les fictions en droit », *oeuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman et Paul Foriers, Bruylant, Bruxelles*, 1974, p. 7

FRÉDÉRICQ (S.),

L'unification du droit civil et du droit commercial. Essai de solution pragmatique, *RTDCom.* 1962, p. 205

FREYRIA (Ch.),

La personnalité morale à la dérive, *Mél. André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris*, 1991, p. 121

FRISON-ROCHE (M.-A.),

Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit), *RRJ* 1995-47, p. 1043

Vers le droit processuel économique, *Justices*, 1995, n° 1, p. 91

FRYDMAN (B.),

Les formes de l'analogie, RRJ, 1995-4, p. 1053

GARDIES (J.-L.),

Méthode logique et méthode phénoménologique en face du droit, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XV, fasc. 1, 1967, p. 183

GARRON (R.),

Les infractions similaires et l'interprétation des lois spéciales, rev. sc. crim. 1966, p. 737

GASSIN (R.),

Système et Droit, RRJ, 1981, p. 353

GAVALDA (Ch.) et CREMIEUX-ISRAËL (D.),

J. Cl. Banque, Crédit, Bourse, fasc. 640, Crédit-bail mobilier, 2000

GHESTIN (J.),

L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chron. p. 1

La distinction entre les parties et les tiers au contrat, JCP, 1992, I, 3628, p. 517

GUTMANN (D.),

L'objectif de simplification du langage législatif, *in* « Les mots de la loi », œuv. coll. sous la dir. de Nicolas Molfessis, Economica, Paris, 1999, p. 73

GRAVEN (J.),

L'analogie en droit pénal suisse, rev. sc. crim. 1954, p. 653

GROSCLAUDE (J.),

Préface de « Sociologie du droit » de Max Weber, PUF, Paris, 1986

GRUA (F.),

Les divisions du droit, RTDCiv., 1992, p. 59

HAGE-CHAHINE (F.),

Essai d'une nouvelle classification des droits privés, RTDCiv., 1982, p. 705

HAMBURGER (E.),

L'analogie dans le droit pénal allemand, rev. sc. crim. 1937, p. 182

HAMEL (J.),

Droit civil et droit commercial en 1950, Mél. Ripert, t. II, LGDJ, Paris, 1950, p. 271

L'unification interne du droit privé, RTDCom. 1954, p. 577

HAUSER (J.) et DELMAS SAINT-HILAIRE(Ph.),

Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel?, Defrénois, 2005, art. 38115, p. 357

HÉMARD (J.),

L'évolution contemporaine de la réglementation de la concurrence, Etudes Léon Julliot de la Morandière, Dalloz, Paris, 1964, p. 203

HILAIRE (J.),

Une histoire du concept d'entreprise, APD, t. 41, 1997, p. 341

HOUIN (R.),

La gestion des entreprises publiques et les méthodes de droit commercial, APD, 1952, p. 79

ISRAEL (J.-J.),

Contentieux administratif et contentieux de la concurrence, Mél. René Chapus, Montchrestien, Paris, 1992, p. 315

JACQUEMIN (A.),

Le droit, serviteur de l'économie ?, RTDCom. 1972, p. 283

JEAMMAUD (A.),

Justice et économie : et le social ?, Justices, 1995, n° 1, p. 107

La règle de droit comme modèle, D. 1990, chron. 35, p. 199

JEANDIDIER (W.),

J. Cl. code pénal, art. 311-1 à 311-16, 2006

JULIEN-LAFERRIÈRE (F.),

La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ?, Mél. Roland Drago, Economica, Paris, 1996, p. 395

KALINOWSKY (G.),

Théorie, métathéorie ou philosophie du droit, APD, 1970, t. XV, p. 179

KANAYAMA (N.),

De l'obligation de couverture à la prestation de garantir – donner, faire, ne pas faire... et garantir ?, Mél. Christian Mouly, t. II, Litec, Paris, 1998, p. 375

KAYSER (P.),

Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, RTDCiv . 1971, p. 445

KÆRING (C.),

Pratiques restrictives de concurrence : autre regard sur l'irrecevabilité de l'action propre au ministre de l'Économie, JCP éd. E., 2007, 2429

KÖHLER (M.),

Le droit pénal entre public et privé, APD, t. 41, 1997, p. 199

LABBÉE (X.),

Respect et protection du corps humain, J-Cl. Code civil, 2006 - 2007, art. 16 à 16-13, fasc. 50, 52 et 54

LACHIÈZE (Ch.),

La rupture des relations commerciales à la croisée du droit commun et du droit de la concurrence, JCP éd. E., 2004, 1815

LAGARDE (X.),

Finalités et principes du droit de la preuve. Ce qui change, JCP éd. G., 2005, I, doct. n° 133, p. 771

Remarques sur l'actualité de la mise en demeure, JCP, 1996, I, 3974

LAMARCHE (M.),

Actes d'enfant né sans vie, livret de famille et certificat médical : peut-on se satisfaire de la nouvelle réglementation ?, Dr. fam., 2008, n° 9, alerte 67

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) et LACOSTE(G.),

Les dispositions transitoires de la loi du 26 mai 2004 sur le divorce, dr. fam., 2005, études 1, p. 8

LARROUMET (Ch.),

Loi du 19 février 2007 sur la fiducie : propos critiques, D. 2007, p. 1350

LEBEN (Ch.),

Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité, RDP, 1982, I, p. 295

LEBLOIS-HAPPE (J.),

Continuité et discontinuité dans les nouvelles réformes de la procédure pénale, JCP éd. G., 2007, I, 181

LEFEBVRE (D.),

La spécificité du droit commercial. Réflexion sur la place tenue, en droit privé, par le droit commercial par rapport au droit civil, RTDCom. 1976, p. 285

Réflexions sur la distinction : droit civil et droit commercial, Mél. Roger Percerou, Librairie Vuibert, Paris, 1993, p. 192

LE FRIANT (M.),

L'accès à la justice, in « Droit et libertés fondamentaux », œuv. coll. sous la dir. de Rémy Cabrillas, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz, 3^{ème} éd., Paris, 1996, p. 269

LE GALL (J.-P.),

De la proposition de loi Marini à la loi : une perte de logique fiscale, JCP éd. E., 2007, p. 2058

LIBCHABER (R.),

Demeure et mise en demeure en droit français, *in* « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles », Bibliothèques de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXII, p. 113

LOCHAK (D.),

La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ?, *in* « Théorie du droit et science », œuv. coll. sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 293

LOISEAU (G.),

Typologie des choses hors du commerce, RTDCiv. 2000, p. 47

LLORENS (F.) et SOLER-COUTEAUX (P.),

La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, D. 1989, chron. p. 67

LONG (M.),

L'état actuel de la dualité de juridictions, RFDA, 1990, p. 689

LUHMANN (N.),

L'unité du système juridique, APD, 1986, t. 31, p. 165

LUPU (F.),

Des humeurs aux hormones : changement de terme, continuité de sens, *in* Cours d'anthropologie médicale, CHU Cochin, 1987, p. 90

Comment se marient les "jeunes instruits" ? Mariages "révolutionnaires", pratiques traditionnelles et nécessité de survie pendant le mouvement d'envoi des jeunes instruits à la campagne en Chine de 1968 à 1980, Séminaire du musée de l'Homme, juin 1990, p. 132

La foire aux célibataires au parc Di Tang, à Pékin : une nouvelle utilisation des horoscopes dans les "mariages arrangés" par les parents dans le Pékin d'aujourd'hui, Conférences de l'Université de Gênes, 1990, p. 68

LUXEMBOURG (F.),

La Cour de cassation, juge du fond, D. 2006, chron. p. 2358

LYON-CAEN (Ch.),

L'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804, *in* « Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire », t. I, préc., p. 205

MAINGUY (D.),

Les mystères de la rupture brutale de relations commerciales établies, JCP éd. E., 2003, 1792

MALAURIE (Ph.),

Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui, JCP éd. G., 2000, I, p. 246

MALGAUD (W.),

Les antinomies en droit, A propos de l'étude de G. Gavazzi, *in* « Les Antinomies en droit », oeuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 18

MARGUÉNAUD (J.-P.),

Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, RTDCiv. 2005, chron. n° 2, p. 737.

MARINO (G. di),

Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application, rev. sc. crim. 1991, p. 505

MARTIN (R.),

Retour sur la distinction du fait et du droit, D. 1987, I, Chron. p. 272

Le juge devant la prétention, D. 1987, I, Chron. p. 35

La saisine d'office du juge (essai de signification), JCP éd. G., 1973, IV, études pratiques, n° 6316, p. 231

Personne et sujet de droit, RTDCiv. 1981, p. 785

Sur l'unité des ordres de juridictions, RTDCiv. 1996, p. 109

MARTON (G.),

Obligations de résultat et obligations de moyens, RTDCiv. 1935, p. 499

MARTY (J.-P.),

La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine, RTDCom. 1981, p. 621

MASSIP (J.),

Actes d'enfants sans vie : les deux décrets du 20 août 2008, Defrénois, 2008, n° 19, doct. 38850, p. 2148

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.),

Réflexions sur la distinction, Mél. Christian Mouly, t. I, Litec, Paris, 1998, p. 53

L'ordre et le droit, Mél. Michel Cabrillac, Litec, Paris, 1999, p. 731

Propositions méthodologiques pour la comparaison, R.I.D.C., 2-2001, p. 289

MAUSS (M.),

Une catégorie de l'esprit humain : la notion de personne, celle de "moi", 1938, *in* « Sociologie et anthropologie », recueil de textes, 6^{ème} éd., PUF, Paris, 1995, p. 331-362

MAZEAUD (H.),

Défense du droit privé, D. 1946, chron. V, p. 17

MESTROT (M.),

Le rôle de la volonté dans la distinction des biens meubles et immeubles, RRJ, 1995-3, p. 809

MEURISSE (R.),

Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure, JCP éd. G., 1947, I, 667

MICHAELIDES-NOUAROS (G.),

L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTDCiv. 1966, p. 216

MIRKOVIC (A.),

La maternité pour autrui, D. 2008, comm. p. 1944

MITSOPOULOS (G.),

Considérations sur la distinction entre la fiction et l'analogie en droit, RRJ 1995-4, p. 1039

MONTANIER (J.-Cl.),

Les actes de la vie courante en matière d'incapacités, JCP éd. N. 1981, I, doctr., p. 459

MORGENTHAL (L.),

Les antinomies en droit social, *in* « Les Antinomies en droit », *oeuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 39

MORIN (E.),

La réforme de pensée, *rev. Psychologie de la motivation*, n° 24, 1997, p. 6

MOTULSKY (H.),

Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, D. 1972, *chron.* n° 17, p. 91

La réforme du Code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, JCP éd. G., 1966, I, *doctr.* 1996

Le droit subjectif et l'action en justice, APD, 1964, p. 215

Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile, *Mél. Paul Roubier*, t. II, Dalloz, Paris, 1961, p. 175

MOULY (J.),

La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine, *rev. sc. crim.*, 1982, p. 3.

MOUSSERON (J.-M.),

La durée dans la formation des contrats, *Mélanges Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de sciences politiques, 1974, p. 509

MURAT (P.),

La participation de l'enfant aux procédures relatives à l'autorité parentale : bref regard critique sur la diversité des situations, *Dr. de la fam.*, 2006, n° 7-8, n° 31, p. 11

Réflexion sur la distinction être humain/personne juridique, dr. fam., 1997, n° 9, chron. n° 9, p. 4

Les frontières du droit à la vie : l'indécision de la Cour européenne des droits de l'Homme, note sous CEDH, 8 juillet 2004, dr. fam., 2004, n° 10, comm. 194

Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain, RD sanit. soc., 1995, p. 451

Inscription à l'état civil des enfants sans vie : la régression, Dr. fam. 1999, comm. 112

La remise en cause du seuil de déclaration à l'état civil des fœtus décédés prématurément, Dr. fam. 2008, comm. 34

NAJJAR (I.),

L'accord de principe, D. 1991, chon. p. 57

NEIRINCK (C.),

Embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?, D. 2003, chron. p. 841

NORMAND (J.),

Le juge et le fondement du litige, Mélanges Pierre Hebraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595

OLIVIER-MARTIN (F.),

Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français, Mél. Sugiyama, Association japonaise des juristes de langue française, Tokyo, 1940, p. 263

OPPETIT (B.),

Éthique et vie des affaires, Mél. André Colomer, Litec, Paris, 1993, p. 319

OST (F.),

Entre ordre et désordre : le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit, APD, 1986, t. 31, p. 133

Le milieu, un objet hybride qui déjoue la distinction public-privé, *in* « Public/Privé », oeu.

coll. sous la dir. de Jacques Chevallier, CURAPP, PUF, Paris, 1995, p. 97

PAILLUSSEAU (J.),

Le droit moderne de la personnalité morale, RTDCiv. 1993, p. 705

PARAIN-VIAL (J.),

Note sur l'épistémologie des concepts juridiques, APD, 1959, t. 4, p. 131

PENNEAU (A.),

L'article L. 442-6 III du Code de commerce en question, D. 2007, chron. p. 2630

PERELMAN (Ch.),

Présomptions et fictions en droit, Essai de synthèse, *in* « Les présomptions et les fictions en droit », *oeuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman et Paul Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 339

Les antinomies en droit, *in* « Les Antinomies en droit », *oeuv. coll.* sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 392

PERDRIAU (A.),

Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile, JCP éd. G, 1991, 3538

Les chambres civiles de la Cour de cassation jugent-elles en fait ?, JCP, 1993, I, 3683

PETEV (V.),

Hans Kelsen et le cercle de Vienne, *in* « Théorie du droit et science », *œuv. coll.* sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 233 s. et spéc. p. 243 à 247

PIEDELIEVRE (S.),

L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004, D. 2004, chron. p. 2512

PIGASSOU (P.),

Les restrictions de concurrence, D. 1982, chron. XIX, p. 111

PIROVANO (A.),

Introduction critique au droit commercial contemporain, RTDCom. 1985, p. 219

Justice étatique, support de l'activité économique, Justices, 1995, n° 1, p. 15

POPU (H.),

La reconnaissance de l'existence administrative du fœtus mort-né, Defrénois, 2008, n° 13, doct. 38800, op. cit., p. 1443

PRIGENT (S.),

Répudiations musulmanes : effets des jugements étrangers en France, rev. dr. fam., 2004, n° 4, chron. n° 9, p. 4

RAYMOND (G.),

Commentaires de la loi 92-60 du 18 janvier 1992, JCP éd. E. 1992, chron. 144

RICHER (L.),

Service public et intérêt privé, APD, t. 41, 1997, p. 293

RICŒUR (P.),

L'herméneutique et la méthode des sciences sociales, *in* « Théorie du droit et science », œuv. coll. sous la dir. de Paul Amselek, PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 15

RIEG (A.),

La "punctuation". Contribution à l'étude de la formation successive du contrat, Mélanges Alfred Jauffret, Facultés de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 593

RIEUBERNET(Ch.),

Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, Petit. aff. 21 juillet 2004, n° 145, p. 10

RIGAUDIÈRE (A.),

Pratique politique et droit public dans la France des XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, APD, t. 41, « Le privé et le public », 1997, p. 83

RIGAUX (F.),

Droit public et droit privé dans l'ordre juridique international, Mél. Jean Dabin, I, Bruylant – Sirey, Bruxelles – Paris, 1963, p. 247

RIPERT (G.),

La commercialisation du droit civil, Mél. Maurovic, s.n., Belgrade, 1934, p. 269

RIVERO (J.),

Apologie pour les "faiseurs de système", D. 1951, chr., p. 99

Droit public et Droit privé : conquête ou *statu quo* ?, D. 1947, chron. XVIII, p. 18

Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ?, Mél. Marcel Waline, op. cit., t. II, p. 701

ROBERT (J.),

Le juge administratif et la liberté individuelle, Mél. Marcel Waline, t. II, LGDJ, Paris, 1974, p. 719

ROUSSET (G.),

De l'état civil des enfants nés sans vie, À propos des décrets et arrêtés du 20 août 2008, JCP éd. G., 2008, n° 38, act. 553

ROUBIER (P.),

Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs, APD, t. IX, 1964, p. 83

De la légitimité des situations juridiques, Mél. Jean Dabin, t. I, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, 1963, p. 265

ROUJOU DE BOUBÉE (G.),

Grandeur et décadence de l'interprétation stricte, Mélanges Michelle Gobert, Economica, Paris, 2004, p. 195

RUBELLIN-DEVICHI (J.),

Procréations médicalement assistées, assistance médicale à la procréation : trop de

législations ?, JCP éd. G., 1994, I, 3771, n° 1, p. 295

RUBY (Ch.),

Hans-Georg Gadamer. L'herméneutique : description, fondation et éthique, EspacesTemps.net, Textuel, 16.10.2002, <http://espacestemps.net/document355.html>

SALVAGE (Ph.),

La viabilité de l'enfant nouveau-né, RTDCiv. 1976, p. 725

SAUVAGE (F.),

Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux, Defrénois, 2004, art. 38038, p. 1425

SAVATIER (R.),

Droit privé et Droit public, D. 1946, chron. VII, p. 25

Réalisme et idéalisme en droit civil, Mél. Georges Ripert, t. I, LGDJ, Paris, 1950, p. 82

SCHLUCHTER (W.),

La sociologie du droit comme théorie empirique de la validité, *in* « La sociologie du droit de Max Weber », oeuv. coll. sous la dir. de Jean-Philippe Heurtin et Nicolas Molfessis, Dalloz, Paris, 2006, p. 3

SCHMIDT (J.),

La sanction de la faute contractuelle, RTDCiv. 1974, p. 46

SERVAN-SCHREIBER (P.),

La fiducie : d'un moyen de gestion à une arme anti-OPA ? Comparatif fiducie-Stitching, JCP éd. E., 2007, p. 2055

SEVE (R.),

Introduction, APD, 1986, t. 31, p. 1

SHAKANKIRI EL (M.),

Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains de Bentham à Hart, APD, 1970, t. XV, p. 113

SILANCE (L.),

Quelques exemples d'antinomies et essai de classement, *in* « Les Antinomies en droit »,
oeuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 63

SIMLER (Ph.),

Les solutions de substitution au cautionnement, JCP éd. G., 1990, I, 3427

SOULIER (G.)

Union européenne et Communauté(s) européenne(s), D. 1994, chron. p. 179

STIRN (B.),

Quelques réflexions sur le dualisme juridictionnel, *Justices*, 1996, n° 3, p. 41

STOUFFLET (J.),

L'activité juridique du mineur non émancipé, *Mél. Pierre Voirin*, LGDJ, Paris, 1967, p. 782

SUDRE (F.),

Les incertitudes du juge européen face au droit à la vie, *mél. Christian Mouly*, t. I, Litec,
Paris, 1998, p. 375

Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, JCP éd. G., I, 159, chron. n° 14,
p. 1454

SURREL (H.),

Le juge des droits de l'Homme, *rev. dr. de la fam.*, 2006, n° 7-8, n° 36, p. 30

SZRAMKIEWICZ (R.),

Les tribunaux de commerce, Une longue histoire dans la justice économique, *Rev. Justices*,
1995, n° 1, p. 7

TALLON (D.),

Réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial, *Mél. Alfred
Jauffret*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 649

TAURAN (Th),

Les distinctions en droit commercial, petit. aff. 12 septembre 2000, n° 182, p. 5

Les distinctions en droit civil, petit. aff. 7 avril 2000, n° 70, p. 5

Les distinctions en droit pénal, petit. aff. 25 juillet 2000, n° 147, p. 10

Les distinctions en droit privé, RRJ 2000-2, p. 489

TERRAY (J.),

Le cautionnement, une institution en danger, JCP éd. G., 1987, I, 3295

TERRÉ (F.),

Un itinéraire intellectuel permettant de comprendre le Droit vu du dehors, JCP éd. G., 2008, I, doct. n° 105, p. 9

Esquisse d'une sociologie juridique de la commercialité, Etudes dédiées à René Roblot, LGDJ, Paris, 1984, p. 11

TERRÉ (F.) et OUTIN-ADAM (A.),

Codifier est un art difficile (à propos d'un... Code de commerce), D. 1994, chron., p. 99

TESTU (F.-X.),

La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ?, D., 1998, II, chron., p. 345

THALLER (E.),

De l'attraction exercée par le Code civil et par ses méthodes sur le droit commercial, *in* « Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire », t. I, Arthur Rousseau, Paris, 1904, p. 226

THÉRY (R.),

La condition juridique de l'embryon et du fœtus, D. 1982, chron. n° 35, p. 231

TROPER (M.),

Pour une définition stipulative du droit, rev. Droits, 1989, n° 10/1, p. 101

Système juridique et Etat, APD, 1986, t. 31, p. 29

Les classifications en droit constitutionnel, RDP, 1989, p. 945

Le positivisme juridique, *in* « Pour une théorie juridique de l'Etat », PUF, Léviathan, Paris, 1994, p. 27

TRUCHET (D.),

La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? À propos de la catégorie juridique en droit administratif, *in* « Clefs pour le siècle », Dalloz, Paris, 2000, p. 443

Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, *Justices*, 1996, n° 3, p. 53

TRUYOL Y SERRA (A.),

John Austin et la philosophie du droit, APD, 1970, t. XV, p. 151

VAN RYN (J.),

Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial, RTDCom. 1953, p. 565

VEDEL (G.),

Le droit économique existe-t-il ?, Mél. Pierre Vigneux, t. II, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 767

La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?, *Justices*, 1996, p. 698

VIGNEAU (D.),

Donations entre époux : quel droit ?, D. 2005, point de vue, p. 980

VILLACEQUE (J.),

A propos du décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile : perspectives et regrets, D. 2006, chron. p. 539

VILLEY (M.),

La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, APD, t. IX, 1964, p. 97

Histoire de la logique juridique, Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XV, fasc. 1, 1967, p. 65

VITU (A.),

Les rapports de la procédure pénale et de la procédure civile, Mél. Pierre Voirin, LGDJ, Paris, 1967, p. 812

VIVANT (M.),

Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art, études offertes à Pierre Catala, Litec, Paris, 2001, p. 969

WALINE (M.),

Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, Mél. Jean Dabin, 1963, Bruylant-Sirey, Bruxelles-Paris, I, p. 359

À propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent, RDP, 1961, p. 8

WEIL (P.),

Le critère du contrat administratif en crise, Mél. Marcel Waline, « Le juge et le droit public », t. 2, LGDJ, Paris, 1974, p. 831

WEILL (A.),

Domages et intérêts compensatoires et mise en demeure, rev. crit. législ. et jurispr. 1939, p. 203

WINCKLER (A.),

Public et privé : l'absence de préjugé, APD, t. 41, 1997, p. 301

WRÓBLEWSKY (J.),

Structure et fonctions des présomptions juridiques, *in* « Les présomptions et les fictions en droit », oeuv. coll. sous la dir. de Charles Perelman et Paul Foriers, Bruylant, Bruxelles, 1974, p. 43

ZENATI-CASTAING (F.),

Pour une rénovation de la théorie de la propriété, RTDCiv. 1993, p. 305

Sur la constitution de la propriété, D. 1985, chron. p. 171

Du droit de reproduire les biens, D. 2004, chron. p. 962

L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil, D. 2002, chron. p. 15

NOTES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

ASQUINAZI-BAILLEUX (D.),

Note sous Cass. civ. 2^{ème}, 16 octobre 2008, JCP éd. S., 2009, 1020

CARBONNIER (J.),

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} août 1950, RTDCiv. 1951, jurispr. p. 388, n° 1

Obs. sous Cass. soc. 24 mars 1958, JCP éd. G. 1958, II, 10868

CARON (Ch.),

Obs. sous Paris, 31 mars 2000, comm. com. électr. 2000, comm. n° 52

Note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, JCP éd. G., 2004, II, 10085

CAVARROC (F.),

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, D. 2004, p. 824

COURBE (P.),

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 et 26 juin 1990, RCDIP, 1991, jurispr. p. 593

DAVID (S.),

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, AJF, 2004, n° 4, jurispr. p. 140

FABRE-MAGNAN (M.),

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, JCP éd. G., 1995, I, 3843, n° 4

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, JCP éd. G. 1994, I, 3781

FARGE (M.),

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, Dr. fam., 2007, comm. n° 155

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 2008, Dr. fam. 2008, n° 9, comm. 133

FREIJ-DALLOZ (I.),

Note sous Cass. civ 3^{ème}, 26 juin 1991, D., 1993, jurispr. p. 93

FULCHIRON (H.),

Obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 14 mars 2002, JCP éd. G, 2002, II, 10095, p. 1138

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2004, JCP éd. G., 2004, II, 10128, p. 1481

HAUSER (J.),

Note sous Lyon, 2^e civ., 25 juillet 2007, RTDCiv. 2008, chron. p. 99

Note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, RTDCiv. 2008, chron. n° 10, p. 455

JESTAZ (Ph.),

Obs. sous Cass. Ass. plé., 17 novembre 2000, RTDCiv., 2001, p. 547

JOURDAIN (P.),

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, RTDCiv. 1993, jurispr. p. 584, n° 1

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, JCP 1984, II, 20152

LABBÉE (P.),

Note sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, D. 2008, p. 1389

LABBÉE (X.),

Note sous TGI Lille, 5 décembre 1996, D. 1997, jurispr. p. 376

Note sous TGI Lille, 19 novembre 1997, D. 1998, jurispr. p. 467

Note sous TGI Lille, 13 févr. 1998, D. 1999, jurispr. p. 177

LARRIBAU-TERNEYRE (V.),

Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2007, dr. fam., 2007, comm. n° 188

LUCIANI (A.-M.),

Note sous Cass. com., 8 juillet 2008, JCP éd. G. 2008, act. 507

MALAURIE-VIGNAL (M.),

Obs. sous Cass. com., 8 juillet 2008, cont. conc. cons. n°10, 2008, comm. 237

MEKKI (M.),

Note sous Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, JCP éd. G., 2004, II, 10175

NIBOYET(M.-L.),

Note sous Cass. civ. 3 juillet 2001, JCP éd. G., 2001, II, 2162

Note sous Cass. civ. 3 juillet 2001, D. 2001, jurispr. p. 3378

NORMAND (J),

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1982, RTDCiv., 1983, p. 378, n° 1

PÉRINET-MARQUET (H.),

Note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, JCP éd. G. 2004, I, 171, n° 1

REJET (Th.),

Obs. sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, RTDCiv. 2004, p. 528

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.),

Note sous Cass. soc., 19 décembre 1989, D. 1991, jurispr. p. 64

VINEY (G.),

Note sous Cass. ch. mixte, 6 juillet 2007, D. 2007, p. 2642

Note sous Cass. ass. plé. 7 mai 2004, JCP éd. G. 2004, I, 163, n° 24

ZENATI-CASTAING (F.),

Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1999, RTDCiv. 1999, p. 859

Note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 janvier 1984, D. 1985, jurispr. p. 504

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes)

A

abduction 146, 149, 157
absolu 112
abstraction 19
accident 100
acculturation 31
accusatoire-inquisitoire 111
acte
 contextuel 43
 d'enfant sans vie 133, 163
 de pensée/vérité 46
 de volonté/de signification 43, 46
 signifiant 61
acte-forme 100
action (théorie de l') 112
analogie 53, 134 s.
 analogie proportionnalité 153, 172
 analogie fictionnelle 150
analyse 134 s.
 systémale 49, 53
 systémique 45
ancien droit 29, 36
anomalies 15, 31, 35, 39, 52
 juridiques 194
antinomie(s) 39, 58, 59, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 169
 dogmatisation (de l') 67
 juridique 57, 60
 réelles et apparentes 60, 61
antiquité grecque 31
aporie 159, 192
appréciation subjective-objective 156
appréciations
 arbitraire(s) 66, 156, 174, 130 s
approche textuelle 114

appropriation 34
argumentation 66
 dialectique 60
attributs 105
 essentiels 69
auto-description 55
autonomie 55, 63
 du droit fiscal 72
 du statut 72
auto-observation 55
autopoïèse 55, 56
 autopoïétique 40
autoréférentialité 55
autorité
 de la chose jugée 141, 142
 parentale 117, 149
autosuffisance (du système) 45
axe de classement 34

B

branches (juridiques) 92

C

catégorèmes 100 s
catégories 105
 formelles- réelles 90, 92
 interprétatives 61
cautionnement 86
chose-personne 13, 14, 31, 34, 195

chronologie 66
class action 75
 classement 5
 classes 105
 classification 5, 8, 13, 14, 33, 34, 35, 36, 38, 59, 63, 65, 179, 180
 principe (de) 45, 51
 empirique 64
 instrumentale 64, 67
 clôture normative 55
 code culturel et social 53
 code
 de la différence 55
 socioculturel 53
 codétermination 53
 codification 63
 cognitif 55
 cognition 25,
 cohérence (de solutions juridiques) 86, 139, 175
 dispersion du droit 144
 éclatement du droit 82
 palimpseste (paradigme du) 174
 paradigme indiciaire 144
 commentaire 2
 commerçant (statut) 75
 commercialité 71
 comminatoire 64
 communauté de vie (entre époux) 105
 communication 25
 compétence 44, 46
 de contrôle 53
 conception
 analytique du droit 46
 autopoïétique (du droit) 49
 normativiste du droit 51
 concepts naturels 14
 conflit de validités 43
 connexion
 communicationnelle 55
 systémique 55
 conscience collective 27
 consentement 73
 Constitution 44, 66
 construction
 du droit 19, 28, 35
 juridique 19
 socioculturelle 27, 35, 136, 194
 socioculturelles 28
 systémique 53
 contextuelle 103
 contradiction 60
 logiques 43
 contrat 24, 64, 86, 153, 179
 formation-exécution 126, 128

 volonté 180
 consommation 73
 mariage 73
 conventions 34
 coopération judiciaire 65
 corps humain (statut du) 31
 corps-esprit 28
 corpus 9, 28, 31, 34, 45, 53, 61, 68, 195
 juridique 31, 36, 38
 signifiant 57, 136
 coutume 66, 102, 172
 création 57
 crime-délit-contravention 124
 critères 66
 critères contextuels 8
 chronologique 66,
 de la commercialité 72, 73
 de distinction 8
 de la hiérarchie des normes 66
 de la spécialité de la loi 66
 de spécialité 66
 hiérarchique 66
 de la personnalité juridique 34
 de qualification 31, 40
 cyclique 125

D

déclinaison 39, 57
 décodage 53
 déconstruction (du positivisme) 40
 définition 2, 13, 108
 exhaustive-exemplative 111
 stipulative 183
 déterminations socioculturelles 43
 dialectique 112, 172, 173, 190
 des faits 67
 dialogique 114, 173
 dialogue 126
 différence de situation 172
 différences pertinentes 8
 différenciation 163
 différentiel 109 s
 discrimination 90
 disqualification 10
 distinction 1, 2, 3, 4, 8, 11, 13, 14, 20, 22, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 46, 53, 64, 194
 anthropologie juridique de la 197
 conceptualisation de la 36
 aristotélécienne 19, 68
 de l'universel et du contingent 6

- doctrinale 8
- épistémologie juridique de la 196
- et classification 194
- originelle 53
- distinction-indexation 9, 10, 11, 12, 31, 96, 97, 122, 126, 130, 134, 135, 137, 159, 160, 161, 166, 191, 192, 193, 195
- distinction-opposition 5, 6, 8, 12, 13, 14, 31, 32, 34, 36, 38, 39, 40, 45, 48, 51, 57, 58, 59, 63, 70, 194
- division-composition 82
- divisions du droit 13
- division-séparation 8, 82
- doctrine 27, 34, 36
- donation 31, 86
- donné 17, 194
 - historique 17
 - idéal 17
 - rationnel 17
 - réel 17
 - et construit 20
- donnée socioculturelle 31
- données socioculturelles 36, 38, 45, 61
- dons manuels 31
- doubles 147
- doute 152, 168, 175
 - doute/cohérence 173
 - doute/incertitude 175
- droit 20, 25, 31, 37, 38, 39, 53, 57, 58
 - commun 68, 70, 80, 83
 - contemporain 31
 - de consommation 75
 - de la concurrence 70
 - de la consommation 70
 - de la famille 73
 - de la responsabilité 31
 - de succession 31
 - de superposition 72
 - de visite et d'hébergement 136
 - des biens 31, 73
 - du travail 36
 - économique 74
 - harmonie du droit 194
 - impressionnisme du droit 94, 125
 - matriciel 68, 70
 - naturel (philosophie du) 36
 - organisateur et fédérateur 68
 - pénal 31
 - politique 78
 - positif 36
 - prévisibilité du droit 194
 - qualifiant 68
 - romain 29, 31, 36
 - subjectif 34, 112
 - de la personnalité 148

- seigneuriaux 36
- droit civil-droit commercial 31, 68, 70, 71, 72, 74, 73
- droit privé-droit public 13, 33, 36, 37, 75
- droit-savoir 181
- dualité et non-contradiction (principes de) 168

E

- échelle d'objectivité 66
- économie de moyens 142
- égalité 91, 172
 - formelle-matérielle 172
- embryon 31, 34, 161 s.
 - embryon (pars viscerum matris) 162
- empoisonnement 189
- encodage 53
 - encodage-décodage 114
- énoncé-norme 43, 46
- ensemble systémique 43
- épistémologie 6, 7, 9, 187, 190, 196
- erreur dans la personne 73
- espace normatif 54
- espèce 39, 68, 80
- esprit 28
- essence 92
- Etat 53
- être humain 172
- évidence partagée 95, 195
- exception 14, 29, 31, 32, 38, 39, 194
- externe-interne (point de vue) 57

F

- fait vérifiable 141
- fictions 14, 27, 29, 31, 32, 38, 39, 141, 150, 151, 162, 194
 - artificielle 124
- filiation 133, 136
- fonctions
 - complémentaires ou alternatives 63, 64
 - antinomiques 63
- fondamental-appliqué 184, 187
- fonds de commerce 77
- foulard islamique 31

G

général 68
généralité de la règle 57
Genre 39, 68
Genre-espèce 100, 176
division du 58

intention 34, 38
interactions 72, 174
interrelations 82
intérêts contextuels 73
interférence systémique 55
interne-externe 89, 119
interprétation 60, 66
office d' 61

H

habitus 25
herméneutique 176, 187 s
cercle 189
hiérarchie 54
des normes 46, 61, 66
dynamique 44
statique 44
hiérarchisation 36
condition de 34
du système 45
humanisme 57
juridique 31

I

identité 163
illicéité 34
image (des biens) 133
impératifs culturels et sociaux 31
index 9, 14, 28, 30, 31, 33, 34, 38, 45, 53, 61, 136, 195
à visée normative 66
du droit 11, 31
indexation 9, 31, 34, 36, 57, 61, 68, 165, 170
double niveau d'
notion d' 32
opérations d' 62
processus d' 30, 39, 57, 58, 59, 61, 67
des meubles et des immeubles 34
index-équivalence 124
indice 140 s. (analogie)
indices 53
induction 39
injustice 112
institutions juridiques 39
intégration 137
théorie de l' 174

J

juge 34, 53, 61
jugement de validité 46
jugement de vérité 46
juridicité 53, 54
juridique-sociologique 119, 120
Jurisprudence 53, 63
jusnaturalisme 57
juste (idée du) 194
justice 18, 190

K

kafala 136

L

laïcité 31
lecteur 53
législateur 39, 44
linguistique 31, 195
location financière 166
logique
argumentative différenciée 61
de système 58
floue 105
formelle 100
formelle d'ordre 74
systémique 52
taxinomique 59, 73
Loi 53
loi 44, 66
de la validité 66
étrangère 65
naturelle 54, 153

M

mandat 129
 mariage 20
 divorce 139
 nullité 139
 masque 28, 31
 juridique 31
 mécanismes
 qualifiants 40
 systémiques 57
 méthodologie 6, 66
 meuble-immeuble 13, 14, 26, 28, 29, 31, 34, 165,
 cateux 29
 mineur 149
 mise en demeure 64
 mode cyclique 162, 163
 modèle systémique 57
 monde social 17
 moyens-résultat (obligation de) 184
 mythe juridiques 23, 24, 25, 195

N

négoce 74
 nominalisme 164
 non système 52
 non-contradiction (principe de) 45, 47, 57, 60
 normatif 55
 propriété 53
 normativisme 41, 42
 normativité 53
 norme(s) 43, 44, 46, 47, 53, 54
 fondamentale 47
 conditionnantes 46
 conditionnées 46
 nullité 73

O

objectif 114

 objectif – non objectif 120
 objectivation 54, 57, 112, 114, 121, 164, 185, 187, 190, 194
 objectif 112
 objectivité 66
 du droit 11
 objet du droit 57
 obligation 53
 observateur 45
 observation réciproque 55
 opposition et séparation 8
 ordonner 179
 ordre(s)
 capacité (d') 74
 juridique 43
 moral 43
 de juridiction 13
 organisation 39
 du système 45
 mode d' 40

P

paradigme 144, 164
 paradoxes 171
 particulier 68, 75
 patrimonial-extrapatrimonial 117
 pensée
 complexe 174
 systémique 13, 39, 58, 53, 57, 59, 70
persona 28, 31
 personnalité
 juridique 28, 34, 133
 morale 36
 personne 31, 34
 humaine 31
 morale 26, 27, 28
 physique (notion de) 31
 physique 26, 28, 31
 socioculturelle 31
 personnes physiques 34
 phénomène social 40, 46
 philosophie
 analytique 46
 des Lumières 31
 du droit 6
 physiocrates 29
 pluralisme juridique 183
 positivisme 41, 48, 43
 sociologique 51
 pragmatique 90

- prédétermination 53
- prédictibilité 46
- pré-positif 102
- pré-requis 8, 28, 31, 43, 136, 141, 157
- principe
 - d'unité du droit 37
 - de classification 45
 - de dualité et de non-contradiction 41, 42, 43, 45, 49, 58
 - d'unité et de non-contradiction 194
 - de vision 94
 - principes généraux 39
 - principes premiers 9, 57
- probabilité 141, 142, (analogie)
- probatoire 64
- professionnel 75
- proportionnalité (analogie) 153, 172
- propre 100
- propriété 29, 34, 92
- propriété image 92
- puissance-substance 132, 133
- punctuation 126
- putativité 151

Q

- qualification 36, 38, 70, 71, 72, 73, 164 s., 194
 - nature de la 73
 - juridique 9, 10, 195
 - parfaite 165
 - qualifications dérogatoires 73
 - fiscales 72
- qualités essentielles 73
 - sustantielle 73

R

- raison 18, 19, 20, 99, 139
- raisonnement juridique 57, 194
- rapport (analogique) 137
- réalisation 53, 100
- réalité 16, 20, 27, 36, 38, 40, 120, 194
 - principe de 51
 - du droit 58
 - juridique 13, 143, 151
 - sociale 53, 57
 - socioculturelle 31

- Réel 16, 27, 31, 34, 38, 194
- référence (univers de) 34
- régimes 194
- régime de la filiation 73
- régimes d'exception 72
- règle 64, 66
 - de reconnaissance finale 57
- règlement-couverture (obligations de) 186
- règles 39
 - de décisions 47
 - de droit 46, 47
 - de droit primaires 57
 - de droit secondaires 55, 57
 - de reconnaissance 47
 - particulières 39
- relation d'ordre 45
 - normative 53
- relativisation 44
- relativité 53
 - du savoir 190
- Renaissance 57
- reproductibilité 124, 132
- répudiation 65
- résolution 180
- responsabilité pénale 28
- rétroactivité 157, 162
- richesse (notion de) 29

S

- sanction 47, 53
- savoir(s) 58
 - général 69
 - juridique 39, 40, 74
 - spécialisé 69, 74
- science
 - du droit 39, 51, 57
 - juridique 36, 54
- scientifique 180
- scientifique-profane 182
- sécurité juridique 57, 194
- sens 53, 114, 190,
 - sens (conditionnement) 118
 - extension 99, 107
 - intention 99
 - référentiel 99 s
 - sens-référence 98 s
- séparation 8
- séquence 162
- sériel 124
- servitude 145

signe 119, 145
 signes 53
 signifiant 39
 signifiants (ensembles) 117, 195
 signification
 d'un acte de pensée 43
 d'un acte de volonté 43
 situations *sui generis* 29, 32, 38, 39, 194
 socioculturel 46
 souveraineté 36
 spécialisation 68
 spécialité 66
 de la loi 61
 spéciaux (droits) 83
 spécification 68, 89
 statut 34, 45
 de l'embryon 34
 statuts 31, 38
 stratégie de régulation 55
 structuralisme 53, 90
 subjectivité 66, 114, 165, 172, 186, 190
 subsomption 31, 34, 54, 114, 120, 137, 139, 157
 sujet de droit 31
 surdétermination 53
 synthèse-analyse 180
 systématique 105
 systématisation 39, 165
 dualité de 51
 niveau de 51
 du donné et du construit 16
 système 19, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 51, 52, 54, 57
 autopoïétique 55,
 clôture opérationnelle de 55
 de droit 19
 juridique 46, 55, 194
 normatif 53
 normativiste 45
 juridiques 39
 systémique 19, 49, 53, 86, 165, 168, 174, 176, 192, 194

T

taxinomie 35, 39, 58
 technique 19
 juridique 19
 téléologie 89, 156
 texte 53
 textualité 132

théorie générale 76, 85, 86
 trace 146, 152
 trait pertinent 31
 traités européens 66
 traits fictifs 31
 traits pertinents 38
 traits réels 31
 transdiction 53
 tribunaux 78, 111

U

unité (du droit) 42, 53, 57, 83, 84, 86
 unification (processus d') 68
 unitaire
 droit 84, 139
 logique 56
 matrice 83
 mythe (du droit) 24
 principe 13
 savoir 57
 système 87, 188
 vision 6, 191
 vue d'ensemble 158
 système juridique 164

V

validité 102
 critère internes de) 47
 contextuelle 44, 139, 165
 formelle 44
 vérité 60, 99, 151
 juridique 19
 vision du monde 2, 25, 194
 volonté 19, 24
 vrai 105

PLAN ANALYTIQUE

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE — LA DISTINCTION – OPPOSITION ET SES IMPASSES JURIDIQUES.....	21
TITRE PREMIER — L'ELABORATION DE LA DISTINCTION – OPPOSITION A PARTIR DU DONNE.....	23
CHAPITRE I - LA REDUCTION DES DISTINCTIONS A UN DONNE.....	25
Section 1 - Le donné et le construit.....	27
§1 - La systématisation de la distinction du donné et du construit.....	27
§2 - Critiques de la distinction du donné et du construit.....	33
Section 2 - Exceptions, fictions et situations <i>sui generis</i>	35
§1 - Les distinctions juridiques issues de données socioculturelles.....	35

1.1. - La part de mythe des distinctions juridiques.	35
1.2. - La part socioculturelle des distinctions axées sur la personne et sur le bien.	39
§2 - Les données socioculturelles saisies par le Droit : la notion d'index.	46
 <i>CHAPITRE II - LA REDUCTION DE LA DISTINCTION A UNE CLASSIFICATION.</i>	
	55
Section 1 - La confusion de la distinction et de la classification.	57
Section 2 - La recherche impossible d'une vue d'ensemble : perspectives historiques de la distinction du droit privé et du droit public.	65
<i>Conclusion du titre premier.</i>	72
 <i>TITRE SECOND — L'EXACERBATION DE LA DISTINCTION – OPPOSITION PAR LA PENSEE SYSTEMIQUE.</i>	
	73
 <i>CHAPITRE I - LA PENSEE SYSTEMIQUE GUIDEE PAR LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION.</i>	
	75
Section 1 - Les standards des principes de dualité et de non-contradiction.	77
§1 - La conception normativiste du système.	77
§2 - La conception analytique du système.	84
Section 2 - Les voies de transformation des principes de dualité et de non-contradiction.	91
§1 - L'analyse systématique privilégiée à la pensée systémique.	91
1.1. - La conception sociologique du système de Jean Dabin et de Léon Husson.	91
1.2. - L'hypothèse du non-système dans le système de Raymond Gassin.	93
§2 - L'analyse systémale substituée à la pensée systémique.	93
§3 - Le système autopoïétique comme nouveau paradigme systémique.	101

CHAPITRE II - LA PENSEE SYSTEMIQUE ENFERMEE DANS LES PRINCIPES DE DUALITE ET DE NON-CONTRADICTION.....	111
Section 1 - L'exclusion discutable des antinomies comme mode de raisonnement.....	113
§1 - Les antinomies conçues comme une anomalie du Droit.....	113
§2 - Les antinomies résolues par une classification instrumentale.....	117
Section 2 - Le genre et l'espèce : une construction mutilante du savoir juridique.....	129
§1 - Les propriétés du clivage général/spécialisé.....	130
§2 - Le droit commercial, un droit qualifiant - et indépendant.....	133
§3 - Le droit commercial, organisateur, fédérateur - et unifiant.....	141
§4 - La réduction du droit commercial à une espèce.....	155
4.1. - L'ambiguïté de la notion de droit commun.....	156
4.1.1. - L'analyse du concept de droit commun par François Grua.....	156
4.1.2. - L'analyse du concept de droit commun par Jean-Pascal Chazal.....	158
4.2. - Le principe de l'unité sous-jacent à la division du droit en branches spécialisées .	161
§5 - Vers une spécification des savoirs	172
5.1. - Définition de la spécification.....	173
5.2. - La spécification, une condition préalable à la spécialisation.....	174
Conclusion du titre second.....	188
Conclusion de la première partie.....	190

DEUXIEME PARTIE — LA DISTINCTION – INDEXATION ET SES ISSUES JURIDIQUES..... 191

TITRE PREMIER — *L'INDEXATION : UNE APPROCHE RENOVEE DE LA DISTINCTION..... 195*

CHAPITRE I - LA REFERENCE ET LE SENS, MODE APPARENT D'INDEXATION..... 197

Section 1 - Le mode référentiel d'indexation..... 199

§1 - La référence selon le modèle aristotélicien..... 200

§2 - Réflexions critiques sur la place de la coutume dans l'ordre juridique..... 205

§3 - Les limites du mode référentiel d'indexation..... 211

3.1. - L'apparente systématique des conditions nécessaires et suffisantes..... 211

3.2. - L'extension comme propriété du Droit..... 217

Section 2 - Le mode différentiel d'indexation..... 221

§1 - Confrontation des modes référentiel et différentiel de raisonnement : le jeu de l'accusatoire et de l'inquisitoire en procédure..... 221

1.1. - Le caractère « mixte » de la procédure juridique sur un plan référentiel..... 222

1.2. - La dialectique de l'inquisitoire et de l'accusatoire sur un plan différentiel..... 226

§2 - Du trait différentiel à l'approche textuelle élaborée par Gérard Timsit..... 235

§3 - Les limites de la méthode différentielle..... 241

3.1. - La coïncidence du trait différentiel et du trait référentiel..... 241

3.2. - La délimitation délicate des ensembles signifiants..... 242

3.3. - Le conditionnement du sens par les données socioculturelles..... 243

CHAPITRE II - LES MISES EN RAPPORT DE LA DISTINCTION, MODE VOILE D'INDEXATION..... 253

Section 1 - Les mises en rapport de types sériel, cyclique et arbitraire..... 255

§1 - Les mises en rapport de type sériel : l'exemple de la tripartition des infractions. . .	255
§2 - Les mises en rapport de type cyclique : l'exemple du contrat.	259
2.1. - La punctuation, procédé matériel d'anticipation de l'exécution sur la formation. . .	260
2.2. - La rétroactivité conventionnelle, procédé intellectuel d'anticipation de l'exécution sur la formation.	263
2.3. - Le commencement d'exécution du contrat.	264
§3 - La question des mises en rapport arbitraires.	266
3.1. - L'arbitraire déterminé en puissance.	267
3.2. - L'arbitraire déterminé en substance.	269
 Section 2 - Les mises en rapport de type analogique.	277
 §1 - Les propriétés d'indexation de l'analogie.	277
§2 - Les facultés d'indexation de l'analogie dans ses différentes acceptions.	282
2.1. - L'absence de raison juridique, vecteur d'une égalité du rapport analogique.	283
2.2. - L'analogie, une méthode indicielle et présomptive.	287
2.2.1. - Le caractère fonctionnel de l'analogie.	287
2.2.2. - Le paradigme indicielle : vecteur d'une dispersion du droit	291
2.3. - La similarité des relations combinatoires entre groupes d'objets : le raisonnement par abduction.	294
2.3.1. - Les doubles : premier cas de raisonnement par abduction.	295
2.3.2. - L'analogie fictionnelle : second cas de raisonnement par abduction.	300
2.4. - Le rapport de proportionnalité et l'analogie dans sa dimension rhétorique.	306
§3 - Observations critiques sur le rejet de l'analogie comme mode d'interprétation du droit pénal.	309
 Conclusion du titre premier.	319
 TITRE SECOND — L'INDEXATION : UNE APPROCHE APORETIQUE DE LA DISTINCTION.	321
 CHAPITRE I - LA QUALIFICATION JURIDIQUE RENOVÉE PAR LA DISTINCTION – INDEXATION.	323

Section 1 - Le dépassement des limites de la qualification juridique par l'indexation : l'illustration de l'embryon.	325
Section 2 - L'abandon de la conception essentielle de la qualification juridique au profit de l'indexation.	335
CHAPITRE II - LE SAVOIR JURIDIQUE OUVERT AUX CONFLITS D'INTERPRETATION.	351
Section 1 - La réhabilitation de l'antinomie comme mode d'interprétation. .	353
§1 - L'antinomie, une trace du processus d'indexation.	353
§2 - L'interprétation antinomique, une garantie de cohérence des solutions juridiques.	362
Section 2 - Le savoir juridique et sa fonction résolutoire indirecte.	369
§1 - L'influence du savoir juridique sur les index du droit.	370
1.1. - Présentation de la controverse doctrinale engagée entre Jean-Luc Aubert et Jacques Ghestin.	370
1.2. - Les interactions du savoir juridique et du droit, son objet.	377
1.3. - Illustrations : la distinction des obligations de moyens et de résultat ; la distinction des obligations de règlement et de couverture.	381
§2 - le droit comme objet non objectivable du savoir juridique.	386
§3 - Le cercle herméneutique <i>réalité construite - droit - savoir juridique</i>	389
<i>Conclusion du titre second.</i>	<i>397</i>
<i>Conclusion de la deuxième partie.</i>	<i>398</i>
CONCLUSION GENERALE.	399

BIBLIOGRAPHIE.....	405
INDEX ALPHABETIQUE.....	453
PLAN ANALYTIQUE.....	461

Je remercie infiniment et de tout cœur,

Mon directeur, pour ses conseils si sages et avisés.

Le jury, pour l'attention qu'il m'a fait l'honneur de me porter.

François Ye Ye,

Le père, La mère et Les grands-mères,

La sœur, Le frère et Fred,

Les amis.

Les magistrats de la Chambre de la famille et de la Chambre spéciale des mineurs de Lyon

LA DISTINCTION EN DROIT, UNE APPROCHE EPISTEMOLOGIQUE

La distinction est traditionnellement conçue comme une opposition et une émanation du donné, ce qui conduit à la confondre avec la classification et à enfermer le droit dans une pensée systémique qui, en retour, exacerbe la distinction – opposition. Confondre distinction et classification ne permet pas d’appréhender certaines réalités juridiques autrement que par le biais d’exceptions, de fictions et de situations *sui generis*. Celles-ci sont conçues comme des anomalies juridiques qu’il conviendrait de dépasser. Le raisonnement juridique se polarise sur la recherche de statuts qui se subsument sous une *summa divisio* alors même que les juristes ont conscience de leurs imperfections. Toutes les distinctions sans exception sont construites car le droit procède de la réalité socioculturelle construite. L’indexation, qui n’est pas axée sur la catégorisation, permet d’envisager le droit dans sa dynamique d’élaboration. Elle correspond à des procédés intégrant des notions nécessaires à la réalisation du discours juridique. Tout en s’appuyant parfois sur les classifications, elle en relativise l’importance en ouvrant le raisonnement à des procédés couramment utilisés en droit, mais dont l’importance et la diversité sont parfois méconnues. Le droit est alors conçu sous forme d’une série d’index ouverts à visée normative qui prennent sens dans l’interprétation. Ce faisant, la distinction - indexation remet partiellement en cause la qualification en lui imposant des limites voire en la supplantant. Elle permet aussi de recourir à des formes de savoirs intégrant le jeu des antinomies comme mode d’interprétation et plaçant l’herméneutique au centre des disciplines juridiques.

DISTINCTION IN LAW, AN EPISTEMOLOGIC APPROACH

Usually conceived as based on opposition and emanating directly from data, distinction is often confused with classification, thus confining law to a process of systemic thinking and exacerbating the distinction – opposition conceptualisation. Such a confusion prevents from apprehending legal facts differently than by considering exceptions, fictions and *sui generis* situations, all of them conceived as legal abnormalities that should be overrun. Legal reasoning is currently thus a research of statutes subsumed under a *summa divisio*, even when lawyers are conscious of their imperfections. However, all distinctions are socially constructed since law is based on a constructed sociocultural reality. In fact, indexation corresponds to procedures frequently used to integrate notions used in law discourse. While classification is sometimes used in indexation, its importance is relativised by opening the reasoning to procedures commonly used in law, the importance and diversity of which are often poorly understood. Law is then conceived as a series of open indexes aiming at standards that acquire meaning due to interpretation. In parallel, distinction partly calls qualification into question by imposing limits upon it or even supplanting it. Distinction allows the use of knowledge that integrates antinomies as a form of interpretation and stresses hermeneutics as the very center of legal sciences.

Mots clefs : DISTINCTION ; OPPOSITION ; INDEXATION ; CORPUS JURIDIQUE ; SYSTEME ; DEFINITION ; CATEGORIE ; ANTINOMIE ; ANALOGIE ; QUALIFICATION JURIDIQUE ; BRANCHES JURIDIQUES ; SAVOIR ; INTERPRETATION ; DIALECTIQUE ; DIALOGIQUE ; HERMENEUTIQUE ; DONNE ; CONSTRUIT ; PERSONNE ; CHOSE ; EMBRYON ; MEUBLE ; IMMEUBLE ; DROIT PUBLIC ; DROIT PRIVE ; DROIT CIVIL ; DROIT COMMERCIAL.