

# **Collège de droit de Montpellier**

## **Collège 1**

### **Document 1**

#### **La valeur de la jurisprudence (en droit privé)**

RTD Civ. 1992 p. 489

### **Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution)**

**Michelle Gobert, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)**

Le 31 mai 1991, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a rendu un arrêt d'autant plus remarqué qu'il avait été annoncé et était donc attendu. Indépendamment des commentaires habituels dont il a, depuis, fait l'objet, l'écho que lui ont réservé les médias, immédiatement après, est un indice non négligeable de l'importance, pour le grand public, de la question ainsi tranchée.

La Cour de cassation, en effet, dans sa formation la plus solennelle, a condamné la maternité de substitution et considéré qu'il y avait détournement de l'institution de l'adoption. Elle s'est fondée, pour ce décider, sur les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, comme si ce fondement allait de soi. C'est parce qu'on peut ne pas partager cette conviction sur le caractère parfaitement établi desdits principes qu'une discussion s'impose.

Mais la décision ne peut davantage laisser - tant s'en faut - indifférent si l'on considère la procédure (le mot étant pris au sens large) qui l'a précédée. Tant le pourvoi qui est à son origine que l'intervention, pour la préparer, « hors du cursus habituel » d'une personnalité extérieure à la Cour de cassation vont, là encore, moins de soi qu'il ne pourrait paraître au terme d'un examen insuffisamment attentif. Si l'on veut bien, en revanche, accorder à la décision toute l'attention qu'elle mérite, on est alors conduit à faire, à partir de la jurisprudence, quelques observations qui touchent à la théorie générale des sources du droit.

Sans paradoxe, on peut avancer que, pour le juriste, l'importance incontestable de cet arrêt tient sans doute moins à la décision rendue qu'à la manière dont elle l'a été, d'une part, et dont elle a été justifiée, d'autre part.

*A René Rodière*

1. Le 31 mai 1991, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 15 juin 1990 qui avait prononcé l'adoption plénière d'une fillette par une femme mariée.

La Cour réformait ainsi le jugement du tribunal de grande instance de Paris qui, le 28 juin 1989, avait, au contraire, rejeté la requête qui lui avait été présentée aux mêmes fins. L'enfant avait été déclarée comme étant née du mari de la demanderesse, mais sans indication de filiation maternelle. Pour justifier son refus, le tribunal avait remarqué que le couple, stérile, avait, en réalité, eu recours à une mère de substitution par l'intermédiaire de l'Association « Alma Mater », dissoute depuis. Or l'adoption, si elle avait été prononcée et

alors même qu'elle « pouvait paraître conforme à l'intérêt actuel de l'enfant », aurait consacré des pratiques dont l'illicéité avait été précisément sanctionnée par une telle dissolution. En effet, elle s'opposerait à l'établissement ultérieur de la filiation maternelle véritable, alors que l'on ne connaissait rien des circonstances dans lesquelles la mère avait renoncé à ses droits sur l'enfant, si bien qu'une telle renonciation était à la fois contraire aux dispositions de l'article 311-9 du code civil posant le principe de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation et à celles de l'article 376 du même code interdisant toute cession ou renonciation portant sur l'autorité parentale, sans jugement.

2. La cour d'appel de Paris avait fait, en revanche, une analyse différente des dispositions légales en considérant que la renonciation de la mère de substitution s'induisait de son abstention délibérée, admise par la loi, de reconnaître son enfant, abstention qui ne réalise nullement une cession illicite des droits d'autorité parentale au père biologique puisque celui-ci, les ayant fait consacrer par une reconnaissance de l'enfant, les possède déjà.

Par ailleurs, la cour s'était attachée à montrer que la convention liant le couple à la mère de substitution n'est pas contraire à l'article 1128 du code civil et qu'en conséquence une telle maternité, « en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelle de ceux qui y souscrivent, hors de toutes préoccupations lucratives, doit être considérée comme licite et conforme à l'ordre public ».

Les décisions (1) de la cour d'appel de Paris ont été qualifiées de provocatrices en particulier parce que « la Cour prend l'exact contre-pied non seulement d'un arrêt récent de la

Cour suprême mais encore d'une jurisprudence de sa propre juridiction » (2). On leur a encore reproché de prendre « agressivement position dans le large débat qui se développe en France sur les rapports conflictuels entre le droit, la science (la biologie, au premier chef) et la

morale » (3). Le vocabulaire utilisé est à la mesure de l'émotion suscitée. C'est une émotion semblable qui avait déjà dû saisir le parquet général de la Cour de cassation et avait conduit M. le procureur général à présenter, le 10 octobre 1990, une requête aux fins de cassation de la seule décision de la cour de Paris n'intéressant que l'ordre interne.

C'est à la suite de cette requête que, sur pourvoi dans l'intérêt de la loi, la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, après avoir entendu M. le professeur Jean Bernard, président du

Comité consultatif d'éthique en sa communication (4), en cassant et en annulant l'arrêt de la cour de Paris, a condamné la maternité de substitution et l'adoption qui en est l'ultime phase

(5).

## I. - SUR POURVOI DANS L'INTERET DE LA LOI

3. Comme le rappelait A. Ponsard en son rapport dans une autre affaire (6) où il y avait eu, aussi, pourvoi dans l'intérêt de la loi : « c'est une procédure rare dont les règles... figurent toujours à l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967. Ces règles sont, à vrai dire, sommaires, et ont dû être complétées par le recours aux textes de droit commun (cf. Boré, *La cassation en matière civile*, n° 3674 à 3708) ».

Une telle appréciation ne saurait, pour l'instant encore, être remise en cause puisque, en bientôt trente-deux ans, toutes chambres confondues, la Cour de cassation n'a eu à examiner

que dix pourvois dans l'intérêt de la loi (7).

On rappellera rapidement que ce dernier, d'après l'article 17 évoqué, est à la seule initiative du procureur général près la Cour de cassation qui, s'il ne peut agir qu'après que les parties n'en ont plus la possibilité ou que la décision a été exécutée, n'est enfermé ensuite dans aucun délai limite et, enfin, qu'une éventuelle cassation n'a aucune incidence sur les parties.

Sa justification tient tout entière dans son titre même. Le procureur général agira « s'il apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder » ; texte précis s'il en fut. Aussi le parquet général vise-t-il

toujours expressément la disposition qui, à son avis, a été violée. En 1982 (8), il

s'agissait de l'article 334-3 du code civil. En 1985 (9), dans une affaire beaucoup plus célèbre, pourvoi dans l'intérêt de la loi avait été intenté contre un arrêt de la cour d'appel de

Paris (10) qui avait interprété *a contrario* l'article 322 alinéa 2 du code civil. En 1982, la décision de Paris a été cassée ; en 1985, le pourvoi a été rejeté : ce ne sont là que des exemples. Il va de soi que l'on pourrait refaire la démonstration avec tous les pourvois dans l'intérêt de la loi évoqués.

4. Aussi est-on quelque peu surpris de ne pas trouver visé(s) dans la requête présentée le 10 octobre 1900 par M. le procureur général près la Cour de cassation, le texte, ou les textes, violé(s) par la cour d'appel de Paris, le 15 juin 1990, lorsqu'elle a prononcé l'adoption qui était sollicitée, violation qui aurait justifié que la décision incriminée fût déférée à l'examen de la Cour de cassation.

En réalité, pour requérir qu'il plaise à la première chambre civile devant laquelle le pourvoi était introduit de casser et annuler l'adoption plénière prononcée, le procureur général a fait valoir qu'« il importe en cette matière particulièrement sensible, qui touche à un délicat

problème de société et d'éthique, que soit mis fin à des divergences jurisprudentielles et que la sécurité juridique soit assurée ». Il avait, en effet, relevé, auparavant, qu'« au soutien de leur décision devenue définitive », les juges du second degré avaient tiré, à propos de la maternité pour autrui, des conclusions contraires à celles auxquelles était parvenue, le 13 décembre 1989

(11), la première chambre civile, « dans un cas de figure pratiquement identique ».

Ainsi le procureur général demanda-t-il la cassation dans l'intérêt de la loi d'une décision, dont le dispositif n'a que prononcé l'adoption plénière d'une enfant, sans dire quelle règle précise, édictée par un texte non moins précis, avait été enfreinte. Seuls les motifs de la décision sont critiqués sans que l'on voie nécessairement leur lien avec le dispositif qui n'est, à aucun moment, établi. Or, on sait qu'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, comme celui des parties, et à l'inverse du

pourvoi pour excès de pouvoir (12), ne peut être dirigé contre les motifs d'une décision

(13), ce qui le rendrait irrecevable. Certes, ce n'est pas ce qui a été fait en l'occurrence - il serait malséant de laisser entendre que le parquet général ignore les règles élémentaires d'une procédure qui lui est réservée - mais on pourrait s'y tromper. La Chancellerie, elle-même, entretient cette légère confusion dans la réponse qu'elle a faite à une question écrite. En effet, pour rassurer un sénateur inquiet, lui aussi, de la solution donnée par les décisions de Paris en date du 15 juin 1990, elle lui indique que « la motivation de ces arrêts exprimant (...) une position très nette en faveur de la maternité de substitution, un pourvoi dans l'intérêt de la loi a

été formé » (14).

5. Il faut rappeler que le nouveau code de procédure civile a évacué la théorie des motifs décisifs et que l'autorité de la chose jugée n'est attachée qu'au dispositif qui énonce la décision (15), de même que c'est encore la rédaction de celui-ci qui conditionne la recevabilité du pourvoi en cassation (16). Pour la Cour régulatrice, cependant, les motifs doivent être considérés dès lors qu'ils éclairent le dispositif dont ils sont le soutien. Il ne s'agit plus de motif décisif mais de motif éclairant le sens et la portée du dispositif (17). Soit ! Ce serait le cas, en l'espèce, de manière sous-entendue.

On fera tout de même remarquer que nous sommes en matière gracieuse, qu'il n'y a donc pas d'autorité de la chose jugée puisqu'il n'y a pas de litige et que, d'après l'article 353 alinéa 3 du code civil : « le jugement prononçant l'adoption n'est pas motivé ». N'est-ce pas faire beaucoup de bruit autour de motifs qui n'ont pas à y être tout en y étant ? Il aurait été plus discret de faire agir le parquet général de Paris dans la mesure où l'article 1176 du nouveau code de procédure civile prévoit, à propos de la procédure d'adoption, que « les voies de recours sont ouvertes au ministère public ».

On comprend, toutefois, que le parquet général près la Cour de cassation ne se soit pas laissé arrêter par des questions de procédure puisqu'il s'agissait, a-t-il précisé, d'une matière touchant à un « délicat problème de société et d'éthique ». Au surplus, la voie choisie

présente un intérêt doctrinal (18) que l'on ne peut mésestimer et l'avantage, corrélatif, de libérer les esprits de la considération des conséquences pratiques, ce qui facilite, peut-être, les cassations. En l'espèce, celle de l'arrêt de Paris n'a eu aucune incidence sur l'adoption prononcée par lui.

6. Une fois close la querelle sur les motifs, et admis qu'autrement rédigé - mais l'exercice n'était vraiment pas facile - le pourvoi eût été recevable, donc qu'il l'est de manière laxiste, reste l'essentiel.

L'« intérêt de la loi en cause ne paraît pas davantage contestable », affirmait A. Ponsard en

1982 (19), après avoir noté que les conditions de recevabilité du pourvoi étaient réunies. Effectivement, tel était alors le cas. C'est que « la seule règle que doit observer le procureur général est la production d'un réquisitoire écrit et motivé qui justifie la recevabilité du pourvoi, dénonce la violation de la loi qui entache la décision attaquée et fournisse à la Cour de cassation toutes précisions pour lui permettre d'apprécier l'affaire »

(20).

En l'espèce, comme l'a dit la cour d'appel de Pau (21) dans une affaire tout à fait identique, le juge n'est saisi que d'une requête aux fins d'adoption et, d'après l'article 353 du code civil, il « vérifie si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ». En ce qui concerne ce dernier, le tribunal de grande instance de Paris, le 28 juin 1989, avait relevé, alors même qu'il ne prononçait pas l'adoption, que celle-ci « pouvait paraître conforme à l'intérêt actuel de l'enfant ». Quant aux conditions de la loi relative à l'adoption, c'est-à-dire celles qui sont posées par les articles 343 et 345 du code civil, elles étaient remplies, les époux étant mariés, depuis plus de cinq ans, non séparés de corps et l'enfant, qui n'avait pas de filiation maternelle établie, ayant moins de quinze ans et ayant été accueilli dans leur foyer, qui était celui de son père, depuis plus de six mois.

Ce n'est d'ailleurs pas pour violation de ces textes que le pourvoi a été formé. Il l'a été, on le sait, parce que dans les motifs de la décision étaient tirés, des principes généraux du droit de la filiation et des règles d'ordre public concernant les contrats et de certaines conventions ou déclarations internationales, des conclusions contraires à celles auxquelles était parvenue la première chambre civile en 1989. Cette dernière avait, en effet, alors reconnu le caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir. Il

s'est donc agi, comme cela a déjà été relevé, de mettre fin à des divergences jurisprudentielles majeures et d'assurer la sécurité publique.

7. Le but est louable. Pour autant, il n'interdit pas de se demander en quoi la constatation justifie un pourvoi dans l'intérêt de la loi. Passé le temps de l'émotion, certes bien compréhensible, de quoi s'agit-il ? D'une décision de cour d'appel qui se trouve en contradiction avec celle d'une chambre de la Cour de cassation. N'est-ce pas là, routine, c'est-à-dire jeu normal des règles qui gouvernent l'organisation judiciaire ? Le procureur général près la cour d'appel de Paris pouvait être requis de faire un pourvoi si l'outrage paraissait intolérable. C'est dire que nous ne pouvons souscrire à l'appréciation qui a été portée sur la décision de Paris jugée « provocatrice » non seulement parce qu'elle prend l'exact contre-pied de celle de la Cour de cassation, ce qui est déjà une remise en cause de toute la technique de la procédure devant la Cour de cassation, mais encore parce qu'elle fait de même à l'égard d'une jurisprudence de sa propre juridiction, ce qui est, à n'en pas douter, une nouvelle manière de considérer les rapports entre les sections d'une même chambre dans une juridiction.

Si l'on veut bien surmonter - ne serait-ce qu'un instant - la charge sentimentale dont est pourvu le fond, on est contraint de reconnaître qu'il n'y a là qu'un schéma banal. On s'étonnerait même de réactions aussi violentes. La Cour de cassation, par l'une de ses chambres, s'est exprimée. Il se trouve qu'une cour d'appel fait, dans les motifs de sa décision, une analyse différente : quelle importance ? Des mécanismes régulateurs sont prévus, et depuis longtemps, qui permettent un dialogue fructueux entre les juges du fond, considérés comme plus près des réalités, et la Cour de cassation, gardienne souveraine du droit et à qui reste le dernier mot. Pourquoi n'a-t-il pas été supporté, cette fois-ci, que les règles prévues soient seulement respectées ? L'interrogation s'impose d'autant plus que, d'après le procureur général près la Cour de cassation, la matière touche à un délicat problème de société et d'éthique. Si tel est le cas, n'est-ce pas l'hypothèse même dans laquelle la justice doit se garder de toute précipitation ? Que le législateur intervienne rapidement parce qu'il estime qu'un « problème de société » mérite qu'il lui donne une solution, il est dans son rôle. Mais, il est expliqué de toutes parts que l'intervention du législateur n'est

vraiment pas utile dans le domaine des procréations assistées (22). Dès lors, c'est à la justice de régler les questions au fur et à mesure qu'elles se présentent et de le faire à son rythme. On ne peut donc se départir de l'impression, en l'espèce où a été introduit un pourvoi dans l'intérêt de la « loi », que l'arrêt de la première chambre civile de 1989 a été considéré comme en tenant lieu. Pourtant, les textes du code de l'organisation judiciaire n'ont pas changé, depuis la loi du 3 janvier 1979, qui ne font obligation (art. L. 131-4) aux juges du fond de suivre la doctrine de la Cour de cassation que s'il s'agit d'une juridiction de renvoi, saisie après un arrêt d'Assemblée plénière et qui doit alors s'y conformer « sur les points de droit jugés par celle-ci ».

8. Ce n'était pas le cas ici. Par surcroît, en 1989 il s'agissait de décider du sort d'associations favorisant le rapprochement couples-mères de substitution, alors qu'en 1990 il s'agissait d'adoption.

Mais les données ont en principe changé après l'arrêt rendu le 31 mai dernier. En effet, si le pourvoi dans l'intérêt de la loi avait été formé - ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le noter - devant la première chambre civile, une ordonnance de M. le Premier président de la Cour de cassation en a saisi l'Assemblée plénière, comme il peut le faire « lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes soit entre des juges du fond, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation » (art. L. 131-2 c. org. jud.). On croyait avoir compris qu'il devait s'agir, alors, d'une divergence, sur un même problème, de plusieurs juridictions du fond avec la Cour de cassation. La nouveauté est que la divergence d'une section d'une chambre d'une juridiction avec cette dernière suffit. Les juges du fond pris en compte sont au nombre de trois. Quel honneur de considérer que leur

décision peut porter ombrage à un arrêt de la première chambre civile (23) !

Déjà, en 1979, Hébraud (24) considérait que la saisine facultative, en ce cas, de l'Assemblée plénière qui venait d'être introduite modifiait sensiblement l'esprit dans lequel l'élaboration de la jurisprudence « avait été organisée, à travers l'exploration des problèmes poursuivie par l'ensemble des juridictions de tout niveau, exploration large, souple, conduite avec le maximum de liberté, pour avoir le plus de chances d'être la plus approfondie possible et que la souveraineté de la Cour de cassation n'arrêtait qu'au moment où la nécessité l'imposait ». Sans doute, concédait-il immédiatement après, l'ampleur de cette exploration était-elle devenue excessive et d'autant plus qu'avec l'ampleur corrélative de la production législative, des problèmes d'interprétation nécessitent des solutions plus rapides. Mais il n'en concluait pas moins que l'importance de l'infléchissement au système traditionnel de la Cour de cassation ne devait pas être négligée, même si elle n'en altérait pas la structure.

Porterait-il ce même dernier jugement aujourd'hui ?

Il ne s'agit pas de regretter que les processus puissent être accélérés mais il convient, aussi, de mesurer la garde. *Mutatis mutandis*, il ne faudrait pas faire jouer à l'Assemblée plénière, pour la Cour de cassation, le rôle que « le » 49-3 de la Constitution joue pour le gouvernement : un moyen commode d'obtenir un résultat. Car le risque est que soient ainsi amoindris le prestige et la solennité de l'Assemblée plénière dont la saisine doit demeurer,

malgré tout, exceptionnelle (25). Si l'attention doit être attirée, c'est que les tendances deviennent vite habitudes et les glissements vite opérés. Sans doute, comme le rappelait

Hébraud (26), le droit français ne vit-il pas sous la règle du précédent obligatoire et tant l'autorité jurisprudentielle de la Cour de cassation que la gradation que l'on établit entre ses diverses formations ne sont que de fait. Un premier écueil à éviter est que l'intérêt porté

aux décisions d'Assemblée plénière diminue avec leur multiplication et qu'ainsi soit perdue leur supériorité, de fait, puisque, en droit, il n'y a que la juridiction de renvoi après assemblée plénière qui soit obligée de se soumettre à la doctrine exprimée par cette dernière.

9. Un autre écueil, pourtant, nous paraîtrait infiniment plus redoutable. Il serait que s'ancre peu à peu dans l'esprit des juges du fond la conviction que le dialogue avec la Cour de cassation est vain parce que celle-ci souhaite être, désormais, immédiatement suivie, agissant ainsi exactement comme le Conseil d'Etat qui a su se réserver toutes les armes pour imposer rapidement ses vues aux cours d'appel administratives, lorsqu'il n'a plus pu s'opposer à leur création.

Ici, le mouvement entamé par le parquet général introduisant un pourvoi dans l'intérêt de la loi en octobre 1990 a été achevé par l'ordonnance de M. le Premier président renvoyant l'affaire devant l'Assemblée plénière. La Cour de cassation espère que le caractère solennel de cette dernière dissuadera les juridictions du fond de diverger d'elle et - touche supplémentaire mais moins anecdotique qu'il n'y paraît - que la convocation des médias, le jour de l'audience, outre qu'elle accentuera l'importance de la décision, assurera auprès des spécialistes - au premier rang desquels figurent évidemment les magistrats - la diffusion, particulièrement rapide, de la connaissance du droit.

Si l'on veut bien se souvenir qu'en 1979, encore, a été généralisée la cassation sans renvoi et ouverte la possibilité dans ce cas, « de mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, permettent (à la Cour de cassation)

d'appliquer la règle de droit appropriée » (27), on comprendrait que ces derniers commencent à douter de leur utilité. En effet, la vérification de la condition posée par le texte est - comment faire autrement ? - à la seule discrétion de la cour régulatrice. Le résultat, commentait déjà Hébraud en 1979, s'analyse « en un accroissement de l'autorité de la Cour de cassation, mais

aussi en un facteur de rigidité dans l'élaboration de la jurisprudence » (28). Il n'est pas sûr qu'il soit différent aujourd'hui.

10. Pourquoi ce rappel à propos d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi ? Pour montrer que les textes donnent déjà suffisamment d'occasions à la Cour de cassation d'éliminer certaines interventions des juges du fond sans en rajouter. S'il apparaissait que les circonstances, le volume de plus en plus important des affaires, le besoin de rapidité sont tels que l'élaboration de la jurisprudence conformément au système traditionnel de la Cour de cassation ne peut évoluer sans être altéré au point d'en voir la structure bouleversée, alors c'est qu'il faudrait changer de système. Il ne serait pas bon que l'on transposât à la jurisprudence le subterfuge utilisé pour certains immeubles parisiens dont on ne conserve qu'une mince façade alors que l'on détruit et reconstruit tout le reste pour le moderniser.

Changer de système c'est, peut-être, ce que l'on vient un peu de faire avec la loi du 15 mai 1991

modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation.

Aux juridictions de l'ordre judiciaire vient, en effet, d'être transposé ce qui avait été prévu pour celles de l'ordre administratif par l'article 12 de la loi du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif et qui est connu en droit communautaire : le recours

préjudiciel en interprétation (29).

Si donc une demande soulève une question de droit nouvelle, présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges, les juridictions, avant de statuer, pourront, à l'avenir, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation. Seules des mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires pourront être prises. En effet, la juridiction sollicitante devra évidemment attendre, soit l'avis, soit au moins l'expiration du délai de trois mois dans lequel celui-ci doit être donné, pour prendre une décision sur le fond de l'affaire.

Contrairement à la loi du 31 décembre 1987, qui ne prévoit rien de tel, celle du 15 mai 1991 prévoit que l'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Toutes les critiques que l'on serait tenté de faire sur la part de liberté ainsi retirée aux juges du fond paraissent donc tomber. Le jugement serait pourtant un peu hâtif. Car imagine-t-on une juridiction qui, ayant sollicité un avis de la Cour de cassation, ne le suive ensuite pas ? Si cela est le cas, quel sort sera réservé à la décision qui sera certainement déferée à sa censure, puisque l'avis est communiqué aux parties ? La chambre concernée ne sera-t-elle pas elle-même influencée par l'avis émis par une formation particulièrement solennelle ? Et si la juridiction sollicitante n'est pas obligée de statuer dans le sens qui lui a été indiqué, *a fortiori* n'y sera pas non plus obligée une autre qui n'aura rien demandé. Les décrets d'application ne

pourront répondre à ces questions restées en suspens dans la loi elle-même (30).

Alors de deux choses l'une : ou bien le texte ne servira à rien si les juges du fond veulent continuer à dire le droit, au départ si l'on peut ainsi s'exprimer ; ou bien, pour peu qu'ils soient de plus en plus submergés ou contraints au rendement, ils trouveront dans le texte le moyen commode de faire travailler la Cour de cassation à leur place, chaque fois que l'affaire n'étant plus de routine, nécessitera recherches, certainement, et, peut-être même, imagination. De proche en proche, le droit à créer ne sera plus que l'apanage de la formation de la Cour de cassation, présidée par le Premier président et composée de quelques hauts magistrats, qui doit se prononcer sur la demande d'avis. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi

n'aura plus de raison d'être (31) !

Le mouvement de dessaisissement des juges du fond est donc très largement amorcé. On

peut augurer que sera, un jour plus ou moins prochain, transposé aux juridictions de l'ordre judiciaire ce qui a été décidé en 1987 pour le contentieux administratif. Un texte prévoira que, lorsque l'affaire fera l'objet d'un deuxième pourvoi en cassation, la Cour de cassation statuera définitivement sur cette affaire.

Il ne s'agit pas de se couvrir la tête de cendres en pleurant le bon vieux temps des procès interminables et des solutions indéfiniment attendues, mais il faut prendre conscience que ce que l'on appelle la jurisprudence prend de plus en plus l'allure d'un législateur-*bis*, le rôle étant tenu

par la Cour de cassation (32)

Il est vrai qu'assez paradoxalement ce que celle-ci gagne en autorité d'un côté, elle le perd d'un autre, et cela de sa seule initiative.

## II. - M. LE PROFESSEUR J. BERNARD, PRESIDENT DU COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE, ENTENDU EN SA COMMUNICATION

11. Le fait que la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, ait entendu, le jour de l'audience, M. le président du Comité consultatif d'éthique, pour qu'il l'aide à prendre sa décision, ne pouvait passer inaperçu. Il a été salué par les médias, bien entendu. Mais il l'avait été auparavant par M. le premier avocat général Dontenwille dans ses conclusions en des termes chaleureux : « Place donc au Droit, non sans saluer à l'orée de ce débat assez exceptionnel, l'intervention souhaitée, hors de notre cursus habituel... d'une autorité éminente du monde médical, qui va certainement enrichir de son expérience pénétrante notre discussion, lui donner une autre dimension ». Et le premier commentaire de l'arrêt du 31 mai 1991 a été consacré à cette

innovation pour l'approuver avec enthousiasme (33). Il faut dire que l'occasion d'introduire une telle nouveauté était particulièrement bien choisie. M. Jean Bernard est, d'abord, une sommité médicale mondialement connue. Il se trouve qu'il est, de surcroît, d'une éloquence redoutable, parce que naturelle, c'est-à-dire dénuée de grandiloquence. Dans quelque enceinte qu'il prenne la parole, il maintient, sans faillir, son auditoire sous le charme, en puisant dans ses souvenirs et son expérience ou en lui faisant partager rétrospectivement ses craintes et ses espoirs de chercheur et de pédiatre. Malgré la solennité de l'enceinte, la qualité particulière de ceux à qui il s'adressait, et donc la particularité du discours à tenir, celui-ci, parce qu'il était l'oeuvre d'un orateur sobre, entraînait tout naturellement l'auditoire à partager la conviction de son auteur.

12. Mais ce n'est pas le fond qui, pour l'instant, mérite d'être relevé ; c'est le procédé lui-même tant il marque une étape importante dans l'évolution de la Cour de cassation.

Avant de saluer, en la personne du professeur J. Bernard, une autorité éminente du monde médical, M. le premier avocat général avait souligné l'intervention, hors du *cursus* habituel, « d'un « sachant » (au sens noble et étymologique du terme) ». Même si le mot est suffisamment

avocat en lui-même, puisque simple participe présent du verbe savoir dans le langage courant, il n'est pas inutile de consulter, dans la mesure où il s'agit de procédure, un sachant, lui aussi, entre autres en ce domaine, autorité éminente du monde juridique, de surcroît. « Ancien terme désignant une personne bien renseignée, bien informée (« à ce connaissant ») qu'un technicien, (not. un expert) peut, de lui-même, consulter et qui, à la demande de celui-ci ou des parties, peut également être entendu par le juge (art. 242 NCPC) » : telle est la définition qu'en donne M. G. Cornu dans son vocabulaire juridique. Quant au technicien, il est, comme cela ressort de l'article 232 du nouveau code de procédure civile, toute personne de son choix que le juge peut commettre pour l'éclairer par des constatations, par une consultation, ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières de cette personne.

Le rapprochement de ces deux définitions suffit à montrer que le terme ne peut être entendu ici dans son sens procédural. Il est donc superfluo de trop insister sur le rôle du technicien qui peut, lui-même, faire appel à un sachant : faire bénéficier le juge de ses lumières sur une *question de fait*. On était, le 31 mai dernier, devant la Cour de cassation et c'est sur appel de celle-ci et non (par hypothèse) d'un technicien que M. J. Bernard est intervenu. Ce dernier ne l'a donc pas fait en tant que « sachant ». C'est ce que voulait, sans doute, signifier M. le premier avocat général en mettant le mot entre guillemets et en précisant qu'il le prenait dans son sens noble et étymologique, indispensable précision s'agissant d'un terme de procédure.

13. Mais, alors, il reste à savoir par application de quelle règle l'intervention a eu lieu.

Assez curieusement, bien que, du coup, l'explication en découle automatiquement, celle-ci trouve son origine dans une décision de la cour d'appel de Paris (ass. des trois premières ch.)

en date du 6 juillet 1988 (34), et par laquelle avait été rejetée la requête à fin de récusation du bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris, auparavant désigné comme *amicus curiae*.

L'arrêt est un modèle appréciable pour montrer aux magistrats l'art et la manière d'innover.

Puisque son existence est ignorée du nouveau code de procédure civile, l'*amicus curiae* est défini négativement par rapport à ce qui est connu. N'étant « ni un témoin ni un expert, (il) n'est (donc) pas soumis aux règles de ce code relatives à la récusation ». Pourtant, il a été désigné pour qu'il puisse fournir, en présence de toutes les parties intéressées, toutes observations propres à éclairer les juges dans la recherche d'une solution au litige », « ce qui est très exactement le propre d'une mesure d'instruction et, plus spécifiquement, d'une mission de technicien chargé d'éclairer le juge (art. 232 NCPC) » ainsi que le fait remarquer M. R. Perrot dans son commentaire auquel il aurait sans doute suffi de renvoyer pour

prendre la juste mesure de la décision (35). Il faut, en effet, faire observer que la cour de Paris n'a écarté l'assimilation qu'avec le témoin et l'expert. Le technicien, qui comprend ce dernier, est néanmoins une notion plus large. Mais peu importe cette quête de références. Comme elle le précise elle-même, « la Cour, dans sa recherche d'éléments d'information et de conviction, est libre d'organiser cette recherche, suivant la démarche qu'elle souhaite et suivant des modalités qui n'ont pas à lui être dictées ». Qu'en termes amènes tout cela est dit à un bâtonnier qui s'était permis de contester la désignation d'un autre bâtonnier comme *amicus curiae* ! La venue de ce dernier devant la Cour, sur l'invitation de celle-ci, et son audition, est-il enfin précisé, ne sont soumises qu'aux seules règles tendant au respect des droits de la défense, seule

exigence en l'occurrence (36).

Si la cour de Paris, dont la décision aurait pu faire, peut-être, l'objet d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, peut se permettre une telle liberté, *a fortiori* la Cour de cassation se le peut-elle. L'annonce du transfert de l'innovation dans la pratique de la cour régulatrice lui en avait d'ailleurs été faite, dès sa rentrée de 1989, par son Premier président. Pour les besoins de la cause, la présentation de l'*amicus curiae* avait été aménagée. En sollicitant des compétences extérieures « incontestables, représentatives et de haute valeur morale et humaine », il s'agit d'enrichir les débats de la Cour de cassation pour les porter « au niveau élevé qui doit être le leur en raison de leur technicité ou de

leur spécificité » (37).

Qui pourrait contester que M. Jean Bernard soit cette compétence et puisse jouer ce rôle ?

14. Ainsi les intervenants sollicités doivent-ils enrichir les débats de la Cour de cassation. Pourquoi pas ? Mais encore faut-il savoir en quoi va consister l'enrichissement attendu ? L'existence de quelques règles traditionnelles autorise, en effet, à se poser la question.

Comment comprendre que, devant la Cour de cassation, les débats pourraient être enrichis quant aux faits alors que ces derniers doivent être tenus pour définitivement acquis ? On n'a pas, pour l'instant, cessé de continuer d'enseigner que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction ! Dès lors, comment concevoir l'intervention d'un *amicus curiae* devant elle ? Si la question à régler présente quelque technicité ou spécificité, on peut être certain que la nécessité d'être éclairés aura été ressentie par les juges du fond qui n'auront pas manqué de faire appel à des techniciens qui, eux-mêmes, auront pu consulter des sachants, à moins que la pratique, hors des textes existants, de l'*amicus curiae* ne se répande. Sauf à vouloir ostensiblement reconsidérer les faits, la Cour de cassation ne doit juger l'application du droit qu'à partir de ceux qui ont été retenus, exposés, détaillés dans les procédures précédentes.

Quant au droit, on imagine mal que la Cour de cassation, qui doit le dire, puisse se faire aider dans cette tâche par quelque éminence dont elle solliciterait l'intervention pour éclairer ses

débats.

On ne trouve donc pas - mais sans doute manque-t-on d'imagination - le biais par lequel la Cour de cassation pourrait persuader de l'utilité pour elle d'un apport de l'extérieur. On pourrait peut-être, dans un premier temps, être tenté de penser qu'un tel apport serait opportun dans l'hypothèse où une découverte, bouleversant les données de la science jusque là acquises, serait faite depuis la décision des juges du fond et avant celle de la Cour de cassation. Mais cette première impression ne peut être que fugitive car le propre de la justice est de régler des problèmes passés, même si la solution donnée vaut pour l'avenir pour des problèmes identiques. Les juges en général, et la Cour de cassation pas davantage, ne peuvent statuer pour l'avenir sans que la question ainsi réglée ne leur ait été posée à partir d'un cas d'espèce précis. Il n'est, cependant, pas douteux que la Cour de cassation n'a pas innové en grande pompe sans lendemains. Aussi faudra-t-il attendre les occasions ultérieures qu'elle ne manquera pas de saisir pour savoir si elle est, dans cette démarche, plus convaincante qu'elle ne l'a été le 31 mai dernier.

Pourtant, l'affaire examinée ce jour-là ne pouvait sembler meilleur prétexte à innovation. Bien que la première chambre civile ait déjà condamné la maternité de substitution, le retentissement donné aux décisions rendues par la cour d'appel de Paris, le 15 juin 1990, par les adversaires de la solution retenue, était tel qu'il fallait que la Cour de cassation reprenne au plus vite l'avantage puisqu'il s'agissait d'une question sensible et, qui plus est, « de société ». Par ailleurs, quelles voix pourraient s'élever contre la venue à la Cour de cassation d'une personnalité aussi incontestée que celle de M. le professeur J. Bernard sans susciter, immédiatement, la réprobation ? Au surplus, on a déjà pu mesurer le peu d'influence de la contestation juridique, même lorsque celle-ci est l'oeuvre de voix aussi autorisées que celle

de M. Perrot (38). Et une fois le « précédent » créé, on pourrait estimer, comme l'a dit M. G. Vedel à propos du Conseil constitutionnel, qu'une seule décision est déjà la coutume.

Le premier commentateur (39) de l'arrêt du 31 mai 1991 sur ce point a donc pu écrire : qu'« en adoptant une notion en usage à la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation développe l'oralité des débats et, par là, accroît encore son autorité ».

L'affirmation vaut quand même d'être vérifiée.

15. Sur quoi exactement l'*amicus curiae* convié avait-il à éclairer la Cour de cassation ? Le problème médical et humain est vieux comme le monde : il s'agit de savoir comment suppléer à la stérilité de la femme dans un couple. « Le prêt d'utérus qui agit tant actuellement l'opinion publique est loin d'être une invention moderne » écrivait le professeur

G. David en 1984. Chaque civilisation a élaboré sa solution (40) ; toutes passaient par l'insémination naturelle. La nôtre, pour résoudre d'autres problèmes de stérilité, en

particulier celle de l'homme, a généralisé, grâce à la conservation possible du sperme, l'insémination artificielle. Le procédé, simple, est utilisé aussi dans le cas qui nous occupe. Avec le sperme du mari d'une femme stérile est inséminée une autre femme, à l'effet de donner un enfant au couple. Or chacun, aujourd'hui, est au fait de cette technique ultra élémentaire et maintenant courante. Ce n'est donc pas pour éclairer ses débats techniques que la Cour de cassation pria M. J. Bernard d'intervenir auprès d'elle.

Est-ce à cause de la spécificité de l'affaire ? On peut en douter dans la mesure où la première chambre civile, et alors que le problème ne se posait pas directement à elle, avait condamné déjà, comme nous l'avons précédemment noté, outre les associations rapprochant couples-mères de substitution, la maternité de substitution elle-même « dans un cas de figure pratiquement identique », pour reprendre les termes du pourvoi dans l'intérêt de la loi.

La question à trancher était suffisamment connue pour que la Cour de cassation ait à entendre d'un *amicus curiae* des explications médicales indispensables. Ce n'est d'ailleurs pas la sommité médicale qui a été conviée en la personne du professeur J. Bernard mais le président du Comité

consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (41), ce qui donne encore plus d'intérêt à l'innovation.

Une fois admis que la Cour de cassation peut prendre toutes les initiatives procédurales qu'elle estime opportunes, il est vrai que l'audition du président du Comité national d'éthique pouvait paraître s'imposer. Mais comme cela arrive quelquefois l'évidence n'est qu'apparente car l'audition, en réalité, ne peut que susciter l'étonnement.

16. Il se trouve, en effet, que le Comité a consacré, le 23 octobre 1984, aux « problèmes éthiques nés des techniques de reproduction artificielle » un de ses tout premiers avis dans lequel, en fait d'étudier les problèmes éthiques, il a affirmé que « le recours à la pratique de la maternité de substitution est, en l'état du droit, illicite ». On ne sache pas qu'il soit revenu sur cette condamnation depuis cette date. Que pouvait dire de différent son président ? Celui-ci a donc, entre autres, indiqué qu'il développerait les raisons qui avaient alors motivé le Comité. Le sens de l'intervention était par conséquent connu d'avance. Et il ne pouvait en être autrement. En 1984, la solution était soufflée au législateur à qui il était demandé de ne pas intervenir. L'analyse juridique l'est maintenant à la Cour de cassation.

Comme cette dernière connaissait parfaitement cet avis, on ne peut avancer que la venue solennelle de M. J. Bernard devant elle avait pour objet d'éclairer ses débats, puisque ne pouvait être dit que ce qui était déjà su.

L'explication reste alors encore à trouver. Pour cela sans doute doit-on, de nouveau, remonter à l'origine de l'innovation, c'est-à-dire à l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 6 juillet 1988.

M. Perrot, déjà, s'était interrogé à ce propos (42). « Mais alors, le tapis rouge mis à part, qu'est-ce qu'un *amicus curiae* auquel le nouveau code de procédure civile ne fait aucune allusion ? ». On négligera que l'appellation latine n'ait pas été expressément reprise par et devant la Cour de cassation car chacun sait bien que c'est en « *amicus curiae* » que M. J. Bernard a été, même si cela n'a pas été dit expressément, prié. En revanche, outre la

description (43) du personnage ainsi créé qu'il en a faite, on retiendra la réponse que M. Perrot a lui-même donnée à la question qu'il posait. « On y trouve aussi un relent

d'arbitrage entre professionnels (44) sous le regard attentif d'un juge qui compte beaucoup sur l'autorité morale des « amis de la cour » pour lui éviter d'avoir à rendre un arrêt qui pourrait laisser des cicatrices. Disons-le d'un mot, on se trouve en présence d'une mesure d'instruction innommée ayant pour objectif d'aplanir une difficulté pour laquelle les fastes contentieux de la Cour ne sont guère appropriés ». Autrement dit, lorsque les magistrats sont ennuyés d'avoir à prendre une décision dont l'écho, professionnel, politique ou médiatique pourrait être important, ils placeraient leur décision sous l'autorité morale

d'une ou de personnalité(s) éminentes (45).

Après avoir constaté que rien ne justifiait que la Cour de cassation ait à être particulièrement éclairée dans l'affaire qu'elle a eu à traiter, le 31 mai dernier, on comprend mieux qu'à propos d'une question qui divise les esprits et intéresse la société, elle ait souhaité une caution de poids. C'est donc, à travers son président, au Comité national d'éthique qu'il a été demandé de tenir ce rôle.

Tout à fait naturellement celui-ci, bien que consultatif, a su occuper la place laissée libre par le législateur et acquérir une autorité de plus en plus importante grâce, précisément, à son président et avec la complicité des médias. Sur des problèmes sur lesquels il était difficile, ou dangereux politiquement, de prendre position, il fait entendre une voix. Il devient donc la

référence, et aux dires mêmes de M. J. Bernard (46), les magistrats le consultent, à

une exception près (47). En l'espèce, il l'a été officiellement et par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire.

17. Doit-on s'en étonner ? Sans doute un peu quand même... lorsque la consultation est faite dans ces conditions ; mais, en même temps, la démarche constitue une contribution certes inattendue mais combien substantielle à l'ampleur des modifications que subit actuellement,

insensiblement encore que sûrement, de tous côtés, la théorie des sources du droit (48).

En effet, bien qu'il n'ait pas - par principe puisqu'il n'est que consultatif - de pouvoir normatif, comme c'est le cas pour d'autres, le Comité national d'éthique est ce que le législateur a appelé, dans la loi du 6 janvier 1978 créant la Commission nationale de l'informatique et des libertés, une autorité administrative indépendante. De telles autorités « sont instituées dans des domaines dans lesquels existe une inadéquation du droit. Les nouvelles technologies sont un bon exemple

de ces secteurs (informatique, télécommunications, sciences médicales) » (49). On sait, cependant, qu'elles se sont épanouies la plupart du temps d'abord ailleurs, en particulier dans le domaine économique ou administratif. Il était prévisible que leur floraison, depuis quelques années, ne pourrait laisser les observateurs indifférents qui chercheraient à déceler l'origine de leur création. « A la racine de ces autorités gît, comme eût peut-être dit Kelsen traduit par

Eisenmann, la lâcheté du pouvoir » (50). Et la démonstration suit qui n'a d'ailleurs pas besoin d'être très longue pour convaincre tant s'impose son bien fondé à partir du moment où l'affirmation est énoncée, quelque précaution de langage qui ait été prise pour en atténuer la brutalité. Il est constaté, par surcroît, qu'à partir du moment où elles sont créées, ces autorités ont ce que l'on appelle une « logique d'institution » qui fait qu'elles se donnent de plus en plus d'importance, à quoi il faut ajouter celle qui leur est donnée par le pouvoir lui-même dans la logique de leur création. Dès lors, en rapport de tant de facilité et de commodité, que peut peser

cette « sorte de scandale » (51) que constitue leur existence dans une conception objective du droit, elles dont l'audience tient à la crédibilité attachée aux personnes qui les composent

(52) ?

Sans même porter de jugement de valeur, il faut bien reconnaître que leur place, en principe, se définit mal dans notre organisation institutionnelle traditionnelle. Le mouvement se prouvant en marchant, elles vont et elles ont bien raison puisque chacun y trouve son compte. En effet, indépendamment de celles qui exercent certaines fois un pouvoir normatif sur délégation du législateur comme la CNIL, toutes ont bien conscience, grâce aux avis qu'elles rendent, d'édicter des normes, alors même que ces dernières ne sont pas assorties expressément de sanctions. Les institutions n'ont en théorie pas changé et déjà - et opportunément, compte tenu de la réalité - on

parle d'une autre logique du droit et d'une autre logique de l'Etat (53).

Comme en écho, et pour ce qui nous concerne plus directement ici, M. J. Michaud, un des membres juristes (et l'on sait qu'ils ne sont pas pléthore) du Comité national d'éthique, mais aussi

conseiller à la Cour de cassation, interpellait « le praticien et le théoricien du droit » pour qu'ils se demandent « si ce n'est pas ouverte alors (54) une nouvelle source de leurs disciplines » (55).

Dès lors la Cour de cassation, qui ne pouvait ignorer la suggestion ainsi faite et qui, par sa

jurisprudence interposée grâce à l'adhésion (56) que celle-ci suscite, est elle-même source de droit, contribue-t-elle, en se mettant officiellement sous l'autorité du Comité national d'éthique, à brouiller les données de la théorie des sources du droit. Dans la redistribution actuelle des cartes à ce sujet, cette contribution est d'une telle importance qu'il nous a paru indispensable de la mettre en lumière.

Ainsi, sur les deux points développés, l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 31 mai dernier doit-il être particulièrement remarqué. Reste le fond.

III. - L'ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION A CONDAMNE LA MATERNITE DE SUBSTITUTION ET L'ADOPTION QUI EN EST L'ULTIME PHASE  
18. Sur le fond, à partir du moment où l'arrêt de la cour de Paris, ayant admis la maternité de substitution, avait fait l'objet d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, on pouvait, déjà, estimer sérieuses les probabilités de cassation. Mais, après l'annonce de l'audition par l'Assemblée plénière, le jour de l'audience, du président du Comité national d'éthique, celles-ci devenaient quasi certitude. Le délibéré n'a pas permis de créer l'événement.

Dans cette conjoncture sans suspense, la seule attente avait trait à la manière dont la Cour de cassation motiverait sa décision. L'attente n'a pas été déçue : la motivation, qu'il faudra évidemment considérer, est sans ambiguïté.

Auparavant, cependant, il est indispensable, compte tenu de la vivacité des réactions (57) en ce domaine, de clarifier le débat de fond en l'allégeant de considérations qui nous paraissent l'obscurcir et en en fixant les limites par des précisions d'ordre terminologique.

19. M. le premier avocat général Dontenwille, au moment où il considérait les différents protagonistes, a estimé que la Cour de cassation, au-delà des cas particuliers, avait à prendre en compte le futur, ici les « incidences d'une évolution qui peut échapper à l'espèce ». Or, à ce propos, un terme, a-t-il dit, lui est revenu, lancinant, à l'esprit. « ... Eugénisme ! planification possible de la race. (Le choix de la « mère porteuse » ne sera pas neutre mais soigneusement balisé...) ».

Le terme, habituellement employé pour faire valoir les dangers des « manipulations » génétiques, surprend quelque peu en l'espèce. Mais il devient plus difficilement compréhensible encore après l'explication qui est donnée de son utilisation. Car, pour pouvoir opérer un choix dans un dessein eugénique, il faudrait qu'un grand nombre de femmes se pressent pour être candidates à la maternité de substitution. Certes, rien n'est impossible mais, outre que ce n'est, jusqu'à présent, pas le cas, on rappellera que, pour fustiger celles qui le sont aujourd'hui, il est couramment avancé qu'une telle maternité est un moyen utilisé par elles pour tenter de régler un problème de l'enfance, de l'adolescence ou de l'âge adulte. Il serait étonnant que cette description de femmes comme souffrant d'un déséquilibre qu'elles tentent ainsi de compenser puisse laisser place un jour au schéma tant redouté. Disons alors simplement que le futur entrevu nous paraît un peu trop lointain pour avoir à être trop longuement considéré.

Au surplus, encore faudrait-il, pour l'envisager utilement, s'accorder sur la signification du mot race dès lors qu'il est rapproché du mot eugénisme car il donne immédiatement à celui-ci une connotation qu'il ne devrait plus avoir. Il a fallu un certain temps pour admettre que la terre

tourne, remarque A. Langaney (58), mais maintenant plus personne ne le conteste. « Un jour aussi, il faudra admettre que la diversité des hommes, ce ne sont pas des races hétérogènes entre elles ; ce sont des populations qui partagent de proche en proche la plupart de leurs gènes, quelles que soient les différences de carrosserie (expression chère à l'auteur chaque fois qu'il

s'adresse à des non spécialistes (59)) que l'on peut observer entre les individus ». « La notion de race est dépourvue de fondements et de réalité scientifique, ce qui ne l'empêche pas

d'avoir un grand succès dans le vocabulaire courant » (60). Et d'observer encore que « les critères qui conduisent au racisme sont en effet bien plus souvent culturels, linguistiques ou

comportementaux que physiques » (61).

Pour des raisons sur lesquelles il n'est pas utile de revenir, on voudra bien convenir que le terme eugénisme est d'un maniement extrêmement délicat. Aussi vaut-il mieux ne l'utiliser qu'après l'avoir défini.

20. On aurait pu penser, en revanche, que le terme prostitution était suffisamment ancien pour être tout à fait clair et donc son emploi parfaitement maîtrisé. Mais il faut croire que non. Il ne suffirait pas de convaincre ; il faut susciter la réprobation. « La prostitution n'est-elle pas l'attitude qui consiste à employer son corps, moyennant rémunération, dans une activité de

caractère sexuel et pour la satisfaction d'autrui ? » s'interrogeait M. C. Atias (62) pour conclure que tomberait sous la coup de l'article 334 du code pénal, autrement dit serait susceptible d'être inculqué pour proxénétisme celui qui rédigerait le contrat concrétisant l'«

arrangement ». On rappellera donc la définition donnée habituellement (63) de la prostitution : « acte par lequel une personne consent à des rapports sexuels contre de l'argent ». Et, toujours selon la même source, le rapport sexuel est synonyme de « coït » et celui-ci d'« accouplement ». Quant à ce dernier, il est « le rapprochement *physique* de même espèce et de sexe opposé, assurant la reproduction ». A qui peut-on faire sérieusement croire que l'insémination artificielle d'une femme dans un cabinet de médecin, d'une salle d'hôpital ou de clinique puisse être assimilée, en l'état actuel des mœurs, à un rapport sexuel (qui, au surplus, ne serait qu'un adultère, ce que l'on prétend aussi quelquefois), sauf à revoir toutes ces définitions en estimant que, dans l'imaginaire de la femme, le médecin tient lieu de partenaire ?

Mais ce dernier effort de compréhension ne suffirait encore pas pour rendre l'assimilation faite acceptable, car la définition *juridique* de la prostitution est encore plus précise que la définition courante puisqu'elle est l'activité d'une femme « qui consent habituellement à des

rapports sexuels avec un nombre indéterminé d'individus moyennant rémunération » (64).

La définition convient-elle vraiment en l'espèce ? On laissera à chacun le soin de répondre à cette question.

21. La clarté du débat impose, enfin, que soit précisé le vocabulaire utilisé. Il nous paraît, en effet, préférable de faire la différence entre mère de substitution et mère porteuse, dans la mesure où, trop souvent aujourd'hui encore, les deux expressions sont utilisées indifféremment l'une pour l'autre. Assortir éventuellement de guillemets la seconde lorsqu'on l'emploie à la place de la première, pour avertir de l'inadéquation de la formule, ne permet pas de distinguer suffisamment des cas qui doivent l'être. L'actualité, au demeurant, rend la clarification indispensable.

Or, pareille utilisation est d'autant plus regrettable qu'au moins une des expressions correspond exactement à la situation qu'elle est censée décrire.

Une mère porteuse est celle qui accepte de porter l'embryon formé des gamètes d'un couple, donc non stérile, mais dont la femme ne peut pas, ne peut plus ou ne peut, sans risque important d'avortement, assumer elle-même la gestation. « Il est permis d'estimer cette

pratique parfaitement légitime ; elle est même louable », reconnaît M. Sériaux (65). L'enfant a été conçu par le couple et sera élevé par lui. Pourtant, d'après cette règle, en soi incontestable jusqu'à l'époque contemporaine, suivant laquelle l'enfant a pour mère la femme qui en a accouché, en l'espèce, celui-ci aura, juridiquement, pour mère celle qui l'aura « abrité » pendant neuf mois. Même si la règle est commode car elle fournit une

solution à une situation nouvelle sans que l'on ait à s'interroger sur le concept de maternité

(66), reconnaissons qu'elle n'est guère satisfaisante. Il y a la mère porteuse (le qualificatif permet de fixer les limites de la fonction) et celle que M. Sériaux appelle la vraie mère parce que c'est elle qui a conçu. C'est pourtant elle qui, après qu'il aura été déclaré sans indication de filiation maternelle et reconnu par son mari, le père, devra adopter l'enfant pour qu'enfin celui-ci puisse être rattaché à ses parents génétiques.

La confusion évoquée vient, sans doute, de ce que cette situation entretient une apparence de similitude avec une autre, pourtant bien différente.

Dans cette dernière, en effet, un couple stérile, également du fait de la femme, accepte qu'une autre femme soit inséminée avec le sperme du mari et cette dernière accepte que l'enfant qu'elle mettra au monde soit celui du couple. Si, dans le cas de mère porteuse, telle que précédemment définie, on a pu qualifier l'épouse de « vraie mère » parce que, productrice de gamètes, c'est elle

qui a conçu, ici la femme qui a accepté l'insémination est la mère à part entière (67) puisqu'elle a, à la fois, conçu et porté l'enfant, raison pour laquelle l'appellation de mère porteuse,

même entre guillemets, doit être évitée car elle n'est pas exacte (68).

L'apparence de similitude tient, d'abord, au fait que, dans les deux hypothèses, le mari est, en

principe, le père de l'enfant (69). Elle tient, ensuite, à l'identité du processus juridique proposé pour les consacrer. A la naissance, l'enfant est déclaré sans indication de filiation maternelle, reconnu - s'il ne l'a pas déjà fait auparavant - par son père puis est adopté, dans la forme plénière, par la femme de celui-ci. Dans les deux cas, il vit au foyer de son père qui pourra être considéré comme étant celui de ses parents si celle qui l'a mis au monde n'a été qu'une mère porteuse.

L'affaire soumise à la Cour de cassation avait trait à la seconde situation décrite. La mère, extérieure au couple, l'était à part entière. On parle assez communément, dans ce cas, de maternité de substitution, ou de maternité substituée. Certes, on comprend bien pourquoi une telle dénomination a pu être retenue : cette mère est substituée à l'épouse qui ne peut, elle-même, être mère. Mais on reconnaîtra que, rationnellement, il peut apparaître pour le moins curieux de faire, compte tenu des circonstances, de cette mère à part entière un substitut alors que c'est plutôt l'épouse qui l'est. Une maternité de comportement est substituée à une maternité véritable.

En 1984, à une époque où l'on parlait beaucoup de « location d'utérus » et connaissant la force des mots, nous avons proposé de parler de « maternité pour autrui » avec l'espoir que, les réalités étant mieux traduites et la solidarité impliquée ainsi mieux mise en lumière, on éviterait

que l'opération soit entachée en quelque sorte, au départ, par une appellation volontairement

dégradante (70).

En effet, quelle que soit l'appréhension juridique du problème, tous les protagonistes, dans cette affaire, méritent, au moins, respect, quoi qu'on en dise : les couples sans enfants parce qu'aux dires de tous les médecins qui les ont approchés leur détresse, visible ou invisible, ne peut laisser indifférent ce dont, de l'extérieur et sans être médecin, on peut avoir idée en constatant non seulement que certains d'entre eux se résolvent à de telles solutions mais que la plupart aujourd'hui, tentent, d'une manière ou d'une autre, de pallier ce manque ; les femmes qui cherchent à les aider, parce qu'elles croient bien faire (quelle que soit la complexité de leur motivation) ce qui, dans le jugement moral que l'on porte sur leur attitude, pourrait au moins être considéré comme une circonstance atténuante.

L'expression maternité pour autrui nous paraît toujours mieux rendre compte de la réalité mais ces préférences terminologiques n'importent plus maintenant que la cause est entendue. Or, l'Assemblée plénière parmi les différentes dénominations utilisées par la cour de Paris a retenu, pour fonder sa condamnation, celle de maternité substituée. Nous nous en tiendrons donc, dans cet article - et c'est là notre dernière précision d'ordre terminologique - à la dénomination maternité substituée ou encore maternité de substitution.

22. A partir du moment où le législateur n'a pas eu à se prononcer sur une telle pratique

(71) pas plus que, de manière plus générale, sur les procréations médicalement

assistées (72) puisqu'il n'a été saisi d'aucun projet de loi à ce sujet, il devenait certain que les tribunaux auraient à le faire.

On aurait pu craindre que ce soit lors d'un procès, comme celui qui a défrayé la chronique

dans le monde entier (73) entre une mère ne voulant plus remettre l'enfant à son père et celui-ci. Mais, et heureusement, pour l'instant à notre connaissance, ce n'est pas dans une

hypothèse de ce genre que les tribunaux ont eu à se prononcer (74).

Ils l'ont eu par le biais de l'adoption souhaitée par l'épouse et dont le sort dépend de la curiosité des juges du fond. Ou bien ceux-ci constatent qu'ils ne sont saisis que d'une requête aux fins d'adoption et, après avoir vérifié que les conditions en sont remplies, la prononcent

(75), à moins qu'ils n'accordent que l'adoption simple (76). Ou bien, ils

estiment qu'ils ne peuvent le faire, l'enfant étant né d'une mère de substitution (77). Ou bien encore, ils ne partagent pas ce point de vue, parce que, pour eux, « la maternité de substitution, en tant que libre expression de la volonté et de la responsabilité individuelles de ceux qui y souscrivent, hors de toutes préoccupations lucratives, doit être considérée comme

licite et conforme à l'ordre public » (78), si bien qu'elle ne constitue pas un obstacle au prononcé de l'adoption.

C'est sur le bien fondé de cette appréciation que la Cour de cassation a été amenée, le 31 mai

dernier, on le sait (79), à se prononcer sur pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par son procureur général.

Pour elle, au visa des articles 6, 1128 et 353 du code civil, « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ». Ce premier attendu est fort important. Le dispositif qui en est tiré l'est tout autant. En effet, l'adoption n'est que « l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps et de l'état des personnes, ce processus (constitue) un détournement de l'institution de l'adoption ».

23. L'arrêt ne peut être analysé sans être rapproché de celui qu'avait rendu le 13 décembre 1989

la première chambre civile (80). Car l'adoption n'est pas le seul biais par lequel les tribunaux ont eu à connaître de la maternité de substitution. Ils ont eu à se déterminer, aussi, sur le caractère licite, ou non, des associations qui, en ce cas, ont pour objet de rapprocher les couples stériles des femmes décidées à jouer le rôle de mère de substitution. En 1989, la première chambre civile avait déclaré nulles ce genre d'associations, pour illicéité de l'objet, en application de l'article 1128 du code civil, au motif que celles-ci favorisent « la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la

disposition des demandeurs des forces reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître » (81). On constatera que la première chambre civile avait ainsi cru bon de s'expliquer. L'Assemblée plénière a fait plus court pour dire la même chose en évoquant le principe d'ordre

public d'indisponibilité du corps humain (82).

L'une et l'autre, en revanche, ont expressément fait référence au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Mais, sur ce point encore, seule la première chambre civile justifie cette référence en précisant que de telles conventions « ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation ou d'une cession également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ». De plus - correspondance manifeste des deux décisions et explications de la première chambre civile un peu plus nourries - en 1989, il était relevé que l'activité de l'association, tendant délibérément à créer une situation d'abandon, aboutissait à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu. En 1991, l'arrêt qui a prononcé l'adoption de l'enfant, dans ce cas, est cassé - ainsi que nous l'avons déjà noté puisqu'il s'agit du dispositif - parce qu'elle a trait à un « enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère ».

Ainsi la position adoptée par la Cour de cassation est-elle ferme et cohérente. La condamnation est totale. La nullité, telle une traînée de poudre, atteint donc, bien sûr, les associations incriminées et la « maternité pour autrui » (1989), le contrat de maternité substituée lui-même et l'adoption, dont le lien avec ce dernier est établi, ce qu'avait omis de faire le parquet général dans le pourvoi dans l'intérêt de la loi qu'il avait formé (1991)

(83).

La Cour de cassation, qui s'est ainsi réservé le privilège de « sanctionner les pratiques illicites à travers la filiation de l'enfant » ce que « personne n'a envisagé, heureusement », de

faire avait remarqué récemment M<sup>me</sup> J. Rubellin-Devichi (84), a, en outre, voulu couper, immédiatement, court à d'éventuelles discussions en précisant que de telles conventions étaient contraires à l'ordre public, fussent-elles verbales (1989) et l'engagement fût-il à titre gratuit (1991).

Le premier souci était inutile : sauf s'il s'agit d'un contrat solennel, l'exigence de l'écrit n'est qu'une règle de preuve. L'absence de celui-ci n'a donc aucune influence sur la validité du

contrat (85).

Le second l'était, sans doute, moins. La formule, reprenant une suggestion de M. A. Sériaux

(86), marque la volonté de l'Assemblée plénière que tout soit prévu. Cette vigilance a l'avantage d'impliquer que la gratuité est concevable dans ce genre d'opération, ce qui marque définitivement la distance qu'il convient de prendre avec la prostitution. La précision, en tout cas, est parfaitement dans la logique développée. Ce disant, on est loin de l'avis exprimé par F. Dolto en 1985 (dont on rappellera qu'elle était femme, mère, grand-

mère, psychanalyste, spécialiste des enfants et des adolescents) pour qui, au contraire, « la gratuité serait perverse » car « il serait inacceptable qu'une famille n'offrît rien en échange d'un tel don ». Et elle poursuivait : « Faisons le parallèle avec les enfants placés chez des nourrices. On admet tout à fait que celles-ci soient payées et que leur dédommagement soit supérieur au

coût de l'entretien de l'enfant » (87).

L'opinion de F. Dolto sur le problème de la rémunération ne présente plus, aujourd'hui, qu'un intérêt documentaire ; en revanche le parallèle établi par elle, parce qu'il continue d'être dans tous les esprits, mérite, lui, encore un peu attention.

Nous retrouverons ce parallèle en étudiant les deux principes auxquels l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a fait référence dans sa décision pour essayer de montrer l'apport que cette dernière constitue à la théorie juridique.

#### A. - *Le principe de l'indisponibilité du corps humain*

24. Les nourrices, pour lesquelles un privilège général mobilier a été créé en 1874, sont ces femmes qui allaitent ou nourrissent artificiellement un enfant et le gardent. Si, actuellement, la fonction est limitée à quelques heures par jour allaitement exclu, au dix-neuvième siècle et pendant une bonne partie du vingtième, l'enfant était placé en nourrice pendant deux ou trois ans pour y être, en particulier, allaité. S'il n'y avait pas d'association, des institutions existaient, dont beaucoup autour de Paris, pour accueillir ces nourrices professionnelles. Le nombre de celles-ci pouvait être impressionnant, comme l'attestent les photos qui les regroupaient, chacune avec « son » (parfois « ses ») bébé, et qui étaient envoyées aux familles.

Si le principe de l'indisponibilité du corps avait existé, cet exemple en constituerait au moins une exception non négligeable. On sait, au surplus, que les seules protections mises en place l'ont été en considération de la santé des enfants, (celui de la nourrice elle-même et celui en nourrice) et non pas par souci de l'intégrité physique de la femme. Il est vrai que l'on peut faire valoir, pour expliquer ce transfert de protection, que le lait humain n'est pas le corps humain. Il est tout au

plus, en quelque sorte, un fruit de ce dernier destiné à la séparation, comme les cheveux (88).

C'est sans doute parce qu'il n'en est pas de même pour le sang que celui sur qui on le prélève le « donne ». L'acte est nécessairement gratuit, M. Decocq, pourtant, se demandait « si le respect de la personne humaine n'est pas, à ce point, poussé trop loin » et de rappeler pour convaincre que, tous les jours, sans que nul ne s'en soit jamais indigné et sans qu'il y ait quoi que ce soit de dégradant, on évalue en argent le préjudice que subit une personne du fait de la perte d'un

membre (89). De fait, la comparaison s'impose pour relativiser les choses. Pour M. P. Ancel, « l'interdiction de rémunérer le donneur de sang apparaît en définitive non comme une

manifestation de l'extrapatrimonialité du corps humain mais comme une des manifestations

du souci de protéger la personne contre elle-même lorsqu'il s'agit de son corps » (90).  
Ce que l'on veut éviter, évidemment, c'est la constitution d'une catégorie de donneurs professionnels. Les nuances sont, néanmoins, quelquefois subtiles mais aussi utiles. R.

Savatie, dans une chronique célèbre (91), après avoir posé que le donneur ne saurait être professionnel, reconnaissait qu'il fallait sans doute l'indemniser de la perte de temps et de forces qui accompagne sa libéralité, étant entendu que cette indemnisation diffère d'une rémunération. On remarquera en tout cas que si la gratuité est encore de règle dans la loi du 22 décembre 1976, alors que la professionnalisation du donneur d'organe n'est guère à craindre, elle a été, en revanche, abandonnée dans la loi du 20 décembre 1988 (modifiée par celle du 23 janv. 1990), relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, qui avait à régler les deux mêmes problèmes qu'en matière de sang : la nécessité de trouver des candidats à l'« expérimentation » comme au prélèvement, (donc un

problème de « rémunération » (92)) et celle d'éviter que ceux-ci ne tirent des « revenus » de l'opération (dont un problème de professionnalisation). Le législateur en effet, pressé par la première nécessité, a admis l'« indemnisation » des volontaires sains, (dont la participation à l'essai posait, en soi, un problème, puisqu'ils ne retirent, par hypothèse, aucun intérêt thérapeutique de la recherche) et, conscient de la seconde, a instauré un fichier national afin que le volontaire sain ne se prête pas à plus d'une recherche biomédicale en même temps et qu'il respecte la période d'exclusion prévue par le protocole.

Si l'on veut, cependant, approcher la réalité d'un peu plus près, on doit bien constater que le sang est au moins dans le commerce juridique au sens de l'article 1128 du code civil. Le fait que le donneur soit exclu du circuit n'y change rien, pas plus d'ailleurs que la loi du 21 juillet 1952 lorsqu'elle a décidé que « de façon à exclure tout profit » les prix des opérations concernant le sang et leurs dérivés, tant au stade de la préparation et du dépôt qu'à celui de leur délivrance à titre onéreux, seront fixés par arrêté. Mais lorsque celui du 24 janvier 1953 détermina les tarifs de « cession » du sang, R. Rodière, dont la sagacité était légendaire et le langage sans détour, qui avait déjà remarqué que « lorsqu'il s'agit d'un donneur professionnel, les juristes qui refusent de voir une marchandise dans son sang font preuve d'une délicatesse qu'il ne partage pas ! », eut tôt fait de dire que « cette « cession » rappelle les vocables mondains ou les euphémismes du temps des restrictions où l'on demandait à

M<sup>me</sup> Une Telle si elle ne pouvait pas « céder » un poulet » (93). Dès l'instant qu'il est

prélevé, le sang, en tout cas, se « cède » (94).

Surtout, peut-on passer sous silence le contrat de travail ? Les longs efforts déployés par les

juristes attestent que non, qui se sont ingéniés à justifier que le corps est extérieur à un tel contrat en dissociant la personne et son corps de sa force de travail. Mais qu'est-ce que celle-ci sans celui-là ? Peut-on raisonnablement prétendre que l'une existe sans l'autre ? Certes, il faut saluer la trouvaille, à condition de ne pas prétendre qu'elle est autre chose qu'un subterfuge. Car,

comme on vient de le montrer, (95) le contrat de travail conduit, lui, à travers l'utilisation de la force de travail, à une certaine patrimonialisation de la personne.

25. On pourrait multiplier les exemples pour montrer que le corps n'est pas resté en dehors du

commerce juridique et même se risquer à prétendre qu'il y est impliqué de plus en plus (96). Mais sans doute est-il préférable de renvoyer aux auteurs qui ont plus spécialement étudié la question, tant est frappante la similitude de leurs conclusions. L'affirmation que le corps humain est hors du commerce juridique serait - à leurs dires - essentiellement doctrinale.

« Malheureusement si ce principe possède les qualités trop rares d'être nettement formulé et universellement admis, il apparaît à la réflexion comme frappé d'un vice radical : il se révèle

contraire aux faits », constatait déjà M<sup>me</sup> Mayer-Jack (97), non démentie depuis par M. Decocq pour qui « dès lors qu'on n'a pu dégager dans le droit positif un principe général mettant le corps humain hors du commerce, il n'y a pas de raison spéciale de rejeter, à l'égard des atteintes irréparables, les techniques qui ont permis de résoudre le problème de la licéité des

atteintes réparables » (98). Quant à M. P. Ancel, il a reproché à la tradition doctrinale française d'avoir repris ce principe comme une formule incantatoire, ce qui « est d'autant plus surprenant que ce principe n'a jamais vraiment rendu exactement compte des solutions du droit

positif et qu'il y correspond de moins en moins » (99).

C'est dans l'imaginaire plutôt que dans les pratiques que s'est épanoui, comme celui de la liberté de la volonté, le principe de l'indisponibilité du corps, aussi faux que le précédent. Les corps sont dans le commerce juridique, quoique soumis à une surveillance particulière, concluait, il y a

quelques mois, M<sup>lle</sup> Yacub (100).

Ce long rappel nous a paru utile pour mieux faire ressortir le fantastique bouleversement que vient d'opérer l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en se référant au « principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain » qu'elle projette ainsi de l'imaginaire dans le droit positif. « Si le principe selon lequel le corps humain est indisponible n'existe pas, avait remarqué

M<sup>me</sup> M.-A. Hermitte (101), rien n'empêche de commencer à le faire exister », en constatant que c'est ce qu'avait fait le tribunal de grande instance de Créteil en 1988, qui l'évoquait expressément pour prononcer la dissolution d'une association, de mères de substitution (Sainte Sarah) précisément. Sa création est effective aujourd'hui, et d'autant plus que l'on sait de quel apparat la tenue de l'Assemblée plénière a été entourée.

Or il n'est pas équivalent pour les juristes qu'un principe connaisse des exceptions (102) et que ces exceptions deviennent le principe, de même que ne sont pas indifférents les articles visés dans une décision de cette nature, ici, à cet effet, les articles 6 et 1128 du code civil. Dans la mesure où le principe est qualifié d'ordre public par la Cour de cassation, il est normal que le premier d'entre eux soit cité.

26. En revanche, il est intéressant de constater qu'est visé également l'article 1128 du code civil, d'après lequel - comme chacun le sait - « il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ». Les choses hors du commerce ne

peuvent donc pas faire l'objet d'un contrat entre particuliers (103) et, est une chose, un objet *matériel* considéré sous le rapport du droit ou comme objet de droits à moins que ce ne soit une espèce de biens parfois nommée plus spécialement chose corporelle (mobilière ou

immobilière) (104). Comment, dans ces conditions, la disposition peut-elle

s'appliquer aux corps ? On réifie le corps (105) en même temps qu'on le sacralise. L'explication est fournie sans doute par M. Carbonnier qui note que la notion de l'objet, ou plutôt de la *chose* illicite, celle qui est frappée d'interdit, sort du fond des âges - c'est une survivance du tabou dans le code civil. Lui répond du fond des âges ou lui correspond au fond des âges « *l'haram* » du droit musulman ou, plus connue, la *res sacra* du droit romain

(106). C'est pourquoi, comme le remarque encore M. Carbonnier, une société moderne confie de préférence la défense de ses intérêts essentiels aux théories de l'ordre public et de la cause illicite, qui reflètent une civilisation juridique plus intellectuelle, plutôt

qu'à la notion d'objet illicite (107). C'est cette préférence qu'avaient manifestée la plupart des auteurs précédemment cités. Aussi peut-on se demander si, en posant le principe de l'indisponibilité des corps avec en référence textuelle l'article 1128 du code civil, la Cour de cassation ne participe pas à cette inversion du mouvement, à laquelle on assisterait, et si

excellamment montrée par M. S. Rials (108) qui a tendu - « projet de très longue durée de la modernité occidentale » - à renvoyer le sacré au for interne (ce qu'autoriserait sa vraie grandeur) ou, au plus, au cadre familial.

La première chambre civile, en 1989, avait, déjà, expressément fait référence à la disposition pour fonder en partie la condamnation, pour illicéité de son objet, de l'association Alma Mater. Celui-ci, en effet, était de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui « portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître ». Dans son commentaire, M. Sériaux avait noté, à ce propos, qu'« hors du commerce » ne signifie pas « hors échanges commerciaux » mais « hors de toute transaction » :

indisponible (109), ce qui signifie que la volonté humaine ne saurait avoir de prise sur les éléments constitutifs de l'être des personnes. Il en avait conclu que tel est le sens exact et *moderne* du principe de l'indisponibilité du corps humain. C'est cette analyse - ou cette modernité

- que l'Assemblée plénière vient de consacrer en invoquant expressément un tel principe (110).

Une telle consécration - dont il faut, souligner l'importance pour la théorie juridique - ne doit, pour autant, pas diminuer l'intérêt présenté par la formule qu'avait employée la première chambre civile pour au moins l'annoncer et qui, de ce fait, mérite que l'on y revienne, car elle permet de mieux envisager les conséquences qu'il faudra en tirer.

27. Cette formule, en effet - M. A. Sériaux (111), cette fois encore, ne manque pas de le « noter » mais il faut le dire avec force -, destinée à condamner la maternité de substitution vaut, en réalité, pour toutes les procréations assistées dès l'instant qu'un tiers y est impliqué. Dans tous les cas, il y a convention qui porte, tout à la fois, sur la mise à la disposition, au profit d'un couple, des fonctions reproductrices d'un tiers et (dès lors) sur l'enfant à naître. L'adéquation est évidente pour la paternité de substitution puisque les fonctions reproductrices de l'homme sont épuisées par la transmission du « matériel » génétique. Parce que l'appareil de reproduction de la femme comprend ovaires, trompes et utérus, une telle adéquation ne fait aucun doute non plus, tant en ce qui concerne la don d'ovocyte (partie génétique des fonctions reproductrices) que la gestation (*stricto sensu*) pour autrui (partie nourricière de ces mêmes fonctions). Or si le lait artificiel a, très souvent, remplacé le lait maternel après la naissance, la gestation artificielle est, pour l'instant (à supposer qu'il en soit différemment un jour), hors de question. Le résultat est que, sauf si l'une des deux, celle qui donne des ovules (comme c'est le cas actuellement) ou celle qui porte l'enfant (dans les pays où la pratique des mères porteuses existe, ce qui ne serait pas le cas de la France), « s'efface », supprimant tout problème, la médecine désigne deux mères alors que le droit n'en retient encore qu'une qui, si elle est indispensable, n'est pas celle qui déterminera

l'avenir de l'être.

Le mérite de la formule utilisée en 1989, qui explicite le principe consacré en 1991, serait de rendre obsolètes toutes les interrogations qu'ont pu susciter les procréations assistées depuis 1973. Son inconvénient est de condamner, moralement, tout ce qui s'est fait depuis lors à ce sujet.

28. Pourquoi une telle date ? Elle est celle de la création des CECOS (Centre d'étude et de

conservation du sperme) (112), aujourd'hui au nombre de vingt répartis sur tout le territoire, réseau national de banques de sperme n'ayant encore aucune équivalence à

l'étranger, précisait, en 1985, le professeur G. David (113). Ce dernier, qui est leur fondateur, est, surtout, la référence majeure sans laquelle on ne peut appréhender correctement toutes ces questions.

Pour nous en tenir à notre propos, disons que le professeur G. David a été un militant actif et efficace de l'insémination artificielle avec donneur, communément appelée IAD.

Inlassablement, avec ténacité, il a, auprès des différents médias ou organismes où son intervention pouvait se révéler utile, plaidé la cause des CECOS en dédramatisant l'IAD. Grâce à sa voix extrêmement douce qui l'a aidé à faire passer le message, grâce à sa conviction profonde et donc communicative, grâce, surtout, aux règles que les CECOS, sous son impulsion, se sont données, il a banalisé, avec un naturel tout à fait remarquable, une méthode - l'introduction d'un tiers dans le couple pour permettre la procréation - que vient de condamner dix-huit ans après, l'Assemblée plénière. Une question restera toujours sans réponse : la maternité de substitution serait-elle, aujourd'hui, condamnée si M. David s'était chargé de la promouvoir ? Mais, à l'époque, personne ne s'est élevé pour prétendre que l'on était en train de déclencher un engrenage dont on ne pouvait déterminer qui il broierait, mais dont on était sûr qu'il posait, dès ce temps, de manière incontestable, « un délicat problème de société et d'éthique ». Apparemment, personne n'en a même eu l'idée. Il est vrai que l'utilisation de sigles (CECOS et IAD) est de nature à permettre de ne pas prêter une attention particulière à la réalité qu'ils recouvrent. Les CECOS, de surcroît, font écran entre le couple et le donneur, l'anonymat de ce dernier et la gratuité du don font le reste, c'est-à-dire ne laissent plus apparaître qu'un couple dont la femme met un bébé au monde : oublié le père génétique et ses fonctions reproductrices, oublié l'enfant à naître grâce à la mise à la disposition du couple de ces fonctions.

C'est en 1973, et dans les années qui ont suivi, qu'il fallait s'insurger contre ce que d'aucuns désignent comme une offense à la nature. La surprise n'était pas totale puisque le tribunal de

Bordeaux avait, déjà, condamné en partie pour cette raison dès 1880 (114), une insémination artificielle, dont on voudra bien retenir qu'elle n'avait eu lieu qu'entre époux.

En effet, « elle répugne à la loi naturelle, elle peut constituer un véritable danger social et il importe à la dignité du mariage que de semblables procédés ne soient pas transportés du domaine de la Science à celui de la Pratique ».

Les esprits ont cependant évolué puisque, un siècle plus tard, la cour d'appel de Toulouse (115) a admis le procédé, non sans avoir relevé qu'il posait de « graves problèmes d'ordre moral ou religieux ». En revanche, entérinant apparemment l'analyse et les réflexions faites auparavant

par M. A. Sériaux (116), elle condamnait en bloc et l'insémination artificielle avec donneur (qu'elle ait lieu pour un couple marié ou pour un couple de concubins) et le don d'ovules, en estimant que la convention passée entre époux ou concubins tendant à un recours à un tiers présente un caractère illicite tout comme la cause en est également illicite. Le don de sperme est, toutefois, considéré comme ne « heurtant de front » que le principe de l'indisponibilité de l'état. De celui de l'indisponibilité du corps humain, point question. Mais si la cour de Toulouse n'a pas laissé passer l'occasion de prononcer cette condamnation que lui offrait la contestation, par un homme, de la reconnaissance qu'il avait faite de l'enfant dont était accouchée sa concubine à la suite d'une insémination artificielle, à laquelle il avait, cependant,

consenti, ni le tribunal de grande instance de Nice (117) ni celui de Paris (118) n'avaient saisi, quelques années avant, le prétexte du désaveu de l'enfant par le mari d'une femme inséminée, demande qu'ils accueillaient, pour en faire autant.

29. La condamnation de principe prononcée par la cour d'appel de Toulouse n'a, bien entendu, eu aucune influence sur l'activité des CECOS qui pouvaient annoncer récemment que 19 200

enfants étaient nés en France par IAD depuis 1973 (119). La technique étant ainsi devenue de pratique courante, comment refuser la participation d'un tiers pour pallier la stérilité du

couple, du fait de la femme cette fois ? Le don d'ovocytes, pratiqué depuis cinq ou six ans (120) dans notre pays, est aussi discret que l'insémination artificielle avec donneur, ce qui ne signifie pas aussi simple, mais aussi peu troublant, et ne pose, au surplus, aucun problème juridique, pour l'instant, quant à la filiation de l'enfant. Il n'empêche : les papiers que font signer au couple demandeur les CECOS pour attester, sans doute, que celui-ci a demandé, spontanément, l'insémination de la femme avec le sperme d'une personne tierce ou celle, avec le sperme du mari des ovocytes donnés par une tierce personne, ne sauraient tromper. Echappent-ils à la censure de la Cour de cassation ? Ne sont-ils pas contraires au principe de l'indisponibilité du corps humain, tel qu'il a été précédemment justifié ? *A fortiori* ne le sont-ils pas aussi, les documents établis lorsque le projet de tentative de FIV (fécondation *in vitro*) a été accepté par le couple ? Ils le sont, non pas parce qu'on lui demande s'il accepte ou non la congélation des embryons qui en résulteraient, mais parce que sont aussi envisagées les trois solutions possibles

au cas où il refuserait la restitution des embryons dont il avait accepté la congélation. Or l'une d'entre elles est, on le sait, la possibilité de faire un don anonyme non rémunéré des embryons à un couple stérile. Ne serait-ce pas là, de la part des CECOS, favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui portent tout à la fois sur la mise à la disposition du produit des fonctions reproductrices du père et de la mère et sur l'enfant à naître ? Comment ces différentes questions pourraient-elles être évitées aujourd'hui ?

Si elles ne le peuvent pas, c'est que la Cour de cassation a glissé de la condamnation d'une association, intermédiaire entre couples et femmes acceptant d'être mères de substitution, dont elle estimait devoir sanctionner l'activité, à la maternité de substitution elle-même puis de celle-ci à l'adoption. Et elle l'a fait dans des termes qui, aujourd'hui, réunissent dans la réprobation les autres modes de procréation assistée et atteignent du même coup d'autres intermédiaires dont la réputation de sérieux n'a jamais souffert, alors, pourtant, qu'ils ont à gérer, de plus en plus, un problème préoccupant de pénurie.

Le glissement n'était pourtant pas inéluctable, comme ne l'était pas la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris par l'Assemblée plénière. « Juridiquement, il n'eût pas été inconcevable de rejeter le pourvoi formé contre (cet) arrêt en recourant à la technique, souvent utilisée par la Cour de cassation, de la surabondance des motifs » vient de

reconnaître M. Massip (121). Mais la solution envisagée est immédiatement écartée car elle aurait été « dérobade », « hypocrisie » puisqu'elle aurait consisté à condamner un procédé tout en admettant qu'il pouvait être efficace en droit.

Sans doute la constatation suffit-elle à convaincre que la solution inverse s'imposait.

Elle justifie, apparemment, que l'on vienne d'assister à la naissance, en droit positif, d'un principe général. Mais les principes généraux ne sont-ils pas, suivant l'extraordinaire

formule de M. Chenot (122) ceux qui viennent lorsqu'on les appelle, après les avoir choisis ?

On sait que la méthode utilisée par la Cour de cassation à cette fin varie. Soit la Cour induit de quelques textes épars dans le code civil - l'enrichissement sans cause et le droit de rétention en sont des exemples fameux - le principe qui les inspire et dont, par conséquent, ils précèdent. Soit, elle « trouve » dans un article du code un principe que les rédacteurs de celui-ci n'y avaient pas mis. Ainsi en a-t-il été, et continue-t-il d'en être, de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, connu pour avoir été conçu comme simple texte de transition : ainsi en est-il de l'article 1128 d'où d'une « chose » la Cour de cassation a tiré un « corps ». Chaque fois, le plus gros de l'oeuvre semble alors accompli : la découverte. C'est la partie la plus exaltante. Mais l'expérience enseigne que le plus dur reste à faire qui consiste à déterminer le contenu du principe à travers ses applications.

30. C'est pourquoi il est permis de se demander si la méthode choisie est la bonne. En effet, comme le principe dégagé ne correspond pas à la réalité depuis longtemps existante, ou bien la Cour le « ressortira » dans les cas où elle aura décidé qu'elle en a besoin et il n'est jamais bon de faire apparaître *a contrario* qu'un principe n'en est pas un mais joue comme une exception, ou bien elle souhaitera que, désormais, la réalité corresponde à ce qu'elle a proclamé et alors les remises en cause tous azimuts, en vertu de la violation d'un tel principe, se succéderont en chaîne.

N'aurait-elle pu être plus économe de ses moyens et préférer une solution qui fût plus spécifique

? Peut-être aurait-il suffi de s'inspirer de la formule imaginée, à propos des fiançailles (123), par la chambre civile en 1838 et de décider que la promesse concernant son enfant faite par une mère au profit d'un couple, est « nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister » de reconnaître ou non son enfant. C'eût été le rappel solennel d'une liberté qui, tant que le législateur n'en a pas décidé autrement - et il y a peu de chances qu'il le fasse -, doit rester fondamentale et ne trouver sa limite que dans l'adoption par une autre femme de l'enfant, comme les fiançailles la trouvent dans le mariage.

La Cour de cassation a estimé qu'il était temps pour elle d'« appeler » le principe de l'indisponibilité du corps humain. Au-delà du cas d'espèce, elle a, visiblement, voulu marquer ainsi les limites qu'il convenait de mettre à des pratiques actuelles ou futures. Mais, alors, il faudra aussi avoir le courage de ne plus paraître ignorer les pratiques existantes et sur lesquelles, dans ces conditions, le temps ne peut rien.

Les mêmes problèmes seront-ils suscités par le second principe sur lequel la Cour de cassation a fondé sa décision ?

B. - *Le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes*

31. Certes, on ne prétendra pas que la Cour de cassation vient de découvrir le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Mais il est difficilement contestable que ses applications en droit positif, déjà très comptées, allaient en se raréfiant ces derniers temps. Il est important de préciser que l'état d'une personne est sa situation juridique, son statut, sa condition juridique qui

peut englober l'ensemble des éléments auxquels la loi attache des effets de droit (124).

Depuis 1972, pourtant, de l'article 311-9 du code civil disposant que les « actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation », la doctrine s'est empressée, en général,

d'induire le principe de l'indisponibilité des actions d'état (125). Mais, dès 1978, faisant la

synthèse de quatre décisions alors récentes, Danièle Huet-Weiller (126) s'était attachée à montrer la portée exacte du « principe », autrement dit son extrême limite ou encore les « infléchissements », quant à ses conséquences procédurales, que lui avait fait subir la pratique judiciaire, pas forcément indésirables, aux dires mêmes de M. Carbonnier

(127). Si l'on ajoute que, toujours d'après les tribunaux, il ne s'appliquerait pas aux conséquences patrimoniales du rapport de filiation mais seulement à ce dernier et que les conventions concernant l'aménagement (sinon l'existence) des droits et devoirs parentaux sont valables, on se convainc que le principe est plutôt de disponibilité des actions relatives

à la filiation, étant entendu qu'il est assorti de traditionnelles exceptions (128).

Par ailleurs, on a pu, un temps, croire que la Cour de cassation avait franchi le pas et consacré le principe général « de l'indisponibilité de l'état, au respect duquel l'ordre public est intéressé », lorsqu'elle avait rejeté le pourvoi formé contre une décision qui l'avait

invoqué pour refuser une demande de changement de sexe (129). Mais il est connu, maintenant, que la Cour de cassation qui n'a, cependant, pas modifié sa position sur le fond, n'a plus cru utile, dans sa jurisprudence ultérieure sur le transsexualisme, de maintenir sa

référence au dit principe (130).

Il reste le nom que l'on a longtemps dit indisponible, comme l'état dont il fait partie. Mais, sur ce point, encore, la présentation doit être sensiblement nuancée depuis que les lois du 3 janvier 1972 et 11 juillet 1975 ont permis des arrangements à son propos. La voie a été suivie puisque, pour la jurisprudence, il suffira sans doute de renvoyer à l'arrêt de la

première chambre civile en date du 15 mars 1988 (131) qui donne à un individu la possibilité de choisir entre « la règle jurisprudentielle de la prescription acquisitive du nom

et celle, traditionnelle, de l'absence de prescription extinctive en cette matière » (132). La décision avait été, en effet, auparavant présentée comme « intéressante et novatrice en ce qu'elle ouvre une option à l'intéressé et pose ainsi un principe de liberté tout à fait conforme aux tendances actuelles de notre droit civil qui n'a pas hésité à assouplir les principes d'immutabilité et d'indisponibilité du nom ».

Dans ces conditions, il n'est pas exagéré de dire que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ainsi invoqué de manière si générale et solennelle, vient d'être singulièrement réactivé au point que l'on pourrait se demander si l'arrêt de l'Assemblée plénière ne remettra

pas en cause les précédentes jurisprudences.

32. Mais la question n'est pas là pour l'instant. Dans l'immédiat, il importe de savoir pourquoi, en l'espèce, la « convention » de maternité de substitution contrevient à un tel principe.

Cette fois encore, c'est l'arrêt de la première chambre civile de 1989 qui permet de donner la réponse. Elle y contrevient en ce qu'elle a « pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à la filiation réelle au moyen d'une revendication et d'une cession des droits reconnus par la loi à la future mère ». Il en résulte que l'on tend à créer une situation d'abandon de l'enfant et qu'ainsi est réalisé, parce que le « véritable objet » de l'adoption est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu, un détournement de l'institution. L'Assemblée plénière a expressément repris cette conclusion, tirée par la première chambre civile de l'analyse qu'elle venait de faire.

Peut-on réellement parler, dans l'hypothèse concernée, c'est-à-dire celle très précise d'une maternité de substitution de situation d'abandon de l'enfant, ou, comme le dit l'Assemblée plénière, d'abandon à sa naissance par sa mère d'un enfant ?

Sans doute serait-il insuffisant pour en douter de rappeler le mot de M<sup>me</sup> Héritier-Augé en 1985

pour qui « il s'agit d'un don, non d'un abandon » (133).

Aussi préférera-t-on observer, tout d'abord, qu'il est difficile de parler d'abandon au sens de

l'article 353-1 2° du code pénal (134), ne serait-ce que parce qu'en l'espèce il n'y a pas, comme l'a fait observer M. Massip dans son rapport sous la décision de 1989, souscription d'engagement, il n'y a pas d'acte et les incriminations sont de droit étroit. C'est sans doute la raison pour laquelle il avait paru utile au groupe de travail ayant rédigé l'avant-projet de loi dit Braibant de prévoir une incrimination spécifique, d'où le terme abandon a évidemment disparu, en ajoutant un 4° à la disposition du code pénal. Cette dernière, en tout cas, ne figure pas dans les articles visés par l'Assemblée plénière alors que M. le premier avocat général Dontenville, dans ses conclusions, l'avait estimé « incontournable ».

Mais il n'y a pas davantage abandon au sens du droit civil puisque l'article 350 du code civil qui le caractérise, et qui peut, au moins, servir de référence, ne prend en compte que le désintérêt *des*

parents. Or, comme le reconnaît M. Massip (135) lorsqu'il raisonne *proprio motu*, l'argumentation fondée sur l'abandon est très largement dénuée de pertinence. Et de rappeler que l'enfant ne peut vraiment pas être considéré comme abandonné puisque, précisément, il a un père, qui l'a reconnu, et que celui-ci, étant investi de l'autorité parentale, a donc le droit et le

devoir de prendre soin de lui (136).

Mais, pour le rapporteur, qui doit maintenir l'équilibre lorsqu'il se retranche derrière l'avis exprimé, dans son mémoire, par le procureur général d'Aix-en-Provence, il reste que la maternité de substitution crée une situation d'abandon par la mère.

La constatation de l'oubli quasi général du père en cette affaire, à une époque où tout est fait pour promouvoir l'égalité de droit et de fait du père et de la mère, ne laisse pas de surprendre, voire de créer une certaine gêne. Toutes les discussions sont permises, tous les avis sont défendables à condition qu'elles soient menées ou qu'ils soient donnés à partir de faits bien établis dans leur réalité.

C'est pourquoi il est sans doute temps de dire que cette impression d'abandon, apparemment si contraire à la situation juridique réelle, trouve son origine dans les faits qui ont conduit le parquet de Marseille à assigner l'association Alma Mater. Car cette assignation est intervenue à la suite d'une affaire qui, en son temps, avait fait grand bruit mais qui n'avait rien à voir avec un cas de maternité de substitution. A la limite, et si les circonstances étaient autres, on pourrait estimer piquant que soit poursuivie la nullité d'une association pour son activité, exercée depuis deux ans au grand jour, et que l'on choisisse de le faire à propos du seul cas de figure qui soit un simulacre de cette activité. Quel intérêt a-t-on à affaiblir ainsi le résultat d'une victoire en engageant si mal le combat ?

Tout le monde sait, ou devrait savoir tant la presse en a parlé sur le moment (1987), ou tout au moins il faudrait ne pas avoir oublié, que le mari du couple dont la femme souhaitait adopter l'enfant qu'il venait de reconnaître n'en était pas le père. La reconnaissance était mensongère ; la mère, qui avait été enceinte le plus naturellement du monde, parce qu'elle avait été délaissée par le père de l'enfant, mais aussi par tous les siens, avait souhaité, d'abord, « donner » son enfant à l'association puis mettre fin à ses jours et s'en était vue dissuadée à fins d'adoption. Néanmoins cette mère, peut-être parce qu'elle avait retrouvé le véritable père, a après la naissance elle-même reconnu l'enfant et fait annuler la reconnaissance mensongère dont il avait fait l'objet, outre bloquer la procédure d'adoption

(137).

33. Ainsi rétablis ces faits en toile de fond, l'arrêt de la première chambre civile se lit mieux ou s'éclaire lorsqu'il parle de conventions qui contreviennent au principe de l'indisponibilité de l'état en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont la filiation ne correspondra pas à sa filiation réelle. L'affirmation, en revanche, devient beaucoup plus difficile à comprendre si l'on croit raisonner sur un cas de maternité de substitution. « L'observation », au demeurant convaincante pour M. J.-L. Aubert, l'a, cependant, amené à objecter qu'« elle n'est que partiellement exacte ». En effet, dès l'instant que « l'enfant doit

être déclaré sans indication du nom de la mère pour être reconnu par le père - donneur de semence - et accueilli au foyer de celui-ci en vue de son adoption par l'épouse ou la compagne,

l'état de l'enfant n'est pas dépourvu de lien avec sa filiation véritable » (138).

La réalité s'impose. Car, si l'on s'en tient au strict domaine juridique, il faudrait poser en principe, pour admettre que l'on fait venir au monde un enfant dont l'état ne correspond pas à sa filiation réelle au moyen de cession ou renonciation des droits reconnus à la future mère et alors qu'aucun acte n'est signé en ce sens, que celle-ci a l'obligation de reconnaître son enfant. Cela viendra peut-être mais n'existe pour l'instant pas. Or c'est le préalable à poser pour que l'article 376 du code civil, concernant renonciation et cession portant sur l'autorité parentale, puisse être invoqué.

Une chose est certaine, en tout cas : en continuant à évoquer l'abandon, l'Assemblée plénière entend marquer que sa décision n'est que le prolongement de celle de la première chambre civile. On ne peut pourtant pas reprocher à M. le procureur général près la Cour de cassation d'avoir entretenu l'amalgame puisque, dans le pourvoi dans l'intérêt de la loi qu'il a introduit, il a relevé que les motifs de l'arrêt de la cour de Paris étaient en inadéquation avec la décision de la première chambre civile rendue le 13 décembre 1989, « dans un cas de figure *pratiquement*

identique » (139).

34. Il reste qu'en qualifiant d'abandon une situation qui n'en est pas un, on en déduit qu'ainsi est détournée l'institution de l'adoption dont « le véritable objet est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ». L'assertion paraît énoncée d'une évidence. On serait presque surpris de constater qu'en parlant de principe la Cour de cassation laisse la place à des exceptions. Et pourtant l'article 347 du code civil, texte de base en l'occurrence, atteste que le schéma décrit n'est pas le bon. Avant les pupilles de l'Etat, avant les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues par le fameux article 350, peuvent faire l'objet d'une adoption plénière les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption. Le droit, en effet, a changé depuis 1939, date à laquelle la légitimation adoptive, alors introduite en France, n'était permise qu'en faveur des enfants dont les parents étaient inconnus auxquels étaient assimilés les enfants abandonnés, pupilles de l'Etat. Depuis que la loi de 1966 lui a préféré l'adoption plénière, cette restriction a été supprimée, puisque la règle est la même quel que soit le type d'adoption. Il va de soi, mais l'article 348-1 le précise, que si la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un des deux parents, seul celui-là devra donner son consentement. Aussi, sauf à soutenir que l'objet de l'adoption est ce que disent les textes mais que le « véritable » objet est ce que dit la Cour de cassation, il nous paraît bien difficile de souscrire à l'affirmation et de la première chambre civile et de l'Assemblée plénière. Quoi qu'on en aie, on est bien obligé d'admettre que l'institution n'est pas réservée aux enfants qui ont besoin d'une famille.

En l'occurrence, le consentement à adoption est normalement donné par le père et sa femme

bénéficie des facilités accordées par les textes à l'adoption de l'enfant du conjoint. La mère, dans le droit actuel, désignée par le seul fait qu'elle accouche, est suffisamment protégée par la possibilité qu'elle a de reconnaître l'enfant tant que l'adoption n'est pas prononcée, le tribunal appréciant, comme dans n'importe quelle adoption, quel est l'intérêt de l'enfant. Faut-il pousser plus loin cette protection et estimer que l'adoption, même si elle correspond à l'intérêt de l'enfant, ne doit pas être prononcée, parce que celui-ci ne pourrait alors plus rechercher sa mère véritable ? La solution peut-être envisagée mais seulement si l'on est décidé à rayer l'adoption de nos institutions. Or il n'est pas sûr que les esprits soient prêts à une telle réforme.

Car, comme précédemment à propos du principe de l'indisponibilité du corps humain où les conséquences de la condamnation dépassaient son objet précis, refuser l'adoption plénière,

comme l'a fait le tribunal de grande instance de Paris (140) parce que, la filiation maternelle n'étant pas établie, l'enfant doit, sa vie durant, pouvoir rechercher une telle filiation, est une solution qui dépasserait la pratique des mères de substitution qu'il s'agit d'atteindre.

35. Une autre pratique, en effet, qui a, sur la précédente, l'avantage d'être de plus en plus officiellement recommandée depuis quelque temps, serait atteinte aussi. Pour dissuader celles qui auraient décidé d'avorter, il est conseillé de garder l'enfant (qui est donc bien « un

enfant à naître ») (141) pour qu'il puisse être ensuite l'objet d'une adoption. Celle-ci est l'une des branches suggérée de l'alternative, quand l'autre branche est l'avortement. Or, depuis que ce dernier a été légalisé et quand la femme a exprimé l'intention d'y avoir recours, on ne peut plus de manière pertinente, *en droit* et au motif que « la société est alors

placée devant un fait accompli sur lequel elle n'a pas à s'interroger » (142), avancer que l'adoption ne peut faire l'objet de comparaison. Dès lors, le détournement de l'institution, tel qu'il a été entendu, est-il si loin ?

L'alternative évoquée explique que l'adoption soit de plus en plus souvent prônée. On ne sache pas, en effet, que la France ait, tout à coup, beaucoup d'enfants à adopter. Ceux qui pourraient l'être, en réalité, sont toujours trop rares ou considérés à trop haut risque par les candidats à la fonction de parents. Comment expliquer autrement que des Français, comme les autres citoyens de pays dits industrialisés, participent - même si, le plus souvent, ils pensent faire concomitamment oeuvre de salut public en sauvant ainsi un enfant que tout destine, dans la meilleure des hypothèses, à la rue - au trafic international (avec ses filières) que chacun connaît et dont l'intensification ne laisse pas d'être troublante ? Elle l'est pour deux raisons. La première est que, sans nier leur existence, bien sûr, on sait combien moins systématiques qu'ils devraient l'être sont les cas où il s'agit de « donner une famille à un

enfant qui en est dépourvu ». Les « tarifs » (143) sont connus qui servent à payer les intermédiaires mais aussi à faciliter l'obtention du consentement du ou des parents que leur état de pauvreté, ou l'incompréhension de ce qu'ils font exactement, conduit là. Serait-il excessif, ici encore, de parler de détournement de l'adoption ? On a, en tout cas, là la preuve qu'il ne suffit pas

de recommander aux couples qui n'ont pas d'enfant d'accepter leur sort pour être entendu (144).

La seconde raison est, en revanche, que l'on ne sait pas comment ces enfants, venus de pays lointains, *a fortiori* de continents différents, vivront leur adolescence. Cette crise de l'adolescence, c'est le danger précisément que l'on fait valoir contre la maternité de substitution. Qui pourrait nier qu'il existe ? Qui pourrait affirmer qu'il n'existe que là ? Il est le lot de toutes les procréations assistées, de toutes les adoptions, dès l'instant que, le secret de leur existence étant impossible à garder, il est recommandé d'informer l'enfant afin qu'il ne soit détruit par une

révélation qui, tôt ou tard, viendrait de l'extérieur (145).

Par ailleurs, on avance souvent combien l'état psychologique d'une mère de substitution peut être dommageable pour l'enfant qu'elle porte. Mais, outre que l'effet d'un tel état n'a pu encore être déterminé, n'est pas nécessairement meilleur celui d'une femme qui doit choisir entre avorter ou donner son enfant alors qu'elle n'avait pas décidé d'accomplir un acte que d'autres - à tort ou à raison - considèrent comme étant de solidarité, voire de générosité. N'est pas davantage nécessairement meilleur celui d'une femme qui porte un enfant qui, non seulement, n'est pas de l'homme avec lequel elle vit mais encore pour lequel l'imaginaire ne pourra fonctionner normalement, amputée qu'elle est (à cause de la règle de l'anonymat du donneur) de la moitié de ses références.

Il reste l'apparement irréductible : la maternité de substitution conduit à faire venir au monde un enfant qui ne connaîtra pas sa mère et qui par conséquent va être privé de son véritable état.

L'intolérable semblerait atteint si ce n'était déjà le cas, également, de l'enfant né d'un don de sperme ou d'un don d'ovules. A la vérité d'ailleurs la situation de ces derniers n'est pas seulement comparable, elle est, d'une certaine manière, pire puisque les règles juridiques sont telles que ces enfants-là ne pourront jamais connaître leur père ou mère génétique tandis que la mère substituée a tout à fait le temps, si elle le souhaite, de reconnaître son enfant.

Mais chacun sait qu'en réalité, dans ces différentes situations, on a considéré que la filiation par la volonté du conjoint ou du concubin du parent génétique équivalait à une filiation par le sang. C'est sur cette équivalence que tout repose, en fait. En droit, il en va différemment puisque, pour l'instant, s'il y a insémination, la présomption de paternité jouant, l'enfant aura nécessairement pour père le mari de sa mère et s'il y a don d'ovules l'enfant aura pour mère celle qui l'aura mis au

monde. Les règles existantes permettent donc à des couples stériles de réaliser leur souhait : avoir un enfant. Pour autant, personne ne parle, dans ces cas comme on le fait dans d'autres, de désir d'enfant, avec l'espoir que le rapprochement de ces deux termes emporte la réprobation.

Celle que suscite la maternité de substitution ne peut s'expliquer que de deux manières, non exclusives l'une de l'autre. Ce serait la preuve qu'en droit, comme ailleurs, peu importe la réalité pourvu que les apparences soient sauves : on n'avalise facilement que ce qui ne se voit pas. Or le don de gamètes est parfaitement discret. Mais ce pourrait être aussi la preuve que subsiste, indéracinable, la conviction que la mère, décidément, est plus que le père. Resterait alors à concilier une telle conviction avec le mouvement contemporain qui essaie d'accréditer l'idée contraire pour justifier un traitement égalitaire des deux parents.

Lorsque l'on n'est ni législateur ni juge, il n'y a à être ni pour ni contre la maternité de substitution ou plutôt le pour ou le contre n'est plus qu'affaire personnelle et donc sans importance. En revanche, il convenait de faire ressortir - simple illustration supplémentaire d'une constatation qui n'est pas nouvelle - l'extrême relativité des appréciations. Mais ce préalable était indispensable pour convaincre que si l'arrêt de l'Assemblée plénière, par la proclamation de principes généraux, constitue un apport à la théorie juridique, il est aussi, sauf à être en mesure d'assumer l'incohérence, le signal de changements conséquents.

\*\*\*

36. Que la Cour de cassation ait pris quelque liberté avec les règles de procédure ne paraît guère contestable. La constatation peut surprendre si l'on avait cru que son rôle de gardienne du droit aurait dû la préserver de se laisser aller à une nouvelle tentation. Elle reconfortera, au contraire, ceux qui verront là le signe de son pouvoir d'adaptation, de sa capacité de réaction rapide et d'écoute, pour employer le langage habituellement réservé à l'industrie afin de montrer qu'à l'égal de celle-ci la justice peut savoir trouver les moyens de parvenir au résultat qu'elle s'était fixé. Mais au-delà de ces réactions immédiates, elle ne peut pas ne pas interpeller chacun. On voudrait applaudir à tout rompre que la Cour de cassation soit capable de tant d'innovations, on se retient de le faire devant ce qu'il faut bien appeler le bouleversement de ce qu'elle devrait être. Car les innovations, de forme, sont de celles qui laissent perplexe lorsqu'elles conduisent à reconsidérer la méthode utilisée pour dire le droit.

Même si c'est en vain, il faut donc dénoncer - avec une constance proportionnelle à l'importance que l'on attache à l'institution - tout aménagement, insidieux ou aveuglant, de la fonction assignée à la Cour de cassation à travers sa jurisprudence.

Il faut le faire, non pas du tout avec la prétention d'être entendue mais simplement pour que conscience soit peu à peu prise que le moment n'est, peut-être, pas très loin où la jurisprudence ne sera plus ce que l'on croit qu'elle est.

N'est-il pas grave que, dans une chronique d'humeur, remarquée, consacrée à l'arbitraire

judiciaire, M. Ph. Conte ait pu estimer qu'« il semble que les magistrats qui composent cette juridiction (la Cour de cassation) n'ont plus une exacte conception de leur rôle » et qu'il faille rappeler que le rôle du juge « - quelle que soit sa place dans la hiérarchie - » est d'appliquer la loi

(146) ? N'est-il pas symptomatique que M. J.-D. Bredin (147) ait pu dire que la loi n'est plus la préoccupation première du juge, qu'il lui a substitué l'équité, sa loi, reprenant dans

un raccourci saisissant ce qu'il avait, avec le talent qu'on lui connaît, déjà développé (148) ? Doit-on rappeler, enfin, que M<sup>me</sup> C. Labrusse-Riou, sans préjuger la réponse qu'elle aurait à lui donner après étude, avait, quand même il y a dix ans, posé la question « essentielle et volontiers provocante » de savoir s'il ne convenait pas de refaire la Révolution contre l'équité des

parlements, par des voies nouvelles et plus tranquilles (149) ? Certes, il ne s'agit pas de faire semblant d'oublier que toutes ces appréciations ont été portées sur le fond des décisions. Disons qu'au contraire leur rappel est une manière de faire ressortir que, dans une affaire déterminée, la procédure n'est pas neutre et qu'en l'espèce si elle a été, à ce point bousculée c'est, évidemment, au bénéfice du fond.

Car si le temps devait être gagné c'est qu'il a été considéré que le temps pressait. L'imprudence en la forme a été risquée pour que soit rétablie, au plus vite, la prudence au fond qu'avait abandonnée... bien imprudemment la cour de Paris. Pourtant, de deux choses l'une : ou bien la maternité de substitution est, comme cela se dit souvent, un phénomène marginal qui, en tant que tel, ne mérite pas que l'on s'intéresse à lui, ou bien elle est sortie de cette zone négligeable et alors il valait mieux, pour la Cour de cassation, écouter les voix des juridictions du fond avant d'imposer la sienne. La précipitation était d'autant plus à écarter que si, sur le sentiment du juste, de l'utile, du bon, un large consensus fut longtemps dominant, il commence à peine à être secoué,

ce qui secoue le juge, avait encore remarqué M. Bredin (150). Si le juge de cassation le fut, il fit en sorte que l'inconfort ne dure pas trop longtemps. Pour se rassurer, il rendit une décision rassurante. L'ordre a succédé au désordre : l'ordre public a été sauvegardé dès l'instant qu'invoqué.

37. Mais il serait inexact, donc trompeur, de laisser accroire que la Cour de cassation, parce qu'elle avait été hardie en la forme, a été résolument réservée au fond, pour faire en quelque sorte bonne mesure. Si elle l'a été, elle n'a, en tout cas, pas fait oeuvre originale.

En effet, outre l'avis, déjà connu, du Comité national d'éthique (151) et la décision du

Conseil d'Etat (152) l'avant projet de loi pour les sciences de la vie et les droits de

l'homme, faisant suite à l'étude du Conseil d'Etat *De l'éthique au droit* (153), contenait un article 342-12, à insérer dans le code civil, déclarant, en particulier, nulles « les conventions de procréation ». La Cour de cassation n'a fait que répéter cette condamnation

en la justifiant (154).

Mais il serait tout à fait inexact aussi de considérer que l'Assemblée plénière s'est simplement alignée. Mettant, comme on le sait, ses pas dans ceux de la première chambre civile, elle a ajouté un énorme plus à cette première condamnation, par le double fondement, aux conséquences bien difficiles pour l'heure à évaluer, qu'elle lui a donné et en l'étendant à l'adoption, ultime phase du processus engagé. En l'état actuel du droit, la mère ne pouvant être, de quelque manière que ce soit, empêchée de reconnaître son enfant (une manière indirecte mais combien efficace de ne pas donner vie à son engagement), personne n'avait poussé si loin la condamnation, c'est-à-dire l'intrusion dans « cette liberté des libertés qui est

la décision d'un couple d'avoir un enfant » (155) liberté qui, aujourd'hui, avec les procréations assistées, n'est plus réservée aux seuls couples féconds.

L'explication de cette extension est connue (156). La solution qui aurait consisté à rejeter le pourvoi, ce qui sauvait l'adoption pour l'avenir, eût été dérobade, voire hypocrisie. Tant mieux si celle qui a été préférée convainc les couples de renoncer à la maternité de substitution pour pallier leur infécondité et leur fait préférer la voie de l'adoption, apparemment mieux tolérée même si elle peut être aussi redoutable ! Tant mieux si elle ne met pas femmes et couples à la merci de forces occultes, toujours si dangereuses !

Si l'on en croit toujours M. Massip, en effet, qui n'est sûrement pas le seul de cet avis, il ne faut pas se faire trop d'illusions car il est, dit-il, certain que les maternités de substitution qui ont toujours existé, continueront d'être ; simplement la pratique sera rejetée dans l'ombre du « non droit », non recouverte du « manteau de la légalité ». Qu'est-ce à dire exactement ? Que la reconnaissance du père ne pourra jamais être suivie par l'adoption de l'enfant par sa femme, dans l'attente d'une éventuelle reconnaissance de la mère ?

On comprend bien cette justification de la position adoptée par l'Assemblée plénière. En créant l'insécurité juridique - la pire de toutes, celle de l'état - on fait un test quant à la force

de conviction du couple de recourir à ce type de filiation (157), la même que l'on vérifiait, avant 1972, chez les parents d'enfants adultérins ou encore, dans un tout autre domaine, chez les protestants qui ne voulaient pas adjurer leur foi, en se mariant à l'église,

après la révocation de l'Edit de Nantes (158). Ces exemples attestent, au moins, que l'effet dissuasif n'est pas garanti.

Aussi les juges du fond, qui, à leur tour, seraient persuadés qu'« il ne faut pas nécessairement rejeter le phénomène (la substitution de mère) parce qu'il apparaît pour l'instant nettement contraire à l'idéologie traditionnelle du droit d'une part, et, d'autre part, aux conceptions de la

famille traditionnelle » (159) pourront tirer un autre enseignement de l'arrêt de l'Assemblée plénière : ne pas motiver le jugement d'adoption qu'ils rendent, conformément à

l'article 353 du code civil (160). C'est dire que le droit civil, également, offre cette souplesse que l'on prête au droit pénal, grâce à l'habile maniement du principe de l'opportunité des poursuites. Si, à la fois, idéologues et réalistes sont satisfaits à ce compte là, pourquoi pas ? L'essentiel est de ne pas être dupe.

Ceux qui pourraient sans doute trouver à redire sont les juges du fond qui, s'ils voient, de façon

générale, leur pouvoir grignoté par la Cour de cassation (161), constateront, aussi, que celui-ci peut leur être restitué et devenir assez considérable lorsqu'il s'agit de trancher un problème dit de société, alors qu'ils n'en demandaient peut-être pas tant.

La technique retenue dans cette affaire, pour en souligner l'importance - une réponse destinée à aller très au-delà du cas particulier à résoudre - rappelle évidemment celle, célèbre, qui avait été utilisée en 1937 à propos de la concubine. La seule question, quant au fond, qui demeure donc est de savoir si l'arrêt de l'Assemblée plénière, en date du 31 mai 1991, sera, ou ne sera pas, aux générations futures ce que l'arrêt *Metenier* fut à la nôtre.

(1) Car il y en a en réalité deux, mais il n'est question dans cette chronique que de celle qui a été déferée à la censure de la Cour de cassation par le procureur général près cette Cour.

(2) B. Edelman et C. Labrusse-Riou, note sous Paris, 1<sup>er</sup> ch. civ. 15 juin 1990, *JCP* 1991.II.21653.

(3) *Ibid.*

(4) Outre, auparavant, deux (ce qui n'était guère jusqu'alors l'habitude...) rapporteurs, M. Chartier et M<sup>me</sup> Giannotti, en leurs rapports (non publiés avant que cette chronique ne fût achevée) et, ensuite, M. le premier avocat général Dontenville en ses conclusions.

(5) V. D. 1991.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991.II.21752, note Terré ; cette *Revue*

1991.517 , obs. D. Huet-Weiller ; *JCP* 1991.I.3547, chron. d'actualité J. Rubellin-Devichi.

(6) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 1982, *JCP* 1983.II.19954, rapp. A. Ponsard, note M. Gobert ; *Gaz. Pal.* 1983.I.63, note Patureau.

(7) Source : banque de données *Lexis*.

(8) Préc. note 6.

(9) Civ. 1<sup>re</sup>, 27 févr. 1985, *Bull. civ.* I, n° 76, p. 70 ; *D.* 1985.265, note G. Cornu ; D. Huet-Weiller, Requiem pour une présomption moribonde (la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'art. 322, al. 2 c. civ.), *D.* 1985.*Chron.* 123 ; P. Raynaud, Le démantèlement de la présomption de paternité légitime, *D.* 1985.*Chron.* 205 ; *JCP* 1985.II.20460, note E. Fortis-Monjal et Paire ; cette *Revue*, 1985.355, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Deffrénois* 1987.701, note Massip et 1283, note Grimaldi.

(10) On ne peut pas ne pas remarquer que, proportionnellement, ce sont les décisions de cette juridiction qui sont le plus souvent déferées à la censure de la Cour de cassation : juridiction intellectuellement « provocatrice » ou simple identité de localisation qui facilite la propagation des « nouvelles » ?

(11) *Association Alma Mater c/ Procureur général d'Aix-en-Provence*, *Bull. civ.* I, n° 387, p. 260 ; *JCP* 1990.II.21191,

note Ph. Pedrot ; *JCP* 1990.II.21526, note A. Sériaux ; *D.* 1990.273, rapp. J. Massip ; *Deffrénois* 1990.743,

note J.-L. Aubert ; cette *Revue* 1990.254, obs. J. Rubellin-Devichi .

(12) Autre pourvoi formé par le procureur général de la Cour de cassation, mais sur ordre du Garde des Sceaux, pour sauvegarder l'organisation constitutionnelle en maintenant les juges dans les limites de leurs attributions si bien que l'annulation dans ce cas vaut à l'égard de tous (J. Boré, *La cassation en matière civile*, préc. n° 3709 et 3732).

(13) J. Boré, préc. n° 3679.

(14) Rép. quest. écrite n° 12264, *JO déb. Sénat* (Q.), 6 déc. 1990, p. 5583. Compte tenu de la question, on pourrait d'ailleurs, dans cette réponse, trouver l'annonce de la cassation.

(15) Art. 480 et 482 NCPC.

(16) Art. 606 NCPC.

(17) V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 févr. 1987, *Bull. civ.* I, n° 65.

(18) J. Boré, préc. n° 3709.

(19) Rapp. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 1982, préc.

(20) J. Boré, préc. n° 3697.

(21) 19 févr. 1991, *D.* 1991.380, note V. Larribau-Terneyre .

(22) Cf. à ce sujet : Les procréations médicalement assistées : le problème des sources du droit, communication faite à la rencontre pluridisciplinaire organisée par le CNRS (Institut de recherches comparatives sur les institutions et le

droit) le 4 juill. 1991, Actes, oct. 1991.

(23) Il est vrai que l'on a aussi estimé (B. Edelman, C. Labrusse-Riou, *JCP* 1991.II.21653, préc. p. 114) que, par certaines de ses affirmations, la cour de Paris avait voulu se poser en législateur, et qu'« aussi favorable que l'on puisse être au pouvoir créateur du juge, on ne peut admettre l'arbitraire que représente, en l'espèce, le bouleversement de la hiérarchie des sources du droit ». C'est encore faire beaucoup d'honneur aux trois magistrats qui ont rendu la décision ! Aussi importante et novatrice que soit souvent la jurisprudence de la cour de Paris, elle n'est, comme celle de toutes les juridictions du fond lorsque la question est controversée, qu'une proposition de création, le pouvoir créateur n'appartenant qu'à la Cour de cassation. Dès lors, en parlant de bouleversement de la hiérarchie des sources du droit, c'est-à-dire en hissant la cour de Paris à la hauteur du législateur, il est évident que ces auteurs ont voulu plus frapper les esprits que rendre compte de la réalité.

(24) « *Aggiornamento* » de la Cour de cassation (L. 12 juill. 1978 et 3 janv. 1979), *D.* 1979.*Chron.* 205.

(25) Dans le même ordre d'idées, était-il, autre exemple, indispensable de réunir une Assemblée plénière pour réduire les divergences des chambres de la Cour de cassation aux à la nature de la responsabilité en matière de sous-traitance, alors qu'une autre formation, la chambre mixte, a été spécialement prévue à cet effet ?

(26) *Chron.* préc. p. 217.

(27) Art. 131-5 c. org. jud.

(28) *D.* 1979.212, chron. préc. Aj.-Y. Lobin, Les réformes de la Cour de cassation, *Mélanges Audinet*, p. 159.

(29) L'extension en avait été vivement recommandée par M. A. Lyon-Caen dans son commentaire des importants arrêts de l'Assemblée plénière en date du 16 mars 1990 rendus à propos de l'application des art. 1 et 3 de la directive du 14 févr. 1977

du Conseil des Communautés européennes et de l'art. L. 122-12 c. trav., *D.* 1990.305 . Mais, déjà, M. le premier avocat général Dontenville n'avait pas caché, dans ses conclusions, que le pourvoi dans l'intérêt de la loi, à l'origine de la décision de l'Assemblée plénière, « avait été envisagé selon un éclairage nouveau », car il fallait y voir une anticipation de la « consultation pour avis » qui devrait bientôt faire l'objet d'un texte. M. B. Oppetit avait, lui, dès 1974, proposé que soit aménagé un nouveau mécanisme d'interprétation judiciaire, en dehors de tout litige, d'après lequel toute personne justiciable ou magistrat pourrait, après un filtrage opéré par la Chancellerie, solliciter l'interprétation, qui n'aurait valeur que de simple avis, de la Cour de cassation : Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois, *D.* 1974.*Chron.* 107.

(30) Depuis, le décret n° 92-228 du 12 mars 1992 n'a effectivement pas démenti cette prévision.

(31) Pour un commentaire récent plutôt approuvateur des nouveaux textes : Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud : La saisine pour avis de la Cour de cassation (L. n° 91-491 du 15 mai 1991, Décr. n° 92-228 du 12 mars 1992), *JCP* 1992.I.3576.

(32) La constatation est différente de celle que M. Ph. Jestaz faisait, il y a peu, pour qui « la règle juridictionnelle s'applique à l'égal de la loi, sans hiérarchie des sources ». La jurisprudence : réflexions sur un malentendu, *D.* 1987.*Chron.* 11, spéc. p. 13.

(33) Y. Laurin, La consécration de l'*amicus curiae* devant la Cour de cassation, *Gaz. Pal.* 14-15 juin 1991, p. 22.

(34) *Gaz. Pal.* 1988.700, note Y. Laurin.

(35) Cette *Revue* 1989.138.

(36) Cf. ce que dit, en particulier, à ce sujet M. Perrot, obs. préc. p. 139. Dans l'affaire de 1991, s'agissant d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la défense de tels droits n'était même plus une préoccupation à prendre en compte.

(37) Propos rappelés par M. Y. Laurin dans sa chron. préc. : La consécration de l'*amicus curiae* devant la Cour de cassation.

(38) Cf. *supra*, n° 13.

(39) M. Y. Laurin, *Gaz. Pal.* 14-15 juin 1991, chron. p. 22, préc.

(40) Indépendamment de celle, trop connue, relatée par la *Bible*, on prendra connaissance avec intérêt des moeurs romaines décrites par M. Y. Thomas : A Rome, pères citoyens et cité des pères (I<sup>e</sup> siècle avant J.-C.-I<sup>e</sup> siècle après J.-C.), *Histoire de la famille*, Colin, 1986. Aj. F. Héritier-Augé, Don et utilisation de spermatozoïdes et d'ovocytes. Mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale, *Génétiq. procréation et droit*, Actes du colloque, 1985, Acte Sud, p. 237 et s.

(41) Celui-ci ne manqua d'ailleurs pas de relever, dès le début de sa communication, qu'à travers lui c'est tout le comité qui était honoré.

(42) Cette *Revue* 1989.138, préc.

(43) Dont on prendra connaissance en se reportant au texte de l'auteur.

(44) En l'espèce, il s'agissait d'une querelle entre avocats.

(45) Y. Laurin, *L'amicus curiae*, *JCP* 1992.I.3603, chron. dans laquelle l'auteur, en évoquant le droit comparé, le droit européen et, *a fortiori*, le droit français (à propos duquel il veut bien reconnaître que les exemples donnés « ne correspondent pas à cette institution apparue ... récemment devant les juridictions judiciaires ») montre en réalité toute

l'ambiguïté du terme ainsi utilisé. Cf. cette *Revue* 1992.342, spéc. 352-353. Au demeurant, cette nouvelle défense de *l'amicus curiae* ne justifie pas le recours qu'y a fait la Cour de cassation dans l'affaire commentée et ne répond donc en rien aux objections ici développées.

(46) Journée d'auditions publiques organisée, le 25 mars 1991, par la mission pour le droit de la bioéthique et les sciences de la vie (M<sup>me</sup> Lenoir).

(47) On n'a guère de peine à deviner laquelle.

(48) Cf. à propos : *Procréations médicalement assistées : Problème des sources du droit*, Actes, oct. 1991, préc.

(49) Herbert Maisl : Les autorités administratives indépendantes : protection des libertés ou régulation sociale ?, in *Les autorités administratives indépendantes*, ouvrage publié sous la direction de Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit et réunissant les actes du colloque tenu sur ce thème en juin 1987, p. 85, PUF, 1988. (Sur l'ambiguïté de l'expression elle-même qui recouvre, en réalité, deux catégories bien distinctes, cf. R. Drago, Le Conseil de la concurrence, *JCP* 1987. I.3300).

(50) G. Dupuis, Introduction, *ibid.* p. 17. Pour une explication apparemment plus subjective mais qui, au fond, n'est que l'illustration de l'explication précédente, cf. J. Fauvet : « Ce n'est pas par hasard si, sous trois présidents de la République, et depuis treize ans, sont apparues des institutions qu'on a qualifiées autorités administratives indépendantes pour défendre la personne face aux excès de la bureaucratie - d'où le médiateur, d'où la CADA - face aux excès du pouvoir médiatique - la Haute Autorité, la CNCL - face aux excès du pouvoir scientifique - la CNIL et le Comité d'éthique », *ibid.* p. 297. Après la création du Comité national d'éthique, M<sup>me</sup> D. Thouvenin a dénoncé ce que représentait de désarroi pour une société de s'en remettre à un Comité des sages. Ethique et droit en matière biomédicale, *D.* 1985. *Chron.* 21. De manière plus générale, sur la zone d'extension limitée, sauf à tomber dans un « gouvernement des sages », de ces autorités, cf. J. Chevallier : Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP* 1986.I.3254, n° 25.

(51) F. Gazier et Y. Cannac, *Les autorités administratives indépendantes*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1983-84, p. 28.

(52) G. Timsit, Synthèse, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, préc. p. 316.

(53) G. Timsit, *loc. cit.* p. 316 à 319, spéc. 318 *in fine* et 319. Rapp. L. Cohen-Tanugi, *La métamorphose de la démocratie*, Odile Jacob. Il est vrai que M. S. Rials, à l'inverse, analyse cette prolifération des autorités administratives indépendantes, dont les membres sont appelés « sages », comme une forme de corruption, pour l'Etat moderne, de son propre programme. (Entre artificialisme et idolâtrie, *Le débat*, mars-avr. 1991).

(54) 1983, date de la création du Comité national d'éthique.

(55) *Situation juridique du Comité national d'éthique*, Rapport de la Cour de cassation, 1988, p. 37.

(56) Au sens défini par J. Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit, *Mélanges Ripert*, t. 1, p. 28 et s.

(57) De ce point de vue - indépendamment de celles qui seront reprises dans le texte et qui tiennent à l'utilisation de certains mots particulièrement lourds de sens -, comment ne pas être impressionné par celles qu'a suscitées l'arrêt de la cour de Paris, objet de la cassation dont « l'idéologie professée... ne fonde pas, à elle seule, sa valeur juridique », les « motifs sont d'une habileté perfide », la « vision » des faits « formaliste et hypocrite », certaines analogies « inimaginables » ? Enfin « on se demande de qui l'arrêt se moque dans de telles affirmations ! », avant de qualifier de stupéfiant le résultat d'autres analyses juridiques faites de la situation, par exemple le rapprochement entre maternité de substitution et fiançailles, évoqué par M<sup>me</sup> J. Rubellin-Devichi, *Génétiq. procréation et droit*, Actes du colloque, Actes Sud, 1985. Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution, point de vue d'un juriste, p. 314, repris et développé par M. F. Terré, *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987, p. 188 et s.

(58) *L'homme devant lui-même*, conférence prononcée le 12 mars 1990 dans les locaux du Collège de France.

(59) De même qu'il a pour habitude, pour corroborer son propos, de faire remarquer que « chacun sait bien qu'il vaut mieux recevoir du sang d'un donneur compatible du bout du monde plutôt que de recevoir du sang incompatible de son père ou de son frère ».

(60) A. Langanez, *Les hommes : passé, présent, conditionnel*, Colin, 1988, p. 200.

(61) *Ibid.* Aj. Pierre-André Taguieff, Sur l'eugénisme : du fantasme au débat, *Pouvoirs, Bioéthique*, PUF, 1991.

(62) Le contrat de substitution de mère, *D.* 1986. *Chron.* 67, rapp. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi, cette *Revue* 1983.739, « que des femmes louent leur corps pour de l'argent, s'agissant de venir en aide aux couples stériles ou à demis stériles, soit » ... « Mais un motif aussi noble n'empêche pas que le contrat ressemblerait singulièrement au contrat de prostitution ».

(63) *Petit Larrousse illustré*.

(64) Art. 1<sup>er</sup> Décr. 5 nov. 1947.

(65) Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1989, *JCP* 1990.II.21256.

(66) Pour un effort substantiel de réflexion doctrinale, cf. M. Bandrac, Réflexions sur la maternité, *Mélanges Raynaud*, p. 27 et s.

(67) Cette nécessité d'avoir à qualifier, dans ces conditions, la maternité, (et toutes les situations n'ont pas encore été recensées...), serait à soi seul, un indice révélateur que le concept, aussi difficile que cela soit à admettre, a perdu au moins son unité.

(68) V. qui avaient déjà dénoncé cette imprécision terminologique, J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, LGDJ, 1989, p. 213, n° 110. Aj. G. Nicolau, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, thèse dactyl. Bordeaux, 1988,

cité par J. Hauser, note sous Bordeaux, 23 nov. 1988, *D.* 1990.281. Rapp. quant à la précision terminologique souhaitable : l'art. 341-12 proposé dans l'avant-projet de loi Braibant qui vise et les conventions de procréation et celles de

gestation pour le compte d'autrui.

(69) Puisqu'ils se sont produits aux Etats-Unis, il faut réserver le cas toujours possible d'une erreur de paillettes, mais qui n'a rien de spécifique, et celui d'un enfant dont le père se révélerait être le mari de la femme inséminée, voire un troisième homme, lorsque celle-ci est sa mère à part entière.

(70) Rapport au Garde des Sceaux qui avait souhaité que soit fait un premier recensement des « incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes » publié, dans *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque, 1985, préc. p. 186.

(71) A ce propos, nous voudrions rappeler que les discussions menées dans le rapport au Garde des Sceaux en 1984 l'étaient à partir de l'hypothèse sur laquelle il nous avait été demandé de réfléchir : quels problèmes poseraient à un législateur, qui souhaiterait les résoudre, les progrès de la médecine et de la biologie ? Les réponses données assorties du « si » et donc exprimées au conditionnel l'ont toujours été en référence à un parti déjà pris par celui-ci sur les questions de principe. Certaines interprétations n'ont pas suffisamment tenu compte de cette hypothèse de travail.

(72) Cf. pour écarter toute saisine prochaine du législateur, et les raisons avancées à cet effet, le rapport de M<sup>me</sup> Lenoir. Rappr. *Procréations médicalement assistées : le problème des sources du droit*, Actes, oct. 1991, préc. Néanmoins, on sait que, depuis la rédaction de cet article, ont été déposés devant l'Assemblée nationale trois projets de lois émanant de trois ministères différents (Justice, Affaires sociales et intégration, Recherche et technologie). Le premier est relatif au corps humain et a pour objet de modifier le code civil en y introduisant une série d'articles, le second, qui détermine les règles applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain et à la procréation médicalement assistée, a pour objet de modifier le code de la santé publique. Leur importance exclut d'en faire ici une synthèse parce que celle-ci ne pourrait être brève.

(73) L'affaire *Baby M. a pseudonym for an actual person* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour suprême du New Jersey en date du 3 févr. 1988.

(74) Compte tenu des faits particuliers de l'espèce, on ne peut, en effet, considérer que l'arrêt rendu par la cour de

Bordeaux le 23 nov. 1988 (*D.* 1990.281, note J. Hauser, préc. ) constitue une illustration d'une telle hypothèse.

(75) Pau, 19 févr. 1991, *D.* 1991.380, note V. Larribau-Terneyre, préc.

(76) TGI Aix-en-Provence, 5 déc. 1984, *JCP* 1986.II.20561, 2<sup>e</sup> esp. note Fr. Boulanger.

(77) TGI Paris, 28 juin 1989, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de l'Assemblée plénière.

(78) Paris, 15 juin 1990, *JCP* 1991.II.21653, note B. Edelman, et C. Labrusse-Riou, préc. Aj. Fr. Boulanger, *D.*

1990.540 ; H. Gaudemet-Tallon, *JDI* 1990.982, notes sous le second arrêt rendu par la cour ce jour-là. *Adde* C. Labrusse-Riou, *Rev. crit. DIP* 1991.716.

(79) *Supra* I.

(80) Cf. *supra* note 1.

(81) Rappr. Cons. d'Etat. Ass. 22 janv. 1988, *RFDA*. 1988.95, concl. B. Stirn, *JCP* 1988.IV.27 : le Conseil d'Etat a, de son côté, rejeté la requête de l'association dénommée « Les cigognes » contre la décision des autorités qui, en vertu de la législation des départements d'Alsace-Lorraine, avait refusé son inscription au registre des associations et il a condamné, à cette occasion, la maternité de substitution.

(82) Ce qu'avait déjà perçu M. A. Sériaux en commentant l'arrêt rendu par la première chambre civile, *JCP* 1990.II.21526, préc.

(83) Cf. *supra* n° 4.

(84) cette *Revue* 1990.255 . Aj. Procréations assistées et stratégies en matière de filiations, *JCP* 1991.I.3505, p. 184, 1<sup>re</sup> colonne.

(85) Cf. cependant, la jurisprudence de la première chambre civile qui a abouti à faire du cautionnement un contrat solennel et dont on ne peut affirmer qu'elle est, pour l'instant, tout à fait revenue.

(86) *JCP* 1990.II.21526, préc.

(87) *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque 1985, préc. p. 75. La début et la fin de cette intervention de F. Dolto d'où cet extrait est tiré sont à lire, aussi.

(88) Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, n° 39, p. 31 et les réf. citées.

(89) *Ibid.* n° 177, p. 119.

(90) *L'indisponibilité des droits de la personnalité. Une approche critique de la théorie des droits de la personnalité*, thèse dactyl. Dijon, 1978.

(91) *De sanguine jus*, *D.* 1954.141.

(92) Celle-ci - comme cela ressort des travaux préparatoires de la loi - s'étant révélée indispensable pour la recherche française, car les essais avaient souvent dû être faits à l'étranger ! Cf. à propos du placenta, l'étude de M<sup>me</sup> M.-L. Rassat, Le statut juridique du placenta, *JCP* 1976.I.2777.

(93) *D.* 1955.269, note sous Civ. 17 déc. 1954. De même sait-on que les clientèles civiles ne se vendent pas, mais que l'on peut céder le droit de présentation et le fichier des clients, ces équivalents obliques, comme les appelle M. Carbonnier, pour bien montrer qu'il ne faut pas trop se laisser prendre à l'illusion des mots. (*Droit civil*, 4, *Les obligations*, 14<sup>e</sup> éd. n° 57, p. 118). Comme exemple de l'importance de ces derniers cf. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 févr. 1990, *Bull. civ.* I, n° 38, p. 29, *Deffrénois*, p. 1018, obs. J.-L. Aubert. La première chambre civile ne pouvait, en effet, que casser un arrêt énonçant - raccourci de langage bien malencontreux - que « la validité des cessions de clientèles civiles ne se discute pas »...

(94) V. pour un avis contraire : M.-A. Hermitte : Le corps hors du commerce, hors du marché, Archives de philosophie du droit, t. 33, *La philosophie du droit aujourd'hui*, 1988, p. 333. Il est évident que la non rétribution du donneur est la solution la plus satisfaisante pour l'esprit et celle qui est la moins dangereuse pour la santé publique. Mais, si une formule de sang artificiel n'est pas mise au point, la question se posera peut-être un jour de savoir si la position est tenable, compte tenu de la diminution, sensible actuellement, du nombre des donneurs et des besoins croissants en sang humain, alors même que les médecins apprennent de plus en plus à « économiser ». Il faudra alors que le législateur intervienne rapidement pour inciter tout en protégeant réellement, c'est-à-dire de manière efficace. Au demeurant, on sait bien que le principe français de gratuité risque d'être mis à mal en 1993 du fait de l'ouverture du Marché commun.

(95) Revet, *La force de travail (Etude juridique)*, thèse dactyl. Montpellier, sept. 1991, publiée, en 1992, éd. Litec (Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28), avec une préface de M. F. Zenati.

(96) On pourrait prendre l'exemple des clubs sportifs dits formateurs qui font de la spéculation sur la valeur marchande du joueur un mode de gestion.

(97) A. Jack, Les conventions relatives à la personne physique, *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1933.6.

(98) *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préc. n° 137, p. 95.

(99) L'indisponibilité des droits de la personnalité, préc. M. Ancel a fait en réalité « une approche critique des droits de la personnalité » (sous-titre de sa thèse) à travers leur indisponibilité. Pour lui, en effet, celle-ci est « prétendue » et la théorie des droits de la personnalité inutile ou insuffisante, alors que le droit commun, à savoir les principes généraux de la responsabilité civile et du droit des contrats et les notions de faute et d'atteinte à l'ordre public, par leur généralité, suffisent à régler toutes les situations contractuelles et extra-contractuelles qui mettent en cause la personnalité des individus.

(100) *Le corps juridique*, mémoire préparé sous la direction de M. A. Lyon-Caen et soutenu à l'École des hautes études en sciences sociales en oct. 1990, p. 100. Au surplus, le silence, en général, des manuels, sur un principe théoriquement aussi important que celui de l'indisponibilité du corps humain, et alors même qu'il serait essentiellement doctrinal, est, par ailleurs, à soi seul éloquent.

(101) Dans le riche article déjà évoqué (cf. *supra*, note 92), p. 238.

(102) Car le prétendu principe d'indisponibilité du corps humain n'était, en réalité, que l'expression d'exceptions au principe inverse ! Cf. P. Ancel, *op. cit.* n° 200, p. 200, qui ajoute que la doctrine humaniste traditionnelle « en mettant en valeur les quelques cas où la contrepartie pécuniaire est prohibée, conduit à rejeter dans l'ombre les aspects les plus choquants de la patrimonialisation de la personne », n° 210, p. 209.

(103) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Ass. Capitant, PUF, 2<sup>e</sup> éd.

(104) *Ibid.*

(105) Rappr. G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, 4<sup>e</sup> éd. n° 479, p. 163 : « Le corps humain n'est pas une chose. C'est la personne même ».

(106) *Droit civil*, 4, *Les obligations*, préc. n° 57, p. 118.

(107) *Ibid.*

(108) Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme, *Le débat*, mars-avr. 1991.161 et s. préc.

(109) *JCP* 1990.II.21526, préc.

(110) Nous ne pensons pas, en l'occurrence, faire une erreur d'attribution de paternité ou... de maternité, comme on voudra, en écrivant cela. En effet, si, en répondant aux deuxième et troisième branches du moyen, la première chambre civile avait déduit, « des principes généraux du droit et des règles communes à toutes les filiations », le caractère illicite de la maternité pour autrui et des associations qui s'efforcent de la promouvoir, comme cette motivation « n'est pas des plus lumineuses », ainsi que n'a pas manqué de le noter M. Sérioux, il est difficile d'avancer que, ayant utilisé là le pluriel alors que, précédemment, elle n'avait expressément mentionné que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, elle se référerait nécessairement, même si c'est implicitement, à celui de l'indisponibilité du corps humain, aussi, puisqu'elle avait cité l'art. 1128. Tant pis ! Elle n'aurait pas su franchir le pas entre un sous-entendu et une affirmation exprimée clairement.

(111) *JCP* 1990.II.21526, préc. Aj. une allusion dans le même sens dans C. Labrusse-Riou, *La maîtrise du vivant : matière à procès, Pouvoirs, Bioéthique*, 1991, n° 56, p. 87, spéc. p. 104.

(112) Appellation depuis complétée puisque, sous le même sigle, elle est devenue : Centre d'études et de conservation de l'oeuf et du sperme humain.

(113) *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque, préc. p. 206.

(114) Pour un rappel historique de l'insémination artificielle, cf. G. David, préc. p. 203 et s.

(115) 27 sept. 1987, *D.* 1988.184, note D. Huet-Weiller.

(116) Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?, *D.* 1985.*Chron.* 53. Rappr. P. Kayser, *Les limites morales juridiques de la procréation artificielle*, *D.* 1987.*Chron.* 189.

(117) 30 juin 1976, *D.* 1977.45, note D. Huet-Weiller ; *JCP* 1977.II.18597, note M. Harichaux-Ramu ; *Gaz. Pal.* 1977.1.48, note E. Paillet ; cette *Revue* 1977.746, obs. R. Nerson.

(118) 19 févr. 1985, *D.* 1986.223, note E. Paillet. Cf. pour une analyse particulièrement intéressante en ce qu'elle tente de concilier les différents impératifs que pose un tel désaveu, Paris, 29 mars 1991, décision rapportée dans *Procréations médicalement assistées : le problème des sources du droit*, Actes, oct. 1991, préc. V. aussi celle que suggère M. Carbonnier pour refuser un tel désaveu. *Droit civil*, t. II, *La famille*, n° 287, p. 414 préc. En revanche, l'extension à la filiation légitime de la solution retenue par la première chambre civile pour la filiation naturelle le 11 juillet 1990, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Toulouse, qui est annoncée dans le dernier rapport de la Cour de cassation (préc. p. 254) nous paraît sujette à discussion. En l'espèce, la responsabilité contractuelle du concubin a été retenue parce qu'« en consentant à l'insémination artificielle de sa compagne et en reconnaissant volontairement une enfant qu'il savait ne pas être la sienne, (celui-ci) a contracté vis-à-vis de l'enfant et de la mère l'obligation de se comporter comme un père ». L'engagement, en effet, trouve essentiellement sa source dans la reconnaissance volontaire qui avait été faite, à laquelle il nous semble difficile d'assimiler la présomption de paternité. Il en résulte que si la solution est valable pour toute reconnaissance mensongère, elle ne nous semble pas transposable à la filiation légitime. On aura noté que, de toute façon, la condamnation à une pension alimentaire ne résoud pas le problème de la filiation qui demeure entier.

(119) Brochure éditée par ces centres à l'occasion du Congrès mondial de la FIV qui s'est tenu à Paris en juin 1991.

(120) La première publication à ce sujet à eu dans la revue *Nature* en 1984.

(121) *Defrénois*, 1991.947, spéc. p. 950.

(122) Le Conseil constitutionnel (1958-1985), communication à l'Académie, le 9 déc. 1985, *Petites Affiches*, 10 janv. 1986, p. 8.

(123) Cf. *supra*, note 55.

(124) Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc.

(125) Pour M. A. Sérioux, il s'agit même de la consécration, certes tardive et localisée, du principe de l'indisponibilité de l'état, *JCP* 1990.II.21526, préc. Mais on peut considérer aussi que le principe n'a pas besoin d'être consacré pour exister. V. des exemples qui constituent, alors, « l'expression d'une altération et peut-être d'un renversement du principe de l'indisponibilité de l'état » dans C. Labrusse-Riou, *Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille, Etudes offertes à R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 169.

(126) Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, *D.* 1978.*Chron.* 233.

(127) *Droit civil*, t. 2, *La famille*, n° 270, p. 385, préc.

(128) cf. J. Hauser, D. Huet-Weiller, *La famille*, préc. n° 511, p. 265.

(129) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 1975, *Bull. civ.* n° 374, p. 312 ; *D.* 1976.397, note Lindon ; *JCP* 1976.II.18503, note Penneau.

(130) DèS Civ. 1<sup>re</sup>, 30 nov. 1983, *Bull. civ.* n° 184, p. 253 ; *JCP* 1984.II.20222, concl. Sadon, note J. Penneau ; *D.* 1984.165, note Edelman et dans tous les arrêts suiv.

(131) *Bull. civ.* n° 78, p. 51, « si la possession loyale et prolongée d'un nom est propre à conférer à l'individu qui le porte le droit à ce nom, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci, renonçant à s'en prévaloir, revendique le nom de ses ancêtres qu'il n'a pas perdu en raison de l'usage d'un autre nom par ses ascendants les plus proches ».

(132) *Rapport de la Cour de cassation*, 1988, p. 158.

(133) *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque, préc. p. 71. Rappr. R. Dolto, *supra* n° 23.

(134) Pour un avis contraire, cf. C. Atias, *D.* 1986.*Chron.* 67, préc.

(135) *D.* 1990.273

(136) *Ibid.*

(137) Pour les suites, sinon la fin, de l'affaire, cf. J. Rubellin-Devichi, Procréations assistées et stratégies en matière de filiation, *JCP* 1990.I.3505.

(138) *Defrénois*, 1990.744.

(139) La différence est ainsi marquée, même si elle l'est faiblement, entre ce que l'on appelle aujourd'hui maternité de substitution et ce qui, apparemment, a toujours existé. A ce propos un passage de M. R. Frydman dans *L'irrésistible désir de naissance*, p. 159, mérite d'être cité : « J'avais connu les « mères porteuses » ancien régime, il n'y avait pas tout ce tohu-bohu autour d'elles. Un jour, je faisais un remplacement en clinique, lorsque, au cours d'une visite de fin d'après-midi, je vois entrer dans la chambre où je me trouvais un homme d'allure classique, qui m'avait étonné par son côté gauche, mal à l'aise vis-à-vis de sa supposée épouse qui venait d'accoucher. Il venait en fait reconnaître l'enfant de cette femme inconnue de lui. Il avait été prévenu par un intermédiaire de la clinique, qui trouvait son compte dans cette transaction. Il pouvait en toute légalité sortir avec l'enfant que son épouse adopterait quelques temps plus tard. De nombreux enfants ont ainsi changé de mère, le plus légalement et le plus simplement du monde. Dans cette transaction, chaque membre du couple receveur se trouve à égalité vis-à-vis de cet enfant adopté au berceau. Une égalité qui me paraît beaucoup plus saine que les mères porteuses, bien que le trafic financier n'en soit pas absent ». C'est une opinion.

(140) Cf. *supra* n° 1, cette *Revue* 1990.458, obs. J. Rubellin-Devichi

(141) Il est intéressant de noter que la première chambre civile a utilisé pour la maternité de substitution une expression qui vaut, surtout, pour l'hypothèse évoquée.

(142) Avis du Comité national d'éthique en date du 23 oct. 1984.

(143) Commentant la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant en la rapprochant du droit français de l'enfant, M. G. Raymond se demande comment l'Etat français pourrait empêcher qu'à l'occasion de l'adoption d'un enfant soient versées des sommes énormes par les parents adoptifs, *JCP* 16990.I.3451, n° 14. Aj. Nouveau-nés à vendre en Amérique latine, *Le Monde*, 14 août 1992.

(144) Cf. la synthèse (chiffres à l'appui) de M<sup>me</sup> H. Gaudemet-Tallon, Le droit français de l'adoption internationale, *Rev. int. dr. comp.* 1990.567, et les enseignements qui en sont tirés. Aj. les pages très documentées que consacre à l'adoption internationale M<sup>me</sup> P. Salvage-Gerest dans *L'adoption*, Coll. « Connaissance du droit », Dalloz.

(145) Mais le temps est-il encore où il ne faut redouter que pour ces familles-là ? Dans les plus « classiques », qui comprennent désormais celles qui ont connu un divorce, l'adolescence est-elle, toujours, vécue comme cet état de grâce entre l'inconscience de l'enfance et l'engagement de l'adulte dans la vie qu'elle devrait être ?

(146) *JCP* 1988.I.3343.

(147) *Le Monde*, 13 sept. 1991.

(148) La loi du juge : Le droit des relations économiques internationales, *Etudes offertes à B. Goldman*, Litec, p. 15 et s.

(149) Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille, *Etudes offertes à R. Rodière*, préc. p. 151.

(150) *Ibid.* p. 21.

(151) Cf. *supra*, n° 16.

(152) Cf. *supra*, note 81.

(153) *Notes et études documentaires*, La Documentation française, 1988.

(154) Car, comme le dit M. S. Rials, ne pouvant s'imposer comme telle, la politique du prêteur, à la différence de celle du législateur, doit cheminer sous les dehors nobles d'une imparable science juridique, *Le débat*, préc. p. 173.

(155) Avis du 23 oct. 1984 du Comité national d'éthique.

(156) Cf. *supra*, n° 29.

(157) J. Carbonnier, Rapport de synthèse de la première journée de travaux, *Génétique, procréation et droit*, Actes du colloque 1985, préc. p. 84.

(158) J. Carbonnier, Le mariage par les oeuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du code civil, *Mélanges Marty*, p. 255.

(159) J.-L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, PUF, 1987, p. 130. Les auteurs indiquaient ainsi une des « deux grandes règles » avec lesquelles le législateur aurait à composer parce que, le phénomène ayant duré, il devrait intervenir.

(160) Le conseil est aussi donné en filigrane par M. Massip ; pour les conseils sur la manière de rédiger la demande d'adoption dans ce cas : cf. J. Rubellin-Devichi, Procréations assistées et stratégies en matière de filiations, *JCP* 1991.I.3505, préc. p. 185.

(161) Cf. *supra*, I.

## **Pour des rébellions constructives (1) sur la jurisprudence aujourd'hui**

**Jean-Luc Aubert, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)**

Bien nombreuses sont aujourd'hui les interrogations que peut susciter la jurisprudence, et de nature très diverses : manque de lisibilité, entretenu par une motivation souvent exagérément elliptique ; instabilité, accentuée tantôt par une certaine fascination de l'innovation, tantôt par le souci de retenir l'attention ; absence d'unité, que ne parviennent pas toujours à surmonter dans des délais suffisamment brefs les procédures de saisine d'une chambre mixte ou de l'Assemblée plénière, opportunément mises en place par l'article L. 131-2 du code de l'organisation judiciaire.

Je m'en tiendrai, en l'occurrence, à une question qui relève de ce dernier volet, le mot « jurisprudence » étant pris dans son sens large qui prend en compte l'ensemble des décisions rendues par les juridictions. C'est celle de la *résistance*, que l'on observe parfois, des juridictions de fond à une doctrine clairement et fermement affirmée par la Cour de cassation. Elle m'apparaît à la fois grave et difficile.

Il ne faut certes pas en exagérer l'importance quantitative : ce n'est pas un phénomène général, ni même largement répandu. Mais il est permis d'en observer régulièrement des manifestations. Ainsi en va-t-il, par exemple, pour la sanction des irrégularités de forme en matière de *congés*, où la Cour de cassation subordonne la nullité du congé à la preuve d'un grief subi par son destinataire. Ainsi encore pour *la faute inexcusable* du piéton victime d'un accident de la circulation, dont la Haute juridiction a adopté une conception tout à fait restrictive.

Le problème doit être plus précisément cerné dans la mesure où, me semble-t-il, il ne se pose vraiment que là où les décisions dissidentes apparaissent, sans solution de continuité, sitôt après que la Cour de cassation a nettement affirmé sa position. La question est différente lorsque les juges du fond, après s'être inclinés un temps devant l'interprétation de la Haute juridiction, entrent à nouveau en conflit avec elle. Il s'agit alors d'une incitation au revirement qui reste dans la logique de notre système juridique et judiciaire. Quant à la question de savoir au bout de combien de temps cette « normalité » est acquise, il n'y a évidemment pas de réponse unique, ni rigide : tout est cas particulier. Au plus pourrait-on dire que ce délai doit être apprécié en considération d'une évolution des données de la question à trancher, et du caractère plus ou moins concevable, sinon probable, d'une modification de l'opinion de la Cour de cassation.

Si malaisée soit-elle, la distinction me paraît devoir être faite entre, d'une part, cette *contestation* de la jurisprudence consacrée, qui est légitime et source de progrès du droit, et

d'autre part cette *rébellion*, qui se manifeste sans désenfermer par la méconnaissance pure et simple de la doctrine affirmée par la Cour de cassation, et à laquelle je limiterai la suite de ce propos.

Pour compréhensible qu'elle soit, je crois cette attitude profondément nocive.

On peut, bien sûr, comprendre une telle rébellion qui s'affirme parfois contre des interprétations assurément discutables, et toujours dans le cadre d'un système d'autorité relative de la chose jugée. Au demeurant, la Cour de cassation elle-même peut en constituer une source d'inspiration, soit qu'elle fasse preuve - à tort ou à raison, la question n'est pas là - d'une audace quelque peu iconoclaste - je pense, plus particulièrement, à l'épisode *Desmares*, qui me paraît bien avoir provoqué un certain réveil de cet esprit de rébellion dans les juridictions du fond - soit qu'elle donne l'exemple d'une désunion plus ou moins profonde et plus ou moins durable : la question de la relation entre la faute du préposé et le lien de préposition vient immédiatement à l'esprit ; peut-être faudra-t-il y ajouter, un jour, celle de la faute intentionnelle ou encore celle de l'étendue dans le temps de la garantie de l'assureur de responsabilité.

Il n'en reste pas moins vrai que cette dissidence aveugle est tout à fait regrettable en ce qu'elle va directement à l'encontre de l'orientation de notre organisation judiciaire, et qu'elle comporte de multiples inconvénients de fait.

Il ne fait pas de doute, en effet, que notre système judiciaire tend à assurer l'unité de l'interprétation jurisprudentielle - l'institution de la Cour de cassation en apporte la preuve - unité somme toute conforme au principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Aussi bien les juges - tous les juges - s'ils sont effectivement investis - chacun - de la mission de dire le droit, doivent-ils faire preuve de mesure et de prudence dans l'exercice de cette fonction, et tenir compte de cet idéal recherché de l'unité de la jurisprudence. Ils doivent, en particulier, reconnaître l'autorité que la loi confère à la Cour de cassation et savoir s'incliner devant sa doctrine : lorsque, sur une question débattue, cette Haute juridiction s'est clairement et fermement prononcée - par la voie d'une chambre mixte ou de l'Assemblée plénière, notamment - le juge du fond doit s'incliner - au moins pendant un temps - et faire sienne l'interprétation ainsi consacrée.

Cette attitude me paraît d'autant mieux s'imposer que son contraire engendre de nombreux inconvénients et méconnaît gravement les droits des justiciables.

Il est certain, en effet, que la décision - jugement ou arrêt d'appel - rendue en ouverte opposition à la doctrine la plus récente de la Cour de cassation, est une provocation à l'exercice des voies de recours, provocation vaine, au demeurant, dans la mesure où le juge sait que sa décision y est vouée à la censure. Le justiciable, ainsi contraint à l'appel ou au pourvoi - voire successivement aux deux - est par là même directement exposé à des dépenses supplémentaires et à des pertes de temps qui peuvent être gravement dommageables.

Au delà de ces effets directs de la décision rebelle, au plan individuel, il faut encore observer que

l'injustice peut devenir maximale pour les justiciables qui, par ignorance ou défaut de moyens notamment, n'exerceront pas les voies de recours salvatrices.

Enfin, sur le plan collectif, outre la dualité d'interprétation qui se trouve ainsi malheureusement consacrée dans l'hypothèse précédente, il est permis de penser que l'allongement global des procédures et l'encombrement des rôles des juridictions de contrôle, que provoque nécessairement cette rébellion, déterminent un coût social dont l'économie serait la bienvenue.

Or, me semble-t-il, il est facile de réaliser une telle économie, et du même coup d'éviter les différents inconvénients que je viens d'esquisser. Mieux, il est possible d'y parvenir sans même se priver de l'apport conceptuel que constitue, sans aucun doute, l'interprétation dissidente que le juge souhaite exprimer. La solution - qui a été parfois pratiquée déjà - est à vrai dire extrêmement simple : elle consiste, pour le juge, à exposer dans son jugement son opinion personnelle avant de se référer à l'interprétation consacrée par la Cour de cassation, pour s'y soumettre finalement.

Une telle méthode gagnerait, je crois, à être systématiquement employée dans tous les cas où le juge du fond reste opposé à une jurisprudence que la Cour de cassation vient de consacrer : elle donne immédiatement gain de cause à celle des parties dont la prétention est fondée au regard de cette jurisprudence, et lui évite ainsi pertes de temps et dépenses supplémentaires ; elle fournit, dans le même temps, à l'autre partie, à la fois une indication sur une remise en question possible de la décision, mais aussi une information très précise sur les risques d'une poursuite du débat judiciaire ; elle garantit enfin une meilleure unité de la jurisprudence tout en sauvegardant les éléments d'un débat qui pourrait, plus tard, revenir à l'ordre du jour.

La proposition attire l'attention sur la motivation des décisions de justice et, suggérant une exploitation plus complète de l'obligation de motiver, peut entraîner une réflexion, sensiblement plus large, et qui pour être d'un ordre différent, n'en demeure pas moins liée à la précédente par l'idée sous-jacente de rébellion ou, plus modérément, par le souci des ruptures d'interprétation de la règle de droit.

Il est permis, en effet, de se demander, si notre système de motivation n'est pas conçu de façon excessivement étroite, en droit et en fait. N'y aurait-il pas quelques progrès à espérer, à partir des enseignements du droit comparé, de l'adoption pour les décisions collégiales - celles des juges du fond comme celles de la Cour de cassation - de mécanismes d'expression des opinions dissidentes ? Cela pourrait permettre de mieux éclairer le débat juridique, de mieux mesurer la vigueur de l'interprétation dominante, et par là même, d'augmenter la prévisibilité des revirements de jurisprudence.

**RTD Civ. 1992 p. 340**

### **La jurisprudence ? (1) sur la jurisprudence aujourd'hui**

#### **Monique Bandrac, Professeur à l'université Paris-Nord (Paris XIII)**

Du temps où l'on discutait gravement si elle était source de droit, c'était la prudente et lente interprétation de la loi à laquelle de litige en litige (des litiges individuels) les juridictions se livraient du haut en bas de la pyramide judiciaire, chaque degré s'exprimant l'un après l'autre, et ainsi apportant sa pierre ou déposant, pour le moins, son modeste grain de sel. On ne s'inquiétait guère de ses audaces, tout au plus de leur soudaineté (peut-être plus apparente que réelle) ou de la source chicanière, jugée pathologique, à laquelle elles puisaient. On vantait sa souplesse, on admirait son ingéniosité, on aimait sa sagesse.

Tout cela, s'il en reste encore quelque chose, ne sera bientôt plus que l'exposé nostalgique d'un passé révolu.

Peut-on encore parler d'audace *jurisprudentielle* et s'attendrir en commentaires attentifs à propos de quelques-uns des arrêts de notre Cour suprême (elle pourtant dont on attend tellement) qui ne sont, en vérité qu'autant de coups de force judiciaires à peine déguisés, voire au contraire médiatisés, et dont on espère tout au plus qu'ils finiront, comme parfois il arrive, en coups d'épée dans l'eau ?

Devant les foucades de quelques moins grands juges faudrait-il applaudir sans broncher l'élaboration d'un *droit* novateur alors qu'il s'agit tout simplement d'attentats aux droits de ceux qui n'ont pas l'heur de plaire, ou à l'inverse de faveurs à ceux dont on veut croire, à tort ou à raison, que l'opinion les soutient ?

Et quel avenir augurer de ce chassé croisé cocasse, et pourtant sans espoir, entre la Cour de cassation, qui voudrait désormais faire le droit sans juger, et les juges du fond, qui voudraient juger sans appliquer le droit ?

Ce serait dérision, pourtant, que d'accabler le juge.

Un peu partout, aujourd'hui, le pouvoir étatique s'abrite derrière le juge. Il le flatte en lui faisant croire qu'il gouverne, soit en contrôlant l'oeuvre du législateur, soit en contrôlant l'activité d'autorités administratives, qui se diront d'autant mieux indépendantes. Ou bien il lui fait croire, au moins, qu'il administre les intérêts individuels (de plus en plus souvent, d'ailleurs, écartés du prétoire au profit d'intérêts que l'on appelle diffus) en lui confiant le soin de régler ceux-ci en opportunité, en équité, en arbitraire. Mais, sournoisement, il fait ainsi de lui le fonctionnaire sans indépendance, chargé de mettre en oeuvre sa politique, tout droit écarté.

Le droit, au surplus, chacun se plaît à l'écartier, et non pas seulement le juge, tant paraît illusoire

aujourd'hui son aptitude à donner quelque sécurité. Si bien qu'en réfléchissant sur la jurisprudence on en vient à penser que de nos jours le droit s'efface, peut-être simplement parce que la société momentanément se déstructure avant de se restructurer.

Le propos, sans doute, est pessimiste. On souhaiterait ardemment qu'il le soit trop.

RTD Civ. 1992 p. 340

### **A propos de la filiation non classique (1)**

#### **André Breton, Professeur honoraire des facultés de droit ; conseiller honoraire à la Cour de cassation**

Pardonnerez-vous ces quelques lignes désabusées et sans prétention à un homme qui s'est occupé toute sa vie de questions de droit ?

J'appelle « filiation non classique » celle qui procède d'autre chose que le rapprochement sexuel d'un homme et d'une femme. Cette filiation exceptionnelle a pris à notre époque quelque importance et posé des problèmes jusqu'alors insoupçonnés. L'un d'eux vient d'être réglé par plusieurs arrêts considérables de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 1989, *D.*

1990.273, rapp. J. Massip, *JCP* 1990.II.21526, note A. Sériaux ; Ass. plén. 31 mai

1991, *D.* 1991.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin). La solution qu'elle a donnée est-elle bonne ? Je ne me permets pas d'avoir une opinion sur ce point, telle est la gravité de la matière. Je ne blâme pas la Cour de cassation d'avoir statué. Elle ne pouvait de toute évidence faire autrement. L'article 4 du code civil lui en faisait une obligation stricte. C'est au législateur que s'adresse l'observation que je m'autorise à présenter.

Le régime sous lequel nous vivons est représentatif. Nos Constitutions successives attribuent le pouvoir législatif à des assemblées élues. Le référendum ne joue, en théorie comme en pratique, qu'un rôle marginal. Les membres des assemblées élues se plaignent parfois à notre époque de souffrir de quelque déconsidération, celle-ci se traduisant notamment par le nombre des abstentions lors des élections législatives. Les spécialistes recherchent les causes de ce désintérêt des électeurs. Ne pourraient-ils trouver l'une de celles-ci dans l'abstention du législateur de résoudre par lui-même les problèmes de société les plus graves ?

La filiation non classique, par les difficultés qu'elle crée, porte atteinte aux règles les plus certaines de notre droit des personnes et pose des problèmes fondamentaux à notre société actuelle. Il me paraît que la solution de ces problèmes ne peut être valablement donnée que par le législateur lui-même. Les tribunaux judiciaires, et plus particulièrement la Cour de cassation, peuvent bien, et même doivent, assister le législateur et compléter l'oeuvre de celui-ci en réglant les menues difficultés, obscurités et lacunes que comporte inévitablement toute législation. Mais lorsqu'il s'agit de problèmes fondamentaux de société, on ne conçoit pas, selon moi, qu'ils puissent trouver leur solution ailleurs que dans une véritable loi.

Je sais bien qu'il est banal, de la part d'un juriste qu'une question embarrasse, d'adresser au législateur un appel plus ou moins pressant. Mais il ne s'agit pas ici de choses banales. La

filiation non classique concerne l'une des bases de notre société et est donc une matière de la plus haute importance. Le législateur ne doit pas se dérober à son devoir de se prononcer à son sujet.

Actuellement le pouvoir législatif *lato sensu* s'exerce à titre principal sous deux formes : la loi *stricto sensu* qui est l'oeuvre du Parlement et à laquelle l'article 34 de la Constitution réserve les matières les plus importantes, et le règlement qui procède d'autres organismes. À côté de ce pouvoir législatif principal, il en existe un autre en quelque sorte supplétif qui est exercé par les tribunaux et en droit privé plus particulièrement par la Cour de cassation. Ce pouvoir n'est pas prévu par la Constitution. Un seul texte le concerne, l'article 4 du code civil. Mais ce texte ne l'enferme pas dans un domaine limité. Au contraire, en déniaut au juge la faculté de refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, il ouvre à ce juge un domaine illimité. Peut-être pourrait-on compléter l'article 4 du code civil par un alinéa 2 ainsi conçu :

« Toutefois, lorsque la décision à rendre suppose la prise de position de principe sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le juge doit surseoir à statuer et en référer au législateur ».

RTD Civ. 1992 p. 341

**Mon cher Collègue, (1)  
sur la jurisprudence aujourd'hui**

Jean Carbonnier, Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Tout d'abord, je vous prie de m'excuser de répondre si tardivement à votre invitation. Cette ronde épistolaire (sans table) avait bien de quoi me séduire. Mais je me suis longuement interrogé sur ma possibilité d'y apporter quelque chose d'utile, et j'ai dû constater finalement que ne n'y ferais guère que rabâcher, le péril qui me guette. Jugez-en plutôt.

Des juges, il en faut bien (je ne suis pas anabaptiste malgré les apparences), et je présume qu'ils jugent raisonnablement. Je le présume en particulier pour les arrêts que la Cour de cassation a rendus récemment sur les trois questions citées en exemple. On ne saurait, cependant exclure que, les questions ayant été vues sous un angle différent, des solutions contraires auraient pu être raisonnables. La formation de la jurisprudence par l'exercice des voies de recours est un mécanisme qui combine structurellement avec la nécessité de décider le droit au scepticisme intellectuel : deux solutions sont à égalité devant la Cour.

Je ne puis cacher, l'ayant écrit, que la jurisprudence m'a toujours semblé manquer des caractères inhérents à une source autonome du droit : ou elle est transparence de la loi, ou elle est fondation d'une coutume. Modeste pour elle je l'ai parfois qualifiée de simple « autorité ». Mais, quel que soit le rôle qu'on lui accorde, il s'y mêle beaucoup d'inconvénients. A ceux qui sont généralement reconnus, j'ajouterais celui-ci qui m'a l'air assez grave : l'action de la jurisprudence s'accomplit aux dépens des justiciables, pris pour cobayes d'une expérimentation aléatoire, aux dépens, par hypothèse, du plus naïf des deux, celui qui a eu la lecture la plus littérale, la plus fruste de la loi.

Mais ne faut-il pas se dire que c'est nous, doctrine, pratique, qui faisons la jurisprudence, en la recevant comme source ou comme autorité ? Les recherches devraient se déplacer de la formation vers la réception, phénomène de psychologie de groupe, d'un groupe dispersé, divisé (par têtes plutôt que par écoles), mais mis en communication par les recueils et ... par la *Revue trimestrielle de droit civil*.

Celle-ci, plus vieille que moi, sera, je l'espère, indulgente à ma carence, comme je vous prie de l'être, mon cher Collègue, à un vieil ami.

RTD Civ. 1992 p. 342

**La jurisprudence aujourd'hui (1)**

**Libre propos sur une institution controversée**

**Gérard Cornu, Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris II)**

*1. La juste mesure de la question*

La participation du juge à la création du droit n'est qu'une part de son activité. 1) Dans le jugement du cas qui lui est soumis, la connaissance du fait est première. Tout jugement doit d'abord être fondé en fait, c'est-à-dire toujours sur des faits établis conformément à la loi et souvent, au-delà de simples constatations sur l'appréciation de leur valeur ou de leur gravité (pour un comportement, un préjudice). 2) Dans l'application du droit à l'espèce, le juge est renvoyé à se fonder sur des données non intrinsèquement juridiques : données morales, coutumières, pour son appréciation des fautes, de la fraude, de la bonne foi ainsi que pour l'application des critères directifs (intérêt de la famille, etc.) ; données économiques, pour ses évaluations autre mission majeure. Il faudrait citer tous les cas où, en vertu de la loi, le juge statue en équité, en opportunité, plus généralement compte tenu des intérêts en présence. 3) Dans la connaissance même du droit, le juge est d'abord interprète de la loi, de la coutume, des usages, sources formelles du droit. On peut entrer dans la question de la jurisprudence parmi les sources du droit par deux observations qui la relativisent : la création du droit n'est pas, dans l'ensemble des activités du juge, son activité principale ; elle n'est pas, dans l'ensemble des sources, la source principale. Cette part doublement secondaire est cependant la plus prestigieuse.

*2. Le génie de la jurisprudence prétorienne*

La participation du juge à la création du droit est historique. Les créations prétorienne de la jurisprudence civile sont entrées, de l'avis unanime, dans le droit positif. Certaines tiennent encore debout par leur seule force (enrichissement sans cause, inconvénients de voisinage). La plupart ont reçu, en tout ou partie, la consécration de la loi (affirmation du droit direct dans la stipulation pour autrui, responsabilité générale du fait des choses, abus du droit, etc.).

Ces apports jurisprudentiels sont liés à une époque. La jurisprudence a surtout fleuri dans la seconde moitié du XIXe siècle, après une période d'exceptionnelle stabilité législative. Une telle veine serait-elle aujourd'hui tarie ? On pourrait seulement aventurer que la fécondité de la jurisprudence est inversement proportionnelle à celle de la loi. Ce sont au moins les carences de celles-ci qui offrent au juge des occasions créatrices. Agent de comblement des lacunes légales, la création prétorienne est casuelle. C'est bien pourquoi cette carrière complémentaire est toujours ouverte. Du nouveau, il en surgit toujours, sous forme de nouveaux problèmes (les procréations autres que charnelles) ou d'un nouveau regard sur d'anciens problèmes (responsabilité du fait d'autrui, relativité des conventions). La leçon de cette élaboration toujours recommencée est double : 1) une jurisprudence ne se décrète pas, elle s'élabore (à plusieurs et par longueur de temps, l'arrêt apériteur venant souvent en point d'orgue d'un concert juridictionnel)

(2) ; 2) si les bons arrêts sont légion, les créations véritables se comptent à peine par

décennies.

### 3. *Le respect du système juridique*

Le droit positif est clair. Le jugement n'a qu'une autorité relative (art. 1351 c. civ.). Les arrêts de règlement sont interdits (art. 5 c. civ.). Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit (art. 12 NCPC) et la Cour de cassation, juge du droit, censure la non-conformité à ces règles des jugements attaqués (art. 604 NCPC), tout en respectant elle-même le droit qu'elle a mission de faire respecter. Tout juge dit le droit ; aucun ne l'édicte. La saisine pour avis de la Cour de cassation respecte ce système, puisque l'avis n'oblige ni la juridiction qui l'a sollicité, ni les autres juridictions. Les avis auront de l'autorité.

La remise en cause du système procède d'un double constat : la dégradation de la loi (trop de lois, trop peu de bonnes), la montée vertigineuse du nombre des affaires. Dans sa généralité, la condamnation - pourtant immémoriale - de la loi (*effusa contemptio super leges*) est trop sévère, car elle amalgame au pire ce qui est, depuis 1804, le meilleur de la législation civile, ce trésor de la période d'or des années 1964 et suivantes, dont tous les chercheurs se nourrissent et dans l'interprétation duquel les tribunaux ont à honneur d'en faire rayonner l'esprit. Il reste, hélas, que, globalement, le pire est plus massif que le meilleur et que le déferlement des causes jusqu'au quai de l'horloge est une plaie de la justice.

Dans l'imagination des remèdes, la grande illusion est cependant d'attendre le salut du pouvoir normatif de la jurisprudence. La vérité contraire est qu'un tel pouvoir contribue lui-même à l'encombrement normatif. Il n'y a pas seulement trop de lois, mais trop de droit, trop d'arrêts à interpréter sans fin (quel malheur pour l'Université si l'on pouvait dire qu'on y apprend surtout à « commenter des arrêts en quatre »). Le corps social n'a nul besoin d'un supplément prétorien de normes. Il en regorge, et les arrêts sont aussi dans l'indigestion. La hiérarchie des normes est obèse. Au pullulement des lois, la prolifération prométhéenne des arrêts n'est pas un remède.

La sagacité fait voir, tout à l'inverse, que, lorsque le juge intervient devant l'imperfection de la loi, ce n'est pas *loco legis*, à la façon du législateur, mais à sa propre manière, et que, dans sa manière, il a les moyens de rendre la justice sans fabriquer du droit, sans apporter au moulin de la pollution normative : il a les moyens d'une économie de droit, d'une écologie juridique. Un bon arrêt dispense d'une réforme. Si la référence aux bonnes moeurs suffit à condamner les conventions de procréation pour autrui, le juge le dira, sans faire acte de législateur. Au moins peut-il calmer l'inflation législative. La jurisprudence permet d'attendre. Le prétorien n'est pas nécessairement innovateur, il peut être conservatoire. Que le juge pose, en matière de transsexualisme, des interdits provisoires, il sera toujours temps de les lever. C'est une action de politique législative, mais par réduction salutaire.

Dans la motivation de ses décisions, le juge serait enfin mieux inspiré de se garder de l'absolutisme. Ce n'est pas le vouer aux décisions d'espèce ou d'expédients, mais à la

prudence. Est-il bon de proclamer dans l'absolu, l'indisponibilité du corps humain qui, dans la vérité, n'est pas catégorique mais, à tant d'égards, tempérée ? *Non expressa non nocent*. Ce serait excessif de prôner le silence de la jurisprudence. Mais où est la fin de la justice, le rôle du juge ? Laissons le mythe flatteur et décevant du juge-législateur. La plénitude de son office est harmonieusement devant nous. Quand, jour après jour, il interprète le fait et le droit, il lui faut toutes les lumières qui le feront, au besoin, conciliateur, médiateur, arbitre, compositeur des intérêts, modérateur peut-être, source de droit les grands jours fastes, source de justice tous les jours.

RTD Civ. 1992 p. 344

### **La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée (1)**

#### **Michelle Gobert, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)**

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

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

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

C'est que celui-ci serait peut-être plus pesant encore que prévu. Il le serait si la jurisprudence n'est pas seulement oeuvre des tribunaux mais qu'elle « est plutôt cette oeuvre telle que vue,

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

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

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

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

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

d'opposition. C'est bien pourquoi le juge qui n'a pas de véritable pouvoir normatif en possède néanmoins un tout à fait réel, donc effectif.

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

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

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

\*\*\*

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

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

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

Réduit dans ses compétences et entravé dans son action chaque fois que le droit communautaire est en jeu, le législateur a vu, à peu près dans le même temps, son autorité, jusque-là incontestée parce qu'incontestable, largement entamée par la possibilité de voir corriger sa copie par le Conseil constitutionnel. On connaît l'importance de la jurisprudence de ce dernier dans la vie politique et juridique française, grâce à la réforme de 1974, particulièrement opportune pour lui puisqu'il venait, en 1970 et surtout 1971, de donner une idée du formidable pouvoir dont il pourrait se doter en élargissant le champ de ses références. Et il a continué depuis en modulant ses réponses : non seulement si la loi qu'il a votée est claire, le législateur pourra la voir déclarée non conforme à la Constitution, totalement ou partiellement, mais il pourra, si elle est obscure, la voir sanctionnée autrement. Ainsi en est-il lorsque le Conseil constitutionnel déclare la loi non contraire à la Constitution, sous réserve des interprétations que lui-même en donne.

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

La Cour de cassation a été la première à ne pas laisser passer l'occasion de s'en apercevoir. Par un arrêt, d'autant plus remarqué et demeuré célèbre que le Conseil d'Etat a maintenu jusqu'en 1989 une analyse contraire, la Haute juridiction a, dès 1975, rejeté le pourvoi formé contre un arrêt audacieux de la cour d'appel de Paris ayant jugé qu'en vertu de l'article 55 de la Constitution le Traité de Rome avait une autorité supérieure à celle de la loi interne, *même postérieure*. Mais la motivation de la Cour de cassation a une tout autre portée qui

précise après la Cour de justice des Communautés européennes, que le Traité, « qui a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres », spécificité qui justifie que « l'ordre juridique qu'il a créé soit directement applicable aux ressortissants des Etats membres et s'impose à leurs juridictions ». Par cette décision, la Cour de cassation, chargée d'appliquer la loi française, s'est octroyée le droit de lui préférer les textes communautaires quand bien même la loi française, qui leur était contraire, leur était aussi postérieure. L'opposition à la volonté du législateur, alors qu'elle n'est pas chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et que le Conseil constitutionnel lui-même n'a pas voulu se reconnaître le pouvoir de contrôler la conformité des lois aux engagements internationaux, ne pouvait donc être plus certaine et plus clairement exprimée. Et même si, aujourd'hui, une telle remarque peut paraître totalement dépassée, compte tenu de l'évolution postérieure, on ne peut nier qu'il y a dix-sept ans, l'arrêt des *Cafés Jacques Vabre* constituait une fantastique émancipation de la Cour de cassation, à sa seule initiative.

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

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

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

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

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

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

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

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

Il ne faut pas attendre semblable réaction en droit privé où toute une partie de la doctrine encouragerait plutôt la Cour de cassation à consacrer des règles qu'elle ne trouve pas dans les textes, parce que la théorie des sources du droit aurait à être remise en cause qui est « trop étroitement legaliste ». Pourquoi pas ? A condition que la redistribution des cartes soit

claire. Suivant les auteurs, les principes généraux sont découverts, appelés, consacrés, révélés, certains d'entre eux, les publicistes, assortissent les termes utilisés, les deux premiers de préférence, de guillemets, cette forme écrite du clin d'oeil dans certains cas. Pour M. B. Oppetit, le juge ne crée pas ces principes, il les révèle, précisément, parce que - dit-il - « il n'est pas investi d'un véritable pouvoir normatif ». Qu'il n'en soit pas « investi » ne fait aucun doute mais qu'il l'exerce, à égalité avec le législateur dans l'hypothèse considérée, ne fait aucun doute non plus. Et M. Oppetit de préciser que les principes existeraient déjà dans le système juridique qui exclut les lacunes. Mais exclut-il les lacunes ou l'absence de solution ? Suivant la réponse faite, l'exclusion n'est pas de même nature : ce qui n'est pas possible c'est qu'un litige ne soit pas réglé par la justice mais il peut être révélateur d'une lacune du droit et dans l'esprit de notre système juridique, si celui-ci fonctionne bien, attention doit être attirée (et aujourd'hui la Cour de cassation en a les moyens grâce à son rapport annuel) pour que le législateur intervienne pour la combler. Car, même si ces principes sont effectivement en suspension dans l'esprit de notre droit, suivant la très suggestive expression de M. Carbonnier qui nous a permis de mener une

comparaison d'ordre météorologique dans le précédent numéro de cette *Revue*, nous avons pu conclure « qu'on le veuille ou non, les tribunaux déclenchent la précipitation et les décisions font ici office de gouttes ». C'est dire que la redistribution des cartes dans le domaine des sources du droit se fait au bénéfice de la jurisprudence.

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

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

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

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

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

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

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

On voudrait compléter ce tableau composé à partir d'exemples certes fort connus mais dont le choix est nécessairement personnel, c'est-à-dire parcellaire, par une dernière notation qui

peut concourir à susciter le rapprochement avec le législateur, du moins celui qui écrit bien parce que les textes qui lui ont été soumis ont été eux-mêmes bien écrits.

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

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

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

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

\*\*\*

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

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

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

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

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

M. Bellet avait lui-même alors, très rapidement, indiqué quelques moyens d'aller plus vite : le pourvoi dans l'intérêt de la loi était de ceux-là car il n'a pas, disait-il alors, l'importance

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

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

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

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

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

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

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

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

Il est vrai aussi que le temps manque aujourd'hui de plus en plus. Pour ceux qui ne s'en seraient pas encore aperçus, la loi de mai 1991 instaurant, sur souhait de la Cour de cassation, la saisine de celle-ci pour avis aura été un bon révélateur. On en résumera l'économie en disant que les juridictions ont désormais la possibilité, avant de statuer, de saisir la Cour de cassation pour lui demander comment elle la trancherait elle-même si la question de droit qui leur est soumise est nouvelle, présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges. (Il ne s'agit donc pas de la mise en oeuvre de l'idée émise par M. B. Oppetit, en 1974, qu'il faudrait, pour lutter contre l'importance prise par les réponses aux questions ministérielles, permettre à un usager du droit de solliciter l'interprétation d'un texte de loi, *en dehors de tout litige*). On soulignera combien restreinte est la formation qui se prononce sur la demande d'avis puisque, présidée par le Premier président, elle n'est composée que des présidents de chambre et de deux conseillers désignés par chaque chambre spécialement concernée. Et l'on comprendra alors combien le système nouveau, s'il devait réellement fonctionner, s'éloignerait de ce qui jusqu'à présent a été à l'origine de

l'élaboration des décisions, indispensable étape pour que les solutions qui découlent de ces dernières deviennent, dans notre organisation judiciaire, jurisprudence, c'est-à-dire source du droit. L'unité est, dans ce cas, fallacieuse, parce qu'elle n'est plus le résultat d'une diversité arbitrée. Pire, elle est considérée comme préférable à la créativité des juges du fond. Ce n'est pas à dire que la Cour de cassation, dans la formation évoquée, ne pourra en faire preuve mais seulement que l'imagination juridique et la sensibilité que, faute de mieux, on qualifiera de sociologique, varient suivant les étapes de la procédure qui coïncident avec les générations. Or toutes, contrairement au Conseil d'Etat - et malgré l'existence des conseillers référendaires dont la présence est très diversement répartie entre les chambres et le rôle très différemment compris par elles - n'y sont pas représentées. C'est pourquoi il importe que la Cour de cassation ait conscience de cette diversité pour se déterminer en toute connaissance de cause.

## **Jurisimprudence ? (1) sur la jurisprudence aujourd'hui**

**François Terré, Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)**

Est-ce pur hasard si le mot jurisprudence, qui désigne en anglais la philosophie et la théorie générale du droit, signifie pour nous l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période ? L'on peut supposer une parenté, non déclarée mais naturelle, entre deux points de vue, l'un théorique, l'autre pratique. Les réflexions qu'inspirent présentement les mouvements jurisprudentiels le donnent à penser. Car au-delà d'une comparaison habituelle des vertus et des vices de la jurisprudence et de la loi, c'est, à travers le concept flottant de source, d'une relation au droit qu'il s'agit.

Les relations de la jurisprudence avec d'autres sources - ou d'autres autorités, peu importe ici - ont souvent été empreintes d'ambiguïtés, favorisées par la réciprocité des influences. Au point d'encourager des analyses en termes d'absorption : de la jurisprudence par la coutume ; de la coutume par la jurisprudence. Ailleurs, c'est sur l'idée d'exclusion que le débat s'est développé : à l'heure du triomphe du légalisme révolutionnaire sur les Parlements et leur arbitraire en exaltant la loi, on proscrivit la jurisprudence.

A telle enseigne que, les métaphores inspirées par l'eau se révélant si séduisantes, il s'est, jusqu'à une époque toute récente, accrédité dans l'esprit des juristes cette idée qu'il y aurait dans l'expression des règles et des solutions un phénomène de vases communicants : en légiférant, mieux encore en codifiant, on réduirait le rôle de la jurisprudence ; en rabaisant, au contraire, la superbe des auteurs de lois, on amplifierait celle des faiseurs de jugements, donc des fabricants de jurisprudence.

Cette présentation des choses s'explique aisément. Elle a été pleinement justifiée aussi longtemps que la jurisprudence est apparue, à travers l'application et l'interprétation des lois, comme le complément et le prolongement de celles-ci. A mesure qu'au siècle dernier les codes napoléoniens vieillirent, il était naturel que l'adaptation des règles aux exigences de la société contemporaine s'opérât dans les prétoires et non pas dans les bureaux. Là où la puissance législative n'était guère intervenue, le terrain laissé libre par la loi fut naturellement couvert par la jurisprudence. Ceci confirmait cela. Par exemple en droit administratif ou en droit international.

Le goût des parallèles, chers à l'histoire et à la littérature, s'est donc développé en droit. Les avantages et les inconvénients respectifs de la loi et de la jurisprudence ont été analysés. De l'ordre civil, la démarche est passée à l'ordre administratif. A tel point que, suivant un processus observé en droit comparé, mais latent en droit interne, il est arrivé que les juristes aient, comme pour perpétuer des différences, inversé des positions. Lassés de trop d'espèces,

des publicistes en appellent au législateur. Recouverts par un flot ininterrompu de textes, des privatistes espèrent un moratoire législatif, faisant valoir que les tribunaux n'ont pas, jusqu'à nouvel ordre bureaucratique, été privés du pouvoir de juger en cas de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Les réflexions suscitées par le développement du rôle du Conseil constitutionnel ont illustré encore un débat en forme d'alternative : volonté nationale ou vérité judiciaire ?

A l'ombre de cette alternative, s'est longtemps perpétué un débat des plus classiques, agrémenté de formules exactes, séduisantes, inspirées de considérations temporelles en termes d'antagonismes et de mouvements d'amplitude variable, dialectique aidant : modification de la loi par la jurisprudence, combat de la loi contre la jurisprudence, synthèse de l'une et de l'autre, l'une et l'autre offrant leurs services au droit, évolution ou révolution aidant. Débat des plus classiques, mais aussi des plus ambigus : la jurisprudence est-elle ou n'est-elle pas une source du droit ? La réponse n'est pas indifférente aux opinions développées par la doctrine face à ce que l'on appelle, à tort et à travers aujourd'hui, les grandes questions de société. Face aussi aux incertitudes engendrées par l'activité grandissante de la Cour de cassation, juridiction paradoxale par excellence : ces contradictions qu'elle a pour mission d'éliminer, elle en arrive à les reproduire : d'une chambre à l'autre, d'une année à l'autre. A vouloir trop s'approcher du but, elle s'en éloigne. A moins que ce ne soit, le temps passant, une manifestation de presbytie judiciaire. Jurisprudence ou jurisimprudence ?

Pourquoi le débat évoqué est-il ambigu ? Parce que, lorsque l'on se demande si la jurisprudence est une source du droit, c'est par rapport à la loi, considérée comme telle, que la réflexion prospère, d'utile et abondante manière si l'on en juge par la littérature juridique. Reste que l'on tient souvent pour acquis la qualité de source reconnue à la loi.

Là gît probablement l'ambiguïté fondamentale, liée à l'usage d'une vieille métaphore. Que l'eau entretienne des rapports avec les manifestations du juridique, on en trouve des traces lointaines dans l'espace et dans le temps. Servant dans la Chine traditionnelle à désigner la loi, le mot *fa* relève d'une étymologie curieuse : dans sa graphie archaïque, il se compose « de l'élément de l'eau, qui connote l'idée de justice par l'image de la surface de l'eau parfaitement plane » (L. Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris, 1965, p. 185). Eau plate ou eau courante, la relation peut varier. On a parlé de fontaines de justice. Et, dans notre tradition, l'histoire voudrait que Cicéron ait été l'inventeur de l'expression « source du droit ».

Métaphore séduisante, mais dangereuse si l'on s'en tient à la surface. Qui dit source dit lieu ou point d'émergence d'une eau qui est nourrie par bien des cours ou filets souterrains sans lesquels la source serait vite asséchée. L'en couper, c'est la tarir. De même isoler la loi, dans sa manifestation extérieure, à la seule surface du réel, de tout ce qui la nourrit, c'est faire d'elle une réalité en soi et oublier que, si nécessaire que puisse être son expression formelle, celle-ci n'en est pas moins expression d'une volonté générale, ce qui interdit de confondre la loi avec le droit, la source avec la source de la source.

Le culte effréné de la loi a favorisé au siècle dernier cette confusion regrettable. Kant n'y est pas étranger : « Le *juriste* érudit recherche les lois qui garantissent le *mien* et le *tien* (s'il procède, comme il le doit, en fonctionnaire de l'Etat) non dans sa raison, mais dans le code officiellement promulgué, sanctionné par l'autorité suprême ». On ne peut légitimement lui demander de prouver leur vérité et leur bien-fondé, ni de les défendre contre les objections de la raison. Car ce sont d'abord les ordonnances qui font qu'une chose est juste ; quant à rechercher si ces ordonnances elles-mêmes sont justes, c'est là une question que les juristes doivent carrément refuser d'entamer, comme contraire au bon sens. Ce serait ridicule de vouloir se soustraire à l'obéissance d'une volonté extérieure et suprême, sous prétexte que celle-ci ne s'accorde pas avec la raison. Car le respect dû au gouvernement consiste précisément en ceci que celui-ci ne laisse pas aux sujets la liberté de juger de ce qui est juste ou injuste, suivant leurs propres conceptions, mais suivant la prescription du pouvoir législatif (*Le conflit des facultés en trois sections*, 1798, traduction française, Vrin, 1988, p. 23). Telle n'était pas, il est vrai ; la philosophie de Portalis. La suite a pourtant bien montré à quel point la force de l'idéalisme allemand a favorisé l'essor du positivisme juridique.

Si l'on s'emploie à rétablir une distinction du droit et de la loi rendue d'autant plus nécessaire par la prolifération du galimatias législatif et réglementaire, la réflexion qu'inspirent les manifestations actuelles de la jurisprudence se développe autrement que de coutume. Car il ne s'agit plus seulement d'analyser la jurisprudence par rapport à la loi, mais de les replacer l'une et l'autre par rapport au droit pour savoir si elles sont ou n'en sont pas des sources et apprécier leur légitimité.

Evitant une vision binaire, cette attitude porte à abandonner un débat en forme d'alternative : loi ou jurisprudence ? Aujourd'hui, il ne faut plus raisonner en termes de vases communicants et croire que ce que l'une gagne, l'autre le perd. Bien au contraire, on observe présentement un accroissement des règles et des solutions, des textes et des jugements, de la loi et de la jurisprudence, s'appelant voire se provoquant l'une l'autre. Toutes deux - fût-ce en relation de hiérarchie inspirée par la démocratie et rebelle à l'oligarchie - modes d'expression, donc sources du juridique. Toutes deux assujetties aux tâtonnements, aux contradictions et aux revirements que suscite une société en quête de valeurs. Au demeurant, qu'il puisse y avoir, qu'il y ait même dans notre société trop de droit, c'est bien possible. Mais c'est là une autre histoire.

A propos de la responsabilité civile (1)

André Tunc, Professeur émérite de l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Incapable d'ajouter rien de valable aux nombreuses réflexions récemment consacrées à la jurisprudence, je voudrais procéder à une étude très modeste. Considérant seulement la responsabilité civile, je voudrais rechercher à qui l'on doit faire confiance en priorité pour adapter le droit aux besoins de la société contemporaine : au juge ou au législateur. Ce sera une simple « étude de cas ».

a) Observons d'abord sous ses aspects les plus saillants l'histoire de la responsabilité en France depuis le code civil.

La première médaille - une médaille d'or ! - est gagnée par le juge. Le tribunal de commerce de la Seine dès 1841 et la cour d'appel de Paris dès 1845, rejetant un dogme séculaire, admettent la validité de l'assurance de responsabilités. C'était ouvrir la porte à une transformation radicale du fonctionnement de la responsabilité civile. On pourra désormais, par une cotisation annuelle, s'éviter l'application de l'article 1382, ne plus répondre du dommage que l'on cause à autrui par sa faute. Ce ne sera pas possible pour n'importe quelle faute, bien sûr. Il faudrait exclure de la protection la faute délibérée, et l'on ira en fait jusqu'à protéger toute faute autre qu'intentionnelle. Mais il devient possible de faire supporter par une mutualité, non seulement les responsabilités dérivées des articles 1384 à 1386, mais la charge des dommages causés par erreur, maladresse, inadvertance, relâchement d'attention : toutes ces faiblesses qui sont constamment le fait du « bon père de famille », et qu'on qualifie abusivement de faute, puisque le comportement de celui-ci est le critère de l'absence de faute. On voit ainsi dès 1845, se profiler la distinction de la faute et de l'erreur, donc du droit de la responsabilité (pour faute) et d'un droit des accidents.

L'arrêt de 1845 était relatif à un accident de la circulation (hippomobile). Le problème qui prenait pourtant une importance croissante était celui des accidents du travail.

En ce domaine encore, le juge devance le législateur. Ratifiant la « découverte » doctrinale de l'article 1384, alinéa 1, la Cour de cassation, en 1896, rend l'arrêt *Teffaine*, qui garantit l'ouvrier blessé par l'explosion de la machine avec laquelle il travaillait. Une jurisprudence considérable (la plus volumineuse sans doute qu'ait connue notre droit) allait (pour plus d'un siècle, on peut le craindre) s'édifier sur des mots qui (seuls sans doute dans le code civil) voulaient ne rien dire, n'étant qu'une transition inutile, un luxe de style.

Le législateur, pourtant, travaillait depuis longtemps sur la question. Texte de compromis, la loi de 1898 fait peser sur l'industriel une responsabilité automatique, mais forfaitaire et partielle, à l'égard de ses ouvriers. Reculant devant le spectre de l'assurance obligatoire, la loi crée du moins un fonds de garantie. Faut-il souligner que ni le juge, ni le législateur, ne

travaillaient en vase clos ? Forces politiques et doctrine poussaient au changement.

Un problème était temporairement résolu. Un autre apparaissait : celui des accidents de la circulation. En 1911, la Cour de cassation décide que le contrat de transport de personnes comporte une obligation implicite de la part du transporteur d'assurer la sécurité du passager jusqu'au point de destination. Heureuse décision, mais de portée restreinte. On voit alors législateur et juge travailler « en parallèle ». Le Parlement est saisi de propositions de lois instituant un droit des accidents de la circulation en 1906, en 1927, 1929, 1931. La proposition de 1906 suscite de la Société d'études législatives une recherche qui conduit à un projet rédigé par Ambroise Colin. Le Parlement reste passif. Mais bientôt Ambroise Colin entre à la Cour de cassation et celle-ci, sous son impulsion, redonne vie à l'article 1384, alinéa 1. La portée de la jurisprudence nouvelle fait l'objet d'âpres discussions jusqu'à l'arrêt *Jand'heur*, qui la rend applicable à toutes choses. Le recours au législateur, préconisé en 1931 et 1932 par Maurice Picard et la Société d'études législatives, resta vain.

« Un immense gaspillage d'intelligence et de temps, c'est peut-être le bilan que l'on dressera un jour de notre célèbre jurisprudence », écrit Jean Carbonnier. Si louable qu'ait été l'initiative de la Cour de cassation on ne peut dire que ses résultats furent satisfaisants. Près de 40 % des victimes d'accidents de la circulation restaient non indemnisées pour des raisons futiles. Dans l'incertitude du droit, elles recouraient aux tribunaux (pour être éventuellement indemnisées en moyenne 31 mois plus tard) dans 20 % des cas, et même dans 28 % des cas pour celles qui souffraient d'une incapacité permanente. Les tribunaux étaient saisis de près de 100 000 procès par an : plus de 250 par jour.

On comprend alors qu'un ministre de la Justice, professeur de droit, s'attaque au problème. Jean Foyer crée, à l'automne 1964, une commission pour étudier la réforme du droit des accidents de la circulation. Une massive coalition d'intérêts met fin à son projet et, sans doute, pèse définitivement sur sa carrière politique.

Une réforme importante, sinon du droit « dans les livres », du moins du droit tel qu'il se pratique, se réalise pourtant peu après. Elle ne vient ni du juge, ni du législateur, mais des assureurs eux-mêmes. C'est une convention entre assureurs, permettant que les très nombreux accidents n'entraînent que des dommages matériels soient réglés rapidement selon des règles simples inspirées d'une application statistique de l'article 1382 et ne donnent pratiquement plus lieu à contentieux.

Par l'intensité même de la campagne de presse et de radio qu'ils avaient déclenchée contre la réforme, cependant, les adversaires de celle-ci préparaient son retour. La question avait été posée devant l'opinion publique, devant des techniciens aussi ; elle permettait aux juristes et aux assureurs de réfléchir. On pouvait, certes, obtenir du président de la République qu'il ordonne à la Chancellerie d'enterrer le dossier. Mais un septennat n'est pas automatiquement renouvelable. On connaît la suite, Robert Badinter, ministre de la Justice et professeur de droit, nomme une nouvelle commission à l'automne 1981. Cette initiative contribue à la violence des attaques dont

il est l'objet. Pourtant, il persévère. Au rapport qu'il reçoit de la commission au printemps 1982, il donne une large diffusion. Puis, il entreprend une longue concertation avec tous les intéressés.

Un peu comme elle l'avait fait en 1896, la Cour de cassation intervient. En 1982, c'est l'arrêt *Desmares*. Provocation à la réforme, a-t-on dit. Mais les passions sont telles que se produit un phénomène sans précédent et de la plus extrême gravité : la révolte se propage parmi les cours d'appel, et la moitié d'entre elles refusent de s'incliner.

En 1984 la Cour de cassation rend cinq décisions destinées à éliminer entièrement la notion d'imputabilité et à rendre la responsabilité plus objective, plus dégagée de la notion de faute, plus proche d'un droit des accidents.

Robert Badinter poursuit la concertation. Il prépare un texte de compromis, une réforme partielle, au « profil bas » pour diminuer le coefficient de pénétration. Cette politique est récompensée. Le Parlement vote à l'unanimité la loi du 5 juillet 1985.

La réforme, pourtant, n'est-elle pas partiellement illusoire ? Certes, sur de très nombreux points (que l'on a tendance à oublier), elle améliore incontestablement le sort des victimes. Mais le désir d'assurer aux piétons, cyclistes et passagers, une indemnisation automatique, sauf cas exceptionnel, est-il, en fait, satisfait ? On peut en douter, car tribunaux et cours d'appel, encore sous l'empire de la passion autant que par habitude, interprètent largement la loi en haine du législateur. C'est la Cour de cassation qui sauve la loi, par les arrêts qu'elle rend le 20 juillet 1987 sur la notion de faute inexcusable, cause exclusive de l'accident.

La loi n'assurait pas l'indemnisation des conducteurs. La pratique, une fois encore, va compléter la loi. Les assureurs offrent cette indemnisation aux conducteurs pour une prime très modique. Ainsi, piétons, cyclistes et passagers sont à peu près automatiquement couverts cependant que la plupart des conducteurs le sont entièrement : la situation est presque satisfaisante pour les uns comme pour les autres. On dit souvent que la loi Badinter a remplacé un contentieux par un autre. Ce n'est pas exact : de 20 %, le contentieux était tombé, il y a un an déjà, à 8 % et, en ce qui concerne les victimes d'incapacité permanente, de 28 % à 12 % (11 % pour les clients des mutuelles).

En 1991, la Cour de cassation décide que la responsabilité du fait d'autrui ne se limite pas aux cas expressément prévus par l'article 1384 du code civil.

On ne peut qu'admirer l'énergie dont a fait preuve la Cour de cassation, dans les dernières années, pour indemniser les victimes d'accidents et clarifier et rationaliser les règles juridiques.

b) Peut-on essayer de regarder l'avenir ?

Il serait souhaitable de pousser la loi Badinter à sa logique. L'assureur d'un véhicule automobile couvrirait sans contestation tous leurs passagers, conducteur compris, et tous les piétons et cyclistes victimes du véhicule. Le système serait à la fois plus juste et beaucoup plus simple. Il ne pose aucun problème financier. Il relève du législateur. En attendant, félicitons-nous que, dans le cadre de la loi Badinter et conformément à son esprit, la Cour de cassation se montre très indemnistrice.

Il faudrait aussi rendre automatique la responsabilité des parents, comme cela a été suggéré à la Cour de cassation même, et celle des commettants, dès lors qu'un dommage a été causé durant les heures de travail ou avec un instrument de travail.

Il faudrait aussi se demander si la jurisprudence fondée sur l'article 1384, alinéa 1, conçue essentiellement pour les victimes d'accidents du travail et de la circulation, conserve encore une raison d'être. Il n'est pas satisfaisant pour l'esprit que l'on doive, dans un style plus moliéresque que biblique, demander à la Cour de cassation de dire qui est « gardien » d'un fer à repasser (Civ. 2<sup>e</sup>, 5 déc. 1990, *JCP* 1991.IV.43) et que la Cour, cassant pour insuffisance de motifs, doive renvoyer à une quatrième juridiction. Pour les dommages matériels, il semble qu'on puisse conclure à l'opportunité d'un retour au seul régime de l'article 1382 : de nombreuses études économiques ont montré qu'en ce domaine, la responsabilité créait insécurité et gaspillage de ressources, alors que tout propriétaire peut, s'il le désire, couvrir son bien contre les dommages accidentels en contractant une assurance. Pour les dommages corporels, l'article 1384, alinéa 1 tel qu'il est interprété, apporte-t-il aux couvertures sociales un complément qui mérite d'être conservé ? On hésite à conclure. La Cour de cassation ne peut guère distinguer dommages matériels et dommages corporels. Il lui faut globalement abroger son interprétation (« Attendu que l'art. 1384, al. 1 c. civ. n'a jamais voulu rien dire... ») ou la maintenir (quitte à la simplifier). Pourrait-elle demander à un groupe de magistrats de l'éclairer, en considérant les cas quotidiennement soumis aux tribunaux ? Il y a peu de chances en tout cas, pour que le ministre de la Justice ait actuellement le loisir de se soucier de la question.

Il faut pourtant conclure. On voit d'abord que combler les inévitables retards et lacunes du droit, ou corriger ses imperfections, est une tâche difficile, qui demande beaucoup de persévérance. On voit, d'autre part, qu'il serait dangereux de trop compter, pour accomplir cette tâche, essentiellement sur le juge ou sur le législateur. Selon la nature des problèmes, c'est l'un ou l'autre qui peut jouer un rôle déterminant, et l'un a besoin de l'autre, tout comme l'un et l'autre ont besoin de la doctrine et des praticiens. Tous les juristes sont donc appelés à coopérer à cette tâche.

A vrai dire, on pouvait s'en douter avant d'avoir écrit ou lu une seule ligne...

## Clôre enfin le débat (1) sur la jurisprudence aujourd'hui

### Frédéric Zenati, Professeur à l'université Jean Moulin (Lyon III)

La doctrine remet régulièrement en question la jurisprudence. Ce qu'elle fait aujourd'hui une fois de plus ici. Avant de nous prêter à ce rite, nous aimerions en suggérer - très brièvement - l'explication. Depuis le Bas-Empire romain, les savants du droit ont abandonné la pratique judiciaire et sont passés de l'état de jurisconsultes (expert en l'art de juger) à celui de professeurs. A quelques exceptions près ils n'ont pas cessé depuis lors d'étudier le droit sans le pratiquer. Ce repli théoricien a été à certains égards bénéfique. Il a permis la construction de solutions douées d'une grande aptitude à la transposition en raison de leur fort degré d'abstraction et d'un supplément de maniabilité en raison de leur systématisation. Mais il a eu aussi pour effet d'éloigner les docteurs de leur sève nourricière : le procès. Ceux-ci ont cessé d'être des auxiliaires du juge pour devenir des auxiliaires (parfois des thuriféraires) de la loi. Ils l'ont préparée en rédigeant de grandes synthèses de mémoire judiciaire ; bref, ils ont codifié le droit avant que le prince n'ait même l'idée de code. Et une fois que la loi a imposé son règne, ils en sont naturellement devenus les interprètes privilégiés.

A ce stade de l'évolution, le juge ne joue aucun rôle dans l'élaboration du droit ; il n'est qu'un exécutant. Une telle configuration n'est pas propre à l'histoire du droit français. Elle reste à la base des droits religieux, comme le droit juif ou le droit musulman : les juges y appliquent scrupuleusement le droit tel qu'il est interprété par les docteurs. Nous n'en sommes plus là, car les cours suprêmes ont, entre-temps - ce n'est pas si vieux - ravi à la doctrine sa mission d'interprète des lois. Celle-ci continue cependant à mettre en question de manière endémique le pouvoir normatif des juges, exerçant de la sorte un tutorat rémanent sur les juges : la jurisprudence est-elle une source du droit ? Dans l'affirmative, quelle est sa valeur ? N'est-elle pas un miroir aux alouettes ?

Le préjugé défavorable dont souffre la jurisprudence, aux yeux de la doctrine, est sensible au vu du sort différent qui est réservé à la loi. Personne ne s'aviserait à mettre cette dernière en cause dans son principe. Il est vrai que le statut de la loi - à tout seigneur, tout honneur - est défini par les textes et ne souffre, dès lors, aucune contestation. Rien de tel pour le droit des juges, dont le statut n'est nulle part défini. La Constitution n'en dit rien ; le code civil ne pipe pas mot à son sujet et ne peut fournir de réponses qu'à ceux qui lisent entre ses lignes. Quant à la jurisprudence, elle peut difficilement être crédible quand elle se prononce sur elle-même, surtout si l'on doute de sa valeur normative ! Reste... la doctrine, qui souffre des mêmes travers qu'elle reproche à la jurisprudence (incertitude, division, etc.) et ne peut donc... que discuter.

La remise en question du droit des juges par la doctrine a quelque chose de paradoxal. C'est dans une certaine mesure eux-mêmes que les docteurs remettent en cause lorsqu'ils

s'interrogent sur l'existence et la validité de ce droit. A l'époque où ils étaient jurisconsultes, les docteurs s'appelaient *prudents*. C'est eux qui enseignaient à travers leurs consultations l'art de juger aux juridictions et, simultanément, produisaient, par prêteur interposé, la jurisprudence. Cela est si vrai que jusqu'à la Révolution française le mot jurisprudence a continué de désigner autant le droit savant que la pratique judiciaire. Robespierre, qui s'était proposé d'abolir le concept de jurisprudence, y est partiellement parvenu : depuis le début du XIXe siècle, l'activité juridique savante porte le nom de doctrine, la jurisprudence des arrêts (ou des tribunaux) devenant désormais un pléonasme du fait de la réduction de la notion de jurisprudence. Pourtant, la mission prudentielle des savants n'a pas totalement disparu. Ceux-ci délivrent régulièrement des consultations *a posteriori* à travers les notes d'arrêt et continuent de suggérer des solutions. En pesant les arguments de droit et d'opportunité que lui inspire une affaire, le docteur fait - sans le savoir -, tel M. Jourdain, de la prudence du droit, cet art de délibérer qui permet de trouver la solution correcte d'un cas. Comment peut-il dans ces conditions douter que la prudence soit source, mieux, *la* source du droit ?

### Une affaire d'ontologie

En fait, ce qui égare la doctrine quand elle met la jurisprudence sur la sellette, c'est la méconnaissance de la nature de la discussion qu'elle organise. Non pas débat de techniciens, mais de philosophes car, ce qui, au fond, est à la clé n'est rien de moins que la définition du droit. Savoir si la jurisprudence est une source du droit suppose que l'on s'entende sur ce qu'est une source du droit et donc sur ce qu'est le droit. Selon l'idée que l'on a du droit on admettra ou refusera d'admettre la jurisprudence au rang des sources du droit. Le statut de la jurisprudence est affaire d'ontologie.

Celle qui est dominante en France voit dans le droit une règle. Il y a là une première difficulté, car le jugement, fondement de la jurisprudence, est ce qui ressemble le moins à une règle. A chercher une règle dans la jurisprudence, on a les meilleures chances de ne pas l'y trouver. Celle-ci se définit comme l'ensemble des jugements, le jugement plus exactement, en ce qu'il accomplit un acte juridictionnel (digne de ce nom) c'est délibérer, et donc faire acte de prudence. Elle constitue une méthode, voire une procédure de jugement, dont l'objectif est de n'omettre aucun élément de discussion et de pondérer chaque argument. A ce titre, elle est tributaire de la dialectique des prétentions et de la rhétorique des plaideurs. A y regarder de près, la jurisprudence pourrait bien être une manière de juger plutôt qu'une règle de jugement (si l'on peut introduire une nuance entre ces deux notions) : les abaques utilisés pour évaluer les dommages corporels, les « tarifs », pratiqués par les juridictions pénales, tout ce que le doyen Carbonnier appelle la pratique judiciaire, c'est déjà de la jurisprudence. Si cette approche est juste, la jurisprudence se distinguerait de la règle jurisprudentielle qui n'en serait que le produit (dans l'élaboration duquel, d'ailleurs, la doctrine joue un rôle majeur). *Le juge confectonnerait au moyen d'une procédure prudentielle le droit conçu non comme règle mais comme solution juste du litige et c'est à partir de ce minerai que se construirait la règle.*

Pour admettre cela, il faut pour un juriste continental (et français de surcroît) fournir un effort

considérable. Le droit est pour lui non pas le jugement antérieur, le précédent, il est la règle (*nomos*) et donc, au bout du compte, la loi. L'ontologie juridique anglo-saxonne est rigoureusement opposée à cette perception. Elle trouve le droit dans l'acte juridictionnel et n'a donc aucune difficulté à reconnaître cette évidence que le droit procède du jugement.

Mais quand même, grâce à un recul suffisant, le juriste français parviendrait-il à concevoir un droit à l'état pré-normatif, il lui resterait à fournir un autre effort : concevoir que la règle que l'on dégage du jugement n'a pas les caractères de la loi, qu'elle n'est pas générale ni contraignante.

La jurisprudence est foncièrement locale. Elle est attachée à une juridiction, comme autrefois une coutume l'était à un bailliage. Elle est en conséquence multiple et contradictoire, ce qui est incompatible avec la perception unitaire que l'on a du droit moderne. Mais l'on sait que cette caractéristique n'est pas irréductible. La jurisprudence peut être centralisée et unifiée par divers procédés. Rome connaissait le rescrit, que l'on est en train d'exhumer. La plupart des Etats ont aujourd'hui adopté le principe d'une cour suprême dont la jurisprudence s'impose à toutes les juridictions. Cette instance unique permet simultanément de satisfaire à l'autre exigence de l'archétype législatif, la contrainte. La jurisprudence suprême ressemble fort à la loi. Ses formules ont le même degré d'abstraction que le droit écrit et surtout elle bénéficie en France du même régime de sanction que la loi : la cassation. Cette proximité est telle que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas d'une variété de législation (au sens matériel), une législation jurisprudentielle. C'est ce que semble avoir décidé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire des écoutes téléphoniques (Cour EDH, 24 avr. 1990.353, note Pradel).

Est-ce à dire que ce qui n'est pas cette jurisprudence mâtinée de loi n'est pas du droit ? Qu'en somme il n'y aurait de jurisprudence que de cassation ? La dimension philosophique du débat, inéluctable, réapparaît. Si le droit est un commandement normatif de l'autorité publique, comme on l'enseigne couramment, la réponse est affirmative. La perception positiviste du droit, fascinée par le paradigme législatif, est incompatible avec l'idée d'un droit issu du procès. Elle conduit à nier la jurisprudence quand elle ne ressemble pas à la loi. Si en revanche le droit est autre chose qu'une réglementation étatique, tout est possible. Que l'on y voit une norme secrétée par le corps social ou une norme qui procède de la nature des choses, on conçoit que le juge - voire le docteur - ait son mot à dire sur sa révélation. Au bout du compte, la sempiternelle querelle de la jurisprudence se réduit à la question de savoir si le droit vient d'en bas ou d'en haut. En être conscient rend réaliste : ce n'est pas de si tôt que dans un pays dont l'ontologie est législative on verra reconnaître dans son essence le droit du juge.

#### *Pour une consécration statutaire limitée*

La jurisprudence ayant cependant une existence dont la présence pressante interpelle sans arrêt les juristes, faut-il se résoudre à reconduire éternellement la controverse et vivre la

malédiction de Sisyphe ? Dans la mesure où la discussion porte, ce qui est le cas, sur la seule jurisprudence suprême, non. Un débat plus pratique et plus constructif peut s'instaurer à son sujet. Il ne s'agit plus que de savoir si cette jurisprudence a ou n'a pas une nature législative ou, du moins, de savoir si elle a des caractéristiques suffisamment proches de celles de la loi (généralité et contrainte) pour que l'on daigne l'admettre dans le cénacle des normes juridiques. La doctrine peut fournir cet effort et élaborer une opinion commune à partir de laquelle le législateur constituant se décidera enfin à définir la place de la jurisprudence.

Cette place, quelque ressemblante à la loi que puisse être la jurisprudence suprême, ne saurait être équivalente à celle que l'organisation politique reconnaît à l'instance chargée de prendre les lois. Dans un pays de droit codifié, la Cour suprême ne fait pas la loi, elle l'interprète. Sans doute y a-t-il dans cette idée quelque hypocrisie car l'on sait que celui qui interprète fait le droit. Mais l'on sait aussi que le pouvoir législatif exerce un contrôle sur l'interprétation juridictionnelle des lois et peut légiférer de nouveau s'il s'estime trahi. Le juge a certes le dernier mot, mais l'éventualité d'une résistance ouverte et durable des juges suprêmes à une volonté explicite et claire du législateur est une vue de l'esprit. Lorsqu'ils contredisent de manière frontale le droit écrit, c'est que celui-ci est à ce point obsolète que le législateur ne s'aviserait pas de les désavouer. En définitive, les juges de cassation ont la latitude de créer des normes juridiques, mais dans le cadre et sous la tutelle de la loi. Si, comme nous le pensons, la jurisprudence suprême est une variété de législation, elle n'est néanmoins qu'une législation dérivée et auxiliaire.

Point de prudent démiurge, donc.

Ce n'est pas à dire que les cours suprêmes doivent être frileuses. Le mythe de la plénitude du droit législatif a vécu. Il existe des espaces immenses de non-loi que rien n'interdit au juge d'occuper sous le contrôle du législateur. Mieux, le meilleur des laboratoires de législation est la jurisprudence, dont la loi n'est pour l'essentiel qu'une mise en forme. « Les codes des peuples se font avec le temps mais à proprement parler, on ne les fait pas » disait Portalis. Le procès, dont la décision des juges suprêmes constitue l'aboutissement est un instrument privilégié d'élaboration et de régénération du droit. S'y pratiquent à la fois la prudence, technique décisionnelle poussée à la perfection par une organisation minutieuse de la procédure de jugement, et la mise au jour des valeurs sociales dont les plaideurs sont les porte-voix naturels. Le développement des moyens de communication favorise le décloisonnement des prétoires et met les procès en relation. L'édition d'une part, l'informatique et la télématique d'autre part permettent aux opinions de s'exprimer avec un retentissement national et d'influencer tous les juges du territoire, garantissant une plus grande conformité du débat judiciaire à l'état des valeurs à l'échelle de l'ensemble de la société. Elles sont en outre le moyen pour la doctrine de participer à l'élaboration des solutions avec tout le poids de son autorité scientifique. En se prononçant à partir de plusieurs litiges, les cours suprêmes entrent avec la procédure d'avis dans l'ère de la jurisprudence globale et voient leur droit conquérir un supplément de légitimité.

Il faut donc se décider à reconnaître statutairement la jurisprudence de cassation. Ne lui rendre

que ce qui lui revient, mais tout ce qui lui revient. L'institutionnalisation de la jurisprudence suprême consacrerait un équilibre, celui d'un droit alliant l' ancestrale fermeté de la loi et l' indispensable souplesse des sentences.

RTD Civ. 1993 p. 87

## **L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui » (1)**

### **Daniel Tricot, Conseiller à la Cour de cassation ; Doyent honoraire de la faculté de droit de Dijon**

Une grande dame du droit, la *Revue trimestrielle de droit civil*, a récemment fêté ses quatre-vingt-dix ans en organisant un échange de vues sur « une institution controversée : la jurisprudence aujourd'hui ». (cette *Revue* 1992.337 à 361, avec les articles de Jean-Luc

Aubert , Monique Bandrac , André Breton , Jean Carbonnier ,

Gérard Cornu , Michelle Gobert , François Terré , André Tunc et

Frédéric Zenati ).

L'autorité de la *Revue trimestrielle* et le succès des recueils de jurisprudence, qu'ils soient nationaux ou régionaux, informatiques ou étrangers, invitent à relancer le débat tant il est vrai que, s'il n'y avait pas de jurisprudence, il n'y aurait ni revue, ni commentateurs (sauf les glossateurs) : doctrine et jurisprudence sont intimement liées.

L'interrogation sur « la jurisprudence aujourd'hui » se dédouble :

- qui fait la jurisprudence ?

- la jurisprudence est-elle une source de droit ?

Sans éluder ces deux questions classiques, nids de controverses séculaires, qu'il soit permis à un magistrat de la Cour suprême de présenter quelques réflexions en se souvenant de l'époque, encore récente, où il était avocat, et sans renier sa tradition d'universitaire.

Le juge écoute, comprend et tranche : c'est sa fonction première, celle par laquelle il fait oeuvre de justice et assure la paix sociale. Toute décision judiciaire n'est cependant pas, par nature, destinée à faire jurisprudence. Il faut que s'en dégage une norme générale de conduite accueillie par une reconnaissance commune (V. Michelle Gobert, cette *Revue* préc.

p. 345 ).

Par delà le litige individuel, la règle qui soutient la solution est un précédent recherché par tous les conseils pour l'invoquer ou la combattre : la norme jurisprudentielle est ainsi plus

précise et détaillée qu'on ne le pense parfois. En jetant les bases de l'indispensable Atelier régional de jurisprudence de Dijon, il y a quelques années, le professeur Pierre Catala mettait l'accent sur l'intérêt de rassembler les décisions en matière de fixation de pensions alimentaires ou d'indemnisation des préjudices corporels. Or dans ces domaines, la Cour de cassation, en reconnaissant le pouvoir souverain des juges du fond, ne joue aucun rôle pour fixer la jurisprudence.

Au-delà de ces exemples, chaque juridiction participe à l'oeuvre créatrice de jurisprudence : les moyens de droit, que chaque partie doit faire connaître en temps utile afin de permettre à l'autre d'organiser sa défense (art. 15 nouv. c. pr. civ.), sont dans le débat dès le tribunal ; le jugement, rendu sur des questions nouvelles, constitue ainsi nécessairement un élément de jurisprudence.

Autant on ne saurait approuver une résistance des juridictions du fond à une doctrine clairement et fermement affirmée par la Cour de cassation (V. à ce propos, J.-L. Aubert, Pour des rébellions

constructives, cette *Revue* 1992.338 ), autant il faut permettre que sur les questions nouvelles, débattues ou à évolution, les juridictions du fond soient en mesure d'être des « sources de progrès du droit » (J.-L. Aubert préc.).

Pour cela il faut que les avocats et avoués de la Cour prennent soin d'exposer - outre les moyens de fait et éléments de preuve - les moyens de droit qu'ils invoquent au soutien de la demande. On sait que le juridisme rend la thèse suspecte mais la carence de l'argumentation juridique vide le débat de tout intérêt, voire de fondement. Il y faut de l'imagination, de la curiosité d'esprit, parfois de l'audace, et toujours beaucoup d'indépendance vis-à-vis des magistrats, des confrères ... et des clients. Devant la cour d'appel, l'argumentation juridique peut être entièrement modifiée ; après, ce sera trop tard !

On dit parfois que les bons avocats font les bons magistrats : on veut dire par là que la bonne décision de justice résulte, non seulement de la compétence des magistrats qui y ont collaboré mais aussi de la qualité des débats qui l'ont précédée. La routine tue la jurisprudence. A condition d'inviter préalablement les parties à présenter leurs observations, les magistrats peuvent fonder la décision sur les moyens de droit qu'ils relèvent d'office (art. 16, al. 3 nouv. c. pr. civ.).

Même si, seuls les magistrats décident, chaque juriste (avocat, consultant, commentateur) participe à l'oeuvre de jurisprudence et bénéficie, en retour, de ce travail collectif d'élaboration des normes d'application de la loi. L'oeuvre de jurisprudence est le fruit d'un travail commun dont chacun est récompensé intellectuellement et pratiquement.

Certains esprits ajouteront avec une légère pointe de perfidie : « ... et la Cour de cassation qui a le dernier mot ? Que fait-elle pour rendre claire et limpide la jurisprudence ? ».

Il est permis de rêver d'un monde dans lequel les règles énoncées en termes lumineux seraient

d'application évidente, les exceptions nécessaires s'imposant d'elles-mêmes à tout esprit éclairé, bref, d'un monde dans lequel les juristes ne seraient que des légistes, les citoyens n'ayant besoin d'aucun conseil.

Il faut savoir (tout le monde le sait mais on l'oublie parfois) que le travail du juriste est difficile parce que tout est complexe et qu'il arrive même que certains esprits se laissent aller ou s'ingénient à obscurcir l'opacité des faits ou la combinaison des normes.

La réflexion des membres de la Cour de cassation est imprégnée de deux soucis permanents, celui de la pédagogie et celui de la cohérence.

La doctrine de la Cour de cassation s'exprime dans des arrêts dont le « caractère bref, et bien des fois frappé, est dans l'ensemble admirable, même s'il arrive que l'on puisse regretter, dans quelques cas, que l'assertion ne soit assortie de la moindre explication » (Michelle Gobert préc. p. 349). La marge est étroite entre la motivation obligatoire (art. 455 nouv. c. pr. civ.) et l'explication facultative qui renverrait à une justification contestable lorsque la Cour suprême fait un choix entre deux ou plusieurs thèses exclusives les unes des autres mais néanmoins fondées. La tournure lapidaire est consubstantielle au rôle interprétatif de la Cour qui doit formuler la norme de la même manière que la loi à laquelle son interprétation s'intègre avec la même force, sous réserve de la faculté temporaire de « rébellion » des cours d'appel (Bernard Hatoux, conseiller doyen de la chambre commerciale économique et financière de la Cour de cassation : *Bull. inf. C. cass.* n° 353, 1<sup>er</sup> oct. 1992, p. 21). « La Cour de cassation n'est ni un « auteur » ni un commentateur. Elle rend des arrêts, non des consultations. Il ne lui appartient pas de relayer les débats doctrinaux, dont les argumentaires n'ont pas leur place dans une décision judiciaire. Il suffit que la cour les connaisse » (*ibid*, p. 22). « Il va de soi que, dans les énonciations des arrêts, il n'y a pas de mots ou de précisions inutiles (et) qu'il ne faut pas attendre des redondances ou des « à peu près » incompatibles avec la terminologie juridique ou le sens des mots de la langue française, supposés connus » (*ibid*, p. 22). La décision judiciaire laisse toujours place à l'interrogation mais la règle de droit, qui en constitue le fondement et paraît évidente dans une rédaction concise, demeure imprécise ou incertaine dans une luxuriante motivation : un arrêt de Cour suprême requiert autant de rigueur dans l'art d'élaguer que dans la technique de l'argumentation.

Ce souci de clarté est doublé d'une vérification constante de la cohérence des décisions. Au sein de chaque chambre de la Cour de cassation, la comparaison et le rapprochement des arrêts est souvent indispensable à leur exacte interprétation. Il arrive, lorsque le rôle s'y prête, que les décisions intellectuellement liées fassent l'objet d'une publication simultanée au *Bulletin* mais le nombre de ces opportunités est restreint. La jurisprudence de la Cour de cassation forme un tout, même si les divergences de solutions entre les chambres, rapidement détectées et dénoncées, sont difficiles et lentes à résorber.

Mais chaque arrêt de la Cour de cassation ne peut être interprété que dans les limites des moyens du pourvoi.

Si le juge du fond ou de cassation est tenu de suppléer au silence, à l'obscurité ou à l'insuffisance de la loi (art. 4 c. civ.), il est lié par l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les prétentions des parties (art. 4 nouv. c. pr. civ.). En technique de cassation, la Cour suprême ne peut examiner le pourvoi que dans les limites du moyen : elle doit « répondre au moyen, à tout le moyen et rien qu'au moyen » (*Formulaire de la Cour de cassation en matière civile*, p. 489).

En outre « les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation » (art. 619, al. 1 nouv. c. pr. civ.). L'argumentation juridique qui n'a pas été soutenue en appel ne peut plus l'être en cassation. Seuls les moyens de pur droit peuvent être invoqués pour la première fois ou relevés d'office mais la porte est étroite : le moyen n'est de pur droit que s'il est « exempt de toute considération de faits qui ne résulteraient pas des énonciations des juges du fond » (*formulaire* préc. p. 389). Il n'est pas nécessaire que le moyen de pur droit soit d'ordre public mais il doit être de nature à entraîner une cassation de la partie du dispositif de la décision soumise à la censure de la Cour de cassation ou à justifier un rejet du pourvoi par substitution de motifs.

Ainsi la mission reconnue à la Cour de cassation pour fixer la jurisprudence et orienter les décisions des juges du fond ne peut être remplie que si, devant les juridictions du premier degré et plus encore les cours d'appel, tous les moyens de droit pertinents ont été formellement invoqués. « L'autorité des arrêts rendus par la Cour de cassation s'explique par le fait que, placée au sommet de notre organisation judiciaire, elle intervient au terme du processus où tous les éléments de la décision propres au mode d'élaboration particulier de la règle de droit qu'est la jurisprudence ont été réunis pour lui permettre de trancher » (Michelle Gobert, préc. p. 354).