Mélanges

Christian Mouly

*

Litec

Mélanges Christian Mouly

Litec

Librairie de la Cour de Cassation
27, place Dauphine, 75001 Paris
1998

Le logo qui figure ci-dessus mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

ISBN 2-7111-2898-9

Grâce au concours de la REGION LANGUEDOC-ROUSSILLON
la publication des *Mélanges Christian Mouly* est assurée par
le CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE
39 rue de l'Université, 34060 MONTPELLIER Cedex
Tél : 04.67.61.54.36 - Fax : 04.67.61.54.85

Christian MOULY

Agrégé des Facultés de Droit
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier
- 1949-1996 -

Titres universitaires

- Agrégé Droit privé (ler), Concours 1978
- Docteur en droit, Montpellier, 1977
  Thèse : *Les causes d'extinction du cautionnement*, Montpellier, juin 1977
  Prix de thèse; Prix du Conseil supérieur du Notariat. Subvention pour publication du ministère des universités
- Lauréat de la Faculté de Droit de Montpellier
- Lauréat de l'Académie française

Carrière universitaire

1971 - 1978	: Assistant à la Faculté de droit de Montpellier
1979 - 1983	: Professeur à la Faculté de droit d'Aix en provence (1980-1983, Vice- doyen)
1983 - 1984	: Jean Monnet Fellow à l'Université européenne (Florence)
1984 - 1985	: Juriste (Legal Officer) de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (UNCITRAL, Vienne)
1985 - 1996	: Professeur à la Faculté de droit de Montpellier

ECRITS ET TRAVAUX DE RECHERCHE
(par ordre chronologique inverse)

Ouvrages

- *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 4e éd. 1997, en collaboration avec M. Cabrillac (Prix Hamel 1992 décerné par l'Académie des sciences morales et politiques).
- *La propriété, droit fondamental*, chap. de l'ouvrage collectif.
- *Droits et Libertés fondamentaux*, Dalloz, 4e ed, 1997, *Droit pénal de la banque et du crédit*, Paris, Masson, 1982, en collaboration avec M.Cabrillac (Prix Management-L'expansion).
- *Les causes d'extinction du cautionnement*, Bibl.du Droit de l'Entreprise, n.10, Litec, 1979 (Prix de la Faculté de Montpellier, Prix du Conseil supérieur du Notariat, Prix de l'Académie française).

Principaux articles

51. *Sécurité sociale et concurrence : une réforme constitutionnellement possible.* D. 1996, chron., 25-28.
50. *Faut-il retarder le transfert de la propriété ?* (Résumé et direction scientifique de l'ensemble du colloque) et *Analyse économique du droit régissant le transfert de propriété*, JCP (E) 1995, Cahiers de droit de l'entreprise 5/1995, p.1, et 6-7.
49. *La mention manuscrite du conjoint*, JCP 1995, I, 3836.
48. *Le gage commercial*, Rapport de synthèse (et direction scientifique de l'ensemble du colloque Droit & Commerce), in *Le gage commercial*, Rev. jur. com. N° spécial nov. 1994, p.172-176.
47. *Contrats bancaires et groupes de sociétés*, in *Groupes de sociétés : contrats et responsabilités*, LGDJ 1994, p.15-29.
46. *Dates de valeur : blocage actuel et possibilités de déblocage*, Rev. dr. banc. 1994, p.227-231.
45. *Le revirement pour l'avenir*, J.C.P. 1994, l, 3776.
44. *Actualité et légitimité de l'intérêt conventionnel*, Rev. jurisp. com. 1994, p.265-277; Rapport au colloque sur le Régime juridique des intérêts conventionnels, 15 avr. 1994.
43. *La publicité des sûretés réelles mobilières*, Revue Européenne de Droit Privé, 1994-4.
42. *Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation*, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La Documentation Française, 1994, p.121-148 (Rapport au colloque des 10 & 11 dec. 1993).
41. *Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ?* Les Petites Affiches 4 mai 1994, p.9-15.
40. *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* Les Petites Affiches 18 mars 1994, p.15-19.
39. *La motivation des arrêts d'appel*, in *La Cour d'appel d'Aix en Provence*, PUAM, 1994, p.87-99.

38. *Les contrats bancaires dans un groupe de sociétés*, Les Petites Affiches 2 fev. 1994, p.10.
37. *Faculty recruitment in France*, with C. Atias, XLI American Journal of Comparative law 1993-3, p.401.
36. *La grand-mère et le cautionnement omnibus*, RJDA 10/93, p.679.
35. *La transparence des sûretés réelles : Rapport Conseil National du Crédit* in *"Les garanties et le crédit aux entreprises"*, sept. 1993, annexe 5, p.169 (publ. Banque de France).
34. *Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur*, RJDA 7/93, p.503.
33. *Procédures civiles d'exécution et droit bancaire*, in *La réforme des procédures civiles d'exécution*, Rev.trim. dr. civ. 1993, N° spécial hors série, p.65.
32. *The banker-customer relationship, French law*, in *European Banking Law*, Ross Cranston éd., Lloyd's of London Press Ltd, 1993, p.37.
31. *Une approche juridique de l'encyclique Centesimus annus*, Mélanges Colomer, Litec, 1993, p.267.
30. *La vente de sang contaminé par le sida est une décision administrative normale*, Gaz. Pal. 1992, doctr., p.705.
29. *Efficacité en France des sûretés anglaises*, Rev. dr. banc. 1992, p.160.
28. *L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français*, Mélanges Breton et Derrida, Dalloz, 1991, p.267.
27. *Aspects contemporains du cautionnement*, Rapport de synthèse au Congrès DJCE Toulouse, avril 1991, J.C.P. 1992, éd.E, Cahiers de droit de l'entreprise 2/92, p.45-48.
26. *Le prix de vente et son paiement selon la Convention de Vienne de 1980*, Droit et Affaires CEE international 1990, p.N.61 à N.72.
25. *La formation du contrat*, in *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Y. Derains et J. Ghestin (éd.), LGDJ, 1990, p.55-82.
24. *L'apport de l'informatique juridique à la connaisance du raisonnement juridique*, Les annales de l'IRETIJ 1989, n°1, p.139-158.
23. *La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, D.P.C.I. 1989, p.400-421.
22. *Le cautionnement dans le Nieuw Burgerlijk Wetboek : la prudence du réformateur, Een internationale code, BW-Krant Jaarboek 1989* (Annuaire de l'Université de Leiden), Arnhem, Gouda Quint, 1989, p.71-106 et Les Petites Affiches du 29 juillet 1989, p.15.
21. *L'enseignement du droit comparé en France*, Rev. inter. dr. comp.1988, p.745-750.
20. *Assujetissement obligatoire à la TVA : L'Avocat doit-il rester indépendant ? Dix données à débattre*, Gaz. Pal. 1988, 2, chron., p.738-740.
19. *Présentation de la Convention de Vienne (11 avril 1980) sur la Vente internationale de marchandises*, J.C.P. 1988, éd. E., suppl. Cah. dr. entrep. n°2/88, p.31-34.
18. *L'usage personnel du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales)* avec M. Dagot, Rev. Soc. 1988, p.1-58.

17. *Le cautionnement donné par une personne mariée*, Rep. Not. Defrénois 1988, p.227-235
16. *Liberté des garanties personnelles*, Rev. Banque, 1987 p.1166-1168.
15. *Faute inexcusable : trois notes en marge d'une interprétation (arrêts du 20 juillet 1987)*, D. 1987, chr., p.234-236.
14. *La situation des créanciers antérieurs à la procédure collective (Loi 1985)*, Rev. Jurisp. Com., février 1987, N° spécial, p.139-159.
13. *Crise des introductions au droit*, Droits, 1986-4, p.99-107.
12. Rapports français et général au 12e Congrès Int. de dr. comparé, Melbourne 1986, sur le thème : *La doctrine, source d'unification internationale du droit.* Rapport français : Rev. intern. de dr. comp. 1986-2, p.351-368.
11. *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* Rev. intern. de dr. comp. 1985-4, p.895-945.
10. *Procédures collectives : assainir le régime des sûretés*, Mélanges René Roblot (Aspects actuels du droit commercial français), L.G.D.J. 1984, p.529-564.
9. *La responsabilité pénale du banquier en cas de banqueroute de son client : un révélateur*, D. 1984, chron.,p.32-34.
8. *Les égards d'Edgar pour la nature: contre la doctrine de la doctrine*, in Edgar Morin, *Science et conscience de la complexité*, éd. Lib de l'université, Aix en Provence, 1984, p.179-183.
7. *Les sûretés personnelles traditionnelles en France*, in Les sûretés, FEDUCI, Paris, 1984, p.129-158.
6. *La convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises*, R.I.D.C. 1983, p.829-839.
5. *L'exécution provisoire des décisions des conseils de prud'hommes*, in Les conseils de prud'hommes, éd. nationales et administratives, 1983, p.93-109.
4. Comment aborder les études de droit. R.R.J.-Droit Prospectif, 1982, p.46-55.
3. *Abus de caution ?* in L'évolution du droit des sûretés, Rev. jurisp. com., N° spécial, fév. 1982, p.13-26.
2. *La conclusion du contrat dans: Le nouveau droit du crédit immobilier*, Litec, 1981, p.66-85.
1. *Les recours anticipés de la caution contre sa sous-caution*, J.C.P. 1980, I, 2985.

Fascicules du Juris-Classeur :

- Hypothèques
- Antichrèse
- Théorie des coobligés
- Publicité foncière en droit comparé
- Saisies bancaires

Une vingtaine de notes portant, essentiellement sur le cautionnement
Le renversement de la jurisprudence Desmares, D. 1988, j, p.32-35
Clause de non-concurence en forme de servitude, avec C. Atias D.1988.J.360

Chapitre "France" de *"Encyclopedia of Modern Legal Systems"*, K. Redden éd. Charlottesville, VA, U.S.A.

Chroniques, depuis 1986, pour le Droit continental de la *Banking & Finance Law Review*, Toronto, Canada.

Participation au *Common Core of Private Law*, Trento, Italie.

ACTIVITES UNIVERSITAIRES

1) Enseignements :

1996 :

- Droit civil (Propriété et sûretés) : Licence.
- Droit bancaire: Maitrise.
- Théorie économique du droit: DEA de Droit privé fondamental.
- Droit de la Vente Internationale de marchandises (Convention de Vienne) : DESS de Juriste Conseil d'Entreprise.
- Contrats de financement, Droit de l'argent : DESS de Juriste Conseil d'Entreprise.

Antérieurement :

- Procédure civile.
- Voies d'exécution.
- Droit comparé.
- Droit des contrats en Common Law.
- Philosophie du droit.
- Informatique juridique et connaissance du droit...

- Visiting professor at Louisiana State University (automne 1983).
- Professeur visiteur à l'université de Fribourg (Suisse) (hiver 1983-84).

2) Recherches :

1. *Analyse économique du droit de propriété, de la responsabilité et des contrats*, devant conduire à la préparation d'un ouvrage de documents sur l'analyse économique du droit, une collaboration à un ouvrage pluridisciplinaire sur le contrat, et des articles et recherches en commun sur la théorie et l'économie du droit. Création de deux programmes soutenus par les CE : Alfa et Socrates.

2. *Les sûretés réelles mobilières en droit comparé* : article en préparation et recherche au long cours.

3. *Banque, bourse et dématérialisation des paiements et titres.*

4. Un grand projet sur le *Jus commune et l'unification moderne du droit dans la planète et, notamment, en Europe.*

5. Un projet pluridisciplinaire sur *la place et le rôle de la famille légitime parmi les institutions juridiques qui structurent une société.*

Antérieurement :

Participation à des recherches collectives : Contrats bancaires, éthique et droit, outils juridiques du libéralisme.

- Les droits mixtes, recherche collective de droit comparé et d'anthropologie juridique organisée en commun par les universités d'Aix, La Réunion, L.S.U. Baton-Rouge (U.S.A.), Laval (Québec). Lancement et direction du projet de 1982 à 1984, actuellemcnt continuée par N. Rouland.
- L'influence de l'enseignement du droit sur l'intégration européenne. Recherche menée à l'Institut Universitaire Européen (Florence) durant l'année 1983-1984.
- La publicité foncière en droit comparé. Recherche collective dirigée en 1982-84 (6 collaborateurs).
- Boursier Fulbright aux Etats-Unis en 1981-82.
- Boursier du gouvernement canadien en 1982-83.
- Correspondant de l'équipe de recherche sur le processus législatif (dir. A. Viandier) pour l'aspect international.
- Direction d'environ 12 mémoires de DEA chaque année, et de 8 thèses.

Collaboration au Laboratoire d'épistémologie de la Faculté de droit d'Aix.

3) Administration :

- 1993-	: Directeur du D.E.A. de Droit Privé Fondamental de la Faculté de droit de Montpellier.
- 1993-	: Directeur du Laboratoire de Droit Privé de la Faculté de droit de Montpellier, Directeur du Département de Théorie et Economie du Droit. Expert auprès de la Mission scientifique et technique du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche.
- 1992-1993	: Membre du Jury d'agrégation des professeurs de droit privé.
- 1992-1993	: Membre du groupe de travail du Conseil national du Crédit sur les garanties.
-1988-1991	: Membre élu du bureau du Comité National du CNRS, Section (37) Sciences juridiques.
- 1987-1995	: Création et direction du Diplome Universitaire : Initiation à l'informatique juridique (Faculté de droit de Montpellier et IRETIJ).
- 1986-1987	: Directeur de l'IRETIJ; 1988 à 1991, co-président du CETIJ (laboratoire CNRS).
- 1980-1985	: Directeur du Centre de droit comparé de la Faculté de droit d'Aix.
- 1983-1996	: Membre du Comité de rédaction de la Revue de la Recherche Juridique.
- 1980-1983	: Vice-doyen, chargé de la pédagogie, Faculté de droit d'Aix-Marseille.

IN MEMORIAM

La carrière de Christian Mouly a été brillante et variée. A quoi bon la retracer ? Pour ceux qui n'auraient pas connu l'homme, elle pourrait apparaître comme le parcours d'un carriériste. Or, Christian Mouly était aux antipodes du carriérisme. Son ambition n'était pas d'obtenir des postes et des honneurs; elle était de faire triompher les idées auxquelles il était attaché et de satisfaire une dévorante curiosité intellectuelle.

L'oeuvre scientifique qu'il laisse est importante et a marqué profondément plusieurs domaines du droit privé. Il serait vain de vouloir l'évoquer en quelques lignes mais aussi superfétatoire puisque le lecteur en trouvera bien des aspects dans ce volume. Cette oeuvre n'est pas celle d'un intellectuel désincarné. Intellectuel, certes Christian Mouly l'a été et l'a été pleinement. Il aimait et savait jongler avec les théories et les constructions de l'esprit. Il avait, par exemple et notamment, parfaitement assimilé la pensée de Saint Thomas d'Aquin ou la doctrine d'Hayeck et il confrontait volontiers l'une ou l'autre aux problèmes du jour. Mais il était aussi soucieux d'épouser la réalité, d'enquêter sur le terrain, de faire le pont entre les idées et leurs retombées dans la vie quotidienne des hommes qui restait au centre de ses préoccupations.

Ni carriériste, ni intellectuel désincarné, qui était donc Christian Mouly ? La réponse n'est pas simple à donner. Non pas que sa personnalité ait été opaque; elle était transparente, mais cette transparence laissait voir de telles richesses qu'elle décourage l'inventaire. On serait tenté de décrire l'homme en déclinant une litanie de qualités, une longue litanie car il y en a bien peu - si tant est qu'il y en ait - qu'on pourrait lui refuser. Les arbres risqueraient de cacher la forêt; aussi qu'il me soit permis de retenir ce qui, à mes yeux, constituait les trois aspects majeurs de sa personnalité, qui la rendaient si brillante et si attachante :

c'était un homme d'une vitalité hors du commun;
c'était un homme de convictions passionnées;
c'était un homme d'une infinie délicatesse de coeur.

La vitalité, ou si l'on préfère le dynamisme, était le trait le plus extérieur, le plus connu de sa personnalité; elle faisait partie de sa légende, mais d'une légende qui reposait sur des faits réels comme, par exemple, ses chevauchées en vélo sur les pentes de l'Aigoual ou du Mont Ventoux. Elle lui avait valu de la part de ses étudiants aixois le sobriquet de *«superman»*.

Il n'était pas sans fondement, mais je ne l'aime pas beaucoup car il suggère la carrure physique et la force brutale, ce qui s'accommode mal de la mince silhouette de Christian, de son élégance, de la séduction d'un sourire qui fleurissait volontiers sur ses lèvres, de l'impression de finesse et d'aménité que dégageait sa personne.

Du *superman* il avait néanmoins le rythme haletant, un rythme qui épuisait souvent ses collaborateurs qui avaient peine à le suivre. Je garde le souvenir d'une paisible secrétaire de l'IRETIJ qui avait tenu à me faire écouter un échantillon des cassettes qu'il lui donnait à retranscrire. Enregistrées sur l'autoroute entre Narbonne et Montpellier, elles étaient ponctuées de violents coups de freins et de klaxons qui faisaient frémir la secrétaire en question.

Je garde aussi le souvenir de nos rencontres matinales, lorsqu'il sortait de son cours et que je m'apprêtais à faire le mien. Pas question de perdre une seconde et d'échanger quelques banalités ou quelques potins. Je le voyais, non sans appréhension car j'aurais souhaité que ce moment fût un moment de détente, sortir un petit carnet, bien connu de moi, pour me bombarder des questions qu'il avait notées et qui concernaient aussi bien de grandes idées que de redoutables problèmes techniques. Ce petit carnet, je l'ai encore vu le sortir à la clinique où j'allais lui rendre visite après son opération. Croyant alors qu'il payait la rançon d'une existence trop active, je le suppliais de se reposer et de délaisser les préoccupations doctrinales ou professionnelles, supplications restées vaines car il conservait sa vigueur et son appétit intellectuels là où tout autre que lui les aurait perdus.

C'est grâce à cette vitalité qu'il avait pu pleinement assumer une vie professionnelle particulièrement chargée. Un professeur avocat est plus ou moins fatalement amené à négliger les tâches universitaires, qu'elles soient d'enseignement, d'administration ou de recherche. Tel n'a pas été le cas de Christian Mouly qui, dans notre Maison, a été l'un des plus actifs au point que l'on n'aurait pas soupçonné son activité au Barreau si on ne l'avait pas connue. S'adonnant avec enthousiasme, après tant d'autres tâches, à la direction du D.E.A. et du laboratoire de droit privé, il réglait les moindres détails de leur fonctionnement et a donné à ces institutions un rayonnement inégalé. Ceci ne l'empêchait pas de s'occuper avec sollicitude de ses étudiants de troisième cycle, de leur consacrer tout le temps qu'ils lui demandaient, ce qu'il a fait jusqu'au bout, puisque beaucoup d'entre eux se sont rendus à Narbonne à la fin de ce fatal été 1996 pour lui soumettre leurs travaux et prendre ses conseils.

L'ardeur avec laquelle Christian Mouly a accompli toutes ses tâches et jusqu'à son terme procédait en grande partie, sans nul doute, des convictions passionnées qu'il nourrissait, convictions qu'il vivait au quotidien.

Ses convictions, il ne fallait guère le fréquenter pour les connaître, puisqu'il s'en faisait constamment le chantre et l'apôtre. Il s'agissait, d'abord et avant tout, de ses convictions de chrétien et, en particulier, de sa ferveur pour l'institution familiale. La famille, il l'a célébrée et défendue en intellectuel; la vie de famille, il l'a vécue pleinement avec le concours de son épouse en donnant l'image d'un foyer aussi harmonieusement uni que chaleureux et accueillant.

Ses convictions étaient aussi des valeurs de ce monde, plus relatives, son attachement pour la responsabilité individuelle, pour la propriété, pour la loi du marché, son horreur du laisser-aller. Des valeurs pour lesquelles il a combattu avec fougue parce que, dès lors qu'il les avait adoptées, il ne concevait pas de ne pas mener des croisades en leur faveur; la tiédeur et le scepticisme n'étaient pas son fait.

Il avait un tempérament de polémiste que l'universitaire avait le plus grand mal à discipliner. Il se traduisait, quand nous collaborions, par des discussions épiques qui constituaient l'un des charmes de cette collaboration. Quand je trouvais, par exemple, dans notre livre sur les sûretés une diatribe contre l'avortement, je la rayais impitoyablement en lui faisant remarquer qu'elle n'avait pas sa place dans un tel ouvrage; il protestait avec véhémence en me rétorquant que la vie doit être défendue en tout lieu.

La passion des idées, la force des convictions auraient pu conduire Christian Mouly à ne prêter que peu d'attention à ses semblables ou à être à leur égard aussi sévère qu'il l'était à l'égard des thèses ou des théories qu'il jugeait pernicieuses. De même, l'intelligence dont il était doué aurait pu le conduire à manifester quelque orgueil, voire quelque morgue. Mais il n'avait pas les défauts de ses qualités et le trait le plus précieux de sa personnalité était son attention aux autres, sa générosité au sens le plus large du mot, sa délicatesse de coeur. C'est pourquoi j'ai voulu l'évoquer en dernier comme le couronnement de l'édifice.

La délicatesse de coeur, elle ne se décrit pas et encore moins elle ne se démontre. On ne peut qu'en donner des illustrations. Ici, je suis embarrassé. Je ne peux pas faire état des marques de la générosité de Christian Mouly dont il a fait bénéficier tant et tant parmi son entourage. Puis-je évoquer les marques de cette générosité, innombrables, dont j'ai été l'heureux destinataire sans donner un tour trop personnel et trop affectif à

mon propos ? Qu'il me soit permis cependant d'en évoquer une qui m'est particulièrement chère.

Il y a quelques années, je vivais cette journée difficile qu'est l'attente dans une chambre d'hôpital à la veille d'une lourde opération. A ce moment, Christian comparaissait devant une juridiction londonienne en qualité de consultant, conformément à cette curieuse procédure britannique qui se veut purement orale. Il réussit ce tour de force, en me le présentant avec élégance comme la chose la plus naturelle du monde, de me consacrer, entre deux audiences, l'après midi fatidique pour s'efforcer de me distraire - avec succès, son humour aidant-, en me détaillant les moeurs pittoresques du personnel judiciaire d'Outre-Manche.

Qui était donc Christian Mouly ? Une personnalité exceptionnelle en ce sens qu'il alliait les qualités les plus opposées, les plus exclusives les unes des autres, de sorte qu'il est difficile de la restituer dans toute sa richesse. Comment rendre compte à la fois de l'impétuosité, de la fougue, du panache avec lesquels il a milité pour ses convictions et, d'autre part, de la tendresse et de la délicatesse qu'il a manifestées aux personnes ?

La meilleure référence dont on puisse user à son égard est probablement celle du serviteur de la parabole évangélique des talents. Des talents, Christian Mouly en avait reçus à profusion, ceux de l'esprit comme ceux du coeur. Il les a fait fructifier abondamment au profit des idées et des institutions qu'il a servies; il les a répandues abondamment sur ceux qui l'ont approché. Ceux-ci entretiendront pieusement le double culte de l'admiration et de la reconnaissance.

Michel CABRILLAC

Christian Mouly devait être l'un des grands privatistes de notre temps.
La mort l'a atteint à 47 ans.

Commercialiste de talent, il avait apporté à de multiples secteurs du Droit avec un égal bonheur.

Ses amis, ses élèves d'Angleterre, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, Hollande, Italie, Japon, Portugal et de la plupart de nos universités françaises ont voulu accompagner et prolonger son enseignement.

`Ils vous invitent à partager ce souvenir.

Christian ATIAS Michel CABRILLAC Philippe MALAURIE

Jean Marc MOUSSERON Frédéric SUDRE

Sommaire

LIVRE I

NOTIONS FONDAMENTALES

DROIT DE LA FAMILLE

DROIT DES BIENS

LIVRE II

DROIT DES OBLIGATIONS

DROIT DES SOCIETES

DROIT DU CREDIT

Notions Fondamentales

BREF RETOUR SUR LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION

par

Paul-Henri ANTONMATTEI
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Directeur du Laboratoire de droit social

1. Que serait l'homme sans la mémoire ? La mort nous prive d'une présence, mais le souvenir perpétue la vie. Des nombreux souvenirs qui se bousculent dans la recherche d'un hommage au regretté professeur Mouly, s'imposent de fréquentes discussions sur la jurisprudence. Quel rôle pour la jurisprudence ? Quel juge pour quelle société ? Jurisprudence politique ou politique jurisprudentielle ? Autant de questions qui permettaient au jeune juriste de bénéficier de réflexions originales enrichies par l'expérience de la pratique et la connaissance de systèmes étrangers.

2. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation offre, depuis longtemps, un terrain privilégié de réflexion sur le phénomène jurisprudentiel. Le thème est certes classique, et la lecture des écrits en la matière décourage d'entreprendre une nouvelle contribution, même brève, singulièrement dans un recueil d'hommages ([1]). Pourtant, la jurisprudence ne cesse de susciter l'intérêt. Un échange de vues sur *«la jurisprudence aujourd'hui : libres propos sur une institution controversée»*, à l'occasion du quatre vingt dixième anniversaire de la revue trimestrielle de droit civil a largement prouvé l'utilité de nouveaux apports ([2]). Le renouvellement et l'enrichissement de la réflexion ne sont du reste pas réservés à cette source du droit. D'éminents collègues n'ont-ils pas récemment croiser le fer sur le rôle de la doctrine ([3]) ? De même, tout débat sur la loi est-il aujourd'hui périmé ?

3. Toujours d'actualité, la jurisprudence suscite en droit du travail des réactions passionnées, poussées au cours des dernières années à leur paroxysme. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation

---

([1]) V. not. J. Laroque, *Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Tendances du droit du travail français contemporain*, Etudes offertes à G.-H. Camerlynck, Dalloz, 1978, p.27; J. Deprez, *La Cour de cassation*, in *Les transformations du droit du travail*, Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p.169.
([2]) V. RTD civ. 1992, 337 et s.; RTD civ. 1993, 87 et s.
([3]) V. dans l'ordre chronologique des articles, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *L'entité doctrinale française*, D.1997, chron. 167; L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de «l'entité» (à propos d'une opinion sur la doctrine)*, D.1997, chron. 229.

est sévèrement critiquée. Accusée notamment de déformer la loi ([4]), les magistrats se seraient surtout immiscés abusivement dans la gestion de l'entreprise ([5]), griefs que récusent fermement les intéressés ([6]). Il serait néanmoins réducteur d'examiner la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation à l'aune seulement de cette polémique, même si ce débat ne peut être évité. D'autres évolutions significatives se sont récemment manifestées qui méritent aussi discussion.

4. Il n'est depuis longtemps plus nécessaire de démontrer l'importance de la jurisprudence en droit du travail. On est toujours marqué par la quantité d'arrêts rendus : près de 7000 décisions par an, soit près de la moitié du contentieux de la Cour de cassation pour la seule chambre sociale. Curieux paradoxe à une époque où le Code du travail est accusé d'«obésité» ! N'est-il pas, en effet, raisonnable d'espérer que l'omniprésence de la règle d'origine légale, singulièrement lorsque celle-ci privilégie souvent le détail, est un rempart à la prolifération du contentieux ? Tel n'est pas le cas, et l'importance de la jurisprudence sociale est un signe, parmi d'autres, du formidable déclin de la loi sociale. Cette approche quantitative de la jurisprudence sociale n'est pas la plus intéressante. L'essentiel tient dans le fort pouvoir normatif qu'exerce la chambre sociale de la Cour de cassation. Celui-ci est assurée par des méthodes (I) et exprime des messages (II), qui permettent de dégager des perspectives (III).

I - METHODES

5. La prohibition des arrêts de règlement et l'autorité relative de la chose jugée empêchent toujours, théoriquement, d'ériger la jurisprudence en véritable source du droit. Mais démonstration a été depuis longtemps faite que la force de la règle jurisprudentielle tient dans l'acceptation des intéressés ([7]). Dès lors que cette règle est appliquée, plaidée et professée, elle rivalise, de fait, avec la règle étatique. Cette adhésion commune du «cercle des initiés» est renforcée en droit du travail par une médiatisation accrue de la jurisprudence. Les arrêts ne se lisent plus seulement dans le JCP, le Dalloz ou autres revues spécialisées, canaux traditionnels de diffusion ([8]) en

---

([4]) V. Ph. Langlois, *La Cour de cassation et le respect de la loi en droit du travail*, D.1997, Chron. 45.

([5]) V. not. H. Thiébault, *L'employeur et le juge*, Dr. soc. 1997, 133.

([6]) Ph. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, Dr. soc. 1996, 472.

([7]) V. récemment, M. Gobert, *La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée*, RTD.civ. 1992, 344.

([8]) V. sur le rôle de la diffusion, V. not. M. Vericel, *La publication des décisions de justice en droit du travail*, Dr. soc. 1997, 1081 qui estime que *«la publication, bien plus qu'un simple procédé de transmission des solutions dégagées par les juridictions*

perpétuelle expansion. Il n'est pas rare désormais d'en prendre d'abord connaissance dans le journal télévisé de 20 heures ou les quotidiens nationaux. Des formules comme «à travail égal, salaire égal» ([9]) ne peuvent, il est vrai, que retenir l'attention de tous. Cette médiatisation conforte leur autorité, dans l'opinion publique.

6. L'autorité de la règle jurisprudentielle en droit du travail procède aussi de la qualité de sa rédaction. Depuis quelques années, la chambre sociale de la Cour de cassation prend un soin particulier à adopter des formules concises, parfois lapidaires, le plus souvent de portée générale, construites sur le modèle de la règle légale. Les exemples ne manquent pas. Citons simplement les plus récents :

- *«le reçu pour solde de tout compte qui n'a pas été rédigé en double exemplaire ou dont l'un des exemplaires n' a pas été remis au salarié, ne produit aucun effet»* ([10]);
- *«lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation»* ([11]);
- *«les dispositions de l'article L.122-14-2 du Code du travail sont applicables au salarié qui adhère à une convention de conversion et dont le licenciement a été décidé; il en résulte que la lettre notifiant au salarié son licenciement tout en lui proposant une convention de conversion doit être motivée»* ([12]);
- *«Toute rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée, hors la rupture en cours d'essai et les cas de force majeure et de mise à la retraite lorsque les conditions légales en sont remplies, constitue un licenciement»* ([13]).

Autant de formules qui révèlent des arrêts de principe dont la prolifération a incontestablement le mérite de rendre lisible les positions de la chambre sociale de la Cour de cassation. Les juges du fond sont éclairés. Le flot des dossiers aux pourvois peu fondés peut être endiguée. L'utilisateur de la règle n'est pas a priori confronté aux affres de l'imprévisibilité. Mais les adversaires du pouvoir jurisprudentiel, ne verront là que la résurrection

---

constitue un véritable moyen de création jurisprudentielle», V. égal. E. Serverin et A. Jeammaud, *Concevoir l'espace jurisprudentiel*, RTD.civ. 1993, 91.

([9]) V. Cass. soc. 29 octobre 1996 : Dr. soc. 1996, 1013 et l'article de A. Lyon-Caen; TPS 1997, comm. 2, note P.-Y. Verkindt; Dr. et patrimoine, 1997, § 1562 et nos obs.

([10]) Cass. soc. 16 juillet 1997 : TPS 1997, comm. 262, note P.-Y Verkindt.

([11]) Cass. soc. 27 mai 1997 : TPS 1997, comm. 212. V. B. Teyssie, *Sur la réécriture de la loi* : TPS 1997 (juillet), p.1.

([12]) Cass. soc. 30 septembre 1997 : Dr. soc. 1997, 1104, obs. F. Favennec-Hery.

([13]) Cass. soc. 14 octobre 1997, n°3537 P+B.

d'arrêts de règlements. Inutile de réanimer ce délicat débat, tant la distinction entre arrêts de principe et arrêts de règlement est difficile à établir ([14]). Il est toutefois peu discutable qu'il y a bien dans de telles formules l'existence de règles que la Cour de cassation entend bien faire respecter; le juge s'estime ainsi lié pour l'avenir. Comme le reconnaît le premier avocat général Jéol, *«la Cour de cassation ajoute du droit au droit : elle se comporte comme un législateur d'appoint ou de substitution; elle fabrique une partie du droit qu'elle applique»* ([15]).

7. Preuve éclatante de ce comportement, la chambre sociale de la Cour de cassation n'a pas hésité récemment à censurer les juges du fond sous le visa suivant : *«Vu le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant... Qu'en statuant ainsi... la Cour d'appel a violé le principe susvisé»* ([16]). On peut d'emblée estimer que cette référence est plus adéquate que l'article 1134 du Code civil utilisé abusivement jusque là, l'usage d'entreprise n' ayant pas, en effet, pour la Cour de cassation, une nature contractuelle. Mais ce visa ne méconnaît-il pas l'article 1020 du Nouveau Code de procédure civile qui dispose que *«l'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée»* ? On sait que ce texte n'est pas toujours appliqué à la lettre. Peut être exceptionnellement visé un principe général du droit lorsqu'il n'existe aucun texte pouvant être cité ([17]). Mais le principe selon lequel l'employeur qui entend dénoncer un usage doit respecter un délai de préavis suffisant est-il vraiment un principe général du droit ? Peut-on le ranger dans la même catégorie que le principe fondamental en droit du travail selon lequel en cas de conflits de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ([18]) ? On peut légitimement en douter même si ce principe dérive de la prohibition des engagements perpétuels. La Cour de cassation n'a sans doute pas voulu méconnaître l'article 1020 du NCPC. Mais on se rapproche très fortement d'un cas d'ouverture à cassation pour violation de la jurisprudence. Pour le moins, en tout cas, *«cette manière de procéder illustre l'extension de l'autonomie normative de la Cour de cassation»* ([19]).

8. **Deux autres méthodes** assurent aussi la promotion de la règle jurisprudentielle. **La première** tient à une sélection des arrêts. La démarche

---

([14]) V. J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, 3ème éd., n°434.
([15]) M. Jéol, in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10-11 décembre 1993, Documentation française, 1994, p.39.
([16]) Cass. soc. 12 février 1997 : Dr. soc. 1997, 430, obs. J. Savatier.
([17]) V. A. Perdriau, *Visas, «chapeaux» et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile* : JCP 86, éd. G, I, 3257, n°39 et s.
([18]) V. not. Cass. soc. 8 octobre 1996 (Dr. du travail, 1996, § 452), qui vise expressément ce principe.
([19]) J. Savatier, obs. cit.

est naturelle, et ce rôle est traditionnellement assigné à la doctrine. Mais c'est la Cour de cassation qui procède aussi à cette sélection. Au-delà du rôle assuré par les organes de diffusion de la Cour de cassation, un magistrat n'a pas hésité à avouer que tous les arrêts rendus par la chambre sociale n'ont pas la même autorité. Ainsi, *«la chambre sociale a reçu en 1993, 7500 pourvois à juger. Pour faire face à ce contentieux de masse, elle juge en formation restreinte 70 à 80 % des dossiers choisis comme ne posant pas de questions de principe. Les arrêts rendus par les formations restreintes ne peuvent, en aucun cas, être considérés comme résolvant une question nouvelle ou comme modifiant une jurisprudence acquise; s'il s'avérait qu'une formation restreinte ait rendu un arrêt résolvant une difficulté non tranchée ou contenant une solution hétérodoxe, sa décision n'engagerait pas la chambre. C'est pourquoi d'ailleurs ces arrêts ne sont pas publiés au bulletin, sauf s'ils réaffirment, très clairement, une solution classique»* ([20]). Avertissement est ainsi adressé à la doctrine qui, à partir d'arrêts rendus en formation restreinte, conclurait hâtivement à des revirements de jurisprudence ([21]). Cette sélection est gênante. Que tous les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation n'aient pas la même autorité n'est guère discutable. Que des formations restreintes soient nécessaires pour lutter contre l'engorgement de la Cour de cassation est aussi compréhensible, au point que le législateur a récemment officialisé la pratique ([22]). Mais comment les utilisateurs de la jurisprudence peuvent-ils être certains de connaître la «provenance» d'un arrêt, dès lors que toutes les revues n'indiquent pas si l'arrêt a été ou non rendu en formation restreinte ? Comment surtout justifier qu'un arrêt ne saurait engager la Cour de cassation indépendamment de son contenu, mais en raison seulement du fait qu'il a été rendu en formation restreinte ? Qui plus est, faut-il en déduire que seuls les arrêts publiés méritent intérêt ? Or, il semble bien que la publication au bulletin des arrêts de la Cour de cassation ne dépend pas toujours de cette seule considération. On est parfois surpris de trouver des arrêts non publiés, qui pourtant se prononcent sur une question importante. Le contentieux du fameux article L. 122-12 al. 2 du travail en offre un bon exemple. On se souvient que par un arrêt Schmidt en date du 14 avril 1994, la CJCE avait estimé qu'entre dans le champ d'application de la directive n° 77/187 du 14 février 1977 *«une situation... où un entrepreneur confie, par voie contractuelle, à un autre entrepreneur la responsabilité d'exécuter les travaux de nettoyage assurés auparavant de manière directe, même si, avant le transfert, ces travaux étaient exécutés par une seule employée»*. Certains auteurs n'avaient pas hésité à affirmer que cet arrêt

---

([20]) Ph. Waquet, *La dénonciation des usages de l'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur* : Sem. soc. Lamy, 1994, n°693, p.3, spéc. p.4.

([21]) V. à propos de l'interprétation par M. Duquesne d'arrêts concernant la dénonciation des usages d'entreprise, la rectification opérée par le conseiller Waquet (art. et loc. cit).

([22]) V. Loi n° 97-395 du 23 avril 1997 relative à l'examen des pourvois devant la Cour de cassation (JO du 25) : RTD civ. 1997, 774, obs. Ch. Jamin.

remettait en cause la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ([23]). Les décisions de la Haute juridiction postérieures à l'arrêt Schmidt étaient donc attendues. Or, curieusement, les arrêts portant sur des situations similaires à celles de l'arrêt Schmidt, n'ont pas fait l'objet d'une insertion au bulletin ([24]). Est-ce parce que ces décisions n'ont pas appliqué l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail, révélant ainsi une nouvelle opposition entre la chambre sociale de la Cour de cassation et la CJCE ([25]) ? Quoi qu'il en soit, il est difficile d'admettre qu'un arrêt rendu par la chambre sociale portant la signature du président n'engage pas la chambre.

9. **Seconde méthode** complémentaire de promotion de la règle jurisprudentielle : les commentaires et articles, de plus en plus nombreux, rédigés par les magistrats de la chambre sociale de la Cour de cassation. Constat a pu être fait, à plusieurs reprises, que quelques jours seulement après un arrêt important, un commentaire est publié expliquant l'interprétation qu'il convient d'adopter. On ne peut s'empêcher de les comparer aux circulaires qui accompagnent les nouveaux textes législatifs. Cette méthode évite, entend-on souvent dire en coulisse, aux «arrêtistes patentés» de travestir, volontairement ou involontairement, la portée de la décision. A l'instar du rapport annuel de la Cour de cassation, ces articles et commentaires peuvent paraître utiles dès lors précisément qu'ils expliquent le bien fondé et le fonctionnement de la règle jurisprudentielle. Mais, ils révèlent aussi intrinsèquement, une certaine faiblesse de la règle jurisprudentielle. Une règle clairement exprimée ne nécessite pas de précision. N'est-ce pas aussi l'aveu que «les chapeaux de tête» ([26]), qui ne se contentent pas de reproduire le texte visé, méritent souvent une explication absente de l'arrêt ? Un exemple récent : la lettre notifiant au salarié son licenciement à titre provisoire tout en lui proposant une convention de conversion doit-elle être motivée ? Après avoir répondu dans un première temps par la négative ([27]), la Cour de cassation a opté pour la solution inverse ([28]). Or, les textes qui justifiaient la première solution n'ont pas changé, et ils sont toujours visés à l'appui de la solution inverse ! C'est à

([23]) V. not. P. Pochet, CJCE : *l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique* : Dr. soc. 1994, 931.

([24]) V. Cass. soc. 14 décembre 1994 (Mme J. Lacassagne c/ Entreprise Onet Propreté, n°4782 D).- 13 décembre 1995 (D. Rezk et autres c/ Sté Sipa et autres, n°5226 D) : RJS 1996, n° 99.

([25]) Même si, à notre sentiment, la position de la Cour de cassation est justifiée. La CJCE a du reste récemment atténué sérieusement la portée de l'arrêt Schmidt. V. CJCE 11 mars 1997 : Dr. soc. 1997, 728 et notre article.

([26]) V. sur ces chapeaux de tête, A. Perdriau, *Visas, «chapeaux» et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile* : JCP 86, éd. G, I, 3257, n°47 et s.

([27]) V. not. Cass. soc. 16 mai 1995 : RJS 1995, n°806.

([28]) V. Cass. soc. 30 septembre 1997 : Dr. soc. 1997, 1104, obs. F. Favennec-Hery.

nouveau le débat sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation qui est posé.

II - MESSAGES

10. Il est vain de rechercher une seule politique de la chambre sociale de la Cour de cassation. C'est le pluriel qui s'impose. C'est, comme on l'a justement montré, l'éclectisme qui domine ([29]). Il serait dès lors fastidieux de tenter une énumération des ces diverses politiques jurisprudentielles. Privilégions l'essentiel, c'est-à-dire d'emblée la discorde récente : la chambre sociale de la Cour de cassation brime-t-elle l'entreprise ? Privilégie-t-elle à l'excès les salariés ? Le débat est récurent et les opinions tranchées toujours présentes. Il est bien difficile de les concilier. Pour démontrer l'omniprésence de la protection des salariés, seront classiquement évoqués les arrêts relatifs à la motivation de la lettre de licenciement, à l'ordre des licenciements, au reçu pour solde de tout compte où à la transaction. A l'inverse, pour démontrer que la Cour de cassation respecte le pouvoir de direction du chef d'entreprise, est mise en avant les jurisprudences sur le statut collectif ou la modification du contrat de travail. A s'en tenir à cette méthode d'analyse, il est difficile de sortir de la controverse. Que la Cour de cassation ait une tendance naturelle à protéger les salariés, nul ne le contestera. La démarche n'est pas vraiment surprenante. Le contrat de travail est naturellement déséquilibré. Le juge, dans le sillage de la loi, a toujours participé à ce rééquilibrage. Tout est, en réalité, question de dosage. Que le rôle du juge se soit orienté vers un contrôle plus fort des prérogatives patronales n'est pas non plus contestable. Démonstration en a été faite ([30]), et c'est le législateur qui en est essentiellement responsable. A nouveau, tout est question d'équilibre.

11. Ce débat quelque peu manichéen n'est plus suffisant. Il ne saurait cacher des évolutions plus fortes de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation. Deux messages apparaissent clairement, par la lecture des arrêts ou, plus nettement encore, par les commentaires de magistrats ([31]). Première évolution : la Cour de cassation privilégie une conception institutionnelle de l'entreprise. La progression de la notion d'intérêt de l'entreprise le révèle. Seconde évolution : la Cour de cassation participe à la lutte contre le chômage et favorise ainsi les solutions qui assurent le maintien de l'emploi. Ainsi s'expliquent notamment de nombreuses décisions en matière de licenciement pour motif économique. M. Waquet en a fait

---

([29]) V. J. Deprez, art. cit.
([30]) V. Ph. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, préc.
([31]) V. Ph. Waquet, art. cit.

expressément l'aveu ([32]). La Cour de cassation participe aussi à une promotion du droit de l'emploi. Les orientations ainsi prises ne sont pas fondamentalement contestables. Elles ne font que s'inscrire dans un courant législatif déjà bien affirmé. On ne saurait donc reprocher au juge de privilégier une lecture téléologique des textes. Pour autant, l'élaboration d'une politique jurisprudentielle, quelqu'en soit le bien fondé, ne légitime pas une lecture déformée de la loi. Le constat a été déjà fait avec pertinence ([33]). Nous ne pouvons qu'y souscrire. Deux exemples suffisent à illustrer cette liberté prise avec les textes. Revenons sur les arrêts Framatome et Majorette ([34]) qui imposent à l'employeur de mettre en oeuvre la procédure de licenciement pour motif économique et singulièrement la mise en place d'un plan social dès que l'employeur propose à plus de dix salariés une modification substantielle de leur contrat pour motif économique, sans attendre le refus des salariés concernés. Or, l'article L. 321-1-3 du Code du travail aux termes duquel *«lorsque, pour l'un des motifs énoncés à l'article L. 321-1, l'employeur envisage le licenciement de plusieurs salariés ayant refusé une modification substantielle de leur contrat de travail, ces licenciements sont soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement pour motif économique»* permet-il vraiment l'interprétation retenue par la Cour de cassation. De même, l'article L. 321-4-1 du Code du travail impose la mise en place d'un plan social dans les entreprises employant au moins cinquante salariés, *«lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix dans une même période de trente jours»*. Pour déterminer le nombre de licenciements, il faut bien attendre la réponse des salariés. Il est improbable que le législateur ait eu l'intention de subordonner la mise en place d'un plan social à des licenciements prévisibles ! Les conséquences pour le moins curieuses de la solution jurisprudentielle contribuent à le prouver.

Que dire aussi de l'arrêt qui affirme sous le visa de l'article L. 412-11 du Code du travail que *«lorsqu'un syndicat représentatif désigne un délégué syndical dans une entreprise qui emploie au moins cinquante salariés, l'existence d'une section syndicale est établie par cette seule désignation»* ([35]) alors que le texte dispose que *«chaque syndicat représentatif qui constitue une section syndicale .dans les entreprises et organismes visés par l'article L. 421-1 qui emploient au moins cinquante salariés. désigne... un ou plusieurs délégués syndicaux pour le représenter auprès du chef*

([32]) *«N'est-ce pas le premier ministre qui a déclaré que le licenciement économique ne devait intervenir que comme la mesure ultime, s'il n'était pas possible de faire autrement. Peut-on reprocher à la chambre sociale de la Cour de cassation d'avoir défini une jurisprudence qui, par avance, répondait à ce voeu»* (Ph. Waquet, art. cit., spéc. 475).
([33]) V. Ph. Langlois, art. cit.
([34]) Cass.soc. 3 décembre 1996 : Dr.soc. 1997, 23, rapp. Ph. Waquet.
([35]) Cass.soc. 27 mai 1997 : JCP 1997, éd.E, II, 980, note F. Duquesne.

d'entreprise». On a pu sans peine écrire que *«c'est une violation de la loi, un contrariété de jugements et un excès de pouvoir»* ([36]).

Le Code du travail est suffisamment peuplé de textes mal rédigés légitimant une interprétation judiciaire, pour que les dispositions claires soient épargnées.

III - PERPECTIVES

12. De telles jurisprudences ne peuvent que raviver le débat sur la place du juge. *«Ce recours, plus fréquent, au juge n'est-il pas signe d'un progrès de la démocratie, d'une avancée de l'état de droit ?»* s'est-on demandé ([37]). Ce n'est pas certain. Le recours plus fréquent au juge ne s'explique-t-il pas en partie par une défaillance de la loi ? Or, est-ce là un progrès de la démocratie ? Les faiblesses structurelles de la justice française constitue-telle une avancée de l'état de droit ? On peut légitimement en douter. Mais ce n'est pas à nouveau cet aspect quantitatif du phénomène jurisprudentiel qui doit monopoliser l'attention. Ce n'est pas à l'aune de ce critère que le progrès doit se mesurer. Le développement de l'intervention judiciaire invite, singulièrement en matière sociale, à s'interroger sur la place du juge dans l'ordonnancement des règles. Trop de règles sont aujourd'hui sous la coupe de la Cour de cassation. Appartient-il dans notre système de droit à la Haute juridiction de façonner en grande partie des règles essentielles du licenciement, de la représentation du personnel, de la grève... ? Au-delà du débat sur la légitimité politique de ces interventions, il faut admettre que les carences naturelles de la jurisprudence ne militent pas en faveur d'une omniprésence du juge. L'imprévisibilité de la règle jurisprudentielle est connue. Inutile de revenir sur la question des revirements de jurisprudence, encore que la multiplication de ces derniers au cours de l'année 1997 a permis de se rappeler de ces inconvénients. Que l'on songe simplement au régime de la convention de conversion !

Mais comment surtout ne pas déplorer la rétroactivité de la jurisprudence, magistralement condamnée par le regretté professeur Mouly ([38]). Voilà des décisions patronales prises sur le fondement de règles jurisprudentielles à un instant donné, qui se trouvent contestées plus tard sur le fondement d'une règle qui a changé. Et de condamner l'un des protagonistes non pas parce qu'il a violé la règle, mais parce que celle-ci a changé ! Le phénomène est d'autant plus regrettable en droit du travail car, plus la jurisprudence occupe une place importante, plus la rétroactivité est

---

([36]) B. Teyssié, in *Liaisons sociales*, Le mensuel, septembre 1997, p.11.
([37]) Ph. Waquet, *Le juge et l'entreprise*, art. cit., spéc. p.477.
([38]) V. Ch. Mouly, *Le revirement pour l'avenir*, JCP 1994, éd.G, I, 3776.

gênante. A force de s'habituer à une présence jurisprudentielle forte, on finirait par s'accoutumer à ces inconvénients et à oublier l'essentiel dans la règle de droit : la prévisibilité et la sécurité.

13. Mais que le propos ne soit pas mal interprété. Ce constat ne constitue pas un réquisitoire contre le juge légitimant son éviction du champ des relations de travail. La place qu'il occupe désormais n'est pas usurpée. Elle s'explique, comme on l' a déjà relevé, par les défaillances et les démissions du législateur. Avant de s'interroger sur l'obésité du Code du travail, avant d'apprécier l'opportunité d'une «déréglementation» en droit du travail, mieux vaudrait d'abord dénoncer avec plus de force les défaillances de la loi sociale. Réclamer une règle plus lisible et donc plus sûre n'est pas une revendication rétrograde ([39]). Il en va là aussi du progrès du droit.

14. Dans une situation où la loi occuperait avec efficacité sa place - hypothèse sans doute illusoire - le rôle du juge n'en serait pas moins important. Au delà de la nécessité d'interpréter et d'adapter les textes, force est de reconnaître que la technique législative connaît certaines limites. Bon nombre de concepts essentiels du droit du travail constituent des notions à contenu variable qui requièrent l'intervention du juge. Ainsi, le législateur peut-il mieux faire que de subordonner la légitimité du licenciement à la présence d'une cause réelle et sérieuse. Sauf, à adopter une liste de comportements justifiant la rupture, solution peu praticable, il doit se contenter d'une notion floue, déléguant alors au juge le soin de la façonner au gré de la diversité de la situation. Et les exemples ne manquent pas pour illustrer une telle délégation.

15. Parler de jurisprudence, qu'il s'agisse d'en louer les mérites ou d'en souligner les désagréments, ramène toujours au débat sur les sources normatives. Repenser les places respectives de loi et de la jurisprudence est sans doute nécessaire, mais pas suffisant. L'une des originalités du droit du travail tient aussi à la diversité et l'originalité de ses sources. Quelle place pour la convention collective ? Quels niveaux pour la négociation collective ? Quel rôle pour l'engagement unilatéral de l'employeur ? Quel contenu pour le principe de l'application de la règle la plus favorable ? Autant de questions qui prouvent que le débat sur les sources du droit du travail n'est pas clos. Mieux, n'y-a-t-il pas urgence à le raviver ?

([39]) Lors du Conseil européen sur l'emploi tenu à Luxembourg les 20 et 21 décembre 1997, les Etats-membres de l'Union européenne ont notamment conclu qu'il importe de *«faciliter le démarrage et la gestion des entreprises en mettant en place une réglementation claire, stable et fiable...»* (point 61).

UNE DOCTRINE DE COMBAT POUR UN DROIT MENACE (*)

par

Christian ATIAS
Professeur agrégé des universités
Avocat (Aix-en-Provence)

1. Par nature, le droit est menacé. Par nature, il est vulnérable; il s'offre et se soumet à la menace que constituent l'infraction, la transgression, l'illicite, et aussi l'immoral, l'injuste. La loi, le contrat, la propriété disent, avec une probabilité accrue, ce que devraient être la situation des uns et des autres, les comportements des uns et des autres. Ce disant, la loi, le contrat, la propriété indiquent que cette situation, que ces comportements pourront être autres, que bien souvent ils seront autres.

Ils disent d'une certaine façon qu'il y aura à lutter pour le rétablissement du droit. Le droit a aussi besoin de mesures de contrainte et d'exécution. Il n'est pas indifférent de relever, à la fois, que le droit exige, pour survivre, une certaine efficacité, une certaine effectivité et que cette efficacité demeure une hypothèse invérifiée. Nul ne doute que les jugements ne seraient rien s'ils ne pouvaient être amenés à exécution effective et si leurs bénéficiaires ne pouvaient vaincre la résistance des condamnés; pourtant, le droit est décrit, mis en théorie et en oeuvre sans que nul ne paraisse se soucier de son efficacité réelle. Combien de jugements de condamnation demeurent sans effets ? Combien tardent à être exécutés ? Combien de familles sont ruinées, combien d'entreprises disparaissent, avec les emplois qu'elles comportent, parce que leurs créances sont payées avec trop de retard ? Ces questions paraissent hors de saison, dénuées de pertinence. Tout se passe comme si l'effectivité n'était qu'une condition idéale de l'existence du droit.

Le paradoxe est à souligner. Kelsen a pu construire une pure théorie positiviste à grands succès et retentissement, dont le fondement même - la norme fondamentale - n'est une hypothèse invérifiable, mais tenable qu'en raison d'une autre hypothèse invérifiée - l'effectivité -.

(*) Christian MOULY s'était intéressé à la doctrine : voir notamment, *La doctrine, source d'unification internationale du droit*, Rev. Inter. Dr. Comp. 1986, p.351.

2. Le paradoxe se dissipe aisément. C'est que le propre du droit n'est pas à proprement parler de résister à ces inévitables transgressions; dans un monde «lunaire» où elles n'existeraient pas, il n'y aurait sans doute pas de droit. Le cas est célèbre de cette règle qui ne fut méconnue qu'une seule fois : elle interdisait, sous peine de mort, aux femmes d'assister aux jeux olympiques où les athlètes étaient nus. Seule Callipatira s'y risqua, déguisée en homme, dans l'espoir d'admirer son fils victorieux. L'histoire est vraiment exemplaire : l'auteur de l'unique infraction qui rendait encore hommage à la grandeur de l'institution, échappa à la peine prévue qui ne fut pas prononcée.

Et pourtant, si le droit vit de son ignorance, il ne peut la prendre pour règle : *«aucune norme ne subsisterait si l'intentionnalité qui la vise était d'ores et déjà prête à accepter un relâchement de son caractère obligatoire en raison des déceptions possibles et parfois ou souvent réelles»* ([1]). Le droit apporte, aux «victimes» des conséquences des transgressions, des remèdes d'un certain type. *«Jugement et juge nous signalent que l'ordre et la paix d'après la règle de droit sont toujours en question, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas de les établir, mais qu'il faut les rétablir, au-delà des distorsions et des infractions qu'ils subissent»* ([2]). La loi ne serait pas ce qu'elle est si elle n'était jamais méconnue. Par nature, elle attache certains effets à sa transgression.

3. Face à la méconnaissance des règles et principes, le rôle de la doctrine est complexe. Il lui revient de les expliquer et d'imaginer ou de perfectionner les conséquences qui peuvent ou doivent y être attachées. Il lui incombe d'éviter l'adoption de solutions qui augmenteraient excessivement le nombre des transgressions; et pourtant, aucun seuil d'ineffectivité n'a jamais pu être déterminé, ni même recherché. Le combat doctrinal sauvegarde une hypothèse nécessaire, qui semble devoir demeurer hypothèse.

La doctrine ne peut ignorer les informations contenues dans les transgressions. Elle a à en apprécier l'importance, les causes et les incidences multiples.

4. D'autres menaces qui ne tiennent pas à sa nature planent également sur le destin du droit. Elles proviennent, à la fois, de ces décisions multiples qui affectent le contenu du droit et de ces tendances spontanées qui se développent dans la société, comme chez les professionnels du droit. Il

---

([1]) J. Clam, *Phénoménologie du droit chez Niklas Luhmann : de la déphénoménologisation de la sociologie à la dépolémisation du droit,* Archives de philosophie du droit, 1995, t.39, p.359.

([2]) S. Cotta, *Quidquid latet apparebit : Le problème de la vérité du jugement,* Archives de philosophie du droit, 1995, t.39, p.219.

devrait être évident que certaines lois, que certaines décisions juridictionnelles détériorent le droit, le dénaturent, le détournent de ce qu'il devrait être. Il est des raisonnements, des techniques d'interprétation dont les effets peuvent être pervers ou malfaisants.

Ces menaces sont graves. Lorsqu'elles se réalisent, le droit alimente et aggrave les déséquilibres sociaux; il devient une source d'injustice et favorise des échecs économiques, faute de parvenir à transmettre les informations qui permettraient de corriger ses erreurs et de profiter des expériences accumulées pendant des siècles pour effectuer les choix les plus efficaces.

5. Ce deuxième ordre de menaces ne peut laisser la doctrine indifférente ou inerte. La lutte est son lot. Il lui appartient de combattre les coups portés au droit et de le protéger, voire de le mettre à l'abri des menaces qu'il subit. Encore les armes doivent-elles être choisies en fonction des ennemis qu'il s'agit d'affronter !

Certaines interprétations favorisent le développement des illégalités notamment parce qu'elles les rendent trop profitables, trop faciles, voire inévitables. D'autres contribuent à accroître la complexité d'un droit que les particuliers, les juristes eux-mêmes, ne peuvent plus ni connaître, ni respecter.

6. Le droit est menacé lorsque la loi incite à la déloyauté ou à l'irresponsabilité, lorsqu'elle augmente artificiellement l'incertitude qui est le produit normal du choc des libertés individuelles. La disposition légale qui permet à l'un des contractants de se soustraire à ses engagements pris dans des conditions normales et sans que rien n'ait laissé prévoir cette issue à l'autre partie, diminue la qualité de l'information produite par le contrat.

Le droit est menacé lorsque le juge ne livre plus les véritables motifs de sa décision. Il l'est encore lorsque la juridiction, s'abandonnant à son impression première ou à un sentiment diffus de justice, voire d'équité, que ne guide aucun principe fondateur et régulateur, croit devoir faire la morale aux parties, ou à leurs conseils, au lieu de dire le droit en rendant justice. Le droit est menacé lorsque les juristes deviennent des légistes serviles, prisonniers de la lettre de la loi, incapables d'en extraire le juste.

7. Ces maladies d'un droit qui se désagrège ont leurs causes. Elles doivent avoir leurs remèdes. Ni le législateur, ni le juge, dans nos sociétés en particulier, ne sont les artisans isolés d'une fabrication autonome; leurs décisions répondent à des demandes plus ou moins formulées, comprises,

utilisées, et à des influences plus ou moins impérieuses. Il est difficile d'agir sur ces facteurs. Il devrait l'être moins de tirer parti de la façon dont le droit se compose spontanément dans l'incessante rencontre de ces décisions multiples, des positions et réactions individuelles et sociales.

8. La menace de l'injustice est plus grave que celle de la transgression. Si le droit tendait à la justice comme la médecine à la bonne santé, l'injustice ne le menacerait pas davantage que la mauvaise santé ne menace la médecine. L'une et l'autre marquent l'échec d'une science, d'un art ou d'une technique, et, par conséquent, les limites de leurs progrès; elles ramènent à une humilité qu'il n'est jamais bon de perdre. L'intelligence ne peut faire bon ménage avec la suffisance. Ni le médecin, ni le juriste n'avaient cru pouvoir supprimer le mal qu'ils combattent, maladie ou injustice; l'un et l'autre mettent en oeuvre, avec autant de science et de conscience que possible, des remèdes supposés appropriés.

9. L'injustice est, pour le droit, une menace d'un autre ordre. Elle le subvertit de l'intérieur, parce qu'il en est l'auteur ou le complice. L'assassinat est source d'injustice; il ne remet pas plus le droit en cause que l'infarctus du myocarde ou le cancer ne remettent la médecine en cause. Le décès peut être dû à des circonstances insurmontables en l'état actuel des connaissances et des possibilités; même s'il avait été provoqué par une faute dans le diagnostic, dans la prescription ou dans le geste médical, la médecine en sortirait indemne, que le praticien soit reconnu responsable ou non. Le droit est porteur d'une promesse de sécurité, de justice, de protection d'intérêts divers. Il ne la tient pas davantage que la médecine lorsque la bonne santé n'est pas rétablie.

Le crime mal jugé, le dommage mal apprécié, le contrat mal interprété, l'erreur judiciaire commise malgré des demandes fondées, sont de véritables menaces pour le droit. Il apparaît alors comme l'artisan de sa propre défaite; il est porteur du virus qu'il avait pour mission d'anéantir. Le jugement injuste évoque l'instrument chirurgical ou le produit contaminé ([3]); il porte le mal là même d'où il devait l'extirper. Il se retourne contre lui-même; en cela, il est plus choquant, plus pernicieux, plus subversif que l'arme de l'assassin.

L'injustice que le droit produit ne mine pas seulement la confiance publique. Elle prive le droit de son sens et de sa nature. Pourquoi l'auteur d'une faute qui a causé un dommage accepterait-il d'en réparer les

---

([3]) Comparer C. Mouly, *La vente de sang contaminé par le Sida est une décision administrative normale*, Gaz.Pal., 27-29 septembre 1992.

conséquences si d'autres fautifs ne supportent aucune obligation dans des circonstances similaires ? Pourquoi le débiteur paierait-il ses dettes, alors qu'il rencontre de plus grandes difficultés que ses propres débiteurs trop aisément dispensés de s'exécuter ? Pourquoi le vendeur, victime d'acquéreurs déloyaux, habiles utilisateurs de la loi, faisant mine de ne pouvoir obtenir un prêt indispensable, n'userait-il pas de la même manoeuvre ? Comment le modeste bailleur d'un petit logement acquis à grand peine et qui ne parvient pas à recouvrer le loyer dû, comprendrait-il d'être expulsé de l'appartement loué pour loger sa famille ?

10. Le droit n'est pas seulement exceptionnellement complice d'injustices graves. Il court toujours le risque de sombrer dans l'injustice qui siège aux abords immédiats de la justice.

Il en est ainsi parce que le propre du droit est de rechercher un équilibre entre deux intérêts. Le médecin a la maladie pour adversaire. Le juriste, le juge en particulier, est toujours dans la position plus inconfortable de devoir en quelque sorte donner sa part au malade et sa part à la maladie. Sa mission permanente évoquerait mieux celle du médecin qui doit trouver l'équilibre entre les exigences de la survie du malade et celles de la lutte contre la douleur : augmenter la dose de sédatif, ce peut être diminuer les chances de rétablissement.

Encore le juriste ne doit-il pas seulement tenter de concilier deux objectifs contradictoires ! Le juge qui condamne le fautif à réparation compense un préjudice et peut ruiner un responsable non assuré; peut-il tenir compte d'une telle réalité ? Le juge qui condamne un débiteur en difficultés à exécuter ses engagements, peut contribuer à l'anéantissement d'une entreprise; a-t-il des moyens recevables de s'en préoccuper ? Dans tous ces cas, il ne peut chercher exactement à ménager des idéaux contraires; c'est dans le même principe, la responsabilité pour faute, le contrat, qu'il puise les raisons de condamner ou d'absoudre, en recherchant l'équilibre des intérêts en présence.

11. Que serait une doctrine de combat pour un droit ainsi menacé ? Ce ne serait assurément pas une doctrine qui se contenterait de substituer ses propres choix, ses propres préférences, ses propres opinions à celles du législateur, du juge. Ce ne serait pas davantage une doctrine habile seulement à jouer des dispositions légales. Le positivisme juridique émousse les armes de la doctrine. Les dommages qu'il cause ne tiennent pas tellement à ses efforts de justification. Le fondement qu'il prétend assigner au droit, est seulement l'objet, comme toutes les autres propositions de cet ordre, de discussions auxquelles il tente d'échapper en le présentant faussement

comme une conséquence nécessaire de la légalité ou de la constitutionnalité. Les méfaits du positivisme résultent de ses prétentions à la description, à la constatation objective. Ce droit aseptisé qu'il dépeint comme une application pure et simple de la loi - n'est-elle pas la même pour tous, quels que puissent être le juge, sa formation et ses qualités personnelles, l'interprète, ses aptitudes et ses convictions ? -, n'existe pas; aucun praticien ne l'a jamais rencontré. Qui peut croire encore au rêve d'une justice impersonnellement rendue au nom du peuple français par une juridiction, dans le secret du délibéré, et non par une personne déterminée, faible et forte à la fois de ses expériences personnelles, de ses appréciations personnelles, de ses connaissances personnelles ?

Le combat doctrinal est autre. Il est mené pour rétablir une liberté d'interprétation des règles et de composition du droit, qui puise sa force et ses limites en elle-même; elle ne peut les trouver ailleurs. Grande est la liberté du juriste qui n'est investi d'aucun pouvoir propre de contrainte ou d'exécution, dans la découverte et la proposition des solutions susceptibles d'être présentées comme des implications du droit positif. Celle du juge ne l'est pas moins.

Le juge, le juriste ont parfois, assez souvent sans doute, la ferme conviction de ne pouvoir adhérer au résultat qui leur paraît pourtant commandé par l'application de la loi. Sont-ils en position de se battre ? A s'en tenir à la définition institutionnelle de leurs pouvoirs, la négative s'impose; ils sont désarmés. Le juge est investi d'une mission qui, depuis Montesquieu ([4]) en fait la «bouche de la loi»; quant à la doctrine et à la pratique, elles ne sont dotées d'aucun pouvoir. Apparemment, le sentiment de justice ne peut donc guider la recherche des solutions que dans la mesure où la loi en laisse le choix, soit parce qu'elle est silencieuse, lacunaire, soit parce qu'elle supporte plusieurs interprétations, soit encore parce qu'elle prévoit expressément plusieurs solutions ou possibilités. Des dispositions aussi fondamentales que les articles 1134 et 1135 du Code civil ne paraissent-elles pas offrir deux traitements du contrat ? Ou bien, l'accord des parties leur tient lieu de loi, ou bien il oblige également à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donne à l'obligation d'après sa nature. L'exemple est révélateur; les interprètes ont eu peur de la liberté que leur laissait l'article 1135 du Code civil et l'ont presque oublié.

Bien peu de dispositions légales contraignent vraiment à consacrer l'injustice ! Il faudra se donner une autre excuse.

([4]) Voir pourtant G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, Coll. Les voies du droit, 1993, p. 62 et s., not. pp.72-87.

12. Une doctrine de combat ne peut remplir son office de défense d'un droit menacé si elle ferme les yeux sur les transgressions, comme sur les injustices. Une doctrine de combat ne peut remplir son office de défense d'un droit menacé si elle se croit liée par des dispositions légales qui se prêtent toujours à l'interprétation et dont l'application littérale dénature l'esprit. La doctrine le sait; si du fait surgit le droit, il n'est pas de fait qu'une seule règle de droit puisse vêtir; il n'est pas de règle qui attache à un fait des conséquences nécessaires.

Une doctrine de combat expose ses raisons de décider, non pour s'en faire un de ces boucliers antiques dont la vue devait inquiéter l'adversaire et l'inciter à refuser l'affrontement, mais pour les livrer à la discussion, à l'épreuve des faits. Elle ne se contente pas de ces justifications générales qui n'en sont pas : jamais, elle ne fonde ses affirmations sur la seule lettre de la loi.

Le droit n'est plus lui-même lorsqu'il vient à s'exprimer en termes si généraux et abstraits que ses règles seraient applicables invariablement à maintes situations diverses; ce qu'il paraît gagner en extension, il le perd en signification. Si les conventions tiennent lieu de loi, c'est peut-être que comme les lois, elles sont porteuses de droit au terme seulement de ce difficile combat mené contre soi-même et contre ses préjugés, contre de multiples tentations et erreurs, contre de mauvais arguments : ce combat se poursuit sur le chemin sans cesse repris qui mène du droit au fait et du fait au droit.

LE JUGE ET SON OBJET

par

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Christian Mouly avait réfléchi entre autres choses sur le rapport entre le juge et son objet, dans le sens où il estimait que le juge exerce sa puissance sur la réalité, qu'il la domine mais qu'il doit aussi la respecter. C'est à ce titre que, dans des publications marquantes, il a posé que la rétroactivité de la jurisprudence est insupportable : les arrêts importants créent de fait des nouveaux principes qui prennent de court les opérateurs dans la mesure où ils s'appliquent à des faits passés non encore jugés et non seulement, comme pour la loi, pour les faits à venir ([1]). C'est donc au nom d'un réalisme judiciaire que Christian Mouly a critiqué la portée non organisée d'un tel pouvoir.

Il a ainsi mis en exergue la contradiction entre le fait et le droit, qui pulvérise la légitimité de la jurisprudence. On peut recomposer ici le raisonnement : en droit, les juges n'ont pas le pouvoir de créer des règles de droit générales et abstraites. On pose donc qu'ils n'ajoutent pas à la loi qu'ils appliquent. Dès lors, la question de l'entrée en vigueur du contenu du jugement ne pose pas de difficulté, mieux, ne se pose même pas, puisque, le juge appréhendant les faits passés d'une situation restant purement régie par la loi en vigueur au moment des faits en question, le jugement restant transparent par rapport au texte appliqué. Si l'on s'en tient à une telle présentation, formelle, le système est parfaitement cohérent et la question de la rétroactivité n'a de pertinence que pour la loi, puisqu'elle seule est créatrice de droit objectif ([2]).

Mais l'on mesure que le raisonnement pêche par ses prémisses et Christian Mouy y porta le fer : il n'est pas vrai que la jurisprudence n'est pas source de droit et il suffit de constater les règles générales qu'elle implante régulièrement dans le système juridique, sous couvert ou non d'interprétation des textes. Certes, on peut avancer que ce pouvoir n'est pas

---

([1]) Ch. Mouly, *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?* Les Petites Affiches, 18 mars 1994, p.15 s., *Le revirement pour l'avenir*, JCP 1994, I, 3776.

([2]) Th. Bonneau, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement*, D.1995, chron., p.24 s.

de droit et ne se développe qu'à l'ombre de l'article 5 du Code civil ([3]). Mais, de fait, cette puissance est acquise et la doctrine est unanime dans le diagnostic. Que Jean Carbonnier qualifie la jurisprudence d'autorité ([4]) n'est pas une dénégation du constat mais simplement l'expression d'une conception plus sociologique d'un pouvoir qui n'a pas besoin d'être de droit pour exister.

Cette simple monstration brise le raisonnement précédent : si la jurisprudence est de fait une source de droit, alors, au moment où elle émet une règle, qui s'appliquera dans tous les cas analogues, elle modifie les règles de droit ayant vocation à régir tous les litiges qui seront tranchés par les juges, même les faits constitués antérieurement à l'innovation jurisprudentielle, dès l'instant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'un jugement définitif. Le Doyen Jean Carbonnier a constaté que la jurisprudence est rétroactive «par nature» ([5]). Christian Mouly s'en est ému.

Actuellement, parce qu'on refuse de prendre en considération ce pouvoir de fait dans les raisonnements formels, la jurisprudence est rétroactive sans limite ni raison : faute d'avoir reconnu sa puissance, on a ainsi par occultation et à mauvais escient accru celle-ci. Ce faisant, on a aggravé sa possible illégitimité, car si le pouvoir créateur peut se justifier, la puissance rétroactive qu'on y associe par prétérition ne peut l'être.

La démonstration de Christian Mouly a ainsi porté au cœur de la difficulté. En l'exposant, il en a ouvert une autre. Elle consiste à se demander quelle part la conscience des effets d'une décision peut prendre dans la prise de décision elle-même. L'auteur prend appui sur une définition réaliste du jugement, en considérant l'impact qu'il a sur la situation : il porte en effet non seulement sur le cas particulier atteint par l'*imperium*, mais encore sur la situation générale sur laquelle il a, de fait, des répercutions. Ainsi, si Christian Mouly s'est soucié de l'effet des revirements de jurisprudence, c'est en perspective de l'organisation et du dynanisme du secteur bancaire français. Dans ce sens, le revirement de jurisprudence est pire qu'une loi nouvelle car son caractère néfaste est à la mesure de la surprise qu'il crée ([6]). Christian Mouly, grâce à l'alerte donnée, a entraîné

([3]) Sur le jeu d'ombres que constitue la jurisprudence, v. Ph. Jestaz, *La jurisprudence, ombre portée du* contentieux, D.1989, chron., p.149 s.
([4]) *Droit civil. Introduction*, 23ième éd., coll. Thémis,1995, n°144, p.227 s.
([5]) Ibid., p.228.
([6]) H. Batiffol, *Note sur les revirements de jurisprudence*, Archives de Philosophie du droit, 1967, p.335 s.

des réflexions pour pallier ces inconvénients. Grâce à lui, la doctrine a joué son rôle : la prise de conscience ([7]).

Cette notion d'ondes de choc trouve des échos dans la théorie de Chaïm Perelman, lorsque celui-ci met au centre de la « nouvelle rhétorique » la notion d'auditoire ([8]), lequel se développe en cercles concentriques, des parties à l'instance, au groupe social concerné, au corps social dans son entier, à l'auditoire universel, confinant à la raison. Pour cet auteur, la considération des répercutions sur ces différents cercles et la bonne réception que chacune de ces sortes de chambres d'écho fait à la décision confère à celle-ci sa légitimité, en attestant qu'elle est juste et raisonnable ([9]).

Dès ce moment, la considération des effets change de nature. Au premier stade, il ne s'agissait que d'aménager les effets de la décision, non seulement sur la situation concrète, mais encore sur les situations à venir visées de fait par l'arrêt de principe, mais encore sur un secteur économique ou social. Dans ce deuxième stade, les répercutions de la décision reviennent déjà en boomerang sur celle-ci, puisque sa légitimité repose sur une bonne réception de ces effets. Ainsi, les effets apparaissent comme la limité du pouvoir exercé : il ne peut être utilisé qu'en produisant des effets estimés justes et bénéfiques par ses destinataires.

Cette idée est sous-jacente à un certain nombre de théories qui prétendent que les règles de droit doivent être acceptées par ceux qu'elles visent, qu'elles prennent place dans une loi ou un jugement. Pour qu'un tel rapport - évoquant parfois le simple rapport de force - s'instaure, il faut poser que les ordres du législateur ou du juge peuvent n'être pas suivis.

Cela rejoint l'idée que la jurisprudence est une autorité, mais en amplifiant le propos et en radicalisant la définition. En effet, lorsqu'il est affirmé que la jurisprudence est une autorité, on s'accorde à distinguer l'arrêt particulier, qui est obligatoire pour les parties au litige, et sa portée sur les cas analogues ultérieurs, qui est conditionnée par le bon accueil que les juges du fond saisis par la suite font des principes nouvellement dégagés.

Mais la puissance d'inertie des parties directement concernées est devenue plus forte, dans la mesure où l'exécution des décisions de justice

---

([7]) V., par ex., P. Bézard, *in Pratique des affaires et contrôle judiciaire*, Petites Affiches, n° spéc., 19 novembre 1997, p.28.

([8]) Ch. Perelman, *Logique juridique. La nouvelle rhétorique*, 2ème éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 1979.

([9]) Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, LGDJ, 1984.

est très souvent entravée et où les parties peuvent par leur mobilité échapper plus aisément qu'avant à la justice. On peut dès lors affirmer que, non seulement pour les cas ultérieurs mais même pour le litige tranché par le juge, celui-ci ne dispose que de son autorité pour faire observer dans les faits l'ordre contenu dans le jugement. Le phénomène d'autorité est en train d'absorber les sources du droit.

Plus encore, la pensée commune semble arriver aisément à un troisième stade, celui auquel le jugement est adopté pour produire des effets sur la situation, les parties, le secteur professionnel, l'économie nationale, etc. Le jugement change alors d'objet : l'effet et l'objet se confondent. L'intimité entre l'objet et la volonté se conçoit aisément lorsqu'il s'agit d'un acte de volonté libre. Par exemple, parce que la convention est un acte de volonté, l'objet des obligations est constituée par leurs effets, grâce à l'anticipation que les parties en font.

Il est plus difficile de présenter cette même intimité entre l'effet et l'objet concernant le jugement. En effet, le jugement est l'acte qui fait les comptes, évalue les réparations, répare les outrages avérés, bref règle le passé. L'anticipation n'est donc pas sa marque. En outre, le jugement n'est pas un acte de volonté libre mais l'expression d'un pouvoir circonstancié et lié à la demande des parties et au dispositif légal disponible.

Dès lors, lorsque le juge conçoit le jugement en raison des effets qu'il désire obtenir, par exemple rétablir la paix dans la famille ou sauvegarder l'emploi dans une entreprise, les conséquences deviennent artificiellement la cause de la décision, sa cause finale. Le jugement se dégage de la notion de décision pour rejoindre celle de l'action. Il renvoie à une conception du juge dit dans la cité, du juge acteur social.

Quelle appréciation faut-il porter sur cette tendance ? Il convient de revenir sur la détermination de l'objet sur lequel porte l'office du juge. Il s'agit traditionnellement du litige à trancher. La définition convient surtout au procès civil ([10]) car, dans le procès pénal, sauf à le limiter à un litige entre le délinquant et la société, il s'agit plutôt dans ce dernier cas d'assurer l'effectivité des prescriptions pénales. Ainsi, le juge a pour objet le droit. Suivant les différents types de contentieux, l'objet du juge oscille donc entre les faits du litige et le droit de la règle, opérant par le jugement une jonction entre les deux et faisant prévaloir en importance tantôt l'un, tantôt l'autre. Dès cela, le juge est déjà confronté à une problématique d'effet puisqu'il donne effet au droit, dans le sens où il permet son effectivité.

([10]) C'est d'ailleurs sur le procès civil que porte la thèse de Jacques Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1965.

Cette considération est-elle incompatible avec, voire doit-elle mener à, l'idée que le juge doit prendre en compte les effets de sa décision à tel point que les effets constitueraient l'objet de son office ? Cela dépend de la place que les effets des lois prennent dans les lois elles-mêmes. En effet, dans une vision classique, pendant de la conception désincarnée d'une jurisprudence indifférente aux conséquences de ses décisions, on distingue la cause de la loi et ses conséquences. La souveraineté qui s'attache à l'acte législatif implique que la cause de la loi se résume à la volonté libre du législateur ([11]) et que ses conséquences marquent abstraitement la puissance de cette volonté, par l'obéissance des sujets de droit.

Dans une conception moins idéelle de la législation, on estime aujourd'hui couramment que celle-ci a une cause qui lui est extérieure, dans le problème que le législateur voudrait résoudre, dans le programme qu'il a l'ambition de mener. Ainsi, c'est la situation générale du pays considéré, par exemple l'état de son tissu industriel ou le taux de son chômage, qui justifie l'effort d'une loi nouvelle.

Dès l'instant que, prenant appui sur une cause extérieure, la loi s'analyse comme un outil d'un changement, d'un progrès, d'une évolution, les conséquences du texte sur la vie pratique deviennent essentielles. Si les effets produits sont identiques aux effets que la loi a recherchés, alors la loi est un succès. L'absence d'effet, ou ces effets imprévus et contrariants que sont les effets pervers, signent son échec. Apprécier la législation en ces termes instrumentalise l'art législatif et ouvre la loi aux lois expérimentales, ces lois-produits qu'on essaie d'abord avant de les adopter vraiment ([12]).

Plus encore, la volonté du législateur s'exprime désormais davantage dans les effets recherchés que dans les moyens choisis. On présente souvent la structure de la règle de droit comme composée de deux séquences : les faits que vise abstraitement la règle et l'effet juridique qui leur sont imputés. Il convient désormais de concevoir la règle comme composée de trois séquences, la dernière étant composée des effets factuellement recherchés, cause finale de la loi et désormais partie intégrante de celle-ci.

Cette normativité nouvellement concentrée dans ce qui était naguère extérieur à l'art législatif tire la puissance de la loi dans ses articles premiers. Le sens de la loi est découvert par le juge à partir des effets recherchés par le législateur, grâce à l'interprétation téléologique. Le raisonnement par les fins est non seulement disponible mais il peut être imposé en considération

([11]) M. Bastit, *La naissance de la loi moderne*, coll. Léviathan, PUF, 1990.
([12]) Ch.-E. Morand (dir.), *Les lois expérimentales*, PUA, 1993.

de la nature de la règle. Il en est ainsi dans le droit communautaire, ce grand programme d'économie politique qui requiert un tel dynamisme d'interprétation et d'application.

Dans ces conditions, le juge qui conçoit sa décision à partir de ses effets ne fait que respecter l'esprit de la loi. Cela est vrai du jugement anodin comme de celui qui fait jurisprudence. Par exemple et au premier titre, le législateur pose une fin lorsqu'il organise juridiquement la famille, l'intérêt de l'enfant : le juge, pour se conformer à l'ordre de la loi, prend la décision dont l'effet lui permet bénéfique à l'enfant. Il en résulte une grande liberté d'appréciation ([13]). Plus encore et au second titre, lorsque le traité de Rome pose que le libre fonctionnement du marché concurrentiel est son but, on conçoit que la Cour de justice des Communautées européennes se soit autorisée à créer prétoriennement un contrôle des concentrations ([14]), dans le respect nécessaire et suffisant des fins générales poursuivies par le texte.

Mais le juge peut-il prendre comme objet de son office les effets anticipés de sa décision, autrement que par emprunt à l'esprit du temps législatif ? Il le peut tout d'abord s'il se délie d'une application mécanique de la loi pour s'affirmer comme celui qui apporte des solutions aux difficultés juridicisées qui lui sont soumises, la résolution du litige n'étant finalement qu'une forme parmi d'autres de ces solutions. *Pour un juge qui toujours décide,* pouvait prôner le Premier Président Pierre Drai. Dans ces conditions, le juge des référés, loin d'être ce juge particulier du provisoire, représente le juge ordinaire de demain ([15]).

Ainsi, l'objet de travail du juge est constitué par la situation qui lui est soumise et l'objet de son travail est constitué par le remède qu'il doit y apporter. Cette figure si large n'est d'ailleurs pas sans danger dans la mesure où le juge non seulement va trancher les disputes, mais encore va consoler les victimes, va protéger les faibles, va éduquer les ignorants, va gérer les patrimoines en péril, va maintenir la mémoire de l'Histoire, etc. Certains ont pu y voir une dénaturation; on observera plus platement que l'état du budget de la justice rend difficile une telle diversification. Le risque est concrètement dans l'épuisement du juge et de l'institution.

([13]) V., par exemple, F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, 6ème éd., Précis Dalloz, 1996, n°1056, p.899.

([14]) C.J.C.E. 21 février 1973, *Continental Can*, Clunet 1974, p.428, note R. Saint-Esteben; Cah. dr. eur. 1974, p.112, note J. Vandamme.

([15]) J.-F. Burgelin, J.-M. Coulon et M.-A. Frison-Roche, *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*, D.1995, chron., p.67 s.